

universidad  
verdad

N° 44

**HERNÁN COELLO GARCÍA**

REVISTA DE LA UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Diciembre 2007

# **UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**Dr. Mario Jaramillo Paredes**  
RECTOR

**Lcdo. Joaquín Moreno Aguilar**  
VICERRECTOR

**Ing. Jacinto Guillén García**  
DECANO GENERAL DE INVESTIGACIONES

**Econ. Carlos Cordero Díaz**  
DECANO GENERAL ADMINISTRATIVO FINANCIERO

## **UNIVERSIDAD - VERDAD**

Revista de la Universidad del Azuay

Director

**Dr. Claudio Malo González**  
Consejo Editorial

**Dr. Oswaldo Encalada Vásquez**

**Arq. Diego Jaramillo Paredes**

**Dr. Juan Morales Ordóñez**

Diseño y diagramación

**Econ. Mario Merchán Barros**

La responsabilidad por las ideas expuestas en esta revista corresponde exclusivamente a sus autores

Se autoriza la reproducción del material de esta revista siempre que se cite la fuente  
Canjes y donaciones: Biblioteca <<Hernán Malo González>> de la Universidad del Azuay

ISSN 13902849

Avda. 24 de mayo N° 7-77 y Hernán Malo

[www.uazuay.edu.ec](http://www.uazuay.edu.ec)

Apartado Postal 981

Teléfono: 2881-333

Cuenca - Ecuador

**HERNÁN COELLO GARCÍA**



## **CONTENIDO**

NOTA DE LOS EDITORES	7
LA CASACIÓN EN MATERIA CIVIL Hernán Coello García	9
CASACIÓN Y CUESTIONES DE HECHO José Cordero Acosta	27
LA REFORMA DEL RÉGIMEN CONCURSAL Santiago Andrade Ubidia	67
“NO SE PUEDE TOCAR EL DERECHO CON LAS MANOS SIN LAVAR” Olmedo Piedra Iglesias	105
NORMAS PENALES QUE SANCIONAN LOS DELITOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y ESPAÑOLA Paúl León Altamirano	115
LA COMISIÓN NACIONAL PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DEL ECUADOR José Chalco Quezada	123

PRESUPUESTOS DE ANIQUILACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA ACCIÓN Soraya Quintero López	135
DERECHO DEL TRABAJO Guillermo Ochoa Andrade	157
FORMAS MODERNAS DE CONTRATACIÓN COMERCIAL Remigio Auquilla Lucero	171
EL UNIVERSO DEL DERECHO MARCARIO Juan Carlos Salazar Icaza	183
CENTRO DE MEDIACIÓN... ...DE LA UNIVERSIDAD DEL AZUAY Esteban Segarra Coello	197
JERARQUIZACIÓN DE LA LEY Homero Moscoso Jaramillo	203
DESDE EL PUPITRE María Fernanda Maldonado Pesántez María Cecilia Alvarado Carrión	215

## **NOTA DE LOS EDITORES**

La docencia universitaria es tarea compleja y existe un amplio “recetario” para que sea exitosa y cumpla sus funciones. Se requiere para que ello ocurra pocos requisitos básicos como conocer con profundidad la asignatura que se enseña, sentir satisfacción al hacerlo, apertura comunicativa con los alumnos y responsabilidad para el cumplimiento de los compromisos docentes adquiridos. Hernán Coello García reunía, con largueza, esas condiciones.

Profundo estudioso del derecho, se convirtió en una autoridad en este campo ya que no solo contaba con amplia y actualizada información sino que, su talento jurídico, le permitía sólidos y creativos razonamientos para abordar los temas complejos de este campo del saber. No sólo fue un teórico, sino que en el ejercicio profesional demostró éxito total avalado por una honestidad a toda prueba.

La enseñanza no era para él una molesta carga, al contrario era una fuente de satisfacción que alentaba el desempeño de esta tarea. Si abordamos este problema desde el tan pragmático campo de obtener mayores utilidades poniendo en práctica acciones que tienen que ver con la profesión, es evidente que el tiempo que dedicó a la enseñanza le habría rendido más réditos económicos si lo dedicaba al ejercicio de la profesión, pero nunca pasó por su cabeza hacer estos cálculos y organizar su vida

con estos criterios. Amaba enseñar y una de las grandes recompensas de esta tarea era un tipo de satisfacción que no puede medirse en cifras monetarias.

La educación es una forma, quizás la más noble, de comunicación, lo que requiere determinadas condiciones de las personas y un esfuerzo por llegar a los alumnos con la mayor claridad posible. No se trata sólo de entregar datos sino, y esto es lo más importante, de incitar a los estudiantes a esforzarse por incursionar con su pensamiento en los problemas planteados por el maestro. La enseñanza tiene una dinámica entre las partes y no cabe entender a los alumnos como pantallas cinematográficas que reciben pasivamente las películas que se proyectan. Hernán Coello desarrollaba una muy positiva empatía con sus alumnos, que lo recuerdan con respeto y afecto.

Hace unos meses nos dejó definitivamente, pero sobrevive con fuerza entre alumnos y colegas que hacemos la Universidad del Azuay. La muerte biológica es el destino final del ser humano; pero estamos en condiciones de permanecer en los demás por el mérito de la obra realizada y los impactos positivos que hemos hecho y dejado en los demás.

Esta entrega de Universidad Verdad está dedicada a una persona ejemplar que entregó, con generosidad, lo mejor de sí a esta institución, que le recuerda como ejemplo para las nuevas generaciones.

# **LA CASACIÓN EN MATERIA CIVIL**

**Hernán Coello García**  
1939 - 2007



## **I.- Planteamiento del tema**

**A.-** La Constitución Política del Estado proclama en su primera norma el siguiente principio rector del sistema jurídico ecuatoriano para gobernantes y gobernados: El Ecuador es un Estado social de Derecho. Debemos entender, entonces, que este principio no se ha formulado simplemente como una declaración teórica, propuesta en la parte dogmática de la estructura fundamental de la norma suprema para que aparezca de este modo como un cuerpo debidamente distribuido y ordenado; no. La razón de ser del precepto se encuentra en raíces más hondas, porque de lo que se trata es de procurar que la “Organización Política Suprema” –como define Jean Dabin al Estado– proporcione a todos y a cada uno de sus habitantes una efectiva seguridad jurídica, principio éste también proclamado como norma fundamental en el N° 26 del Art. 23, para que de este modo la “motivación radical de lo jurídico”, según enseñaba Luis Recasens, deje de ser una aspiración más o menos interesante como planteamiento teórico y devenga en una realidad exigible y, además, constatable.

Los hechos de la vida real, sin embargo, frecuentemente desmienten estas aspiraciones aunque se las tenga, según corresponde, como irrenunciables; pero aunque se llegasen a desmentir todos los días, todos los días estamos obligados a reclamar la efectiva vigencia de estos principios sin cuya permanente presencia la sociedad corre el riesgo

de disolverse. La función de los abogados es, cabalmente, la de luchar diariamente por la vigencia efectiva de estos principios y el evento que nos ha convocado hoy es, entonces, una manifestación de lo dicho.

Es de lamentar, desde luego, que con frecuencia debamos escuchar de parte de quienes no han llegado a entender lo que significa el Derecho que, porque no lo conocen, lo definen como un conjunto de reglas más o menos incómodas que pueden aplicarse cuando conviene a sus intereses y que no deben ser tomadas en cuenta en caso contrario; es lamentable, insistimos, observar cada vez con mayor frecuencia el menosprecio de que es objeto la norma jurídica, al extremo de que, y no en pocas oportunidades, el desoír los mandatos de la ley y apartarse de sus principios se tiene como un comportamiento natural y razonable. Que conste, además, que no nos referimos a la forma irracional de irrespetar la ley mediante los reglamentos que parecería ser, tal como se hallan las cosas actualmente, son los instrumentos destinados a violar la ley a como dé lugar y no a hacerla aplicable.

Lo que ha ocurrido en el país en los últimos tiempos es ejemplo suficiente de lo dicho. Pero no sólo en nuestro país la cultura de apartarse de la norma parecería ser una forma de conducta permanente. Ejemplos abundan y llenarían páginas y páginas. Y como no se trata de abundar en ellos, recurrimos solamente a estos dos datos que demuestran nuestra afirmación.

Relata el jurista italiano Croce que un destacado estudiante francés que deseaba realizar estudios fuera del país recibió de su adinerado tío los recursos para trasladarse a especializarse en el Derecho en una de las célebres

universidades del norte de Italia. Al regresar luego de varios años de estudio y al ser enrostrado por su tío acerca de los conocimientos que había adquirido, contestándole resumió en una sola frase todo su desencanto:

-Tal como se halla el mundo, tío, Ud. debió enviarme a estudiar la fuerza, no el Derecho.

En una revista que se edita en Alemania y que se encarga de analizar temas jurídicos se relata este otro episodio: Un ciudadano, convocado por el juez para que responda por la destrucción del pantalón del vecino, causada por la mordedura de un perro, provocó el siguiente diálogo:

- Si satisfago al vecino el valor del pantalón destruido, ¿podría abandonar el Juzgado, señor juez?
- ¡Pues claro que sí –repuso el magistrado–. De esto se trata.
- ¿Cuánto cuesta el pantalón destruido, señor juez? interrogó el acusado.
- Cien marcos, señaló el juez.
- Si pago este valor –insistió el acusado– ¿puedo salir del juzgado libre de toda pena?
- Así es, afirmó el magistrado. –Pero aclare Ud. al Juzgado lo siguiente– prosiguió– ¿Por qué quiere pagar Ud. el valor del pantalón destruido por el perro, si Ud. no tiene perro?
- ¡Porque estoy en sus manos, señor juez!

Estos hechos, por más que fuesen reales y que efectivamente hubieren ocurrido, no pueden desmentir la necesidad impostergable de que el Derecho sea norma de conducta de gobernantes y gobernados, como hemos dicho. Al contrario, precisamente si es que han ocurrido,

y aunque ocurran a diario otros más graves todavía, ellos mismos nos obligan a recordar la proclama que en tono admonitorio se lee en la Constitución Política de la República Argentina:

“El hombre debe inclinarse ante la Ley, para no verse después obligado a arrodillarse ante los tiranos.”

De evitar que a tal extremo se nos obligue, se trata precisamente.

**B.-** El problema de la casación.- ¿A qué vienen estas reflexiones preliminares, se preguntará el auditorio, si hemos sido convocados para que se nos hable del recurso de casación y de la casación que se regula en el “Derecho común y general”, como decía con su acostumbrado acierto el maestro doctor Pérez Guerrero cuando se refería al Derecho del ciudadano, esto es, el Derecho Civil? Pues a demostrar que este recurso extraordinario se ha instituido, como se ha instituido también para las demás ramas del Derecho, no sólo para observar que existe una lista más o menos abundante de derechos subjetivos cuya violación da lugar a las acciones reconocidas por la ley, sino particularmente para garantizar dos fundamentales principios sin cuya afirmación no cabe que hablemos de un Estado de Derecho ni menos del principio de seguridad jurídica si creemos vivir en una sociedad civilizada. Tales principios pueden resumirse, con relación al tema que nos ocupa, en la igualdad ante la ley y en la seguridad jurídica como pilares fundamentales de la vigencia del Estado de Derecho.

Desde luego que el principio de la igualdad ante la ley no ha de entenderse –como se quiso hacer entender en la

Constitución “aprobada”, según se dijo, en el referéndum de 1978— como que el hombre y la mujer tienen iguales derechos en todos los órdenes de la vida, sin importar la edad, el sexo, la condición o la nacionalidad porque, siendo, como somos, seres diferentes, para que pueda darse la igualdad ante la ley entre seres diferentes ha de haber diversidad de preceptos , como ocurre, por ejemplo, y pese a incomprensibles opiniones en contrario, con los derechos que establecen las normas fundamentales, las laborales y las civiles a favor de la mujer embarazada, derechos que no cabe que se atribuyan al hombre; o como el tipo penal que regula el infanticidio y que trató de ser suprimido para que exista “igualdad” entre el hombre y la mujer, como si el hombre pudiese sufrir de psicosis puerperal-. No ha de entenderse —insistimos— este principio sino como lo reconoce el actual texto de la norma constitucional que, en el artículo 23, N° 3 proclama el de igualdad ante la ley sin que lo puedan desmentir ninguna clase de discrimen o de normas complementarias, y que en el Art. 13 antepone la diferencia que existe entre nacionales y extranjeros para el ejercicio de los derechos políticos y en el artículo 15 establece la restricción que se impone respecto de la adquisición del derecho real de dominio para los extranjeros en las zonas fronterizas; o como lo establece además, en fin, el Código de Derecho Internacional Privado de Sánchez de Bustamante en sus artículos 1 y 2.

En su justa apreciación el principio de igualdad ante la ley en la materia que nos ocupa, esto es, la procesal, exige como corolario la unidad del derecho positivo dentro de un Estado determinado y la uniformidad de aplicación de sus normas a todos los ciudadanos cuando se hallen dentro del mismo supuesto de hecho. Esta uniformidad

de la interpretación jurisprudencial es la que pone en vigencia práctica el principio de igualdad ante la ley, pues, lo contrario, sólo puede servir de fuente fecunda de inseguridad jurídica.

Naturalmente que este principio ha de entenderse exigible en el mismo espacio territorial, y no a través del tiempo. No cabe que en las diversas circunscripciones territoriales de un mismo Estado que se define –como el nuestro, en el artículo 1º de su Carta Fundamental– como unitario, en las resoluciones de los jueces sobre un mismo supuesto hipotético puedan darse dos o más pareceres contrarios entre sí o cuando menos radicalmente diversos al aplicar a aquellos una misma regla de derecho; salvo, claro está, cuando se anteponga una ley que, por su defectuosa estructura, como ocurre con frecuencia, o por su más defectuosa todavía redacción, no dé otro camino que crear artificiosamente una forma de vacío para encontrar una norma aplicable al caso en estudio, porque la regla, como se halla escrita, no se puede aplicar. La jurisprudencia ha tenido que hacer uso de este recurso en muchas oportunidades, como, para citar un solo ejemplo, el que ha impuesto respecto de la segunda exigencia que formula el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil que impone al actor, aunque fuese persona jurídica, expresar sus nombres completos, estado civil, edad y profesión. La jurisprudencia, como era obvio, ha impuesto que estos datos los consigne el representante legal de la persona jurídica aunque la disposición antedicha y la correlativa del Nº 3 del Art. 72 exijan lo contrario.

Respecto del tiempo, insistimos, el problema es otro. No puede entenderse exigible la uniformidad a través del tiempo. No en vano el primer mandamiento del Decálogo

del Abogado nos advierte que “El Derecho se transforma constantemente.” Si esto es así, ni la ley ni la jurisprudencia pueden imponer criterios inmutables en el tiempo.

Lo que reclamamos es simplemente que frente a un mismo supuesto de hecho todos los representantes del Órgano Jurisdiccional del Estado se ajusten al mandato de la ley, porque a ellos incumbe juzgar, naturalmente, con sujeción a la ley y no de otro modo. Así lo imponen los principios que brevemente se han invocado y lo exige la norma imperativa del Art. 119 de la Constitución Política del Estado, que proclama la regla de Derecho Público ampliamente conocida según la cual, en esta rama del Derecho, lo que la ley no permite se entiende que lo prohíbe.

Debemos insistir en que la igualdad ante la ley debe entenderse, dentro de la materia que nos ocupa, simplemente como la necesidad de que frente a un mismo supuesto de hecho las resoluciones de los jueces, en la aplicación del derecho a estos supuestos de hecho, tengan siempre la misma interpretación jurisprudencial para que de este modo se reconozca el principio de igualdad ante la ley cuando las resoluciones de los jueces expresen siempre igual interpretación en cuanto a la aplicación de las normas correlativas del derecho aplicable a cada caso. Las resoluciones judiciales deberían tener igual interpretación jurisprudencial salvo que, o la interpretación haya sido defectuosa, o la ley lo sea por su parte. Es que, como enseñaba Jiménez de Asúa, “cuando la ley entra en vigencia, se eleva, frente a ella, la multiforme realidad de la vida, y surge la necesidad de realizar una operación lógico jurídica, tendiente a encontrar la voluntad de la ley”; y la voluntad de la ley, naturalmente, no puede ser

sino una. Una sola que, por lo mismo, no cabe que se acomode a los particulares intereses ni del intérprete ni de las partes involucradas en el fallo. De este modo, la correcta interpretación, que se reduce a encontrar y aplicar la voluntad de la ley, conduce, como corolario, a la vigencia del Estado de Derecho.

No siempre la percepción que tiene el ciudadano sometido a la norma jurídica es la que debería deducirse de estos principios. Al contrario, el desencanto frente a los criterios jurisprudenciales no es una excepción.

Naturalmente no podemos, en el estrecho margen de tiempo del que disponemos, referirnos a los fallos de instancia y de casación que, dentro del país, demuestran los más variados puntos de vista sobre la inteligencia de la misma norma. Sólo nos referiremos a pocos ejemplos que, en casación y dentro del área del Derecho Civil, demuestran que respecto de un mismo supuesto de hecho el Derecho ha sido interpretado en forma diferente por el Máximo Tribunal de Justicia.

Mediante estos ejemplos trataremos de demostrar por qué nos es dable exigir, para que la seguridad jurídica exista, que frente a un mismo supuesto de hecho el representante del Órgano Jurisdiccional del Estado deba ajustarse a la ley y no apartarse de su texto, porque, de juzgar así, no cumple su misión de juzgar según la ley, y, más bien, en este caso, no sólo que juzga mal, sino que simplemente, de conformidad con el principio constitucional que hemos invocado –Art. 119 - no juzga y, de este modo, no sólo incurre en una violación de la ley, sino en un evidente exceso de poder.

Para graficar en forma adecuada nuestro planteamiento, procuraremos analizar un ejemplo de cada uno de los cuatro Libros del Código Civil; ejemplos con los que aspiramos a demostrar lo dicho.

- 1.- Dentro del régimen de la sociedad conyugal, que regula el Libro I del Código Civil, los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiere a título gratuito ingresan a su haber personal; y los bienes que se adquieren a título oneroso al haber de la sociedad conyugal. Este es el principio general. Pero, entre las excepciones se halla el de la **subrogación** real, a cuyo régimen puede acogerse cualquiera de los cónyuges que, siendo titular de bienes propios, los puede enajenar y con su producto adquirir otros bienes inmuebles. Si no hace uso de la ficción de la **subrogación** prevista en esta norma, el bien inmueble ingresa al haber relativo de la sociedad conyugal.

El fallo de 10 de marzo de 1989, expedido por una de las Salas de lo Civil, y que consta publicado en la Gaceta Judicial serie 16, N° 11, dice lo siguiente:

“Ni el Código Civil ni ninguna disposición legal contempla que ingresen a la sociedad conyugal los bienes inmuebles propios de cada uno de los cónyuges; entendiéndose por tales: los adquiridos antes del matrimonio, los que durante el matrimonio se reciban a título gratuito (donación o sucesión por causa de muerte) los adquiridos con el precio de los bienes propios enajenados respetando las formalidades de la reinversión. Son comunes, pues, sólo los inmuebles adquiridos a título oneroso en el curso del matrimonio y de modo distinto que por el título de reinversión.”

La reinversión, enseña el Diccionario de la Academia de la Lengua, es el “empleo de los beneficios de una actividad productiva en el aumento del capital de la misma”. No, entonces, la subrogación de un inmueble por otro inmueble dentro del régimen de la sociedad conyugal, como enseña el Art. 165 del Código Civil.

Acorde con este criterio, que tiene su fundamento en la regla 3ª del Art. 18 del Código Civil, que enseña que “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se entenderán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte”, el fallo de la Sala de lo Fiscal, publicado el 28 de marzo de 1995, en la Gaceta Judicial Serie 16, N° 3, declara “que procede el beneficio de reinversión previsto por la Ley de Fomento Industrial como un beneficio para que se reduzca la base imponible sobre el impuesto a la renta.”

- 2.- Dentro de los conceptos fundamentales que formula el Libro II del Código Civil, está el de las cosas. Dice, en efecto, el Art. 602, que los bienes consisten en cosas corporales e incorporales; y que, entre las cosas incorporales o meros derechos, se hallan los créditos y las servidumbres activas, pues, entre las cosas corporales, se hallan, como no puede ser de otra manera, las que tienen un ser real y pueden ser apreciadas por los sentidos, como una casa o un libro

Un fallo publicado el día 23 de abril de 1998, en la Gaceta Judicial serie 16, número 12, citando la jurisprudencia francesa y la chilena, casa la sentencia de los jueces de instancia y declara que “los derechos y acciones son bienes

inmuebles si se ejercitan sobre bienes raíces (...y que ) es indudable que comprende tanto las ventas de inmuebles corporales como las **de inmuebles incorporales.**”, no obstante la declaratoria de la ley según la cual la venta de derechos y acciones comprende la de la calidad de heredero (que no es mueble ni inmueble) y de la que debe responder el vendedor. Pero lo que nuestra legislación civil jamás llegó a decir es que existan inmuebles incorporales. (La ley de Mercado de Valores, que fue capaz de decir que los contratos de titularización que se celebren al amparo de sus normas no son gratuitos ni onerosos; o que las garantías hipotecarias pueden transferirse de pleno derecho sin cumplir requisito ni formalidad alguna –Arts. 113 de la ley y la “reforma” que impuso esta misma ley al Art. 99 del Código de Procedimiento Civil–; esta ley, insistimos, sí sostuvo que existen inmuebles incorporales, en un evidente uso abusivo del lenguaje. El Código Civil, redactado “en castiza y elegante forma”, salvo algunas reformas que lo han deformado, jamás llegó a semejante extremo)

- 3.- La sentencia publicada en la misma Gaceta Judicial declara que “La obligación de pagar un legado que consta de un testamento que no se ha otorgado en forma debida es una obligación natural y no civil y que no cabe el pago por consignación de este legado porque la obligación natural no confiere acción.” Estando de acuerdo con este planteamiento, observamos un criterio contrario en la sentencia que indicamos a continuación –que no hace referencia alguna al problema del concurso aparente que desde luego existe– y que formula el siguiente criterio:

En la serie 17, N° 2, de 21 de octubre de 1999, el fallo que se publica dice: “Nuestra legislación sustantiva civil establece que se produce la nulidad absoluta cuando se encuentran: 1.– el objeto ilícito; 2.– la causa ilícita; 3.– la falta de objeto; 4.– la falta de causa; 5.- la falta de formalidades legales; 6.-la incapacidad absoluta de uno de los intervinientes, 7.- la violación de las formalidades legales para su otorgamiento.”

En este fallo la sentencia se aparta de la letra de la ley. En efecto, el Art. 1725 del Código, que se refiere al objeto y a la causa ilícitos, declara que producen nulidad absoluta el objeto y la causa ilícitos. La falta de objeto y la causa, de conformidad con lo que dispone el Art. 1486, en relación con el 1488, darían lugar a que no exista obligación alguna, y no una obligación nula. Para que pueda darse una obligación civil es indispensable la existencia de objeto y causa lícitos; y la ilicitud de tales objeto y causa dan lugar a la nulidad. No cabe, entonces, que la ausencia de causa o la ausencia de objeto la provoquen, porque sólo en el área mercantil se pueden encontrar –en los títulos valores– obligaciones sin causa. Y si la obligación es nula, precisamente porque lo es, llega a producir efectos cuando se declara la nulidad en sentencia. Lo prueban las normas contenidas, por ejemplo, en los Arts. 1731 y 1733.

Pero no sólo se ha creado una nueva fuente de la nulidad absoluta, al haber dicho que la falta de causa la produce. Se ha desconocido el principio general que regula el Derecho Mercantil con relación a los títulos valores, esto es, letras de cambio, pagarés a la orden y cheques que, por su propia naturaleza son documentos formales y no causales; de modo que, de conformidad con el criterio expresado en esta sentencia, debería declararse la nulidad

absoluta de todo título valor, porque carece de causa y, de este modo, se habría suprimido una parte importante del Derecho Mercantil.

- 4.- En el Libro IV se regula, entre otros, el contrato de promesa de venta. El Art. 1597, que determina los cuatro requisitos que deben cumplirse, entre otros, la de que conste por escrito y por escritura pública cuando se refiera a un contrato que deba cumplir esta formalidad, señalando, como sanción legal cuando falta este requisito, que la promesa no produce obligación alguna.

Un fallo de 14 de mayo de 1999 declara que “La promesa de venta de un inmueble hecha verbalmente es inexistente (hasta aquí estamos plenamente de acuerdo, aunque podría también considerarse que el contrato es nulo, de conformidad con la norma contenida en el Art. 1724; pero el fallo no termina aquí). Se trataría –prosigue– de una obligación natural que no confiere derecho para exigir su cumplimiento”.

La sentencia se contradice, porque, entre una promesa de celebrar un contrato, que se considera inexistente (lo que se vincula con la regla que imperativamente formula el Art. 1745) y la obligación natural, que sólo encuentra, respecto de las formalidades, el principio recogido en la regla 3ª del Art. 1513, hay una lógica diferencia. Para no abundar en detalles basta invocar las normas de los Arts. 2223 y 1513, según las cuales, existen las obligaciones naturales, que dan derecho a retener lo dado o pagado en virtud de ellas, oponiendo la correspondiente excepción. No hay, entonces, posibilidad jurídica de inexistencia.

Estos ejemplos –reducidos a lo mínimo, en homenaje al tiempo- nos permiten arribar a las siguientes conclusiones:

- 1.- No sólo los fallos de instancia pueden violar la ley. La pueden violar también, como se ha demostrado, los fallos de casación. Si esto es así, alguna solución debe sugerirse.

Claro que respecto de las partes que intervinieron en el proceso la sentencia, que causa el efecto de cosa juzgada, tiene efectos irrevocables. Pero no cabe que, para lo venidero, los fallos como los que nos hemos permitido indicar como ejemplos de los tantos que podrían invocarse, puedan servir de precedente a los jueces, porque, entonces, el irrespeto a la ley se podría volver permanente. Es indispensable que la Corte Suprema dé aplicación permanente, hasta que las contradicciones se vayan eliminando paulatinamente, a la norma contenida en el Art. 197 de la Constitución Política del Estado, que declara: “La Corte Suprema de Justicia en pleno, expedirá la norma dirimente que tendrá carácter obligatorio, mientras la ley no determine lo contrario, en caso de fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, dictados por las Salas de Casación, los Tribunales Distritales o las Cortes Superiores.”

- 2.- Lo dicho no se refiere a los fallos que, por haberse reiterado tres o más veces, se vuelven vinculantes de conformidad con el Art. 19 de la Ley de Casación, porque, conforme ordena el Art. 301 del Código de Procedimiento Civil, en el último párrafo, para conocer el alcance de la sentencia debe tomarse

en cuenta no sólo la parte resolutive sino los fundamentos objetivos de la misma.

¿Habrá algún ciudadano que haya leído todos los fallos de casación para comparar la parte expositiva y la resolutive de cada uno de ellos y deducir que existe la triple reiteración de que habla la ley?

Sugerimos que la Ley de Casación se reforme para que las Salas Especializadas de cada una de las materias de que se ocupa, determinen, luego de un análisis exhaustivo de los fallos que han pronunciado – lo cual sí es viable – cuáles son los casos de triple reiteración y que, una vez identificados, se los publique, con este carácter, de modo que los ciudadanos sepamos a qué atenernos, con la certeza de que los fallos así publicados son efectivamente los que tienen la triple reiteración de que habla la ley.

3.- Creemos, finalmente, que es indispensable una reforma a todas las normas aplicables para que las Salas de Casación se especialicen efectivamente en las respectivas materias de que deben ocuparse. Solamente nos referimos, por haber tocado asuntos relativos a esta materia, al problema del Derecho Civil y sugerimos que las tres Salas que actualmente existen, se ocupen, en su orden, exclusivamente del Derecho de Familia y de las Sucesiones, que son temas vinculados entre sí, la primera; de lo que es derecho patrimonial la segunda y, finalmente, de lo que son obligaciones y contratos (civiles y mercantiles) la tercera. De este modo, cada una de las salas conocería solamente los temas en los que ya podría hablarse de una verdadera especialización.

Y sugerimos, además, que, cuando exista discrepancia en los fallos sobre un mismo punto de derecho, se piense en una reforma legal a fin que no sea el pleno de la Corte el que dirima la discrepancia, sino solamente un plenario de las salas especializadas en cada materia, para que no ocurra lo que prevé la ley ahora, que para dirimir un conflicto de Derecho Civil en el que no están de acuerdo las tres Salas especializadas, se encuentre mayoría de criterios con los Magistrados de las Salas de lo Penal, de lo Tributario, de lo Contencioso Administrativo y de lo Laboral, lo cual determina que, precisamente las tres salas especializadas, se hallan en amplia minoría en acatamiento a las disposiciones actualmente vigentes.

# **CASACIÓN Y CUESTIONES DE HECHO**

**José Cordero Acosta**

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la  
Universidad del Azuay



## I) Introducción

“Mejor dos veces sobre lo mismo o, simplemente mejor dos veces, porque posiblemente no lleguemos a lo mismo”.

Hace pocos años, compartiendo con un docto letrado del país, nuestra preocupación por el estado de la administración de justicia en el Ecuador, llegamos a la conclusión de que, algo útil que podríamos emprender —entre quehacer académico universitario y tarea de un grupo de abogados, sensibles ante las evidentes falencias del ordenamiento jurídico ecuatoriano y más que nada de su aplicación, en las realidades procesales—era llamar a capítulo a todo el sistema. Ya no solo ocuparnos de la crítica reiterada, de lo que se ha denominado la “telaraña legal”,<sup>1</sup> sino de preocuparnos por lo que hacen los jueces y para el caso de la materia penal —quizá esto sea lo prioritario— que sucede en el aparato fiscal, desde cuándo y hasta dónde podemos contar con una idónea investigación que articule una acusación coherente o, al menos demuestre que se haya actuado agotando las vías disponibles de pesquisas y búsqueda de evidencias para acusar o, qué mejor, concluir que no hay mérito para promover el juicio. En suma, nos proponíamos algo así como “enjuiciar a los juicios”, “sentenciar las sentencias”, hasta dónde todo esto sea posible, dentro de ciertos límites formales (ya que en pura razón, que deambula en los ámbitos de la imaginación, tales límites solo formales no sean admisibles) de realizar ejercicios de “casaciones sobre las casaciones”. Para

1 Hidalgo, Luis, Telaraña Legal (conferencia escuchada).

ello, claro está, lo primero que debíamos esclarecer se referiría a los límites y alcances del control, en cuanto a su legalidad o procedencia, siempre menor a las posibilidades especulativas ya que, si nos entregábamos al ejercicio de la crítica racional, sobre los procesos y sus fallos, esta tarea ventajosamente no soporta ataduras jurídico formales, así, si el mandato legal, dice, tal impugnación tiene por límites el mérito de autos u otra permite, aportar nuevas pruebas o volver a valorar anteriores diligencias demostrativas, todo ello, si en definitiva no depara un amplio control de lo juzgado, comprensivo del examen sobre la fijación de los hechos, es decir del basamento fáctico para la aplicación de las consecuencias de derecho, mantendremos la frustración en cuanto no existe un verdadero control y entonces lo que deberíamos tratar de alcanzar sería una reforma que derribe límites absurdos del un actual control<sup>2</sup> en suma, no puede aceptarse que el derecho, establezca murallas a la verificación de su propia realización, a la constataciones sobre los estados de certeza emanantes de sus mecanismos de aplicación o sobre la ecuacional imposición de sus normas a realidades demostradas. Hay quienes opinan, por ejemplo, que las instancias de impugnación no pueden convertirse en auditorías y que tales superiores auditores no pueden transformar los hechos de los administradores. Creo que la comparación es torpe, pues si bien apelaciones, casaciones y revisiones son comparables a las auditorías, ningún proceso, peor aún el penal, en sus etapas y de ellas la más importante, la del juicio, no comporta tareas de administración a jueces inferiores, en el proceso penal se revela que el único que ha administrado bien o mal su vida, mediante sus comportamientos, es el acusado.

2 Contrario al “doble conforme” (El cuento del japonés que decía: voy a preguntar dos veces sobre lo mismo, para ver si incurren en contradicción).

## II. Los hechos

Si hablamos de hechos es sobre algo que sucede en el tiempo y el espacio y, sin entrar en discusiones sobre estas categorías, todos los días un carro se nos cruza, vuela un pájaro, asistimos a un velorio, estudiamos, algunas veces contemplamos una riña, hemos presenciado la muerte de un ser humano, disparos, lesiones, sufrido un robo, etc. En ocasiones, nuestros sentidos captan estos acaecimientos, otras, como cuando estudiamos o leemos una crónica, se da una asimilación mental o intelectual de estas realidades. Entre estos hechos, algunos son producto del hombre, a los cuales se los ha venido a denominar actos humanos, de ellos solo interesan al derecho aquellos que conllevan cierto efectos, que contravienen precisamente al “deber ser” que la ciencia normativa mantiene como expectativa de realización, a través de sus normas.. «El derecho no propone lo que es, como las ciencias naturales, sino que predica coactivamente lo que debe ser»<sup>3</sup>, realidad y deber son los polos del fenómeno normativo, en cuanto a que la realidad dependiente del comportamiento humano tiene que orientarse hacia los referentes axiológicos del derecho, lo contrario es precisamente, lo antijurídico o injusto, siendo el delito lo jurídicamente desaprobado y castigado con una pena.

«El delito, antes de recibir la calificación jurídica de delito es un hecho que se realiza en el mundo fáctico, o sea, depende hasta tal punto de la fenomenología real, que sin su previo acontecer, no se puede concebir, ni siquiera como abstracta e hipótesis. Es por esta razón,

---

3 Ruiz Jiménez, Joaquín, Apuntes tomados por José Cordero Acosta de las clases de Filosofía del Derecho, Madrid, 1964

que el estudio de la teoría del delito difícilmente puede acomodarse a una tajante división entre las categorías del ser y del deber ser...»<sup>4</sup>, más aún, si no hacemos una continua recurrencia a sucesos materiales de constatación en gran parte empírica, en cuanto a su demostración, como la fijación de los hechos y su valoración, mal podemos hablar de actuaciones procesales. El punto de partida de todo enjuiciamiento penal es, precisamente la demostración de la material manifestación o aparición física del hecho considerado en la ley como infracción, denominado en la doctrina, desde los prácticos de la Edad Media, “el cuerpo del delito”<sup>5</sup>. El cómo se dan los hechos, en el sentido de su manifestación corresponde al siguiente punto.

## 1. Realización

Nada tiene importancia o significación jurídico penal mientras no ocurra un hecho humano, en el mundo externo circundante a un espectador –sea éste simple testigo o destinatario—lo que se denomina exigencia de «*objetividad de los hechos*».<sup>6</sup> Esto que parece tan obvio, antes pasaba desapercibido pues, según el anterior Código de Procedimiento Penal de corte inquisitivo, bastaba la simple *notitia criminis* para iniciar un proceso, el instructor solo estaba obligado a comprobar si lo denunciado se refería a un tipo de la parte especial del Código Penal y no como ahora que se debe actuar una mínima comprobación sobre la realización de lo denunciado. Se trata de «*constatar...si un hecho...ha tenido lugar...*»<sup>7</sup>, a eso llamo realización,

4 Cousiño Mac Iver, Luis, Derecho Penal Chileno, pág. 262

5 Cf. Díaz A. Clemente, El Cuerpo del Delito, en la Legislación Procesal Argentina, pág. 35

6 González Lagier Daniel, Los hechos bajo sospecha, pág. 70

7 Op. cit., pág. 72

aunque propiamente consista en su demostración.<sup>8</sup> Ahora bien, el tema no se refiere a la simple acción u omisión encasillable en una figura delictiva, es decir a lo que es objeto de calificación típica, sino a todo el complejo fáctico portador de innumerables elementos significativos, algunos de los cuales se expresan en su mera objetividad, otros, dada su naturaleza subjetiva, deberán ser esclarecidos mediante procesos de inferencia, «*pues la conducta delictiva como suceso concreto... registra datos... algunos cognoscibles a simple vista y otros no*»<sup>9</sup>, en todo caso, cumplimos con la noción del derecho penal del acto, si fijamos como premisa la realización de lo que en la teoría del conocimiento se denominan los hechos externos. Solo los acaecimientos<sup>10</sup> fácticos, percibibles e inteligibles tienen relevancia jurídico penal, siempre que de ellos quede algún rastro o memoria.

## 2. Memoria

Partimos de un objetivismo moderado, que admite que objeto y sujeto cognoscente interactúan en ese proceso que es el conocimiento, debiendo aceptarse que «no todas las propiedades de la realidad son independientes del observador o que no siempre tenemos acceso fiable

---

8 Cordero Acosta, José, Prólogo El juez ecuatoriano y el nuevo código de procedimiento penal, de Simón Valdivieso Vintimilla, III a VI.

9 Desimoni, Luis María, La evidencia en materia criminal, pág. 31

10 «Un acaecimiento, suceso, acontecimiento, etc.... es cualquier cosa que tiene lugar en el espacio-tiempo... un fenómeno es un acaecimiento o un proceso tal como aparece a un algún sujeto humano: es un hecho perceptible, una ocurrencia sensible...» Mario Bunge, citado por González Lagier, Luis, Op. Cit., pág. 73

al mundo»<sup>11</sup>, lo cual obliga a ser muy cautos, en la tarea de registro o memoria de los hechos materia de un proceso judicial. Pero una cosa es poner a «los hechos bajo sospecha, para determinar en qué medida podemos conocerlos con objetividad»<sup>12</sup> y, otra muy distinta, creer que todo conocimiento es engañosamente subjetivo, en especial el de los hechos objeto del procedimiento penal, los cuales generalmente dejan los suficientes rastros como para no poder compararlos con la piedra lanzada al estanque, cuyos efectos se manifiestan en fugaces ondas concéntricas. Cuando hablamos de memoria, nos referimos a que los acaecimientos o hechos externos al observador, en alguna forma se registran mediante huellas y señales, lo que en lenguaje forense se denomina evidencias, o sea, «lo que se ve bien [y]...se comprende por sí...»<sup>13</sup> las cuales se imprimen en un ámbito o lugar y que en alguna forma son aprehendidas en la mente de un observador. Se da entonces «la relación entre lo conocido y el conocimiento, el inteligible en acto y el intelecto...»<sup>14</sup>, existe por tanto, dos registros: el que dejan las cosas en las demás cosas y el que capta de las cosas la mente humana, todo lo cual se incorpora a ese gran almacén de datos que se denomina la memoria, integrada al más grande sistema operativo jamás imaginable, ya que puede «percibir el mundo, aprender, recordar y controlar acciones, pensar y crear nuevas ideas, controlar la comunicación con otros, crear la experiencia de los sentimientos, las intenciones y la autoconciencia...»<sup>15</sup>. Es importante anotar que, en las imágenes captadas puede darse recuerdo o reproducción, el recuerdo llamado también reconocimiento se da cuando la

11 González Lagier Daniel, op. cit., pág. 71

12 Op. cit., pág. 72

13 Desimoni, Luis María, op. cit.

14 Op. cit., pág. 43

15 Jonson – Lair, Philip N. El ordenador y la Mente, pág. 31

imagen «aparece como anteriormente vivida. La seguridad del reconocimiento es particularmente grande para los acontecimientos principales de la propia vida acompañados de numerosas circunstancias... la reproducción exige... en cambio de más fuertes asociaciones que el mero reconocer...requiere atención voluntaria en la recepción del excitante (aprender)...»<sup>16</sup>, se da en suma, la diferencia entre el conocer y el recordar, de tanta importancia en el tratamiento procesal, pues mientras el testigo recuerda, el investigador aprende. En todo caso, el conocimiento precede a la memoria, no existe memoria sin conocimiento, pero tampoco el conocimiento puede darse sin ayuda de la memoria ya que el acontecimiento no se procesa sin memoria. Modernamente y, tras superarse las teorías conductistas y, gracias al auge de la psicología cognitiva, se plantea la pregunta « ¿Qué procesan los procesos mentales?...la respuesta es un inmenso número de percepciones, ideas, creencias, hipótesis, pensamientos y recuerdos... Cada una de estas entidades son representaciones mentales o símbolos de uno u otro tipo»<sup>17</sup> que se albergan en el gran almacén de la memoria, todo o gran parte de esto debe aflorar o manifestarse en el proceso penal, merced a una demostración que utiliza ciertos medios.

### **3. La demostración y sus medios**

Demostrar significa probar, la noción de prueba trasciende al derecho y se extiende a todas las ciencias del saber humano, historiadores, sociólogos, periodistas, físicos, químicos, médicos psiquiatras y cualquier otro investigador deberá probar los hechos. En el derecho

---

16 Brugger Walter, Diccionario de Filosofía, págs. 360 y 361

17 Jonson – Lair, Philip N., op. cit., pág. 33

también se requiere de una tarea reconstructiva; pero, ya no sólo para demostrar la verdad o, al menos la certeza de un hecho, sino principalmente para convencer al juez sobre tal certidumbre, pues lo trascendental en cualquier proceso, no digamos en el penal, radica en lograr el mayor grado posible de esclarecimiento de los hechos, tarea tras la cual, solo resta la de menor dificultad consistente en aplicar el derecho.

Como afirma Hernando Devis Echandia «no solamente la prueba en su sentido general, procesal y extraprocesal, tiene un sentido polifacético... sino también en su aspecto puramente procesal...»<sup>18</sup>, es decir que, podemos concebir la prueba como actividad, como medios y como resultado. «Actividad cuando, [nos procuramos] un hecho físico [*que*] nos lleva al conocimiento de otro...físico o moral, y el que nos conduce al conocimiento de otro que no ha sido perseguido directamente, constituye la prueba de éste...»<sup>19</sup> Medio, cuando se hace referencia a un instrumento útil para la prueba, es medio todo lo que sirve para conocer cualquier cosa o hecho... testimonios, pericias, documentos, etc., por último, como resultado, se considera prueba al efecto de convicción logrado tanto en la mente del juez, como en la de cualquiera que valora lo actuado. En este trabajo interesa ocuparnos de la noción de prueba resultado, sobre todo en cuanto a la fijación de los hechos tanto objetivos como subjetivos del delito, o sea de la base fáctica de la ponderación jurídica del fallo de responsabilidad penal, sobre todo analizar el casi sacro principio de inmediación, demostrando la falacia de ciertas afirmaciones que lo hacen depender de lo que ocurra en el

18 Devis Echandia, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, pág. 20

19 Op. cit., en cita de Framarino Dei Malatesta, Nicola, Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, pág. 48

tribunal de mérito, como cansinamente se reitera en nuestra jurisprudencia. Ahora bien, el tema de los hechos en su relación con la prueba en sus significaciones de actividad, medios o resultados, es algo absolutamente vinculado a ciertas reglas o exigencias normativas, que sin menoscabo de la discrecionalidad de la actividad, la libertad de los medios y la obtención de la convicción resultante, hacen imposible determinar si el estamento en su determinación y significación puede reducirse a una simple cuestión de hecho o si implica también cuestiones de derecho.

#### **4. Crítica a la demostración y a la significación de los hechos**

##### **a. Fijación, fiabilidad y fuerza de los medios**

Para tratar sobre la fiabilidad y la fuerza de la prueba, es necesario -siguiendo a Juan Igartua Salaverría- precisar cierta terminología según la cual, la declaración de fulano es «fuente de prueba»; su testimonio (con sus aditamentos extra lingüísticos incluidos) constituye un «medio de prueba»; la sustancia probatoria que el juez... obtiene... de ese medio... se convierte en el «elemento de prueba»; y el «resultado de prueba» será el desenlace de las operaciones mentales por los que el juez concluye si el elemento de prueba demuestra o no el hecho investigado,,»<sup>20</sup> Siendo así, la fiabilidad y fuerza de los medios dependerán de factores tanto objetivos referentes a la idoneidad del medio para producir elementos de prueba, como subjetivos concernientes a la calidad y credibilidad de la fuente.

---

20 Igartua Salaverría, Juan, El comité de derechos humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio, pág. 109

Sobre la fijación, como queda analizado, el conocimiento de un hecho depende de su percepción e interpretación, pero tanto la percepción, como la interpretación advienen a nosotros mediante unos cauces probatorios, que son el testigo, la huella, la mancha de sangre, la pericia, etc. Lo fijado es lo probado o demostrado, ello implica no solo la utilización de medios, sino una evaluación de resultados, que la doctrina denomina la “sana crítica”, consistente en un discurso o argumentación racional sobre actuaciones y logros probatorios. En este discurso se ponderan argumentos, se verifica el correcto empleo de las probanzas en cuanto a su idoneidad y fiabilidad. Todo debe llamarse a capítulo si se quiere cumplir con la sana crítica, ésta viene a llenar el vacío que se daba en los sistemas de la tarifa legal o el de la íntima convicción del juez. Yo creo además que la sana crítica tiene como principal mérito el de constituir un correctivo a cualquier subjetivización del conocimiento, ya que si no podemos evadir del todo los problemas originados por la interdependencia entre la percepción y la interpretación –por un lado, «la percepción... de un hecho influye en la interpretación del mismo... por otro, nuestros esquemas de interpretación orientan a percibir unos aspectos de la realidad más que otros—»<sup>21</sup>, si podemos dar a conocer a los demás las razones de nuestras evidencias a fin de compartirlas y lograr aquello que se denomina el conocimiento ínter subjetivo, mediante el cual se logra la comunicación interhumana y todo desarrollo cultural, la historia demuestra que a pesar de las múltiples diferencias de percepciones e interpretaciones, debido a la pertenencia de los seres humanos a diferentes culturas y aún dentro de una misma cultura, «nuestras interpretaciones de los hechos son bastante análogas o compartidas»<sup>22</sup>

---

21 Op. cit., pág. 105

22 Op. cit., pág. 108

## **b) El aporte de la inmediación y su viabilidad**

Cuanto cuenta o cuanto contribuye el llamado principio (más bien situación) de inmediación al éxito de la fijación de los hechos y la valoración probatoria, es cuestión que depende de qué entendamos por inmediación y de qué clase de prueba en cuanto a la fuente y los medios se trate. Tradicionalmente, la inmediación sentaba sus raíces en el modelo inquisitivo, destacándose «la mejor calidad de la apreciación de la prueba... representada por el hecho de que el juez que había decidido en primera instancia, hubiera sido además, el instructor de la causa y gozando así del máximo de inmediación en todas sus fases»<sup>23</sup>... Se opinaba que, «La inmediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba...especialmente de testimonios, inspecciones judiciales, indicios... pero significa también que el juez no debe permanecer inactivo, ni hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las pedidas por las partes... y para ordenar oficiosamente otras»<sup>24</sup>. Hoy la discusión no se centra en negar las ventajas de la inmediación respecto a la apreciación de la prueba, puesto que el sistema acusatorio concentra la prueba en el juicio oral, correspondiéndoles a las partes –acusación y defensa— fundamentar sus pretensiones en constancias probatorias, pedidas y actuadas a su iniciativa, aunque controladas en cuanto a su legalidad por el juzgador, a quien corresponde su ulterior análisis, en consecuencia, a diferencia del anterior modelo inquisitivo, hoy, el juez no actúa, sino valora pruebas, a ello coopera la inmediación,

---

23 Ibáñez, Perfecto Andrés, Sobre prueba y proceso penal, pág. 51

24 Devis Echandía, Hernando, op. cit., pág. 128

cuya utilidad se manifiesta en las pruebas personales, ya que las reales o materiales: una huella dactilar, unas lesiones, unas manchas de sangre un registro y cotejo de ADN, no dependen para su eficacia de que su práctica sea contemplada por los juzgadores; no así las pruebas orales o declaraciones de personas, las cuales se acompañan de actitudes portadoras de datos significativos «la prontitud de las respuestas, la linealidad o las rectificaciones en el discurso, el timbre de voz, la expresión de la cara, la gesticulación, la tranquilidad o el nerviosismo, el titubeo o la contundencia, etc., cuya producción y captación se encuentran estrechamente ligadas a la intermediación» Todo lo cual, son situaciones a tomarse en cuenta. «En otros términos, la intermediación es una técnica que sirve para extraer de la fuente de prueba todas las informaciones relevantes», sin embargo, constituye un error condicionar la valoración de lo lingüístico a lo escénico «el azoramiento, la tartamudez, el nerviosismo, etc., son parte de la prueba, por tanto y por lo pronto datos a valorar, no criterios para valorar»<sup>25</sup>. Ahora bien, se ha llegado a afirmar que la percepción dada en la audiencia oral del juicio es única e irrepetible, así se colige, por ejemplo, de la opinión de Enrique Basigalupo cuando dice «el criterio de la Audiencia se basa...en su propia percepción de las declaraciones, que —como es sabido—no puede ser objeto de revisión por un tribunal que no vio con sus ojos ni oyó con sus oídos las declaraciones de los testigos y del acusado»<sup>26</sup>. Pues, si bien es verdad que esto puede ocurrir cuando no se aplican las modernas tecnologías electrónicas y audiovisuales de registros de datos y escenas, hay que tener mucho cuidado en supervalorar gestos, actitudes y expresiones, en primer lugar por ser absolutamente

---

25 Op. cit., pág. 109

26 Cit. por Juan Igartua Salaverría, op. cit., pág. 87

manipulables, de eso la publicidad da buena cuenta, por algo se habla de sobreactuar, fingir, teatralizar y hasta de venta de imagen; en segundo lugar, porque la percepción e interpretación de los hechos puede depender de la mayor o menor concentración y/o predisposición del observador, así, mientras el testigo depone el juzgador, puede tener su mente ocupada en otros temas, o su mirada clavada en una atractiva espectadora, o sea que la mismísima intermediación puede ser desaprovechada por la mente humana, no así por los registros audiovisuales, para ser aprovechada en un control casatorio.

No siendo entonces afirmaciones inmutables el que la intermediación solo pueda darse en la audiencia oral y aquella de la fugacidad de las expresiones que acompañan al mensaje verbal, ya que casi todo puede registrarse y reproducirse, hoy en día, incluso con mayor fidelidad (captándose múltiples planos de visión, matices de voz y demás actitudes, que escapan a la simple percepción sensorial humana) debe admitirse que puede darse hasta un mayor contacto con los eventos de prueba, cuando estos se valoran conforme con una variedad de datos, logrados con el empleo de medios electrónicos audiovisuales, con los que se puede inclusive captar imágenes y actitudes de los jueces en la Audiencia, para comprobarse si, efectivamente mantenían atención en el evento o les embargaba un evidente aburrimiento. Debe entonces aceptarse que la intermediación, en cuanto posibilidad de contemplación de la prueba, en su gestación, puede darse a posteriori, gracias a un registro que llamaríamos virtual. –incluso más fiel y completo que el grabado en la poco fiable memoria de los jueces— y al cual si es posible que el Tribunal Superior tenga acceso.<sup>27</sup> Es verdad que nunca

---

27 Discrepo de Juan Igartua Salaverría, en cuanto acepta aquello

se podrá practicar idéntica prueba, (lo actuado, actuado queda) pero que si se puede tomar íntimo contacto con su escenificación, ventajosamente, mediante apoyos tecnológicos conseguimos la perennidad de la memoria. Es necesario, además afirmar que, la fijación de los hechos, su percepción e interpretación dependen de la buena calidad de la prueba empleada, para demostrar la existencia de los elementos relevantes en la solución del caso, indudablemente la intermediación ayuda a esta tarea, pero no la sustituye.

### **III. Naturaleza de las normas sobre la crítica de los hechos**

Si tanto para la fijación de los hechos, como para su valoración procedemos mediante procesos lógicos de inferencia, así como recurrimos a datos de la ciencia o a normas de la experiencia, y todo esto acata una regla procesal suprema que es la aplicación de la sana crítica, es obvio que no nos desenvolvemos solo en el ámbito de lo puramente fáctico, lo cual nunca por otra parte se da, incluso en las constataciones experimentales de las ciencias duras. Algo más, influido como está actualmente, el Derecho Penal por la teoría de la imputación objetiva, que se ha expandido a la determinación normativa del dolo, de qué hechos, o sea acaecimientos de pura verificación empírica estamos hablando, «la posibilidad de de que «los tribunales del recurso (apelación y casación) no se encuentran en situación de participar en una puesta en común intersubjetiva con el tribunal de instancia por la arrolladora razón de que no han asistido a la declaración oral y, por eso, carecen de referencia directa para fiscalizar si el órgano de instancia ha percibido bien, ha percibido todo o ha acentuado su percepción donde debía».

revisar algunas cuestiones probatorias ha sido admitida con base en la idea de que determinadas valoraciones sobre la fijación de los hechos probados contenidos en las sentencias de instancias no pueden considerarse como una mera constatación de datos fácticos»<sup>28</sup>...sobre todo las demostraciones de hechos psicológicos, que conllevan juicios de valor, «cuya ubicación idónea son los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia.»<sup>29</sup> Hemos visto también que el conocimiento es un producto de percepciones e interpretaciones, que no basta «recibir pasivamente una estimulación sino procesarla...»<sup>30</sup>, así, según un «trasfondo»<sup>31</sup> cultural existente, seleccionamos, clasificamos y valoramos hechos, no pudiendo darse valoración alguna sin normas de valoración, es decir sin lógica, ciencia o experiencia; los hechos, por tanto, no se reducen a meros acaecimientos que se graban por sí mismos, sino a fenómenos resultantes, en los que cuentan y mucho los aportes valorativos del sujeto cognoscente, por tanto la fijación de los hechos y, no digamos, su valoración requiere de procesos normativos, en los cuales es casi imposible diferenciar si tratamos con datos puramente objetivo materiales, con procesos subjetivos, o temas puramente normativos; recordemos la afirmación del Juez Frank cuando dice «Los hechos son ambas cosas: subjetivos y objetivos».<sup>32</sup> Todo esto se ve con mayor claridad a la hora de motivar los fallos, es decir cuando se tienen que exponer los fundamentos de las conclusiones a las que se arriba, lo que se resume en el ejercicio de la sana crítica. «Por el positivismo dogmático,

28 Ragués I Vallés, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal, págs. 370, 371

29 Op. cit., pág. 371

30 Igartua Salaverría, Juan, op. cit., pág. 106

31 Op. cit., pág. 106

32 Frank, Jerome, Derecho e incertidumbre, pág. 65

con su vanalización de las dificultades de la interpretación y la consecuente negación de autonomía conceptual y relevancia a la cuestión de hecho en la experiencia jurídica y, muy particularmente, en la procesal, se ha dado un contexto en el que de la afirmación de la inexistencia de reglas legales de valoración probatoria, a la afirmación de la inexistencia de reglas de cualquier clase en la materia, no había más que un paso, que se dio con facilidad. Es como emerge el juez que llega hasta nosotros, tributario de cierta interpretación de conveniencia del *da mihifactum ...* , y de una confortable concepción de la convicción judicial como experiencia mística o casi». <sup>33</sup>

#### **IV. La fundamentación del fallo o ejercicio de la sana crítica**

Perfecto Andrés Ibáñez recuerda que en un texto...de finales de los 60 podía leerse «no hay porqué razonar, y sería procesalmente incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador o de los sentenciadores...» <sup>34</sup> Este mismo autor recuerda una jurisprudencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español, que declaraba «el tribunal debe abstenerse de recoger en su narración histórica la resultancia aislada de las pruebas practicadas...y con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley le concede para dicha valoración y que debe parecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones ...el tribunal no puede ni debe dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones

---

33 Ibáñez, Perfecto Andrés, Sobre Prueba y Proceso Penal, 57

34 Op. cit., pág. 56

fácticas...»<sup>35</sup> Hoy, al contrario, la motivación tiene rango constitucional, ya no sólo para las sentencias judiciales sino para toda resolución emanada de autoridad, según el Art. 24 de la C. E.

*Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:*

*13. Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...*

El deber de motivar no es solo un freno al autoritarismo y a la arbitrariedad, sino una respuesta a la necesidad de que lo resuelto deba ser comunicado para su comprensión y cumplimiento, comprensión que no puede darse si no se explica sobre todo, en forma racional e inteligible, a los destinatarios el cómo se obtuvo la convicción sobre los hechos, ya que la aplicación a estos de la ley pertinente es tarea menos complicada. Ya antes se ha explicado, sobre la complejidad del proceso cognitivo, los hechos no advienen a la mente con indiscutible certidumbre, sino a través de mediaciones<sup>36</sup>, esto es por intervención de pruebas personales y reales, cuyos resultados dan esa certeza razonable que fundamenta un fallo. Explicar la correcta utilización y

35 Ibáñez, Perfecto Andrés, Op. cit. pág. 57

36 En este sentido la "inmediación", entendida como algo que no ha sido "mediado" o que es percibido como conocimiento puro, algo así como clarividencia mística, es inadmisibles en el proceso penal, ello tal vez puede darse en la inspiración poética.

valoración de tales mediaciones, no tendría, por otra parte, trascendencia alguna si no se abriese la posibilidad de su rectificación fundada en aceptables cuestionamientos sobre su coherencia. Esto es algo tan elemental, como que las razones que no puedan cuestionarse no son tan racionales, pues si lo fueran resistirían a cualquier cuestionamiento, en suma sana crítica, es solo la que sale indemne de cualquier ulterior sana crítica, de no ser así se consagraría una indefección ante el error, una intangibilidad de la valoración efectuada por el juez de primer grado, aun en el caso, no descartable, de cambios de las premisas aportadas por las reglas de la ciencia y la experiencia. La motivación, por tanto, constituye una condición de existencia del fallo y como tal está reconocida en la Constitución y en el Código de Procedimiento Penal, a cuyo tenor:

**Art. 304-A.- Reglas Generales.-** *La sentencia debe ser motivada y concluirá condenando o absolviendo al procesado. Cuando el Tribunal tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo dictará sentencia condenatoria. Si no estuviere comprobada la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o existiere duda sobre tales hechos, o el procesado hubiere acreditado su inocencia, dictará sentencia absolutoria.*

**Art. 309.- Requisitos de la sentencia.-** *La sentencia deberá contener:*

- 1. La mención del tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta; el nombre y apellido del acusado y los demás datos que sirvan para identificarlo;*
- 2. La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho*

- punible y de los actos del acusado que el tribunal estime probados;*
3. *La decisión de los jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho;*
  4. *La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas;*
  5. *La condena a pagar, los daños y perjuicios ocasionados por la infracción; y,*
  6. *La firma de los jueces.*

Pero si reconocemos que la existencia de la sentencia depende de la motivación, la suerte de la resolución está condicionada a la sostenibilidad o sustentabilidad de todo este andamiaje dialéctico que es la motivación, no pudiendo aceptarse racionalmente tal sustentabilidad si no existe oportunidad alguna de someter a ulterior examen su parte fundamental referida a las cuestiones de hecho, de allí que predicar la intangibilidad de la valoración probatoria hecha por los jueces del Tribunal Penal resulta contradictorio con la fiabilidad de la motivación.

## **V. Cometido o razón de la impugnación y sus límites reales y jurídicos**

No entramos al análisis de la naturaleza o los fundamentos del derecho a impugnar, aunque en líneas anteriores se haya demostrado cuáles son los fines y las consecuencias de la motivación, siendo quizá la más importante de ellas el poder someter a prueba<sup>37</sup> el fallo. Sin

---

37 Utilizo el vocablo en el sentido de que el fallo pueda ser sometido a prueba de errores, es decir a una suerte de control de calidad.

perjuicio de que la impugnación procesalmente signifique una garantía necesaria a la situación de inocencia, interesa destacar que suele tener algunos cauces, tales son los recursos de apelación, de nulidad, de casación y, de revisión<sup>38</sup>, para los efectos del presente trabajo nos concretamos en la casación, ya que, además, la apelación, hoy en día está limitada a los juicios de acción privada, al auto de prisión preventiva, o a los de sobreseimiento.

A la zaga de la evolución del recurso en derecho comparado y de las exigencias de los pactos internacionales sobre derechos humanos, entre nosotros, se sigue manteniendo una interpretación que limita la casación a las finalidades de establecer la uniformidad de la jurisprudencia, consagrar el imperio de la ley y rectificar el agravio sufrido por el recurrente en casación, restringiendo en todo caso el objeto de examen y resolución casacionales exclusivamente a los temas de violación de ley en el fallo impugnado y, además, que tal violación se dé en la sentencia, según prescribe el 349 del CPP:

*El recurso de casación será procedente para ante la Corte Suprema de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya en fin, por haberla interpretado erróneamente.*

Según palabras de uno de nuestros tratadistas «No cabe excusa alguna para que el recurso de casación se convierta en recurso de apelación cuando la respectiva Sala ilegalmente hace un estudio completo del proceso y no solo

---

38 Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge, Jurisprudencia Especializada Penal, pág. 1

de la sentencia como es su deber»<sup>39</sup>, en diferente opinión se dice sobre la casación que «es la historia de la atribulada búsqueda de una identidad, ya que originariamente no debía siquiera ser un órgano jurisdiccional, sino paralegislativo: custodio de la ortodoxia normativa, de la interpretación única y verdadera de la ley; después se ha convertido en juez de la legitimidad del proceso; ahora se está transformando en juez último del hecho. Por tanto, la casación ha irrumpido victoriosa en la antaño ciudad prohibida de los hechos»,<sup>40</sup> esto se debe a las exigencias mismas del debido proceso, pues al eliminarse, en nuestro sistema, la segunda instancia (de apelación) en materia penal, como, si no es ampliando del control casatorio, se puede garantizar al acusado el derecho reconocido en el Art. 14, 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 8, 2º, h) de la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos que exigen una doble instancia a su favor, la cual no debe limitarse a examinar simples defectos formales de la sentencia de primer grado, sino analizar los temas de fondo o de mérito que fundamentan la condena. A veces las discusiones jurídicas se enredan en filigranas conceptuales desconocedoras del carácter instrumental del derecho, sobre todo del procesal penal, éste debe servir a la realización de la justicia agotando las posibilidades de lograr grados de certeza en las decisiones, el fallo justo es el que deviene de un proceso exhaustivo y acertado en cuanto a valoración probatoria de los hechos. No tiene importancia alguna debatir sobre cuál es el cometido impugnativo de la casación sino determinar si a su amparo se puede lograr un efectivo control del fondo de una decisión, si no es así estamos incumpliendo con el debido proceso, siendo necesario entonces restablecer la apelación como mecanismo idóneo para tal cometido.

---

39 Op. Cit., págs. 2 y 3

40 Igartua Salaverría, Juan, Op. Cit., pág. 42

Pasemos a desenredar el tema, esclareciendo qué corresponde a cada recurso, siendo un dato previo recordar las siguientes operaciones procesales, relativas a las cuestiones de hecho, actuación de prueba, valoración probatoria y motivación de la resolución. Si un sistema de apelación permite nueva producción de prueba, estaríamos prácticamente ante un nuevo juicio, como ocurre en nuestra segunda instancia en materia civil, si solo se permite penetrar en la valoración realizada por el juez de primer grado, con la consiguiente posibilidad de revocarla y reemplazarla por otra hablaríamos de una apelación limitada o en mérito de autos<sup>41</sup>. Respecto de la casación, hoy no se la puede reducir a un simple control de la pureza legal, sino más que nada, de la justificación de la valoración efectuada por el inferior pudiendo anularla, toca entonces, haciendo eficaz la sana crítica, comprender que el paso innovador para resguardo del debido proceso radica en el imperativo de la motivación, la cual forzosamente tiene que abarcar un correcto tratamiento de las cuestiones de hecho en el proceso; es decir corrección de fijación y corrección de las inferencias, ya que la otra premisa del silogismo es el derecho aplicable al caso. Se trata en suma de verificar la correcta «conexión entre la labor probatoria y la ponderación jurídica...».<sup>42</sup> Sin reventarle las costuras a nuestro actual recurso de casación, nada indica que en su ámbito esté vedada la realización de una nueva valoración de la prueba ya practicada y valorada en primera instancia, sobre todo si descartamos ese mito de

41 Quiero insistir, aunque muchos no compartan mi opinión, que la famosa inmediatez no necesariamente es conculcada en una apelación sin nuevo aporte de pruebas, claro está si se toman las precauciones de registros audiovisuales de lo actuado en la audiencia.

42 Döhring, Erich, La prueba su práctica y apreciación, pág. 13

que la intermediación depende de los sentidos no siempre tan atentos de los jueces de la audiencia y, además, superamos la infundada autonomía entre los hechos y el derecho, la cual sería indiscutible si aquellos se manifestaran con tal evidencia, que haría superflua cualquier demostración de su existencia. Sin embargo, como esto casi nunca ocurre, será necesario investigar y demostrar lo fáctico de acuerdo a métodos fiables que el derecho hace suyos (demostraciones jurídicamente aceptables), en suma, los hechos dependen del derecho, como el derecho aplicable al caso penal (tipo y demás caracteres) depende de los hechos, por lo cual, tanto es violación de ley, el calificar de homicidio hechos de autoinmolación, como cometer errores en la demostración de indicios y ulteriores inferencias que conduzcan a una constatación equivocada de los hechos haciendo aparecer como muerte causada por otro (homicidio), lo que realmente se trata de una autoinmolación, pudiendo afirmarse que nuestra casación sí posibilita el control y rectificación de estas falacias<sup>43</sup>.

En suma, hago más las opiniones que transcribo «... en lo relativo a los medios de impugnación... conforme a los Arts. 1.1, 8.1, 8.2, apartado h y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hay...un derecho a recurrir el fallo adverso ante el Juez o Tribunal Superior, cualquiera sea la denominación del medio otorgado, pero que debe ser eficaz a los fines de poder articular los cuestionamientos y agravios que lo sustentan... Dicho contralor queda reservado, en último término, en calidad de garantía de un doble contralor legitimante de la sentencia condenatoria, para el imputado... En ningún

---

43 Diríase que no solo es tema de derecho la ley que se aplica al caso, sino los procesos de constatación del caso.

supuesto pueden invocarse por los órganos jurisdiccionales razones formales de improcedencia o inadmisibilidad que cercenen o impidan lograr en los casos concretos esa función de contralor y legitimación...».<sup>44</sup>

## **VI. Sobre la jurisprudencia ecuatoriana**

Aunque se dan fallos contradictorios, por lo general las salas de lo penal de nuestra Corte Suprema siguen manteniendo el criterio tradicional de la casación limitada al error de derecho, así se consigna en los siguientes fallos:

**24-09-2003**

*“El recurso de casación según sostiene nuestra doctrina judicial, no constituye propiamente nueva instancia. Tiene como objeto principal analizar la sentencia impugnada, para determinar si existe la violación de la ley que alega el recurrente. No puede la Sala de Casación hacer nueva valoración de la prueba, además de que le está vedado calificar los hechos...”*

**12.nov-2003**

*CASACIÓN, VALORACIÓN DE LA PRUEBA: El recurrente pretende que la Sala vuelva a examinar la prueba... Ajeno a la naturaleza del recurso de Casación es volver a examinar la prueba - expresa la Sala-, ya que no se trata de una apelación de la sentencia dictada por el Tribunal Penal. La Casación Penal tiene por objeto fundamental*

---

44 Chiara Díaz, Carlos, Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal, pág. 746

*establecer, si es del caso, violaciones a la ley en el fallo recurrido, que pudieran derivarse de una contravención expresa al texto legal, o por haberse hecho una falsa aplicación o una interpretación errónea de la norma...*

**12-nov-2003**

*CASACIÓN, VALORACIÓN DE LA PRUEBA: Los recurrentes, por un lado el acusador reclama se condene al acusado por robo, mientras que el acusado pide se concluya que la acusación es temeraria y maliciosa, afirmando que se ha valorado la prueba en perjuicio de las partes... La Sala expresa que, el recurso de casación no permite hacer un reexamen del caudal probatorio apreciado por el Tribunal Penal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, este recurso únicamente permite la corrección de errores de derecho que pudieron haberse cometido por el juzgador al transgredir el texto de la ley, o hacer una errada aplicación o interpretación de la norma...*

**21-ene-2004**

*El recurso de casación es de naturaleza extraordinaria para resolver solo las cuestiones de derecho, a tal punto que el examen de los hechos quedan total y absolutamente eliminados de la esfera jurídica ...*

**10-02-2004**

*“ ... Como medio de impugnación privilegiado, este recurso persigue se declare la ilegalidad de la sentencia como consecuencia de la comprobación de los vicios que la parte recurrente le impute al*

*fallo. Corresponde..., a la Sala, analizar el fallo definitivo y contrastarlo con la norma sustantiva utilizada, a fin de determinar si ésta ha sido o no acertadamente aplicada. Por su carácter especial y extraordinario, en casación está vedado examinar la totalidad del proceso ...*

Sin embargo ya se admite examen de valoración probatoria en los siguientes fallos:

**3-sep-2003**

**VALORACIÓN DE LA PRUEBA:** *La recurrente manifiesta que al no realizarse un análisis completo de las circunstancias de descargo, el juzgador se apartó de las reglas de valoración de la prueba conforme a la sana crítica, irrespetando los artículos 64 y 326 del Código de Procedimiento Penal de 1983 aplicable al caso; alejándose de lo que debe contener la sentencia en cuanto a la comprobación de la existencia de la infracción, así como de la culpabilidad del sentenciado... La Sala encuentra evidentes contradicciones en la determinación de la procedencia de las pruebas constantes del proceso y en la parte expositiva y motiva del fallo controvertido, por lo que, en efecto, se violan los artículos citados por la recurrente, más aún en atención a las condiciones personales y la edad de la recurrente que vuelven incontrovertible la duda del juicio, ya que corresponde al Estado a través del Ministerio Público comprobar sin dudas y habilitando la certeza del juzgador, la culpabilidad de la procesada. Se ha violado el artículo 24, numeral 7 de la Constitución, expresa el Tribunal de Casación.*

**25-nov-2003**

**VALORACIÓN DE LA PRUEBA, PRINCIPIO DE CONCORDANCIA:** *Está en entredicho la valoración de la prueba, la cual no es concordante con el contenido de la sentencia. La Sala descubre del análisis de los autos que hay contradicciones graves entre las pruebas actuadas, las cuales no pueden conducir inequívocamente a la conclusión que ha llegado el juez de instancia, por lo cual, en aplicación del principio de concordancia de la prueba, la sentencia pierde todo sustento y viola la aplicación de la sana crítica a la prueba así actuada.*

## **VII) Jurisprudencia extranjera**

Dada la limitada extensión de este trabajo, paso a reseñar dos casos paradigmáticos sobre la relación entre casación y cuestiones de hecho, que por lo demás hacen relación con los pactos internacionales sobre la materia, casos de opiniones encontradas, por lo cual dan una excelente información sobre el estado actual del tema.

### **El caso Cesáreo Gómez Vázquez**

Cesáreo Gómez Vázquez, fue condenado por la Audiencia Provincial de Toledo como responsable del delito de asesinato en grado de frustración a la pena de doce años y un día de reclusión menor. La Segunda Sala del Tribunal Supremo deniega la casación, en base fundamentalmente, a no admitir en esta sede una nueva valoración de la prueba, lo cual se colige de los siguientes argumentos:

*Aún a fuerza de repetitivos se ha de insistir en que de modo reiterado y hasta la saciedad, tanto la jurisprudencia de esta Sala, como la del Tribunal Constitucional, ha venido proclamando de modo constante que para que pueda tener viabilidad ese principio presuntivo es imprescindible<sup>45</sup> que de lo actuado en la instancia se aprecie un verdadero vacío probatorio, debiendo decaer o quebrar cuando existan pruebas, bien directas o de cargo, bien simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatoria, siendo también de destacar en este orden de cosas **que tales pruebas corresponde ser valoradas de modo exclusivo y excluyente por el Tribunal a quo**,<sup>46</sup> de acuerdo con lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal....*

*... Ahora bien, aunque lo verdaderamente pretendido sea la aplicación del principio in dubio pro reo, la solución desestimatoria es la misma, pues olvida la parte recurrente que este principio no puede tener acceso a la casación por la razón obvia de que ello supondría valorar nuevamente la prueba, valoración que, como hemos dicho y repetido, nos es impermissible.*

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, el 20 de julio de 2000... toma nota de los argumentos del autor respecto a una posible violación del 14.5 del Pacto, al no volver a evaluar el Tribunal Supremo las circunstancias que llevaron a la Audiencia Provincial a condenarle. El

45 Se refiere a la presunción de inocencia (La nota es mía)

46 La negrita es mía: pretendo destacar aquello de negar en casación la revisión de la valoración hecha por el inferior.

Comité nota también que según el Estado Parte el Tribunal Supremo sí revisó la valoración de las pruebas del tribunal sentenciador. No obstante la posición del Estado parte de que las pruebas fueron revisadas en casación, y sobre la base de la información y documentos en manos del Comité, éste reitera el Dictamen del caso Cesáreo Gómez Vázquez y considera que la revisión no es completa de acuerdo con el artículo 14.5 del Pacto. El Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo al párrafo 4, del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos examinados revelan una violación del párrafo 5, del artículo 14 del Pacto....

Así resultó observado el Estado Español, aunque una buena doctrina, al comentar lo ocurrido, demuestra que no se trata de concluir en la falta de idoneidad de la casación española para adecuarse a las disposiciones del Pacto que exigen de una segunda instancia revisora completa, sino de algo atribuible únicamente al caso concreto juzgado.<sup>47</sup>

### **El caso Matías Eugenio Casal<sup>48</sup>**

Antecedentes:

*El Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 de la Capital Federal condenó... a Matías Eugenio Casal a la pena de cinco años de prisión, con costas, como coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas...la defensa del nombrado dedujo recurso de casación, invocando*

47 Ver la obra tantas veces citada de Igartua Salaverría, Juan  
48 Datos tomados del Material entregado por el Dr. Carlos Chiara Díaz, para el Módulo “Derecho Procesal Penal, Especialización y Maestría en Derecho Penal”

*la causal prevista en el Art. 456, inc. 1° del Código Procesal Penal de la Nación. El rechazo del recurso interpuesto provocó la presentación de la queja ante la Cámara Nacional de Casación Penal, la que corriera igual suerte...Contra dicha resolución se dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja...*

La resolución invoca<sup>49</sup>:

*Que la Sala 11 de la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar la queja del impugnante, expresó que la presentación recursiva, más allá de la forma en que fuera planteada, tenía por objeto la modificación de la calificación atribuida al delito, lo que tornaba improcedente la viabilidad del recurso de queja, ... por cuanto del modo en que los impugnantes han introducido sus agravios, sólo revela su discrepancia con la manera en que el Tribunal a quo valoró la prueba producida y estructuró, la plataforma fáctica ... atribución que le es propia y que resulta ajena ... “ a la revisión casatoria... que... corresponde apuntar que resulta improcedente en esta instancia provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, toda vez que el valor de las pruebas no está prefijado y corresponde a la propia apreciación del tribunal de mérito determinar el grado de convencimiento que aquéllas puedan producir, quedando dicho examen excluido de la inspección casacional ..”*

---

49 Me permito solo transcribir los considerandos de interés al objeto de este trabajo.

Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

*Que... se debate el alcance otorgado al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrada por el Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forman parte de la Constitución Nacional, a partir de su inclusión en el Art. 75, inc. 22.*

*[Que]...En virtud de lo antedicho, y hallándose cuestionado el alcance de una garantía de jerarquía de derecho internacional... puesto que la omisión en su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional...*

*[Que]...la casación fue la instancia que no entendía de hechos, sino sólo de la interpretación de la ley, para que ésta no se distorsionase en su aplicación, con el objetivo político de garantizar la voluntad del legislador y reducir al juez a la boca de la ley...*

*.[Sin embargo]...hoy [No]... puede afirmarse que la interpretación limitada originaria siga vigente en el mundo. La legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparadas muestran en casi todos los países europeos una sana apertura del recurso de casación hasta abarcar materias que originariamente le eran por completo extrañas, incluso por rechazar la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, tan controvertida como difícil de sostener.*

*[Que]... No existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación*

*de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta.*

*[Que]...el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable... lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación... Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso...*

*[Que]... se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación...lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación.... Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición...*

*[Que]...en modo alguno existe una incompatibilidad*

*entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la intermediación... [Que] cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática... y... es poco menos que inoperante...Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración... la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que postula...*

## El Fallo

Declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la resolución recurrida.

Hasta aquí he transcrito, en un apretado extracto, lo que considero que fundamenta una doctrina innovadora sobre la casación, en relación a los temas desarrollados en este trabajo, respecto a la diferencia entre la valoración probatoria y su control y a la imposibilidad de un pleno deslinde entre cuestiones de hecho y derecho, todo conducente a demostrar que la casación pueda admitir un amplio control sobre la valoración probatoria actuada en el fallo recurrido, comprensivo del proceso de esclarecimiento de los hechos.

## **Conclusiones:**

Desde que se instituyó el sistema procesal penal oral acusatorio, se ha venido coartando un verdadero como amplio control sobre lo actuado en la Audiencia, cuando mucho se ha mantenido el recurso de casación limitado a la legalidad de las sentencias;

Si lo resuelto por el Tribunal de Mérito, por obligación constitucional y legal debe venir motivado, no puede darse motivación, dada su función fundamentacional, a la que deba dispensarse de un examen exhaustivo, comprensivo de lo ontológico y lo normativo;

La obligación de un doble control (doble conforme o doble confronte), a parte de las razones antes señaladas proviene de las exigencias del debido proceso, no siendo verdad, como parece afirmar una opinión sobre el caso Cesáreo Gómez Vázquez, que la situación de inocencia (mal llamada presunción) se mantiene hasta la primera sentencia, antes de decir la última palabra de cosa juzgada, hay que revisar todo lo revisable;

Nadie discute las ventajas de la inmediación en cuanto a la fijación de datos, únicamente se precisa que la situación de inmediación ya no depende, como hasta no hace muy poco sucedía, de la sensopercepción de los jueces del Tribunal de Audiencia, ventajosamente la moderna tecnología perenniza imágenes y sonido que pueden ser reproducidos ilimitadamente;

En consecuencia de lo antes dicho, el control casatorio no tiene los límites de la inmediación, sino de la imposibilidad de repetir las pruebas. Ello sólo es posible en revisión (pero

entonces penetramos en los lindes de otro recurso), pero eso no afecta al control de lo actuado, debiendo tenerse muy clara la diferencia entre la producción de la prueba, su valoración y la verificación de su valoración o examen de la motivación;

Ante la pregunta sobre si nuestra casación en su texto legal, puede abarcar control de valoración probatoria y además cuestiones de hecho, la respuesta es afirmativa, ya que también se viola la ley cuando se tratan inadecuadamente los hechos, pues ello supone necesariamente violar el criterio normativo de la sana crítica.

Resulta indispensable reclamar un mayor esmero, de todo el aparato procesal penal, en tratamiento de los hechos, desde las investigaciones iniciales a cargo de la fiscalía, hasta la exigencia de una real producción de prueba en el plenario, ya que en la audiencia, muchas veces se convalida como si fuese prueba un memorial de datos, mediante eufemismos como aquel de “judicializar” lo actuado en la instrucción fiscal, esta inadmisibles práctica engendra un viciado sucedáneo de verdadera prueba.

Para terminar, nuestro Máximo Tribunal debe actualizar sus conocimientos sobre la moderna doctrina en materia de impugnación, que hace de los recursos instrumentos de realización de la justicia, en vez de mantenerlos como fórmulas rituales, tributarias de obsoletas teorías, superadas por la concepción del actual Estado Democrático de Derecho, que privilegia un sistema expansivo de tutela de los Derechos Humanos.

## Bibliografía

Brugger Walter, Diccionario de Filosofía, Editorial Herder, Barcelona, 1983

Cousiño Mac Iver, Luís, Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975

Charria Díaz, Carlos Alberto y Obligado, Daniel Horacio Garantías, medidas cautelares e impugnación en el proceso penal, Editorial Jurídica Nova Tesis, Rosario, 2000

Cordero Acosta, José, Prólogo al libro El juez ecuatoriano y el nuevo código de procedimiento penal, de Simón Valdivieso Vintimilla, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2003

Desimoni, Luis María, La evidencia en materia criminal, Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2001

Devis Echandía, Hernando Teoría General de la Prueba Judicial, Víctor P. Zavallá -Editor, Buenos Aires 1974

Díaz, Clemente A., EL CUERPO DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL ARGENTINA, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1965

Dóhring, La prueba. Su Práctica y Apreciación, Ediciones jurídicas, Berlín, 1964

Frank, Jerome, Derecho e Incertidumbre, Distribuciones Fontamara S. A, México, 1991

González Ayesta, Cruz, Inmediación y mediación en el conocimiento de la verdad, (la perspectiva de Tomás de Aquino) [www.e-aquinas.net/pdf/gonzalez\\_ayesta.pdf](http://www.e-aquinas.net/pdf/gonzalez_ayesta.pdf)

González Lagier, Daniel, Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. [http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digital/filo/test/analisis\\_2000/gonzales.pdf](http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digital/filo/test/analisis_2000/gonzales.pdf)

Ibáñez, Perfecto Andrés, Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12\\_08.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_08.pdf)

Ibáñez, Perfecto Andrés, Sobre prueba y proceso penal. [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones\\_05.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_05.pdf)

Igartua Salaverría, Juan, El comité de derechos humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio. Editorial Civitas, Madrid, 2004. [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones/discusiones\\_05.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones/discusiones_05.pdf)

Pérez Barbera, Gabriel, Casación penal y posibilidad de control. [www.eldial.com/.../tcdNP.asp?id=2914&id\\_publicar=2755&fecha\\_publicar=15/05/2007&camara=Doctrina-338k](http://www.eldial.com/.../tcdNP.asp?id=2914&id_publicar=2755&fecha_publicar=15/05/2007&camara=Doctrina-338k).

Ragués I Vallés, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal., J.M. Bosch Editor, Barcelona 2001

Ruiz Jiménez, Joaquín, Apuntes tomados por José Cordero Acosta de las clases de Filosofía del Derecho, Madrid 1964

Zavala Baquerizo, Jorge, Jurisprudencia especializada Penal, Tomos I y II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2006



# **LA REFORMA DEL RÉGIMEN CONCURSAL**

**Santiago Andrade Ubidia**

Doctor en Jurisprudencia

Vicerrector de la Universidad Andina Simón Bolívar



## **1.- INTRODUCCIÓN:**

El régimen concursal en Ecuador es anacrónico, oscuro, incompleto, lento, ritualista, ineficiente y anárquico, lo que permite que prosperen toda clase de incidentes que complican e inclusive imposibilitan la liquidación ordenada del activo y del pasivo del deudor concursado, así como que los acreedores se enteren, con la brevedad del caso, cuál es la real posibilidad de recuperación de sus acreencias. Inclusive aquellas normas de reciente factura, como las contenidas en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF), en lugar de simplificar y acelerar el proceso de reactivación o de liquidación de las instituciones financieras en situación irregular, lo han complicado hasta extremos aberrantes, que constituyen verdadero escándalo nacional y que viene determinando el que no se sepa el paradero de ingentes recursos de depositantes y del propio Estado, permitiendo la impunidad de los responsables de la quiebra del sistema financiero nacional.

La falta de un adecuado ordenamiento legal para la insolvencia provoca inseguridad jurídica, lo cual desalienta a los inversionistas, y genera enormes costos que los paga toda la sociedad, siendo uno de los factores capitales para que el país no sea competitivo y se acentúe su subdesarrollo y dependencia. Es criterio general que se necesita que, con la mayor brevedad posible, se emprenda en la reforma integral de nuestra caduca e ineficiente legislación sobre quiebras y concursos de acreedores, pensando en que las empresas productivas cumplen con un rol capital dentro

de la economía y que, por lo tanto, el cuadro normativo ha de prever los mecanismos que permitan el rescate de las empresas que se encuentran en dificultades financieras pero que sean económicamente viables y puedan realizar un aporte positivo a la economía nacional, pero que también establezca un cuadro normativo que posibilite la liquidación ordenada y con el mayor ahorro posible de las empresas ineficientes o no viables, a fin de no agravar los efectos de la quiebra.

Sobre el tema, Francisco Bustamante<sup>1</sup> señala que “a través de la Ley de Quiebras se elaboraría un sistema estructurado que permitiría a la empresa, una vez que se declare la quiebra, estar a salvo de los destrozos que pudiesen ocasionar en ella sus acreedores cuando concurren en masa a cobrar su dinero o a embargar sus bienes. Por otro lado, al existir esta ley, la empresa de valor positivo cambiaría su administración y se recapitalizaría, en tanto que las compañías negativas continuarían con el proceso de quiebra, como debería darse. A pesar de ello, en el Ecuador se ha permitido salvar a empresas con gran iliquidez, las cuales debieron quebrar. La aprobación para que firmas muy insolventes continúen operando constituye un precio muy grande que tiene que pagar el país.”

La obsolescencia del ordenamiento jurídico aplicable a las quiebras y concursos de acreedores también caracterizaba a la legislación de otros países, por lo que, durante los últimos años del siglo XX y los transcurridos del XXI, se produjo un movimiento general por modernizar la legislación, procurando unificarla a nivel internacional,

---

1 BUSTAMANTE, Francisco, “Ley de Quiebras”, en *The Seminarium Letter*, Quito, N° 12, marzo-abril 2004, p. 1

obviamente respetando las instituciones nacionales e introduciendo los cambios que aconseje la prudencia.

## **2.- LA REFORMA DEL RÉGIMEN CONCURSAL EN EL DERECHO COMPARADO:**

Algunos países han dictado leyes acerca de quiebras y concursos, como es el caso de España, con su Ley Concursal N°. 22/03<sup>2</sup> de 09.07.2003; Chile dictó su Ley de Quiebras N°. 18.175 de octubre de 1982, las últimas reformas se produjeron mediante Ley 20.004 de 08.03.2005, vigente desde el 08.05.2005 y Ley 20.080 de 24.11.2005.<sup>3</sup> México dictó una Ley de Concursos Mercantiles el 12.05.2000, reformada por leyes de 27.12.2007 y 08.01.2008.<sup>4</sup> Perú promulgó la nueva Ley General del Sistema Concursal (Ley N°. 27809), publicada el 08.08.2001, vigente desde el 08.10.2001; Brasil dictó la nueva Ley de Quiebra (Ley N°. 11.101 el 09.02.2005); otros países han reformado “en cascada” su normatividad como Argentina, cuya Ley 24522 del 20.07.1995, fue reformada por leyes 25113, 25563, 25589, 25640 y 26086 de 11.04.2006.

## **3.- LA GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA DE LA CNUDMI:**

El tema de la insolvencia es de tanta importancia, a nivel mundial, que inclusive ha merecido la atención de

---

2 BOE N° 164 de 10.07.2003

3 URL: <http://www.bcn.cl>

4 URL: <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/doc/29.doc>

la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual<sup>5</sup> propone una Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia y recomienda que todos los Estados la tengan debidamente en cuenta cuando procedan a evaluar la eficiencia económica de sus respectivos regímenes de la insolvencia, así como al revisar o promulgar la legislación relativa a la materia.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), en su 37°. período de sesiones, completó y aprobó el 25.06.2004, la “Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia”<sup>6</sup>, documento que se encamina a sugerir el contenido básico que ha de contener una ley que se dicte en esta materia. Es un trabajo serio, elaborado por juristas de muy buen nivel procedentes de todas las latitudes, profundos conocedores de la materia, por lo que es recomendable que lo tengan en cuenta los legisladores nacionales para preparar una ley de quiebras y concursos de acreedores, destinada a reemplazar la dispersa y anacrónica normatividad contenida en los Códigos Civil, de Comercio, de Procedimiento Civil, LGISF; Ley del Concurso Preventivo y más cuerpos legales ya señalados.

---

5 En su Resolución 59/40 adoptada en la 65ª. sesión plenaria del quincuagésimo noveno período de sesiones, de 02.12.2004. Véase URL:[http://www.uncitral.org./uncitral/es/uncitral\\_texts/insolvency/2004\\_guide.html](http://www.uncitral.org./uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2004_guide.html)

6 “Documentos Oficiales de la Asamblea General”, quincuagésimo noveno período de sesiones, suplemento N°. 17 (A/59/17), cap. III (URL:[http://www.uncitral.org./uncitral/es/uncitral\\_texts/insolvency/2004\\_guide.html](http://www.uncitral.org./uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2004_guide.html)).

#### **4.- GRANDES PRINCIPIOS ATINENTES A LA QUIEBRA:**

En la Guía de la CNUDMI se señalan los grandes principios atinentes a la quiebra, consagrados por la doctrina jurídica. En ella se puntualiza que su finalidad es ayudar a formular un marco jurídico eficaz y eficiente para regular la situación de los deudores con dificultades financieras, y que se ha concebido como un *“instrumento de referencia al que puedan recurrir las autoridades nacionales y los órganos legislativos al preparar nueva legislación o al plantearse una revisión de las leyes y reglamentaciones existentes”*; el asesoramiento que ofrece la Guía busca abordar la necesidad de resolver con la mayor rapidez y eficiencia posibles las dificultades financieras del deudor, pero no solamente eso, sino además *“tener en cuenta los intereses de las diversas partes directamente afectadas por esas dificultades financieras, que son principalmente los acreedores y otras partes que tienen intereses en el negocio del deudor, así como las consideraciones de orden público.”*

En la Guía se reconoce que existen numerosas diferencias entre los criterios doctrinarios y legislativos de los diferentes países, pero que sin embargo en los diversos ordenamientos jurídicos se trata de cuestiones de importancia primordial que son comunes a todos ellos, por lo que se los ha de tomar en cuenta al formular un régimen de insolvencia eficaz y eficiente. El documento declara que si bien la atención de la Guía se centra en los procedimientos de insolvencia iniciados en virtud del derecho que rige la insolvencia y sustanciados con arreglo a ese derecho, y hace hincapié en la reorganización de las empresas insolventes, sin embargo también se preocupa

de analizar la práctica cada vez más extendida e importante de las negociaciones con miras a una reestructuración que puedan entablar voluntariamente el deudor y sus acreedores sin estar sujetos al régimen de la insolvencia, porque son múltiples las dificultades que presentan los procesos concursales, consumen demasiado tiempo y muchas veces impiden la reestructuración oportuna de las empresas en crisis.

Como una ayuda para este trabajo, la Guía también contiene el texto de dos documentos muy importantes, el de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y el de la Guía para su incorporación al derecho interno.

## **5.- PRERREQUISITOS INDISPENSABLES PARA EL FUNCIONAMIENTO EFICAZ DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA:**

Una de las virtudes de la Guía es que no pretende imponer un modelo único, sino que, al contrario, anota: *“...no ofrece un único conjunto de soluciones que puedan servir de modelo para regular los aspectos cruciales de todo régimen de la insolvencia eficaz y eficiente, sino que ayuda al lector a evaluar los distintos enfoques posibles y a optar por el que resulte más adecuado en el respectivo ámbito nacional o local”*; a renglón seguido, formula una advertencia capital: para que un régimen de insolvencia pueda funcionar eficazmente *“...es indispensable que, además de establecerse un marco legislativo apropiado, se disponga, en particular, de una infraestructura institucional adecuada, de capacidad de organización, de conocimientos técnicos propios de este ámbito y de recursos humanos y*

*financieros apropiados.*” Si no existen estos pre-requisitos, ningún sistema funcionará aunque se dicte la mejor de las leyes posible.

## **6.- SUPERVISIÓN JUDICIAL:**

La Guía se declara partidaria de que, a lo largo de todo el procedimiento de insolvencia, se cuente con supervisión judicial, *“lo que podría comprender la facultad de abrir un procedimiento de insolvencia, nombrar al representante de la insolvencia, supervisar sus actividades y adoptar decisiones en el curso del procedimiento”*; pero advierte que si como principio general esta intervención judicial podría ser la más apropiada, en determinados casos se deberá considerar otras opciones, por ejemplo cuando el poder judicial no está en capacidad de realizar la labor relativa a la insolvencia, por falta de recursos económicos o humanos, incluida la falta de experiencia y capacitación de los jueces, o cuando por razones de política interna, se considere preferible que la supervisión se halle a cargo de una entidad administrativa.

En nuestra patria, las enormes limitaciones de la función jurisdiccional, tanto en recursos humanos como materiales y económicos, obstaculizarían el que pueda funcionar una supervisión judicial. Posiblemente, la mejor opción sería que se realizara una supervisión administrativa, efectuando una reingeniería de las Superintendencias de Bancos y de Compañías, las cuales cuentan con personal calificado y recursos suficientes y, a juicio de observadores imparciales, no están realizando una labor de trascendental beneficio para el país, por lo que no se justifican, debido a lo cual inclusive se ha propuesto suprimirlas o transformarlas.

## **7.- OBJETIVOS FUNDAMENTALES DE UN RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INSOLVENCIA, EFICAZ Y EFICIENTE, CONSIDERACIONES PRELIMINARES:**

La Guía señala que, en la hipótesis de que un deudor se vea en la imposibilidad de pagar sus deudas y cumplir sus obligaciones al vencimiento de los plazos, *“la mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén un mecanismo legal para satisfacer colectivamente las reclamaciones pendientes sobre todos los bienes (corporales o inmateriales) del deudor. Son muchos y muy diversos los intereses que tiene que regular ese mecanismo; en primer lugar, los intereses de las partes, entre ellas el deudor, los propietarios y los directivos de la empresa del deudor, los acreedores que estén respaldados por garantías de diversos grados (incluidas las administraciones tributarias y otros acreedores públicos), los empleados, los garantes de la deuda y los proveedores de bienes y servicios, así como las instituciones y prácticas jurídicas, comerciales y sociales que revistan interés para la elaboración del régimen de la insolvencia, incluido el marco institucional requerido para su funcionamiento”*. Se anota que, en general, este mecanismo debe compaginar no sólo los distintos intereses de esas partes sino también con las consideraciones pertinentes de política social y de otra índole que repercuten en los objetivos económicos y jurídicos de la insolvencia.

## **8.- DISTINCIÓN ENTRE PROCEDIMIENTOS OFICIALES Y OFICIOSOS:**

El documento citado señala que la mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén disposiciones sobre los

diversos tipos de procedimientos que pueden entablarse para resolver las dificultades financieras de un deudor. *“Estos procedimientos comparten el mismo objetivo de solución pero se presentan de diversas formas con denominaciones que no siempre coinciden y pueden contener elementos que se pueden calificar de oficiales y officiosos”*.

Los procesos de insolvencia oficiales son los que se entablan en virtud del régimen de la insolvencia, que rige su sustanciación. Estos procedimientos suelen abarcar tanto los procesos de liquidación como los de reorganización.

Como señala la Guía, los procesos de insolvencia officiosos no se rigen por el régimen de la insolvencia y se caracterizan, por lo general, por negociaciones voluntarias entre el deudor y algunos de sus acreedores o todos ellos: *“A menudo estos tipos de negociaciones han sido fruto de iniciativas de los sectores bancarios y comerciales y suelen prever algún tipo de reorganización para el deudor insolvente. Si bien esas negociaciones voluntarias no están sujetas al régimen de la insolvencia, dependen para su eficacia de la existencia de un régimen de la insolvencia que pueda dar algún incentivo indirecto o ejercer algún tipo de persuasión para fomentar una reorganización.”* El art. 39 de nuestra Ley de Concurso Preventivo reconoce una de las modalidades de esta clase de procesos<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> “Acuerdo especial.- En cualquier momento del trámite concursal, los acreedores y el deudor conjuntamente, podrán presentar escritura pública o documento privado, debidamente reconocido, en que conste el acuerdo o concordato celebrado entre aquéllos aunque no se hayan celebrado las reuniones concordatarias. El Superintendente dentro del término correspondiente, aprobará dicho acuerdo si estuviere ceñido a la ley, dentro del término de cinco días.”

La Guía dice que, si bien los países siguen diversos enfoques, las opiniones coinciden en general en que todo régimen de la insolvencia eficaz y eficiente debe perseguir los objetivos fundamentales que se señalarán a continuación, pero que, fuere cual fuere el enfoque del régimen que se adopte para cumplir esos objetivos fundamentales, todo régimen debe complementar y ajustarse a los valores jurídicos y sociales de la sociedad en que se basa y que debe a fin de cuentas sostener: *“Si bien el régimen de la insolvencia suele constituir un derecho diferenciado, no debería producir resultados que generaran conflictos fundamentales con las premisas en que se basa el derecho general. Cuando el régimen de la insolvencia trata de lograr un resultado que difiere o se aparta fundamentalmente del derecho general (por ejemplo, con respecto al régimen aplicable a los contratos, la anulación de actos precedentes y las operaciones o el tratamiento de los derechos de los acreedores garantizados), es muy conveniente que su resultado sea fruto de un análisis detenido y de una política que vaya deliberadamente en esa dirección”*, ya que de lo contrario estará condenado al rechazo social y al fracaso.

## **9.- FINALIDADES QUE SE HAN DE PERSEGUIR:**

En concordancia con lo anterior, la Guía señala que un régimen jurídico de la insolvencia que busque ser transparente y eficaz, ha de perseguir:

**9.1.- Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos:** El documento pone de relieve la importancia clave de los regímenes de

la insolvencia y de las instituciones que los administran, para que los países puedan beneficiarse de la integración de sus sistemas financieros nacionales en el sistema financiero internacional sin sufrir los inconvenientes de tal integración. Esos regímenes y esas instituciones deben promover la reestructuración de las empresas viables y el cierre y el traspaso eficientes de los bienes de los negocios en quiebra, facilitar el suministro de fondos para poner en marcha y reorganizar las empresas, y permitir la evaluación de los riesgos que entrañen los créditos, tanto a nivel nacional como internacional.

**9.2.- Maximizar el valor de los bienes:** Los procedimientos de insolvencia deben buscar el mayor beneficio posible para todos los involucrados, tratando de maximizar el valor de los bienes por lo que, se señala, debe darse a los participantes un fuerte incentivo para obtener de los bienes un valor máximo que incremente la cantidad que podrán cobrar los acreedores en general y que reduzca la carga de la insolvencia. Este objetivo se logra a veces distribuyendo de forma equilibrada los riesgos asignados entre las partes en procedimientos de insolvencia. Por ejemplo, el modo en que se regulan las operaciones previas al procedimiento puede asegurar que los acreedores reciban un trato equitativo y que se incremente el valor de los bienes del deudor, recuperando así más valor en beneficio de todos los acreedores. Pero se debe advertir que *“Al mismo tiempo, el régimen aplicado a esas operaciones puede socavar la previsibilidad de las relaciones contractuales, la cual es de una importancia fundamental para las decisiones de inversión, con lo que los distintos objetivos del régimen de la insolvencia podrían entrar en conflicto”*, situaciones que han de evitarse para no producir temores de esta clase, que crearían desconfianza

y alejaría a los posibles inversionistas. El régimen legal de la insolvencia debe procurar *“por una parte, fomentar una liquidación rápida y, por otra, a largo plazo, esforzarse por reorganizar el negocio generando un mayor valor para los acreedores; también debe compaginarse la necesidad de nuevas inversiones para preservar o incrementar el valor de los bienes, con las consecuencias y el costo de esa nueva inversión para las partes interesadas; y compaginar las distintas funciones asignadas a las diversas partes interesadas, en particular la facultad del representante de la insolvencia para ejercer poderes discrecionales, con el grado de supervisión de esos poderes que puedan ejercer los acreedores para salvaguardar el proceso.”*

**9.3.- Hallar un punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización.** La Guía señala que el objetivo de la maximización del valor guarda una estrecha relación con el equilibrio que debe establecer el régimen de la insolvencia entre la liquidación y la reorganización. *El régimen de la insolvencia debe equilibrar las ventajas que ofrece el cobro a corto plazo de la deuda mediante la liquidación (que con frecuencia es lo que prefieren los acreedores garantizados) con las que entraña el hecho de mantener al deudor como empresa viable mediante la reorganización (que es a menudo lo que prefieren los acreedores no garantizados). Para lograr ese equilibrio pueden hacerse otras consideraciones de política social, como la promoción del desarrollo de la clase empresarial y la protección del empleo.* El régimen de la insolvencia debe ofrecer, como variante de la liquidación, la posibilidad de reorganización de la empresa del deudor. La Guía recalca que, en la reorganización, los acreedores no recibirían contra su voluntad menos que en una liquidación y el valor del deudor para la sociedad y para los acreedores

umentaría al máximo al permitírsele que continuase sus actividades. Esto se desprende de la teoría económica fundamental según la cual se puede obtener un mayor valor manteniendo unidos los componentes esenciales de una empresa, y no disgregándolos y disponiendo de ellos por fragmentos. A fin de evitar que los acreedores o el deudor abusen del procedimiento de insolvencia y de garantizar la mejor solución para las dificultades financieras del deudor, el régimen de la insolvencia debería prever asimismo que, cuando conviniera, se pudiera pasar de un tipo de procedimiento al otro.

**9.4.- Tratar paritariamente a acreedores en circunstancias similares:** La Guía nos recuerda que el concepto del trato equitativo se basa en la premisa de que, en los procedimientos colectivos, los acreedores con derechos similares deben ser tratados en pie de igualdad y deben percibir sus créditos según el grado de prelación que tengan y las eventuales garantías de que dispongan. *“Por trato equitativo no se entiende que todos los acreedores deban ser tratados del mismo modo sino de manera que refleje los diferentes acuerdos que puedan haber concertado con el deudor, aunque esa definición pierde pertinencia cuando no hay un contrato específico de deuda con el deudor, como en el caso de los demandantes por daños y perjuicios (por ejemplo, por daños ecológicos).”*

De acuerdo con la Guía, debe observarse que, al variar el concepto de trato equitativo en función de la política social en materia de prelación de los créditos —dando prioridad a los titulares de créditos o de garantías que nazcan, por ejemplo, en virtud de la ley—, el principio del trato equitativo conserva su relevancia al asegurar que la prelación concedida a las reclamaciones de una misma

categoría afecte de igual modo a todos los miembros de dicha categoría. El criterio del trato equitativo repercute en muchos aspectos del régimen de la insolvencia, concretamente en la aplicación de la paralización o suspensión, en las disposiciones de anulación de actos y operaciones y en la recuperación de valor en beneficio de la masa de la insolvencia, en la clasificación de los créditos, en los procedimientos de votación en la reorganización, y en los mecanismos de distribución. Todo régimen de la insolvencia debería abordar los problemas de fraude y de favoritismo que puedan plantearse en caso de penuria financiera disponiendo, por ejemplo, la rescisión o la inoponibilidad de los actos y de las operaciones que se realicen en detrimento del principio del trato equitativo de los acreedores.

**9.5.- Establecer la solución de los casos de insolvencia de forma oportuna, eficiente e imparcial:** Para el adecuado desenvolvimiento de las actividades empresariales y de una economía sana, es imprescindible que la insolvencia se aborde y resuelva de manera ordenada, rápida y eficiente, buscando evitar la perturbación indebida de los negocios y de las actividades del deudor, procurando reducir al mínimo los costos del procedimiento: *“Con una administración oportuna y eficiente se contribuirá a la realización del objetivo de maximización del valor de los bienes, mientras que la imparcialidad apoyará el cumplimiento del objetivo de un trato equitativo. Debe estudiarse todo el proceso detenidamente a fin de asegurar la máxima eficiencia sin sacrificar la flexibilidad. Al mismo tiempo, habría que procurar liquidar las empresas inviables e ineficientes y salvar las empresas eficientes y potencialmente viables”.*

La Guía señala que el régimen de la insolvencia puede coadyuvar a la solución rápida y ordenada de las dificultades financieras de un deudor si facilita el acceso al procedimiento de insolvencia previendo criterios claros y objetivos, así como medios adecuados para identificar, reunir, conservar y recuperar bienes que deban utilizarse para el pago de las deudas y obligaciones del deudor; si facilita la participación del deudor y de sus acreedores con el mínimo de retraso y gastos que sea posible; si ofrece una estructura apropiada para la supervisión y administración del procedimiento (incluidos los profesionales y las instituciones participantes); y si al final alivia eficazmente las obligaciones y responsabilidades financieras del deudor.

**9.6.- Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores:** Bajo un enfoque económico, la Guía señala que todo régimen de la insolvencia debe preservar la masa de la insolvencia e impedir que los bienes del deudor queden desmembrados prematuramente por acciones individuales de acreedores encaminadas a cobrar sus respectivas deudas. Ese proceder reduce a menudo el valor total del conjunto de bienes disponibles para liquidar todas las demandas contra el deudor y puede impedir la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha. La suspensión de una acción incoada por un acreedor brinda un margen de tranquilidad a los deudores, pues permite un examen adecuado de su situación financiera y facilita tanto la obtención del valor máximo de los bienes como un tratamiento equitativo de los acreedores. Pero al mismo tiempo habría que prever algún mecanismo para impedir que los derechos de los acreedores garantizados resulten perjudicados por la suspensión.

**9.7.- Propugnar un régimen de la insolvencia que sea transparente y previsible y que contenga incentivos para reunir y suministrar información:** El régimen de la insolvencia debe ser previsible y transparente. *“De este modo, los prestamistas y acreedores potenciales podrán comprender de qué forma funciona el procedimiento de insolvencia y podrán evaluar el riesgo que corren como acreedores en caso de insolvencia.”* Así se promoverá la estabilidad en las relaciones comerciales y se fomentarán los préstamos e inversiones con primas de menor riesgo. La transparencia y la previsibilidad también permitirán a los acreedores aclarar las prioridades, prevenir las controversias previendo un marco de referencia para evaluar los derechos y riesgos relativos, y contribuirán a definir los límites de todo el poder discrecional. Si el régimen de la insolvencia es de aplicación imprevisible, existe el peligro de que todos los participantes no sólo pierdan su confianza en el procedimiento sino que además estén menos dispuestos a otorgar crédito y a adoptar otras decisiones de inversión. Por ello, en la medida de lo posible, el régimen de la insolvencia debe indicar claramente toda otra disposición legislativa que pueda afectar la marcha del procedimiento de insolvencia (por ejemplo, la legislación laboral, el derecho mercantil y contractual, el derecho tributario, las leyes que rigen el cambio de divisas, la liquidación y la compensación por saldos netos, el intercambio de deuda por capital social, e incluso el derecho familiar y matrimonial).

El régimen de la insolvencia debe velar por que se disponga de información adecuada sobre la situación del deudor, se le ofrezcan incentivos para animarlo a revelar su posición o, cuando proceda, se le impongan sanciones

si no lo hace. La obtención de esta información permitirá a los responsables de la administración y supervisión del procedimiento de insolvencia (los tribunales u órganos administrativos, o el representante de la insolvencia) y a los acreedores, evaluar la situación financiera del deudor y determinar la solución más apropiada.

**9.8.- Reconocer los derechos de crédito existentes y establecer reglas claras para la clasificación de los créditos según su prelación:** El reconocimiento y la ejecución, en el marco del procedimiento de insolvencia, de los diversos derechos que los acreedores tienen al margen de la insolvencia, creará certeza en el mercado y facilitará la obtención de créditos, particularmente con respecto a los derechos y a la prelación de los acreedores garantizados. *“Es importante que haya normas claras para la determinación del orden de prelación de los créditos ya existentes o posteriores a la apertura del procedimiento para así ofrecer previsibilidad a los prestamistas, para velar por la aplicación coherente de las normas, para lograr que haya confianza en el proceso y para que todos los participantes estén en condiciones de adoptar medidas apropiadas para gestionar los riesgos.”* Es tesis insistentemente repetida que los grados de prelación deberían basarse, en la medida de lo posible, en acuerdos comerciales, y no reflejar criterios sociales y políticos que podrían alterar el resultado de la insolvencia, por ello es que afirma la Guía que *“Convendría evitar dar prelación a los créditos que no estuvieran basados en acuerdos comerciales.”*

**9.9.- Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza:** La Guía señala que, a efectos de fomentar la coordinación entre los ordenamientos jurídicos y para

facilitar la prestación de asistencia en la administración de un procedimiento de insolvencia que se origine en un país extranjero, las leyes sobre insolvencia deberían regular los casos de insolvencia transfronteriza, incluido el reconocimiento de las actuaciones extranjeras, mediante la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

## **10. EQUILIBRIO ENTRE LOS OBJETIVOS FUNDAMENTALES:**

El régimen legal de la insolvencia buscará el equilibrio entre los objetivos fundamentales, porque, como señala la Guía, un régimen de la insolvencia no puede proteger plenamente los intereses de todas las partes; por ello el documento citado señala que, al elaborarse un régimen sobre la insolvencia, deben tenerse presentes dos objetivos fundamentales: definir los objetivos amplios del régimen de la insolvencia (salvar las empresas con dificultades financieras, proteger el empleo, proteger los intereses de los acreedores y fomentar el desarrollo de una clase empresarial) y lograr el equilibrio deseado entre estos objetivos concretos. Los regímenes de la insolvencia logran ese equilibrio redistribuyendo los riesgos de la insolvencia de modo que se ajusten a los objetivos económicos, sociales y políticos de un país. Se ha de considerar que el régimen de la insolvencia que se aplique en un país puede tener amplios efectos en toda la economía; *“el primer objetivo de todo régimen de la insolvencia es establecer un marco de principios que determine la forma en que deberá administrarse el patrimonio del deudor insolvente en beneficio de todas las partes afectadas. La creación de dicho marco y su integración en el proceso jurídico*

*más amplio son de importancia vital para mantener el orden y la estabilidad sociales. Es preciso que todas las partes puedan prever cómo repercutirá en sus derechos la situación en que un deudor se vea imposibilitado para pagar una parte o la totalidad de lo que les adeude. Ello permite tanto a los acreedores como a los inversionistas calcular las repercusiones económicas del incumplimiento por parte del deudor y evaluar de esta forma los riesgos”,* puesto que no existe ninguna solución universal para elaborar un régimen de la insolvencia, ya que las necesidades de los países no coinciden, como tampoco coinciden sus legislaciones sobre otras cuestiones de importancia fundamental para la insolvencia, tales como las garantías reales, los derechos reales y contractuales, las vías de recurso y los procedimientos de ejecución. La mayoría de los regímenes de la insolvencia abordan toda la serie de cuestiones planteadas por los objetivos fundamentales, si bien los grados de reglamentación y los enfoques varían.

Algunas legislaciones propugnan más el reconocimiento y la ejecución de los derechos de los acreedores y de los acuerdos comerciales en la insolvencia y otorgan a los acreedores un mayor control de la sustanciación del procedimiento de insolvencia en detrimento del deudor (son los regímenes a veces denominados *“favorables para los acreedores”*). En cambio, otros regímenes dan al deudor un mayor control del procedimiento (son los regímenes *“favorables al deudor”*) y otros tratan de encontrar un punto medio. Algunos ordenamientos jurídicos dan mayor relieve a la liquidación del deudor con la finalidad de eliminar del mercado las empresas ineficientes e incompetentes, mientras que otros favorecen la reorganización. Las disposiciones favorables a la reorganización contribuyen, entre otras cosas, a incrementar el valor de los créditos

de los acreedores, integrados en una empresa en marcha, dan una segunda oportunidad a los accionistas y a los directivos de la empresa del deudor; ofrecen a los empresarios y directivos de empresas fuertes incentivos para adoptar medidas apropiadas pero arriesgadas; o protegen a los grupos vulnerables, como los empleados del deudor, de los efectos de la insolvencia. Algunas leyes hacen especial hincapié en la protección de los empleados y en el mantenimiento de los puestos de trabajo en caso de insolvencia, mientras que otras prevén una reducción del personal, concediendo a los empleados mínimas medidas de protección.

*En todo caso, “la adopción de un criterio favorable a la reorganización no debería garantizar la salvación de las empresas moribundas; las empresas sin ninguna posibilidad de salir adelante deberían liquidarse con la máxima rapidez y eficiencia.”*

## **11. PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN EN EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO:**

Hay una gran cantidad de problemas que se presentan en el desarrollo de un procedimiento concursal, como nos ha tocado vivir a los ecuatorianos con motivo de la quiebra bancaria. Uno de ellos, con caracteres dramáticos, ha sido el relativo al pago a los depositantes de los bancos en liquidación. Sobre el tema, la Guía señala: *“Cuando haya derechos que se consideren de prelación inferior, conviene establecer mecanismos al margen del régimen de la insolvencia que tal vez aporten una mejor solución, en vez de intentar abordar esos derechos en el marco del régimen de la insolvencia... Dado que la sociedad está en constante*

*evolución, el régimen de la insolvencia no puede ser estático y debe reevaluarse periódicamente para asegurar que se ajuste a las necesidades sociales del momento. Al observarse cambios sociales deberán tenerse en cuenta, antes de actuar, las prácticas internacionales óptimas que podrán incorporarse a los regímenes nacionales de la insolvencia tomando en consideración las realidades del sistema y los recursos humanos y materiales disponibles.”<sup>8</sup>*

## **12.- EN CAMINO HACIA LA REFORMA DEL SISTEMA CONCURSAL EN EL ECUADOR: LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL:**

Hasta el momento, aunque se ha contado con la cooperación de organismos internacionales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, no se ha logrado articular un proyecto de ley que reforme a fondo el sistema concursal.

El problema de la total apatía legislativa alcanza a muchos órdenes, entre ellos al procesal, prueba de ello es que, habiendo transcurrido prácticamente seis años desde que se venció el plazo que fijó la Constitución Política de 1998, en su disposición transitoria vigésima séptima para que se implante el proceso oral, no se lo ha hecho en el campo civil y mercantil.

---

<sup>8</sup> Puede consultarse el texto íntegro en: Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, suplemento N° 17 (A/59/17), cap. III: URL//[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/insolvency/2004\\_guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2004_guide.html)

La Unidad de Coordinación para la Reforma de la Administración de Justicia en el Ecuador, Projusticia, unidad adscrita a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, convino con el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal (IEDP) que elaborara un proyecto de Código de Procedimiento Civil, sobre la base de un documento que hace algunos años ya, preparó a través de un grupo de consultores. Habiendo concluido la elaboración de este proyecto, Projusticia y el IEDP han realizado su publicación.<sup>9</sup>

En la exposición de motivos de este proyecto, sobre el tema, se dice lo siguiente:

“El Título VI trata sobre el proceso concursal. Debe advertirse que esta materia debería ser regulada por una ley de quiebras, opción legislativa tomada por la mayoría de ordenamientos jurídicos. Ahora bien, entre conservar el actual sistema, confuso y carente de sistematización, se ha preferido regular en el Proyecto uno más sencillo y congruente, hasta que se dicte una ley en la materia.

- 1.1. El proceso universal seguido contra los comerciantes matriculados se denomina indistintamente concurso de acreedores o quiebra. Se trata, con este cambio, de remediar situaciones que han dado lugar a abusos contra los deudores comerciantes. Por ejemplo, el artículo 507 del vigente Código de Procedimiento Civil determina que la quiebra puede declararse cuando un comerciante ha

---

<sup>9</sup> Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal-Projusticia, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Quito, Abya-Yala, 2007

cesado en el cumplimiento de sus obligaciones a tres o más personas distintas, y que no se tendrá como obligaciones a distintas personas las provenientes, en su origen, de un mismo acreedor o de una misma obligación y que posteriormente hubieren sido endosadas o cedidas a diferentes personas. Pero esta limitación, en la práctica, es muy difícil de determinar.

En esta línea, se elimina la prohibición de que el deudor comerciante haga cesión de bienes, ya que tal disposición no tiene razón de ser, al eliminarse la distinción entre concurso de acreedores y quiebra.

- 1.2. Se precisa que el deudor podrá acogerse al concurso voluntario cuando su insolvencia se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ya que de haber culpa, no puede acceder a esta figura.
- 1.3. Las reglas para la representación de los interesados en la junta de acreedores siguen una norma elemental de lógica: las votaciones se toman en consideración al porcentaje de la acreencia, y no por cabezas.
- 1.4. A efectos de lograr que el proceso concursal tenga éxito, se impone al deudor la obligación de facilitar la información que sea necesaria para conocer el estado de sus negocios.
- 1.5. El procedimiento para la oposición a los acuerdos que hayan celebrado los acreedores

con el deudor concursado se ha regulado en forma sencilla y expedita; el Proyecto dispone que se sustancie a través del proceso sumarísimo.

- 1.6. Los deberes del síndico de la quiebra son regulados prolijamente, con énfasis en su responsabilidad por el manejo de los bienes que se ponen a su cuidado para la realización.
- 1.7. Para garantizar los derechos de los acreedores, se priva de efectos a aquellos actos del deudor que tengan por objeto los bienes entregados a los acreedores o incluidos en el concurso. Sin embargo, el deudor conserva su derecho para conocer el estado del concurso, o realizar las observaciones que estime necesarias para arreglar y mejorar la administración de la quiebra, como para la liquidación de los créditos; por contrapartida, este derecho tiene como exigencia su deber de colaboración en la presentación de la información necesaria para formar el estado de pasivos.”

### **13.- LAS NORMAS RELATIVAS AL PROCESO CONCURSAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL:**

En el proyecto de Código de Procedimiento Civil, el proceso concursal se desarrolla en el título VI del libro III., arts. 401 a 417. El texto de dicho articulado es el siguiente:

**“TÍTULO VI**  
**PROCESO CONCURSAL**  
**CAPÍTULO I**  
**GENERALIDADES**

**Art. 401.- Ejecución colectiva.**

Tiene lugar el concurso de acreedores, en los casos de cesión de bienes o de insolvencia. La cesión de bienes presupone la insolvencia.

Tratándose de comerciantes matriculados, el juicio se denominará indistintamente concurso de acreedores o quiebra.

**Art. 402.- Presunción de insolvencia.**

1. Se presume la insolvencia y, como consecuencia de ella, se declarará haber lugar al concurso de acreedores, o a la quiebra, en su caso:

1.1. Cuando, requerido el deudor con el mandamiento de ejecución, no pague ni dimita bienes;

1.2. Cuando los bienes dimitidos sean litigiosos, o no estén poseídos por el deudor, o estén situados fuera de la República, o consistan en créditos no escritos o contra personas de insolvencia notoria;

1.3. Cuando los bienes dimitidos sean insuficientes para el pago, según el avalúo practicado en el mismo juicio, o según las posturas hechas al tiempo de la subasta. Para apreciar la insuficiencia de los bienes se deducirá el importe de los gravámenes a que estuviesen sujetos, a menos que se hubieren constituido para caucionar el mismo crédito.

2. Si los bienes dimitidos están embargados en otro juicio, se tendrá por no hecha la dimisión, a menos que, en el término que conceda el juez, compruebe el ejecutado, con el avalúo hecho en el referido juicio o en el catastro, la suficiencia del valor para el pago del crédito reclamado en la nueva ejecución.

### **Art. 403.- Gradación de la insolvencia.**

La insolvencia puede ser fortuita, culpable o fraudulenta.

Es fortuita la que proviene de casos fortuitos o de fuerza mayor.

Es culpable, la ocasionada por conducta imprudente o disipada del deudor.

Es fraudulenta aquella en que ocurren actos maliciosos del fallido, para perjudicar a los acreedores.

#### **Art. 404.- Medidas preventivas de la ejecución.**

1. La ejecución colectiva podrá evitarse mediante el concordato con los acreedores. El deudor civil podrá celebrar con éstos los mismos arreglos previstos por la ley mercantil.

2. También podrá evitarse si el deudor, en el término de diez días de citado con el auto que ordena la formación del concurso, paga la deuda o deudas o dimite bienes suficientes y no comprendidos en los números 1.2 y 1.3 del artículo 402.

#### **Art. 405 Clases de concurso.**

El concurso de acreedores o la quiebra puede ser voluntario o necesario.

Será voluntario cuando el deudor solicita algún arreglo concordatario o hace cesión de sus bienes para pagar a sus acreedores.

Será necesario en los casos comprendidos en el artículo 402.

### **CAPÍTULO II**

#### **TRÁMITE**

#### **Art. 406.- Solicitud de concurso voluntario.**

El deudor que solicite el concurso deberá presentarse ante el juez de su domicilio y acompañará:

1. Una relación detallada de todos sus bienes y derechos.
2. Un estado de deudas con expresión de procedencia, vencimiento y nombre y domicilio de cada acreedor y los libros de cuenta, si los tuviese.
3. Los títulos de créditos activos.
4. Una memoria sobre las causas de su presentación.

Sin estos requisitos no se dará curso a la solicitud.

**Art. 407.- Solicitud de concurso necesario.**

Cualquier acreedor que acredite los presupuestos del concurso necesario, podrá pedir al juez del domicilio del deudor, que lo decrete.

**Art. 408.- Medidas inmediatas.**

Decretado el concurso, el juez resolverá:

1. Citar en su domicilio al deudor o a los acreedores, en su caso, y disponer la convocatoria de todos ellos a la junta, la que también se publicará conforme con lo dispuesto en el número 4 del artículo 101.

2. Prevenir a los acreedores, en el edicto correspondiente, que los que comparezcan después de celebrada la junta tomarán el concurso en el estado en que se halle.

3. Designar síndico provisional, que será depositario de los bienes.

4. Disponer las medidas precautorias necesarias para asegurar los bienes y créditos del deudor y el control de su correspondencia relativa a dichos bienes.

El juez, en cualquier momento, de oficio o a petición del síndico, podrá ampliar esas medidas o adoptar otras.

5. Proceder a la acumulación de pleitos seguidos contra el deudor, por obligaciones de dar o hacer, para lo cual se requerirá a los tribunales el envío de los expedientes para su incorporación a la ejecución colectiva

Las causas de trabajo se acumularán sólo cuando tengan sentencia ejecutoriada; pero en los casos de un fallo o de un acta transaccional, en un conflicto colectivo, la ejecución seguirá su trámite ante la autoridad de trabajo que los hubiere dictado o aprobado, sin que proceda la acumulación.

6. En el concurso necesario, intimar al deudor la presentación de los documentos a los que se refiere el artículo 406, en el término de ocho días, a fin de que el síndico formule la lista de acreedores y bienes.

7. Disponer la inscripción en el registro de la propiedad del auto que ordena la formación del concurso, y tratándose de quiebra disponer también la inscripción en el registro mercantil.

8. Ordenar el enjuiciamiento penal para que se califique la insolvencia. De aparecer graves indicios de culpabilidad o fraudulencia, el juez ordenará la detención del deudor y, antes de veinticuatro horas, lo pondrá a disposición del ministerio público, junto con los documentos, originales o en copia, que hayan servido para la detención.

9. Prohibir que el deudor se ausente del lugar del juicio sin su permiso; para concederlo, cuando no haya presunciones de culpabilidad o fraudulencia, deberá exigir fianza que asegure la restitución del deudor al lugar del juicio o el pago de una cantidad equivalente, por lo menos, al cincuenta por ciento del monto del pasivo.

#### **Art. 409.- Oposición al concurso.**

1. Si el deudor hubiere pedido el concurso estarán legitimados para oponerse a su declaración los acreedores y exclusivamente aquél si lo hubieren pedido éstos.

El término para deducir oposición será de diez días a partir de la citación.

2. El procedimiento para sustanciar la oposición será el del proceso sumarísimo en lo que fuere

aplicable. Será citado a la audiencia el síndico, quien actuará como parte.

3. En la audiencia se procurará la conciliación, se oírán a las partes y el juez sentenciará. La sentencia será apelable, pero la que rechace la oposición lo será con efecto devolutivo.

4. Deducida oposición, se formará con ella cuaderno por separado, continuándose con los trámites del concurso en el principal.

5. La sentencia que revoque el concurso repondrá las cosas al estado anterior a la declaración e impondrá a los acreedores que solicitaron el concurso el pago de las costas, incluidos los honorarios del síndico.

#### **Art. 410.- Junta de acreedores.**

1. La junta de acreedores sesionará el día para el que hubiere sido citada, pudiendo continuar en otro, si así lo decidiere la mayoría de los concurrentes en la forma computada que se indica a continuación. Actuará presidida por el síndico provisional y con los acreedores que concurren y acrediten su calidad de tales antes del día de la celebración o con los documentos que se presenten en el propio acto y sean aceptados por el síndico.

Los acreedores y el deudor podrán actuar por sí o por apoderado. Se votará por porcentajes de las acreencias frente a la masa total del pasivo. Si

los acreedores hipotecarios o privilegiados votan, perderán su preferencia o privilegio.

2. Corresponde a la junta:

2.1. Resolver, por mayoría de acreedores que representen más de la mitad de los créditos, la realización con el deudor de arreglos que obligarán a los demás. Estos podrán consistir en los previstos por la ley mercantil y en la cesión de bienes del deudor. Si un solo acreedor representa más de la mitad de los créditos, será necesario el voto de al menos otro acreedor.

2.2. Si no se llegare a ningún acuerdo, continuará el concurso y la junta, por la mayoría de votos indicada en el numeral anterior, designará al síndico definitivo; en su defecto será nombrado por el juez, pudiendo ser el mismo que fue designado con el carácter de provisional.

#### **Art. 411.- Oposiciones.**

1. Cualquiera de los acreedores no presentes en la junta o los que hubieren votado en contra o se hubieren abstenido, podrán deducir oposición a los arreglos realizados e impugnar la validez de los créditos aprobados, dentro del término de diez días contados a partir de la notificación a los acreedores con lo resuelto en la junta.

2. Si se dedujere oposición se conferirá traslado al síndico y se seguirá, en lo demás, el trámite del proceso sumarísimo.

La sentencia será apelable con efecto devolutivo.

**Art. 412.- Síndico.**

1. Nombrado el síndico de entre los designados por el respectivo órgano de la Función Judicial, se le hará saber su nombramiento para que dentro de veinticuatro horas exprese la aceptación o presente la excusa. Aceptado el cargo, podrá renunciarlo por causa justa; pero no podrá retirarse del ejercicio de sus funciones mientras no sea subrogado.

2. La lista de síndicos se elaborará de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de la Función Judicial.

3. El síndico representará a los acreedores y actuará como sustituto procesal del deudor. Iniciará o continuará todos los procesos a favor o en contra del patrimonio del concursado.

Recibirá los bienes del deudor mediante inventario y tendrá, a su respecto, las responsabilidades de los depositarios y administradores.

Tendrá amplias facultades de administración, debiendo dar cuenta al juez de su actuación.

El síndico dispondrá la venta de los bienes en la forma prevista para la fase de ejecución, y depositará el producto de las mismas o los rendimientos de los bienes, dentro de los tres días de su cobro, según las reglas pertinentes, bajo prevenciones de su responsabilidad

personal por intereses, reajustes, daños y perjuicios y de las sanciones penales a que hubiere lugar.

**Art. 413.- Gradación de acreedores.**

1. El síndico formará un estado de los créditos y su gradación respectiva de acuerdo a lo establecido en las normas del Código Civil y otras leyes especiales, y deberá presentarlo al juez dentro de los treinta días de su nombramiento; este término podrá ser prorrogado por el juez por un tiempo igual si mediare causa que lo justifique.

2. Si se hubieren deducido oposiciones a los créditos, se esperará a su decisión para presentar el estado.

3. Dentro del término señalado, podrá deducirse oposición al estado y gradación de los créditos. En este caso, se convocará a audiencia a todas las partes, incluyendo al síndico y el juez decidirá todas las controversias en una sola sentencia, la que será apelable.

**Art. 414.- Distribución.**

1. Aprobada o ejecutoriada la gradación, si se hubieren vendido todos los bienes, se distribuirá el producto en el orden establecido por el síndico.

2. Si algún bien no hubiera podido venderse por falta de postor, podrá adjudicarse por el juez, a propuesta del síndico, entre uno o más acreedores

designados por sorteo entre los de igual derecho, salvo acuerdo de éstos.

La decisión del juez al respecto sólo será susceptible del recurso de reposición.

**Art. 415.- Carta de pago.**

1. Si los bienes alcanzaren para pagar la totalidad de los créditos, el juez otorgará carta de pago al deudor y lo rehabilitará sin más trámite.

2. Establecido que los bienes no han alcanzado para pagar la totalidad de los créditos, el síndico convocará a los acreedores, a que en junta resuelvan si conceden o no quita por el saldo al deudor. Una mayoría que represente por lo menos las dos terceras partes de los créditos insolutos, podrán conceder la quita del saldo al deudor, en cuyo caso el juez otorgará la carta de pago que liberará totalmente a aquél.

3. En ambos casos se comunicará al registro de la propiedad y al registro mercantil, de ser el caso, la cancelación.

**Art. 416.- Déficit.**

En caso de que no se otorgare carta de pago, los bienes que en el futuro adquiriere el deudor y cuya administración corresponda al síndico de acuerdo a lo establecido en el Código Civil, entrarán al

concurso y serán vendidos en la forma prevista para la fase de ejecución, hasta pagar totalmente a los acreedores.

**Art. 417.- Nulidad.**

Serán nulos todos los actos del deudor relativos a los bienes entregados a los acreedores o incluidos en el concurso. El deudor podrá instruirse, por sí o por apoderado, del estado del concurso y hacer cuantas observaciones estimare oportunas para el arreglo y mejora de la administración así como para la liquidación de los créditos activos y pasivos.

Estos derechos los perderá si no hubiere dado cumplimiento a la intimación de presentar los documentos a que refiere el numeral 6 del artículo 408.”

**“NO SE PUEDE TOCAR EL  
DERECHO CON LAS MANOS SIN  
LAVAR”**

**Olmedo Piedra Iglesias**

Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los  
Tribunales de Justicia de la República  
Profesor de la Universidad del Azuay  
E-mail: [olpiedra@uazuay.edu.ec](mailto:olpiedra@uazuay.edu.ec)



Para quienes en las aulas universitarias, en condición de alumnos, tuvimos el privilegio de recibir las enseñanzas del recordado maestro doctor Hernán Coello García, y no se diga para quienes posteriormente por las circunstancias de la vida pudimos compartir con él la cátedra universitaria y por esa circunstancia departir diariamente y disfrutar de sus acertadas opiniones, criterios y elocuencia; se nos volvió familiar la reiterada evocación que realizaba el maestro, respecto de aquel consejo que, a la vez constituye un apotegma de la inspiración del jurisconsulto romano Gayo, que proclama que no se puede tocar el derecho con las manos sin lavar. Tal reiterada evocación llevaba y lleva implícita no solo una serie de enseñanzas, preceptos e imperativos éticos, sino una verdadera filosofía que si bien resulta de proyección directa e inmediata para el Derecho como ciencia y todo aquello que con él se relaciona, también desde luego, por el mismo hecho, se refiere a la actividad humana en general y a la realización de la vida misma. Efectivamente, en lo que al Derecho se refiere, la máxima en cuestión constituye el imperativo de honestidad, honradez, recato, preparación y modestia imprescindibles para quienes de una u otra forma se encuentran relacionados con esa ciencia o, acaso, pretenden hacer de su vida un culto a ella. Nos referimos entonces desde a quienes aspirando a tener una formación profesional como abogados realizan sus estudios en las aulas universitarias, a los abogados, a los jueces, magistrados y, no se diga a quienes tienen la grave y delicada responsabilidad de legislar. Lamentablemente hoy en día las más de las veces sin tener para ello las condiciones de preparación

y conocimiento imprescindibles. Tener manos limpias para tocar el derecho significa y determina honradez de procedimientos, prudencia en el obrar, rectitud, modestia y versación, entendida ésta última no necesariamente como absoluta erudición en la materia –ya de por sí prácticamente inalcanzable pues la razón no es dominio exclusivo de nadie-, sino como la consecuencia inmediata del cumplimiento del deber de responsabilidad que impone la imprescindible previa preparación a efecto de asumir con entereza las funciones que nos correspondan, así como la honestidad necesaria para reconociendo nuestras propias facultades, limitaciones y preparación, con plena conciencia, renunciar a aquello que a pesar de presentárenos como apetecible, resulte ajeno a nuestras capacidades y aptitudes o, a nuestro campo de acción, única forma de poder, decorosamente, como corresponde, asumir la plena responsabilidad –tanto frente a nosotros mismos como a terceros- de nuestros actos, reitero, con plena conciencia.

Partiendo de lo dicho, con relación a la actividad jurisdiccional, por ser evidente e innegable, resulta además imperativo reconocer que, en los días que corren dicha actividad no se encuentra en su mejor momento, y asimismo reconociendo –como no puede ser de otra forma- la serie de falencias y problemas que la afectan y que, dicho sea de paso, no se presentan exclusivamente en la actividad jurisdiccional, empero que en ella por su misma naturaleza y razón de ser se hacen tal vez más serios y criticables, hemos de asumir también que, este es el momento en el que, debería con la mayor estrictez posible seguirse el apotegma de Gayo, puesto que, son los jueces y magistrados como sujetos fundamentales de la actividad jurisdiccional –“operadores de la justicia” según

la denominación de Zaffaroni- quienes por antonomasia y por constituir su principal deber, con el mayor celo y responsabilidad están obligados a constituirse en guardianes de la justicia, de la ley, y del derecho, y por consiguiente, en forma simultánea, garantes de la seguridad jurídica imprescindible para consultar el normal y cabal desenvolvimiento de las actividades sociales, propiciando el entorno imprescindible que asegure el progreso de la sociedad y la paz social, rol que solamente lo podrán desempeñar a cabalidad asumiendo como características de su actuación la honradez de procedimientos, prudencia en el obrar, rectitud, modestia y versación, a las que antes nos hemos referido.

No importa que las leyes sean malas si los jueces son buenos, y correlativamente, de nada sirven leyes buenas si los jueces son malos, constituye otro enunciado que encierra en sí una gran verdad y que se encuentra corroborado con lo expuesto por Couture cuando dice *“El buen juez siempre encuentra el buen derecho para hacer justicia”*, enunciados éstos que, reiteramos, contienen absoluta veracidad, tanto más si consideramos que, en nuestro sistema, así como en la gran mayoría de sistemas modernos, los jueces están obligados a actuar y resolver de acuerdo con las reglas de la sana crítica como principio básico. Así lo establecen en nuestro sistema, entre otras normas los Arts. 115, 128, 163, 207 y 218 del C. de P. Civil, sana crítica que, al decir de Gorphe, configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción y que, sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, y que, en definitiva, al decir del reconocido e insigne procesalista uruguayo doctor Eduardo J. Couture, *“es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas*

*abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman higiene mental, tendientes a asegurar el mas certero y eficaz razonamiento*", por tanto, la sana crítica encierra a su vez en sí la grave responsabilidad de saber conducirse y en el caso de la actividad jurisdiccional, saber resolver en base del conocimiento de la ley, el derecho, la jurisprudencia, la aplicación de la lógica, de la razón, de la experiencia, del sentido común y, manteniendo siempre como Norte el más irrestricto y diáfano espíritu de equidad.

Establecido entonces el hecho incuestionable y absolutamente cierto de que los jueces deberían proceder de acuerdo con la sana crítica, con esa base segura, y consecuente con ella, el Art.192 de la Constitución Política del Estado prescribe que: *"El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades"*. Y, es precisamente con ocasión de la última parte de la norma constitucional transcrita que, se han ocasionado serios problemas y despropósitos en la administración de justicia, problemas que no los causa la norma constitucional invocada por sí misma, sino que precisamente se producen por su errónea aplicación. Dicha norma impone para su correcta interpretación y aplicación una auténtica sana crítica, puesto que, si bien permite que los jueces, sopesando y estudiando concienzuda y responsablemente el caso concreto puedan justipreciar si en determinada circunstancia debe darse primacía al valor y principio fundamental de la justicia y la equidad incluso por sobre la falta de observancia de las formas o solemnidades establecidas, ello debe hacérselo

con la máxima cautela, discreción y responsabilidad, a efecto de no dejar de lado otros principios, garantías y conceptos que, de igual manera constituyen piedras angulares de la correcta administración de justicia.

Si forma es el modo en que el contenido del acto procesal aparece exteriormente hemos de adherirnos entonces al criterio que expone Chiovenda cuando afirma que en sentido amplio *“las formas son aquellas condiciones de lugar, tiempo y medios de expresión a las que deben someterse los actos procesales”*, formas que –vale recordarlo constituyen un fin en sí mismas, y en consecuencia, en principio nadie debería perder un derecho por razones de formas, ya que ellas esencialmente constituyen medios de garantía en contra de la arbitrariedad que, empero en ningún caso pueden constituir objeto en sí mismas, de manera que –como lo dice Podetti- *“en lugar de facilitar y asegurar la justicia, la dilatan y obstruyan”*, es decir, las formas o formalidades de los actos procesales son los requisitos o ritualidades que prevé la ley como indispensables para la validez de tales actos; formas o formalidades que se establecen no de manera caprichosa, al azar, sino con la única y fundamental finalidad de que sirvan de medios efectivos para proteger de manera debida y garantizar determinados bienes jurídicos que indefectiblemente deben ser precautelados por la ley, así como garantizar de manera efectiva el correcto debate procesal mediante el cabal ejercicio del legítimo derecho de defensa de las partes asegurando así la vigencia de principios básicos del proceso, como son los de igualdad y de contradicción.

No se trata entonces de constituir y respetar al proceso como una misa conformada o compuesta por rituales sin sentido, sino de observar y respetar los medios

establecidos como garantías que hagan posible un correcto desenvolvimiento procesal y aseguren en definitiva una acertada y cabal administración de justicia, observando básicamente que, por virtud del principio de trascendencia –uno de aquellos aplicables a la nulidad- la validez del proceso y de los actos procesales debe juzgarse atendiendo al objetivo o finalidad que, en cada caso están destinados a conseguir y que, no procede la nulidad cuando, aun siendo defectuosos, han logrado cumplir su objetivo, es decir que, no debe declararse la nulidad, así exista falta de algún requisito, solemnidad o formalidad, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio. Dicho en otras palabras: No hay nulidad sin perjuicio, empero correlativamente, asimismo no puede hablarse de validez procesal si de alguna manera se pueden ver comprometidos, afectados o perjudicados los derechos de las partes, y por consiguiente, la invocada norma constitucional, jamás podría ni debería aplicársela en perjuicio o desatención de otros principios y garantías fundamentales como aquellas que integran el debido proceso y que, reclaman su respecto irrestricto en todas las ramas procesales.

Empero y aquí radica el problema, toda vez que, la antedicha norma constitucional constante en el Art.192 de la Constitución Política del Estado, en varias ocasiones, en vez de habérsela empleado y aprovechado como corresponde a su real espíritu y sentido, como un mecanismo para la realización de la justicia, lamentablemente ha sido mal aplicada, sirviéndose de ella para, sin reparar en el perjuicio que se causa al afectado, utilizarla como un pretexto para echar al suelo fundamentales y esenciales derechos y garantías consagradas en la misma Carta Fundamental, como son aquellas garantías del debido proceso

entendido éste como el conjunto de condiciones mínimas o exigencias indispensables que deben observarse para asegurar y garantizar la efectividad del derecho material de quienes se encuentren involucrados en un proceso judicial o como se ha dado en llamarles “justiciables”, garantías que constituyen medios inmediatos o resortes que hacen posible la vigencia misma del debido proceso.

En consecuencia, el precepto constitucional en referencia solamente debería aplicárselo cuando la solemnidad o formalidad omitida o transgredida no haya ocasionado perjuicio o indefensión a una de las partes, es decir, cuando su omisión o trasgresión no haya influido o pudiere influir en la decisión definitiva del asunto controvertido, puesto que los actos procesales y el proceso mismo son válidos en tanto se hayan realizado de cualquier modo apropiado para la obtención de su finalidad, situación que incluso se halla corroborada con el prescrito en el Art. 1014 del C. de P. Civil, empero jamás podría hacérselo como pretexto para desatender derechos y principios básicos como lamentablemente se lo ha hecho con alguna frecuencia en nuestros tribunales y juzgados, en circunstancias tales como cuando por ejemplo y solamente para citar uno de los muchos casos que se han presentado, argumentando el denominado principio del interés superior del niño y adolescente se ha echado por tierra principios, normas y conceptos básicos que, en definitiva también constituyen pilares fundamentales de aquel valor denominado justicia, principios, normas y conceptos cuya inobservancia trae como lógico resultado la inseguridad jurídica a más del perjuicio que su desatención obviamente implica al afectado.

En el aspecto comentado resulta entonces que, el sistema legal no es el defectuoso, pues en base de la

sana crítica que se sobrentiende debe inspirar los actos de los “operadores de la justicia”, consagra las normas que corresponden, empero es la indebida interpretación y aplicación de ellas por parte de los jueces y magistrados la que lamentablemente, al no actuar con la antedicha sana crítica que constituye imperativo legal, ha ocasionado que desnaturalizando el real y efectivo sentido y espíritu de la ley, se incurra en excesos valiéndose de normas que encierran un encomiable ánimo para transfigurando su sentido incurrir en resoluciones que constituyen verdaderos despropósitos.

De allí la trascendencia de la aplicación y el entendimiento real del cumplimiento de la obligación legal que constituye para los jueces y tribunales obrar con sana crítica para que en definitiva se busque con el espíritu íntegro y la ecuanimidad indispensables el fin último y trascendente que representa la justicia, efectivamente dejando de lado incluso las formalidades o solemnidades establecidas cuando ello no afecte el derecho de las partes, empero sabiendo con base de un profundo conocimiento del derecho y de los principios que lo inspiran, justipreciar el valor de ellas para determinar cuando y como son prescindibles y cuando son inquebrantables. No proceder así y continuar incurriendo en los errores que el abuso, la ligereza y la mala interpretación y aplicación del precepto constitucional determinan nos conduciría –como lo manifestaba el Doctor Hernán Coello García- al absurdo de que *“bien podría suponerse que, para evitar la pérdida de tiempo, convendría mas bien presentar directamente la demanda ante la Corte Suprema para que, omitiendo de este modo la ritualidad de dos instancias, se obtenga directa y rápidamente el fallo de casación”*.

# **NORMAS PENALES QUE SANCIONAN LOS DELITOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y ESPAÑOLA**

**Paúl León Altamirano**

Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los  
Tribunales de Justicia de la República por la  
Universidad del Azuay

Especialista en Derecho Procesal - Universidad del  
Azuay-Universidad Andina Simón Bolívar  
Máster en Asesoría Jurídica de Empresas -  
Universidad del Azuay – Ecuador y Universidad de  
Valencia – España

Profesor de la Universidad del Azuay  
E-mail: [paulleon@etapaonline.net.ec](mailto:paulleon@etapaonline.net.ec)



En el Código Penal español, se sancionan los Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.

Es acertado el tratamiento jurídico en dicho cuerpo normativo, pues en nuestra legislación esta tipificación es regulada de manera anti técnica en la Ley de Propiedad Intelectual. Como muestra podemos ver que en el Código Penal ecuatoriano y como así lo exige la materia, los tipos penal son cerrados, sin posibilidad a realizar una interpretación extensiva, describiendo plenamente y hasta qué límites van los tipos penales salvo en el caso del peculado que deja una puerta abierta cuando sanciona a quién hubiere abusado de dineros públicos “... mediante el desfalco, disposición arbitraria y **cualquier otra forma semejante.**” (el resaltado es nuestro).

En nuestra Ley de Propiedad Intelectual notamos muchos tipos abiertos que contradicen los principios penales fundamentales al realizar la tipificación correspondiente.

La legislación penal de España, en su Código Penal, divide adecuadamente a los delitos relativos a la propiedad intelectual en su primera sección y a los delitos de Propiedad Industrial en la segunda, en tanto que nuestra Ley, bajo el Capítulo Tercero que trata de Los Delitos y de las Penas, tipifica y sanciona a todos los delitos sin realizar una división de temas, tal como el caso español.

Se debe destacar que en la normativa del Ecuador, muchos artículos contienen varios delitos o varias acciones

delictivas sancionadas que, al parecer, deberían, ser tratados en tipos penales independientes.

Existe una crítica muy interesante de **Alejandra Castro Bonilla**, quién señala que la jurisprudencia y buena parte de la doctrina española, sostienen que la propiedad intelectual no es un derecho fundamental, y por ende, el propio Texto Refundido de la Propiedad Intelectual (TRLPI), es una ley ordinaria y no una ley orgánica, como correspondería al tratarse de derechos fundamentales y libertades públicas. El fundamento para tal interpretación consiste en indicar que la Constitución Política lo que consagra en el artículo 20, 1.b) CE es un derecho genérico a producir y crear obras, pero no un derecho fundamental. Consiste por tanto en la libertad del individuo de crear a través de sus propias ideas, pero es precisamente tal libertad lo que la norma pretende proteger, y no propiamente la creación literaria, artística o científica que, como propiedad intelectual, se encontraría amparada por la ley en la condición de una propiedad especial.

Según el español **Damián Fuentes Sánchez**, las infracciones de los derechos intelectuales cometidos que podríamos denominar “Piratería Doméstica” (no es tan apreciable, de cara a la sociedad en general, como lo puede ser la venta ambulante ilegal en la vía pública, pero que supone un perjuicio patrimonial grave contra los legítimos poseedores de los derechos de propiedad intelectual infringidos), utilizando para su práctica las herramientas facilitadas por la cada vez más avanzada tecnología en el mundo informático y las posibilidades aportadas por la Red Global de Comunicaciones (INTERNET), supone una modalidad novedosa y atractiva para los nuevos usuarios demandantes de “cultura” audiovisual, literaria o escrita,

musical, software y de cualquier otra expresión cultural y artística.

Este autor indica que, hubiera sido deseable, desde un punto de vista operativo, que el legislador hubiese responsabilizado a los administradores de los ISPs de los contenidos colgados de tales proveedores, ya que se facilitan la publicitación y la propia comisión de conductas delictivas.

Es evidente la falencia que descubre este autor en el derecho español, por lo que debe incluirse esta reglamentación adicional. Con este tipo de conductas se produce un cada vez mayor perjuicio económico tanto a los titulares de los Derechos de Propiedad Intelectual, como al interés general representado en el fraude ocasionado a la Hacienda Pública, tanto estatal como Comunitaria, con lo que se contribuye también a un empobrecimiento cultural.

En el derecho ecuatoriano, no hemos dimensionado el grave perjuicio que se causa, no solamente al titular del derecho violado, sino especialmente al Fisco que, deja de percibir enormes sumas de dinero, por concepto de impuestos que no se pagan por el accionar ilícito, descrito en las normas antes señaladas. En este sentido, en el caso de México, según **Marion Lloyd**, anualmente se pierden cuarenta y ocho millones de Dólares en regalías para los autores y quinientos cincuenta millones de Dólares en ventas para los editores.

Por otra parte, para **GESTIBANK**, “uno de los aspectos más importantes del Sistema de Marcas es el de la adquisición del derecho sobre la marca. En este punto, la nueva Ley, en aras de la claridad y seguridad jurídica,

dispone que el derecho sobre la marca se adquiere por el registro, de acuerdo con las nuevas tendencias legislativas de los países comunitarios. No obstante, el usuario de un signo notoriamente conocido en España posee la facultad de anular la marca posteriormente inscrita que pueda crear confusión con la marca notoria previamente usada, con lo que nuestra legislación se adecua a los compromisos derivados de nuestra pertenencia al Convenio de la Unión de París. Por otra parte, para evitar un cambio radical en el sistema de adquisición del derecho que podría perjudicar al simple usuario de un signo, se ha previsto un período transitorio durante el cual este usuario podrá anular el registro de una marca posteriormente inscrita a ese uso.”

Podemos advertir que la diferencia básica, está en que en la legislación penal española se señala que debe existir un conocimiento del accionar ilícito, en tanto, nuestro ordenamiento dispone que la pena la cumplirá quién en violación de los derechos de propiedad intelectual incurra en la tipificación precedente. Por supuesto que “el desconocimiento no es causa de justificación”. En tanto que, el antiguo Código Penal de España, se sancionaba los delitos de Propiedad Intelectual, en el artículo 534, fraccionado en cinco apartados, en la Sección tercera bajo el título “De las Infracciones y Derechos de Autor y de la Propiedad Industrial”, dónde existían penas de arresto mayor y multas en pesetas. Se debe destacar que el antiguo Código Penal español, al igual que nuestra Ley de Propiedad Intelectual, no efectúa división alguna en delitos de propiedad Intelectual e Industrial, sino que eran tratados en un mismo capítulo.

De lo que hemos visto a breves rasgos, debemos señalar enfáticamente que, buena falta nos hace una

regulación técnica en nuestro Código Penal, referente a los delitos intelectuales y no, como hoy tenemos desperdigado los tipos en la Ley de Propiedad Intelectual, complementando quizá el reclamo, cuando obtengamos por fin el marco jurídico del Derecho de la Competencia, dónde se abarque los temas Industriales que solamente se tratan en la Decisión Andina respectiva, de manera general. En este ámbito se cuenta lamentablemente con tan sólo un proyecto de ley, que data del año 2002 y que aún no tiene visos de implementación técnica.



# **LA COMISIÓN NACIONAL PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DEL ECUADOR**

**José Chalco Quezada**

Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los  
Tribunales de Justicia de la República  
Especialista Superior en Derecho Procesal por la  
Universidad Andina Simón Bolívar  
Ex Presidente de la Comisión de Legislación y  
Codificación  
Profesor de la Universidad del Azuay  
E-mail: jose\_chalcoq@hotmail.com



## **Los compromisos internacionales**

El Ecuador es Estado Parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; de los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y del Estatuto de Roma de 1998, acuerdos que constituyen la base del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Su efectiva vigencia implica las consecuencias oportunas y eficaces de quienes tienen responsabilidades inmediatas como gobernantes, legisladores, autoridades públicas, privadas y ciudadanos en general.

La Constitución Política de la República, consagra en el Art.163, que las normas contenidas en los instrumentos internacionales, convenios y tratados, ratificados por el Ecuador y promulgados en el Registro Oficial, forman parte de su ordenamiento jurídico, lo cual permite que tengan aplicabilidad y prevalezcan sobre leyes y disposiciones de menor jerarquía.

La XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra en 1995, la Resolución AG/RES. 2052 (XXXIV-0/04) de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, adoptada el 8 junio de 2004, instan a los estados miembros, a establecer comisiones nacionales para la coordinación e impulso de medidas de prevención, difusión y aplicabilidad del DIH con apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Ante la relevancia del DIH para la protección y defensa de las garantías fundamentales de todo individuo en

circunstancias graves de conflagración armada, el Estado ecuatoriano, ha tomado decisiones e iniciado acciones concretas a través de sus instituciones; implementa órganos y fija las políticas necesarias para la plena vigencia de estos derechos reconocidos y protegidos, para ir superando así, su mora en la observación de los compromisos internacionales sobre esta materia.

## **Categorías protegidas**

Siendo nuestro propósito referirnos a la conformación de la *Comisión Nacional para la Aplicación del Derecho Humanitario Internacional*, nos limitamos en esta ocasión, a resumir los alcances de la protección a las categorías específicas de víctimas de los conflictos armados contenidos en los *Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales de 1977*.

El *Primer Convenio* establece la protección de heridos y enfermos miembros de las fuerzas armadas en campaña; el *Segundo Convenio*, protege a heridos, enfermos y náufragos que forman parte de las fuerzas armadas marítimas; el *Tercer Convenio*, ampara a los prisioneros de guerra; el *Cuarto Convenio*, protege a los civiles bajo poder de una potencia enemiga. Los cuatro convenios en común, salvaguardan los derechos y garantizan la protección de las víctimas de los conflictos armados que no sean de índole internacional.

Los *Protocolos Adicionales* complementan los Convenios: el *Adicional I*, que incluye también a los conflictos armados de los pueblos contra la dominación colonial, ocupación extranjera y regímenes racistas en

su lucha por la libre determinación, y codifica las normas fundamentales relativas a la conducción de hostilidades; el *Adicional II*, al completar esta disposición común, regula la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales; y, un *Adicional III de 2005*, relativo a la aprobación de un emblema distintivo agregado al de la Cruz Roja y Media Luna Roja, para facilitar la identificación de seguridad de los servicios médicos y componentes de estas entidades internacionales donde el uso de éstos, pudiere encontrar dificultades. Este nuevo distintivo es el Cristal Rojo; el Protocolo ha sido firmado por 18 estados americanos, pero solo 6 lo han ratificado, el Ecuador lo ha firmado el 8 de diciembre de 2005.

El *Estatuto de Roma*, instituye la Corte Penal Internacional y ejerce su jurisdicción respecto de los crímenes de grave trascendencia internacional, y naturalmente, los de guerra. No reemplaza las jurisdicciones nacionales, interviene solo cuando un estado parte en el Estatuto, no pueda, o no quiera, llevar a cabo las pertinentes investigaciones y enjuiciamientos en los tribunales nacionales, entonces asumirá la competencia la CPI.

El Ecuador es Parte del cuerpo normativo central del Derecho Internacional Humanitario moderno, vigorizado por la firma de los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales, el Estatuto de Roma y la Convención de La Haya para la Protección de Bienes Culturales de 1954 y sus Protocolos del mismo año y 1999. No ha firmado la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad, aunque el Estatuto de Roma, en el Art. 92, ya establece que los crímenes, competencia de la Corte Penal Internacional, no prescribirán.

Es positiva la evaluación del Ecuador como parte de los convenios sobre esta materia; ha firmado y ratificado aquellos que prohíben o restringen la acción o incorporación de mercenarios o niños a las fuerzas militares; la prohibición de armas biológicas (1972), la prohibición y restricción de armas convencionales nocivas y de efectos indiscriminados(1980); la prohibición de armas químicas (1993); la prohibición de minas antipersonal (1997, el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, que prohíbe su participación en conflictos armados (2000).

Aún hay mucho en materia del derecho humanitario por firmarse, ratificarse o implementarse en nuestra legislación nacional: desaparecidos, estado de emergencia, desplazados, torturas, experimentación con seres humanos, modificación ambiental con fines militares, reclutamiento y financiamiento de mercenarios, protección de bienes culturales, etc.

En tiempos en que el odio político, las barreras culturales y religiosas marcan y justifican conflictos internacionales e internos, también es importantísima la *Convención de la Haya (1954)* y los *Protocolos Adicionales del mismo año y luego de 1999*, suscritos y ratificados por el Ecuador y otros estados del mundo sobre protección, salvaguarda y respeto al patrimonio cultural y lugares de culto de los pueblos en conflicto.

## **Conformación de la CNADIH del Ecuador**

Por Decreto Ejecutivo No. 1741, de 16 de marzo de 2006, publicado en el Registro Oficial No. 344 de 29 de

agosto del mismo año, se conforma la Comisión Nacional para la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario del Ecuador (CNADIH).

Analizada previamente la trascendencia funcional e institucional, se integra con las siguientes instituciones: Ministerio de Relaciones Exteriores (ahora Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración), Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Gobierno y Policía, Ministerio de Bienestar Social, Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional, Comisión de Derechos Humanos del Congreso Nacional, Fiscalía General del Estado, Corte Suprema de Justicia y la Cruz Roja Ecuatoriana. Nueve instituciones representadas por su máxima autoridad o su delegado. La preside el Ministro de Relaciones Exteriores y actúa en Secretaría el representante de la Cruz Roja Ecuatoriana.

## **Atribuciones**

Las CNADIH del Ecuador, según el Decreto que lo crea, señala las atribuciones siguientes:

- a). Asesorar a los órganos de la Función Ejecutiva en la suscripción de instrumentos internacionales relevantes para el DIH;
- b). Preparar la normatividad que armonice el ordenamiento jurídico interno con los principios y disposiciones del DIH y/o sus relaciones con el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos;

- c). Promover la difusión de este Derecho en todos los niveles del sistema educativo e instituciones en general del Estado;
- d). Apoyar a instancias pertinentes en preparación de informes sobre el estado de aplicación de los instrumentos relevantes del DIH;
- e). Observar, promover la práctica de la legislación internacional humanitaria y realizar recomendaciones;
- f). Establecer relaciones con otras comisiones nacionales y el Comité Internacional de la Cruz Roja;
- g). Orientar, promover y coordinar el “Plan de Acción Nacional”;
- h). Consolidar mecanismos institucionales para la protección de estos derechos;
- i). Analizar recomendaciones y evaluar medios de aplicación a nivel nacional; y,
- j). Promover la cooperación entre el gobierno y las organizaciones internacionales para reforzar el respeto al DIH.

## **Los avances organizativos**

En el lapso discurrido desde su conformación, actuando con responsabilidad histórica, los miembros de

la Comisión Nacional han mantenido regularidad de sus sesiones previas de organización y en las ordinarias luego de su creación. Han elaborado su Reglamento Orgánico Funcional aprobado por la Ministra de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, cuerpo normativo que contiene las reglas sobre fines, objetivos, responsabilidades, reuniones, procedimientos, decisiones, etc.

En su última sesión ordinaria de junio 14 de 2007, el pleno, aprueba *“El Plan de Acción Nacional para Promover el Respeto y Aplicación del DIH en el Ecuador”* que comprende la metodología de trabajo para el período; el tratamiento de temas; la tarea de armonización del ordenamiento jurídico nacional con los principios y normatividad del DIH en concordancia con el Derecho Internacional de los DD. HH. y el Derecho Penal Internacional; eventos de sensibilización y capacitación en los distintos niveles institucionales; seguimiento de las relaciones institucionales pertinentes internas como externas. Para el cumplimiento de estos fines se organiza en cuatro *subcomisiones*, que son las siguientes:

1. De elaboración y seguimiento de las recomendaciones relativas a la suscripción y ratificación de los tratados, coordina el Ministerio de Relaciones Exteriores.
2. De elaboración y seguimiento de los proyectos normativos; coordina la Comisión de Legislación y Codificación.
3. De eventos de sensibilización y/o capacitación; coordina el Ministerio de Defensa.

#### 4. De relaciones institucionales; coordina la Cruz Roja Ecuatoriana.

Los delegados acreditados, permanentemente reciben conferencias de capacitación y compromiso; valiosos especialistas nacionales e internacionales como el Dr. Augusto Saa Corriere, Presidente de la Comisión de DIH; Dr. Antón Came, Asesor Jurídico del Comité Internacional de la Cruz Roja; la Dra. Marisela Silva Chau, Asesora Jurídica de la Delegación Regional del CICR para Ecuador, Perú y Bolivia; el Dr. Ramiro Ávila Santamaría, especialista ecuatoriano y autor de importantes estudios e investigaciones sobre esta materia, han ofrecido exposiciones doctrinarias y efectiva motivación.

El Plan Nacional para el Ecuador, propugna la difusión y enseñanza del DIH en todos los estamentos sociales y niveles institucionales: en la Fuerza Pública, sus procedimientos, leyes y reglamentos han de tomar un sentido diferente acorde con el DIH; en el ámbito de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; en el ámbito de la educación universitaria; la incorporación a los planes de estudio de las escuelas de derecho, información y formación general; integración en la enseñanza secundaria; orientación a comunicadores sociales; a la población civil, personal médico y paramédico, defensa civil; organizaciones no gubernamentales; responsables del patrimonio cultural y religioso; la clase política, la burocracia, etc.

### **Las expectativas**

Podemos afirmar que en el Ecuador funciona su Comisión Nacional para la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario, con sede en Quito, ente

interinstitucional con objetivos definidos y, una vez superadas estas primeras fases de integración, fijación de responsabilidades, implementación, compromisos institucionales, documentación, recopilación de información, etc. tendremos una instancia de alto nivel, para garantizar los derechos de quienes en momentos de conflicto, pudieran ser afectados.

Esperemos que las estrategias de prevención y difusión, puedan disuadir los arrebatos de violencia que imperceptiblemente, como da cuenta la historia mundial y nacional suelen presentarse, eviten violentas confrontaciones y sus consecuencias, llevándonos a guerras siempre injustas e inhumanas entre países hermanos, y cada vez, con más frecuencia, aun entre los mismos nacionales de un estado, por disputas que pudieron superarse, nunca estimularse.

Este aporte analítico, reciba el lector, solo como una de las acciones más elementales de difusión en la sociedad y sus instituciones del Derecho Internacional Humanitario, para constituirnos en sujetos activos de tan prolífica rama del derecho moderno en situaciones de conflicto armado internacional o interno. Queremos colaborar en la ilimitada obra de prevención en base a la adopción de una cultura de respeto a la dignidad humana, a sus valores, diversidad, símbolos y patrimonios. No esperemos días difíciles de grave confrontación, de protagonismo directo o indirecto en los conflictos. Parecería innecesario proponer y negociar tratados internacionales, normatividad o acciones para salvaguardar a una misma especie de sus propios congéneres, pero es una realidad. Siempre será útil prevenir, y hacerlo con premura, desde cualesquiera sean nuestras esferas de servicio.



# **PRESUPUESTOS DE ANIQUILACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA ACCIÓN**

**Soraya Quintero López**

Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los  
Tribunales de Justicia de la República por la  
Universidad del Azuay

E-mail: [mariasorayaquintero@yahoo.com](mailto:mariasorayaquintero@yahoo.com)



## **1. INTRODUCCIÓN**

En este trabajo se analizará la necesidad de la existencia de una acción positiva o negativa del hombre manifestada exteriormente, para que pueda darse un hecho punible, así como la manifestación de la voluntad en este actuar con un contenido de conocimiento e intención. Para ello partiremos del concepto de acción y su ubicación en la teoría del delito, así como de las diferentes funciones que actualmente tiene dicho concepto, a fin de delimitar aquello que debe ser considerado una conducta humana relevante para formar parte de este concepto de acción jurídico penal y por lo tanto susceptible de un juicio de tipicidad, antijuricidad y atribuibilidad. Una vez establecidos estos parámetros dentro del concepto de acción, se realizará un análisis de las posibles situaciones en las que la doctrina ha considerado que al no existir voluntad del sujeto activo, no puede hablarse de una acción penal. Al tener en el punto anterior claro el concepto de acción y su relación con la voluntad del agente, se analizará la aplicación de concepto en estos casos y si es que lo que entendemos por acción se vuelve relativo. Se tendrá en cuenta además, que pueden darse casos en que subsistan restos de voluntad en el sujeto en cuyo caso el tema de la responsabilidad, podría analizarse desde el punto de vista de la culpabilidad.

## 2. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE ACCIÓN PENAL EN RELACIÓN CON LA VOLUNTAD EN LA CONDUCTA

Para iniciarel análisis del concepto final de acción que sirve actualmente como base para la delimitación y construcción de la teoría del delito necesariamente debemos referirnos a la doctrina de acción finalista introducida en dogmática penal por Hans Welzel<sup>1</sup>; que considera que la vida comunitaria se estructura sobre la actividad final del hombre, denominada “Acción”. La acción es la “*capacidad de la voluntad humana de proponerse cualquier fin y sobre la base de su saber causal, poder realizar estos fines de acuerdo a un plan*”<sup>2</sup>. El hombre es capaz de acciones con conciencia y fin, por esta razón el Derecho Penal manda o prohíbe conductas. El objeto de las normas penales será la conducta humana, la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a capacidad de la dirección final. La acción es el ejercicio efectivo de una actividad o inactividad final. El acontecer a consecuencia de la conducta o actividad humana debe ser “final” no solamente causal; debido a que el hombre con su saber causal prevé posibles consecuencias de su actividad, se propone un fin y dirige su actividad conforme a un plan, para la consecución de dichos fines. Esto supone el obrar orientado desde el fin y el acontecer causal, es el resultante casual de los componentes causales existentes en cada caso. *La Finalidad* para Welzel se basa en la existencia de un factor de dirección en la conducta humana que determina el acontecer causal exterior y lo convierte en una acción dirigida finalmente, por lo tanto la voluntad final es un factor integrante de la acción. Esta dirección final de la acción

---

1 Welzel Hans. DERECHO PENAL ALEMÁN. pág. 53 - 64

2 Welzel Hans. pág. 51

en primer lugar ocurre en la esfera del pensamiento con la anticipación del fin, el autor visualiza lo que quiere realizar, para lo cual selecciona los medios sobre la base de su saber causal, lo que le permite un proceso mental, en donde, desde el fin, elige los factores causales requeridos para poner en marcha su plan. El autor además en este proceso mental tendrá en consideración los efectos concomitantes que van unidos al proceso causal elegido como un medio, pudiendo hasta cierto punto prever las consecuencias de utilizar tal o cual medio. Posterior al proceso ocurrido en la esfera del pensamiento del autor, este efectúa su acción en el mundo real, poniendo en marcha aquel proceso causal previsto por la anticipación de un fin y los medios a utilizarse, en la esfera del pensamiento.

José Cerezo<sup>3</sup> teniendo en cuenta el concepto de acción como ejercicio de una actividad finalista, subraya el hecho de que debe partirse de la base de la concepción del hombre como persona, como un ser responsable y concluye que sólo una conducta finalista puede ser considerada como conducta específicamente humana y puede ser objeto de descripción y valoración jurídica. Una conducta no finalista (movimientos reflejos, movimientos durante el sueño) no puede ser considerada como una conducta humana.

Coincidente es la posición de Maurach para quien solamente las acciones humanas constituyen la base de la responsabilidad penal y la acción puede definirse como *“la conducta humana, relacionada con el medio ambiente, dominada por una voluntad dirigente y encaminada hacia un resultado.”*<sup>4</sup>

3 Cerezo Mir, José. DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 416 - 417

4 Maurach Rehinhart, Zipf Heins, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 242

Partiendo de la base finalista Roxin<sup>5</sup> define a la acción como una “*manifestación de personalidad*”. Esta simple fórmula para la conceptualización de la acción, permite incluir dentro del concepto todo aquello que pueda atribuirse a un ser humano como centro anímico espiritual de la acción. Este concepto de acción, como veremos más adelante, es el que más gráficamente, establece la separación entre la acción en sentido jurídico penal y los hechos que tienen efecto únicamente en la esfera corporal del hombre que no están sometidos al control del “yo”. Al entender la acción como *manifestación de la personalidad*, obtenemos una caracterización general de contenido positivo, que excluye todo aquello, que de manera general no aparece como acción.

Para poder adentrarnos en el análisis de los presupuestos de ausencia de la acción, debemos previamente establecer si el concepto de acción puede servirnos para encontrar este límite. El concepto final de acción cumple funciones determinantes dentro del estudio de la teoría del delito. José Cerezo Mir<sup>6</sup> establece como el primer elemento del concepto del delito la existencia de una acción u omisión, entendiendo que el delito es una acción a la que se añaden como atributos los elementos tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. La elaboración de un concepto de acción, para Cerezo, tiene como funciones: constituir un elemento básico, unitario del sistema de la teoría del delito; ser un elemento de unión o enlace para las otras fases del enjuiciamiento jurídico penal; y ser un elemento límite que excluya aquellas formas de conducta que no son relevantes para el derecho penal.

5 Roxin Claus, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 252 - 254

6 Cerezo Mir, José. DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 389

La primera función del concepto de acción como elemento básico, debe permitir incluir un concepto de acción u omisión para una interpretación satisfactoria que incluya todos los tipos de lo injusto. No es posible sin embargo elaborar un concepto genérico de acción. Entre la acción y la omisión, dice Cerezo<sup>7</sup>, la única nota común es la “*capacidad de acción*”. Es importante, según este autor, que el concepto de acción, para que pueda cumplir con su función de elemento de unión, sea *valorativamente neutral*, de esta manera podría servir como enlace de los demás elementos del tipo.

Es el concepto de acción u omisión finalista aquel que cumple con la función de elemento básico aunque no unitario. Al incluir este concepto el contenido de la voluntad en la acción, permite la inclusión de los delitos dolosos e imprudentes. El concepto finalista es además neutral, en el sentido de que no se prejuzgan los siguientes elementos del concepto de delito. De igual manera cumple una función de elemento limitativo, pues todo movimiento corporal o toda actitud pasiva que no respondan al concepto de acción quedan excluidos del ámbito del derecho penal.<sup>8</sup>

Al respecto Maurach,<sup>9</sup> simplifica las aspiraciones del concepto de acción, al considerar que tiene únicamente dos funciones principales; una de delimitación, que deja de lado aquellas penalmente irrelevantes y la segunda es servir de base para la estructura del delito. Para esto el concepto de acción debe ocupar un lugar fuera del tipo, de

7 Cerezo Mir, José. DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 390

8 Cerezo Mir, José. DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 416 – 417

9 Maurach Rehinhart, Zipf Heins, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 244 - 248

esta manera se puede concebir como el presupuesto de todo delito. En el caso de la conducta corporal causante del resultado, como un golpe o un empujón, un movimiento reflejo, no hay lugar para hablar de una acción tipificada y debe omitirse el análisis acerca de si es o no dolosa. El concepto de acción debe establecerse de manera que sirva de fundamento común a todas las formas de aparición que tiene el delito (dolo, culpa). Maurach destaca la importancia de que este límite debe establecerse de manera que se no se sobrecargue el concepto de características que pongan en peligro su naturaleza de “*base común*” para la construcción del delito; debe permitir agotar el concepto de acción, pero no más allá del punto en que pudiera apropiarse de campos fuera de su ámbito. Para que una conducta pueda ser valorada como acción, debe determinarse si estaba o no dirigida por la voluntad, únicamente en este caso cabe hablar de acción.

La acción humana supone una actuación de la voluntad, sólo la conducta basada en la voluntad es penalmente relevante. Una conducta que no pueda ser controlada por la voluntad humana no constituye un punto de partida idóneo para la responsabilidad penal.

Continuando con la tendencia de simplificar las funciones del concepto de acción Jesús María Silva Sánchez<sup>10</sup> considera, coincidiendo con la opinión de Maurach, que la acción deberá limitar fuera del análisis jurídico, aquellos procesos o conductas humanas inidóneas como objeto de un juicio de imputación típica y establecer el elemento común o genérico, para poder incluir, todos aquellos procesos que sí son susceptibles de

---

10 Silva Sánchez, Jesús María, ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, pág. 14 – 16

un juicio de imputación típica. A decir de Silva esta es una función de “*considerable modestia*”, en comparación con aquellas funciones que históricamente se le han atribuido al concepto de acción, el mismo que ante todo debe cumplir una función negativa o de delimitación. Debe por lo tanto evitarse incluir en el concepto de acción debates respecto de la antijuricidad o respecto de aquello que en esencia le corresponde al tipo de lo injusto. Silva Sánchez<sup>11</sup> concluye que entendiendo así las funciones del concepto de acción, se excluyen de dicho concepto, y del Derecho penal, en primer lugar, todos aquellos procesos que son meramente explicables en términos causalistas, naturalísticos y no se pueden interpretar como susceptibles de una atribución cualquiera, es decir, que no pueden ser motivo de un juicio de tipicidad, o de atribución a cierta conducta de un contenido concreto de realización típica. El concepto de acción por lo tanto cumple además una función positiva que “*expresa, procesos humanos, interpretables por el derecho capaces de sentido.*”, de esta manera se convierte en la característica común a todos los hechos antijurídicos y culpables. La acción cumple la función de establecer las condiciones mínimas de los tipos de injusto, señalando que proceso o acto es posible prohibir, debido a que es posible para el sujeto, dirigirlo de otra manera mediante la motivación normativa. Una acción es tal en sentido jurídico penal, desde el momento en que no se pueda descartar la posibilidad de una incidencia de las directrices normativas. El concepto de acción, tiene por lo tanto una función de “vinculación negativa”, no establece qué es acción pero sí deja claro qué es lo que no puede serlo en absoluto, establece el marco en que ha de tener lugar la decisión normativa.

---

11 Silva Sánchez, Jesús María, ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, pág. 17 - 27

### **3. PRESUPUESTOS DE LA ANIQUILACIÓN DE LA VOLUNTAD: VIS ABSOLUTA, ESTADOS DE INCONSCIENCIA, MOVIMIENTOS REFLEJOS.**

La acción como un concepto limitativo deja fuera todos aquellos movimientos corporales que carecen de relevancia para el derecho penal. De acuerdo con la concepción finalista de acción de Welzel, los movimientos corporales deben dominarse por un acto de voluntad, el hombre es corporalmente causal, cuando no domina sus movimientos corporales en un acto de voluntad y se convierte en una masa mecánica, o es presa de movimientos reflejos, lo cual debe quedar excluido de la consideración del derecho penal. Estos casos particulares serán analizados a continuación. *“No se concibe que se niegue el carácter de acción en procesos en los que puede detectarse una conducción final, aún elemental.”*<sup>12</sup>

#### **3.1 CASOS DE VIS ABSOLUTA**

Entendiendo a la acción como una *“manifestación de la personalidad”*, debemos concluir con Roxin que en aquellos casos en los que el cuerpo funciona solamente como una masa mecánica, falta dicha manifestación de personalidad, y en este caso nos encontramos sin la participación de la psique y el espíritu.<sup>13</sup>

---

12 Silva Sánchez, Jesús María, ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, pág. 23

13 Roxin Claus, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 263

Cerezo<sup>14</sup> explica los casos de *vis absoluta*, como fenómenos en los que la violencia material que implica la fuerza física irresistible y elimina no solo la libre determinación de la voluntad, sino la voluntad misma, que es un elemento fundamental de la acción.

Aquellas situaciones provocadas por una fuerza irresistible mecánica, no son consideradas como acción, siendo indiferente si la fuente de la fuerza viene de otro ser humano o de la naturaleza, no existe ningún tipo de intervención de la voluntad. Maurach<sup>15</sup>, amplía este concepto al incluir en él los movimientos pasivos del obligado, en cuanto a los tipos de omisión, en estos casos la capacidad de acción es omitida mediante coacción mecánica.

Este grupo de casos debe distinguirse de aquellos en los que la acción persiste cuando se ejerce coacción sobre la voluntad de un sujeto forzado a actuar (*vis compulsiva*), impidiendo su capacidad de dirección en dicha acción. Para Maurach en este caso nos encontramos ante una acción no libre, pero acción al fin, pudiendo llegarse a excluir la responsabilidad del autor del hecho, al valorar la culpabilidad. A la misma conclusión llega Roxin<sup>16</sup> para quien, cuando una conducta es forzada mediante *vis compulsiva*, sí se actúa de un modo típico y antijurídico, aunque disculpado.

---

14 Cerezo Mir, José. DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 437

15 Maurach Rehinhart, Zipf Heins, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 249

16 Roxin Claus, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 263

Establecer la línea divisoria entre los casos de *vis absoluta* y *vis compulsiva*, es aparentemente tarea simple, pero dada la complejidad y diversidad de los matices de los casos que pueden presentarse en la práctica, la limitación conceptual reviste gran importancia. En este sentido Maurach realiza una importante aclaración al incluir la calidad de acción para aquellas conductas en las que se presente una actuación de voluntad pero carente de libertad, el sujeto igualmente actúa con voluntad pero no libre, al encontrarse sometido a una coacción externa o a una disposición interior, presentándose un caso de exclusión de la atribuibilidad de una conducta concreta.<sup>17</sup>

### **3.2 LOS ESTADOS DE INCONSCIENCIA**

Si partimos de la premisa de la necesidad de un factor de dirección o voluntad final, resulta lógico concluir que en los estados de completa inconsciencia el sujeto no puede realizar ninguna acción, entendida esta como manifestación de su voluntad. Sin embargo la práctica nos presenta la pérdida completa de conciencia como un caso extremo, siendo mucho más común encontrarnos con sujetos que han perdido la voluntad en su actuar de manera parcial, con distintos grados y matices de inconsciencia. Nuevamente, encontramos en este caso la gran utilidad de un concepto de acción que cumple una función delimitante, para incluir dentro de él todos aquellos casos en que subsiste un grado de voluntad en el actuar, por más mínimo y alterado que este se encuentre. Esta delimitación como anotamos en líneas anteriores la establece claramente Roxin al hablar de "*manifestaciones de la personalidad*".

---

17 Maurach Rehinhart, Zipf Heins, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 247, 248

Maurach<sup>18</sup> gráficamente explica estos casos como “*formas de conducta corporal*”, denominación que en sí los elimina del concepto de acción. Al respecto analiza que los estados de completa inconsciencia no constituyen acción (sueño profundo, delirios febriles desmayó profundo, efecto agudo paralizante de sustancias psicotrópicas, ataques de epilepsia, etc.), debido a que no solamente se excluye la capacidad de imputabilidad, sino también la acción.

En el análisis de los efectos del alcohol y otros estimulantes pueden presentarse casos límite, debido a que, producen varios grados de alteración de la conciencia y estados de inconsciencia, siendo sólo en estos últimos casos, como ya dijimos, en los que se da una incapacidad de acción. De lo contrario cuando hablamos únicamente de trastornos de la conciencia, bajo la influencia del alcohol y otros estupefacientes existen las bases para considerar la existencia de una acción. Maurach en los supuestos de narcosis, y de quien se encuentra bajo el influjo de una sustancia psicotrópica, considera que no se pierde por completo la conciencia, encontrándose el sujeto en un estado de semiinconsciencia. Para Roxin<sup>19</sup> en los casos de embriaguez ordinaria subsiste la acción, en este caso podrá hacerse un análisis de la culpabilidad del sujeto, que actuó en una manifestación de su personalidad, a diferencia de la embriaguez sin sentido en la cual se elimina la cualidad de acción. Por lo tanto en los casos de embriaguez, siempre existirá una acción, mientras el sujeto aún esté en condiciones de emprender movimientos coordinados y con sentido en dirección hacia un fin. Tal

18 Maurach Rehinart, Zipf Heins, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 247, 248

19 Roxin Claus, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 264

es el caso de la puesta en marcha y conducción de un vehículo, subsistirá la acción, independientemente de la medida en que se produce conscientemente y pueda ser recordada.

De lo analizado podemos concluir que, al ser la acción una “*manifestación de la voluntad*” por más que esta se encuentre disminuida no desaparece, en consecuencia nos hallamos nuevamente ante una cuestión a resolverse en el análisis de la culpabilidad.

Igual tratamiento doctrinario se da a los movimientos producidos durante el sueño, al respecto, considerando a la acción como una “*manifestación de la personalidad*”, Roxin<sup>20</sup> hace la importante aclaración, de que a pesar de que existe una causación psíquica, esta no da lugar a una acción, pues estos movimientos no muestran la menor relación con el mundo circundante, no entran en el mundo real como fenómenos de manifestación de la personalidad.

El sonambulismo ha sido definido por Jiménez de Asua<sup>21</sup> entendido como un sueño anormal, en que el sujeto deambula, pueden imaginarse muchos delitos de acción. Los casos de sonambulismo como dijimos eliminan la acción, pues no hay voluntad en quien actúa, tornándose en actos inconscientes. En estos casos la percepción por medio de los sentidos está absolutamente abolida. Aquí, a diferencia de la hipnosis, no se puede preordenar tal estado a la comisión de delitos. Sin embargo se discute si debe existir también irresponsabilidad, cuando el sujeto

20 Roxin Claus, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 264

21 Jiménez de Asua, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomo III, pág. 694

que se sabe sonámbulo y que en ese estado realiza actos dañosos, no toma las precauciones necesarias para evitarlos.

Ha sido un tema muy debatido para la doctrina el considerar o no dentro del grupo de casos de ausencia de acción por pérdida de la conciencia a los sujetos que producen hechos bajo sugestión hipnótica.

Actualmente la doctrina mayoritaria, como manifiesta Cerezo<sup>22</sup>, en el caso de la influencia de la sugestión hipnótica, considera que la sugestión de tipo criminal, durante el sueño únicamente podría darse, en el caso de que el hipnotizado fuera un neurótico o un psicópata con tendencias criminales, debido a que el hipnotizado nunca pierde por completo la conciencia de sus actos.

Por lo tanto en el caso de la hipnosis, siguiendo el concepto de acción finalista, con dirección de la voluntad, que hemos establecido en el subtema anterior, no podría hablarse de la exclusión de la voluntad en la acción o la capacidad de acción, esta únicamente se encuentra alterada o disminuida, este caso se resuelve al analizar la culpabilidad. Los estados hipnóticos, son considerados dentro de las causales de exclusión de la capacidad de imputabilidad, debido a que en estos estados sigue presente una voluntad de acción.

Al respecto aclara Roxin<sup>23</sup> que en los estados hipnóticos y posthipnóticos, la opinión dominante es que debe afirmarse cualidad de acción pues los hechos

22 Cerezo Mir, José. DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 438 - 439

23 Roxin Claus, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 264

son transmitidos psíquicamente y adaptados al mundo circundante. La ejecución de las órdenes hipnóticas chocan contra una carrera del carácter de la persona influida, de modo que las acciones extrañas personalidad tampoco son ejecutadas; por lo tanto su atribución a la esfera de la personalidad es posible con independencia de la problemática de la conciencia.

### 3.3 LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS

No pueden considerarse acciones los movimientos reflejos, que son definidos por Maurach<sup>24</sup> como las *reacciones corporales* provocadas sin intervención de la voluntad, tales como los calambres. Nuevamente, dentro del esquema finalista, si consideramos la existencia de la capacidad humana general de dirección de la acción, se deben excluir de este grupo aquellas acciones de cortocircuito, si bien en ella podría producirse como lo afirma el citado autor, la intervención del elemento voluntad, ello ocurre a una velocidad en la cual no existe para el autor la posibilidad de infundir al movimiento una reacción que le permita impedir aquella acción, por lo tanto las acciones de cortocircuito se resolverán como una cuestión de atribuibilidad, por lo general se debe considerar la existencia de una acción y se discutirá la imputabilidad del sujeto.

Los movimientos reflejos únicamente no son acción cuando la excitación de los nervios motores no está bajo influencia psíquica, en estos casos el estímulo corporal se transmite directamente del centro sensorial al movimiento.

---

24 Maurach Rehinhart, Zipf Heins, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 241 - 251

Silva Sánchez<sup>25</sup> define a los movimientos reflejos como aquellos de naturaleza *meramente fisiológica y subcortical*. El reflejo aparece caracterizado, por su reproducibilidad y provocabilidad y son independientes de la efectividad. Lo que caracteriza a los actos reflejos es la existencia de una vinculación mecánica de estímulo y reacción, por lo tanto, siempre que se produzca el estímulo tendrá lugar la misma respuesta corporal. En los reflejos está ausente toda manifestación de la personalidad o expresión de carácter individual, ante el estímulo la reacción fisiológica tiene lugar con independencia de las características personales del sujeto. Como vimos líneas anteriores según Roxin, la acción puede entenderse como una *manifestación de la personalidad*, por lo que podemos concluir que al producirse una reacción independiente de la personalidad del sujeto, dada ante determinado estímulo, estamos ante un caso de ausencia de acción. Los actos reflejos se caracterizan por ser un proceso directa e inmediatamente fisiológico.

No pertenecen a este grupo aquellos movimientos producidos en forma semiautomática. Estos deben considerarse como acciones en el sentido jurídico penal debido a la existencia original de un proceso de formación de voluntad, el mismo que por una larga práctica se ha radicado en el subconsciente. Las reacciones semiautomáticas no necesitan ser dirigidas por la conciencia actual del sujeto, pero siguen siendo dominables.

Existe una discutida zona límite en los casos de automatismos y hechos producidos bajo impulsos afectivos de alta intensidad. En tales reacciones espontáneas es apenas perceptible una voluntad consciente de un fin,

---

25 Silva Sánchez, Jesús María, ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, pág. 25 - 26

pero existe un movimiento transmitido psíquicamente y dirigido a un objetivo, para Roxin<sup>26</sup> esto basta para admitir que hay una manifestación de personalidad, por lo tanto una acción. En las acciones automatizadas se da una disponibilidad de acción adquirida mediante larga práctica y que llegado el caso se transforma en movimientos sin reflexión consciente; pero las disposiciones para la acción aprendidas pertenecen a la estructura de la personalidad y su desencadenamiento es manifestación de personalidad.

Silva Sánchez<sup>27</sup> limita claramente la diferencia que debe hacerse de los actos impulsivos, instintivos, o en cortocircuito que no son actos reflejos, y por lo tanto no corresponden a la categoría que analizamos, al considerar que en ellos sí se dan indicios de una acción en sentido jurídico penal. Los actos instintivos tienen efectivamente participación de una voluntariedad en la dirección de la acción, un querer primitivo que participa en el proceso del movimiento corporal. El criterio de Silva, al respecto sigue la tendencia de la acción en el sentido final, que delimita el concepto de acción, en este caso sí existen los supuestos necesarios para la inclusión de la conducta en dicho concepto de voluntad final.

En cuanto a las reacciones impulsivas, que erróneamente pueden considerarse dentro del grupo de casos en los que la voluntad se encuentra ausente, Silva precisa que en estos podemos encontrar la expresión de una determinada personalidad; esto se explica ante la diversidad de reacciones que pueden producirse por el mismo estímulo, dependiendo de las características del

26 Roxin Claus, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I, pág. 263 - 264

27 Silva Sánchez, Jesús María, ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, pág. 23 - 24

sujeto que lo recibe. La reacción impulsiva se dará en función de lo agresiva, temerosa, etc., que sea la persona afectada, la respuesta a esta estimulación será determinada por la forma de ser el sujeto y su constitución hereditaria. En los actos de cortocircuito se produce una mediación de la personalidad, en sentido que Roxin da a la acción, aún cuando se trate de las capas más profundas de esta.

Al incluir a estos movimientos impulsos dentro de una conducción inconsciente se amplía el concepto de acción, fuera de sus límites, que deben estar acorde con la noción de finalidad, al no darse los elementos característicos del ejercicio de una actividad final consciente de un fin. Silva se acerca, a mi criterio, a una concepción mucho más útil y viable para ser utilizada en la práctica, al considerar que no existe *“una frontera, una marca clara, un salto cualitativo a partir del cual pueda afirmarse la concurrencia de una finalidad, voluntariedad o conciencia; sino que lo que se produce y es una línea continúa ascendente; en la que se precisa el grado de las mismas debe existir para afirmar la existencia de una acción en el sentido jurídico penal. De lo que se trata, para este autor, no es concluir de modo absoluto si los actos impulsivos y de cortocircuito son acciones, sino, más modestamente si la decisión sobre los límites del concepto de acción jurídico penal, los deja dentro o fuera de aquel. Tal decisión reviste una naturaleza normativa: no aparece en la forma de un juicio descriptivo, empírico, sino adscriptivo, de imputación.”*<sup>28</sup>

---

28 Silva Sánchez, Jesús María, ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, pág. 26

#### 4. CONCLUSIONES

Del breve análisis anterior, podemos concluir que es básico para distinguir las acciones en sentido jurídico penal de aquellas que no revisten este carácter, el establecimiento de un concepto finalista de acción. La importancia de dicha concepción es que esta corriente es la que ha definido claramente como elementos integrantes de la acción la existencia de un *factor de dirección de la voluntad final*, a partir de la cual el sujeto se representa un resultado y actúa con libertad para dirigir el proceso causal que le llevará al fin previsto con antelación. Consecuencia directa de la concepción finalista de acción es la concepción del hombre como un ser humano responsable, es decir, solamente la conducta humana es aquella que puede ser objeto de descripción y valoración jurídica. Esta concepción al momento de la práctica jurídico procesal, servirá como uno de los fundamentos para el respeto de aquellos derechos fundamentales reconocidos a un ser humano que por diversas razones es sometido a un proceso penal. La conducta humana como hemos visto está *encaminada por la voluntad* y se presenta como una *manifestación de la personalidad*. Estas son las premisas esenciales, que permiten el análisis de la atribución del carácter de acción a determinada conducta humana. Las características voluntad final, conducta humana encaminada a un resultado o manifestación de voluntad, son básicas para poder establecer la función de delimitación básica que deberá cumplir el concepto de acción. Al existir en el análisis de una conducta establecidas de manera clara las características de la acción y los límites que impone, podemos en la práctica resolver de manera mucho más

expedita los casos presentados en el proceso penal y filtrar para el ejercicio de la acción del Ministerio Público que llevará adelante su caso ante un Tribunal Penal, únicamente aquellos en los que sea posible realizar un juicio respecto de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Queda de manifiesto entonces la enorme importancia práctica que reviste un concepto de acción que cumpla con sus funciones de base para la construcción de los elementos de la teoría del delito y sobre todo de elemento limitante que deje fuera todas aquellas conductas que no constituyen acción en su sentido jurídico penal, pero de igual manera, sin que esto sea menos importante, incluya todas aquellas conductas que aún encontrándose en el límite del concepto de acción deben ser incluidas para el juicio valorativo de los demás elementos del delito, por subsistir en ellas una voluntad final, por mínima que sea su manifestación.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

Cerezo Mir, José, DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Tomo I. ARA EDITORES. Perú. 2006

Jiménez de Asúa, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL. Tomo III. Editorial Lozada. Buenos Aires. Segunda edición. 1980

Maurach Rehinhart, Zipf Heins, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I. EDITORIAL ASTREA. Buenos Aires. 1994

Roxin, Claus, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Tomo I. EDITORIAL CIVITAS. Primera Edición. España. 1997

Silva Sánchez, Jesús María, ESTUDIOS DE DERECHO PENAL. EDITORIAL GRIJLEY. Perú. 2000

Welzel, Hans, DERECHO PENAL ALEMÁN. EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE. 12º Edición. Chile. 1987

# **DERECHO DEL TRABAJO**

**Guillermo Ochoa Andrade**

Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los  
Tribunales de Justicia de la República por la  
Universidad de Cuenca

Diplomado en Derecho Constitucional por las  
Universidades de Cuenca y San Francisco de Quito

Especialista en Derecho Procesal por las  
Universidades Andina Simón Bolívar y del Azuay

Profesor Principal de la Universidad del Azuay

E-mail: [gochoa@uazuay.edu.ec](mailto:gochoa@uazuay.edu.ec)



## **La Suspensión de la Relación Laboral: Una Reforma Inaplazable**

El lograr un empleo y mantenerse en él viene a resultar una proeza, porque muchas son las causas que salen al paso y se oponen a este objetivo; es por ello que, como ya lo expresáramos, el Derecho del Trabajo se ha impuesto como una de sus metas fundamentales garantizar en lo posible la mayor permanencia del trabajador en su puesto, protegiéndolo con la estabilidad que asegure el mantenimiento continuo de las relaciones entre empleadores y trabajadores con fundamento, entre otros, en la necesidad permanente del Estado de tener organizados la producción y los servicios así como mantener protegida la fuente de trabajo de quien labora que es, a su vez, el principio de su sustento material y espiritual, como el de su familia. Y es que, el problema de la pérdida de la estabilidad en el empleo no se reduce únicamente al agotamiento de una fuente alimentaria, es tan vasto y complicado y da nacimiento a problemas de dimensiones sociales tales, que ha inducido a que las legislaciones de los diferentes países, como el nuestro, hayan adoptado la tendencia a limitar las causas de extinción del contrato de trabajo, para asegurar la consiguiente permanencia y continuidad del trabajador en sus labores, siendo uno de los medios para conseguir este fin aquel que se refiere a la institución de la suspensión del contrato de trabajo, en donde la prestación laboral puede sufrir una pausa más o menos larga, sin que ello implique la conclusión del mismo,

suspensión que se aplica cada vez que la imposibilidad de ejecución del contrato revista un carácter meramente temporal, siendo así posible evitar su disolución en interés del asalariado y, a veces, como se ha visto en la realidad, de la propia empresa constituyendo, a decir de Cabanellas “un remedio más benigno o situación más llevadera para el trabajador que la ruptura del vínculo contractual, que – si la expresión lo permite- se aletarga, pero no perece.” (1).

En realidad, la suspensión viene a favorecer básicamente a los trabajadores, siendo hasta cierto punto un derecho más que les asiste, ya que su finalidad es la de precaver la vida del contrato de trabajo que, aunque carezca de ejecución durante cierto tiempo por haber sufrido un receso, recobra su plena vitalidad una vez superadas las causas que lo motivaron, guardando por lo mismo este instituto muy estrecha relación con la idea de la estabilidad ya que no sería nada justo y se encontraría reñido con este principio el hecho de que, por ejemplo una enfermedad transitoria sea la causa para disolver el contrato de trabajo.

**Concepto y Clases de Suspensión.-** Puesto que nuestra Ley no nos dice lo que debe entenderse por suspensión del contrato de trabajo, a fin de tener una idea clara de esta institución, recurriremos a la doctrina en donde encontramos algunas interesantes definiciones; entre ellas las de:

Alberto José Carro Igelmo, quien nos hable del “cese temporal de la obligación del trabajador de ejecutar una obra o prestar un servicio, así como de otros derechos y

<sup>1</sup> TRATADO DE POLÍTICA LABORAL Y SOCIAL, Luis Alcalá Zamora y Castillo, y, Guillermo Cabanellas de Torres, T. II, pág. 61, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1976

deberes propios de la relación laboral ante la presencia de ciertas causas fijadas por la ley o estipuladas en el contrato.”<sup>(2)</sup> mientras que José Vida Soria señala que “se trata de una situación anormal por la que el mismo – se refiere al contrato – atraviesa, caracterizado por la interrupción temporal de la ejecución de sus prestaciones fundamentales y la continuidad del vínculo jurídico.”<sup>(3)</sup>

Como se puede deducir, la segunda concepción requiere una dualidad de abstenciones en tanto que la primera de las ideas se limita a la cesación de actividades sin excluir la paralización de otros derechos y deberes; dos concepciones que nos conducen, desde luego, sin que se rompa la unidad institucional, a la idea expresada por Alfredo J. Ruprecht de que:

“.....la suspensión puede ser de dos clases: absoluta y relativa; la primera consiste en que ambas partes dejan de cumplir sus principales obligaciones contractuales: no hay realización de tareas ni pago de retribución alguna, aun cuando los efectos secundarios se mantengan; la segunda se da cuando la suspensión es solamente con respecto a uno de los contratantes, debiendo el otro cumplir con lo estipulado.”<sup>(4)</sup>.

Para este segundo caso que nos da Ruprecht, y para evitar confusiones, es preciso que tengamos presente la idea de Cabanellas, quien nos dice: “En todo caso en que

<sup>2</sup> LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO, pág. 17, Barcelona – España, 1959

<sup>3</sup> LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO, pág. 27, Madrid – España, 1965

<sup>4</sup> CONTRATO DE TRABAJO, Editores – Libreros, Buenos Aires – Argentina, 1960, pág. 241

haya suspensión del pago de salarios se produce, como consecuencia, la del trabajo por parte del trabajador; por el contrario, hay veces en que hay suspensión del trabajo, y no existe la del pago de salarios.”<sup>(5)</sup> Como vemos, el segundo supuesto es una lógica consecuencia de aquel principio laboral de que todo trabajo debe ser remunerado sin que se dé la prestación de un trabajo gratuito en el marco de las relaciones laborales.

Sin embargo, resulta adecuado que en el presente desarrollo estudiemos una y otra suspensión en forma conjunta a objeto de no romper con la unidad institucional y adoptemos para el efecto una definición sencilla y general que nos da el tratadista Guillermo Cabanellas cuando dice: “Si por suspender se entiende detener o parar algún tiempo una acción u obra, la suspensión del contrato de trabajo es la paralización, durante cierto lapso, del principal efecto del contrato laboral; la prestación de servicios.”<sup>(6)</sup>

Por otra parte, como en el hecho de la suspensión no existe ruptura del vínculo jurídico que, por el contrario, subsiste, algunos autores prefieren hablar de “suspensión de los efectos del contrato de trabajo”, que si bien en el fondo tiene su razón, no ha prevalecido sobre la corriente de tratadistas que para designar a esta institución han optado por el de “suspensión del contrato de trabajo”, argumentándose al efecto que esta es la denominación más frecuente usada por los trabajadores para quienes se ha constituido el Derecho del Trabajo y los que no participan de los rigorismos legales y terminológicos; a más de ser la terminología más usada en las legislaciones y en los tribunales que las aplican. Es por ello que ha prevalecido

---

<sup>5</sup> Ob. Cit. pág. 62

<sup>6</sup> Ob. Cit. pág. 61

esta denominación. Nosotros emplearemos indistintamente las dos terminologías expuestas, sin rigurosidad; con la idea de abarcar la problemática planteada.

**Suspensión del Contrato de Trabajo en nuestra Legislación.-** A pesar de la importancia que reviste la institución de la suspensión del contrato de trabajo, nuestra legislación, como lo veremos, parece no haber dado la suficiente atención e importancia que se merece, sin que siquiera se haya preocupado de mencionar este hecho, mucho menos de sistematizarlo y peor aún de involucrar otras situaciones que han quedado al margen de él y de la propia ley, ya que la existencia de este instituto solamente podemos deducirlo de la interpretación de las varias disposiciones constantes en el texto legislativo inserto en el Código del Trabajo, de las cuales tan sólo dos artículos mencionan expresamente la suspensión del contrato de trabajo. Nos referimos a los signados con los números 500 y 520 que se relacionan con las situaciones de la huelga y el paro, respectivamente, en tanto que en el ámbito individual encontramos una sola disposición que hace relación a este particular, tratándose del artículo 600 que tiene que ver con la tramitación de la petición de visto bueno; y últimamente también se menciona la suspensión de la relación laboral en el Art. 35 de la Ley N. 90 que creó la Ley de Régimen de Maquila, de Contratación Laboral a Tiempo Parcial y de Reforma al Código del Trabajo, publicado en Suplemento al R.O. 493 del 3 de Agosto de 1990. Como si tal pareciera que nuestro legislador admitió la suspensión del contrato solamente en estos supuestos; cuando son muchas las situaciones que caen incursas en esta figura y que debieron haber sido expresamente determinadas y reunidas en un capítulo aparte que encierre en su articulado los casos, efectos y más circunstancias

de la suspensión del contrato del trabajo, tal como lo han realizado las legislaciones de los diferentes países como las de México (Cap. III Arts. 442-43-44) (7); Colombia (Arts. 51-52-53) (8); en los tiempos actuales – 27 de noviembre de 1990 – El Congreso de la República de Venezuela, decreta la Ley Orgánica del Trabajo consagrando el Capítulo V a la regulación del aspecto “De la Suspensión de la Relación de Trabajo” y dedicando los Arts. 93, 94, 95, 96 y 97 a ésta figura jurídica, así nos lo da a conocer el texto de la Ley que nos ha sido posible conseguir; y, Guatemala, este último, según nos cita el Padre Carlos Vela Monsalve en su obra, el mismo que, refiriéndose a la suspensión en nuestro medio, coincide con nuestro criterio y manifiesta que “las disposiciones de esta materia están desperdigadas por aquí y por allí, sin orden ni concierto”. (9)

Por lo mismo, recorriendo por este laberinto trataremos de extraer todas las disposiciones que tengan que ver con la suspensión del contrato de trabajo.

## **Casos de Suspensión del Contrato Individual de Trabajo en el Ecuador**

1. Suspensión por incapacidad ocasionada por accidente o enfermedad que no constituya riesgo del trabajo. “La enfermedad o el accidente que se \_\_\_\_\_ produzca, viene a constituir, al igual que otras, una

<sup>7</sup> NUEVA LEY FEDERAL DEL TRABAJO REFORMADA, Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Becerra, 28ª. Ed. Editorial Porrúa S.A., México, 1976

<sup>8</sup> CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO, Jorge Ortega Torres, pág. 27 y ss., Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1976

<sup>9</sup> DERECHO ECUATORIANO DEL TRABAJO, pág. 614, Editorial “La Unión Católica C.A.”, Quito – Ecuador, 1955

de las causas típicas de suspensión del contrato de trabajo reconocida por la doctrina y las diferentes legislaciones”. (Art. 174 Nrl. 1.)

2. Suspensión por maternidad:  
“El trabajo de las mujeres en los períodos inmediatamente anteriores y posteriores al parto perjudica y pone en peligro tanto la salud y la vida de la madre como la del hijo, razón por la cual la doctrina y la legislación han considerado el embarazo como otra de las causas que vienen a impedir el cumplimiento del contrato de trabajo haciéndolo que se suspenda”. (Art. 153)
3. Suspensión por riesgos del trabajo:  
“Si la enfermedad y el accidente no profesional, como hemos visto, constituyen causas legítimas de suspensión del contrato de trabajo, tanto más vienen a serlo los infortunios laborales a los que se encuentra expuesto el trabajador a consecuencia de la prestación de sus servicios, infortunios que vienen a configurar el espectro jurídico de los riesgos del trabajo que lo constituyen los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, uno y otro definidos”. (Art. 348 y 349)
4. Suspensión por ausencia del trabajador motivada por el servicio militar o el ejercicio de cargos públicos obligatorios. *“Los dos supuestos de suspensión del contrato de trabajo por estos motivos han sido recogidos por nuestra ley”*. (Art. 174 Nrl. 2)
5. Suspensión por ausencia del trabajador motivada por el desempeño de comisiones sindicales. “Otro

de los casos en los que se opera una verdadera suspensión del contrato de trabajo viene a constituir aquel en que el trabajador se ausenta de sus labores para desempeñar comisiones sindicales”. (Arts. 42, Nrl. 11).

6. Suspensión por ausencia del trabajador que ha obtenido beca para estudios. (Art. 41, Nrl. 27).
7. Suspensión por causas accidentales o imprevistas ajenas a la voluntad de las partes. (Arts. 52).
8. Suspensión por mediar solicitud de visto bueno en contra del trabajador. (Arts. 622).
9. Suspensión en caso de trabajadores de los cuerpos de bomberos. (Arts. 623).
10. Suspensión del contrato de trabajo por efectos de la huelga. (Art. 467)
11. Suspensión del contrato de trabajo por efectos del paro. (Art. 525)

Para Concluir el estudio de este enfoque con el que creemos haber dado una visión global y general sobre el tema de la suspensión del contrato de trabajo, debemos dejarsentado que nuestra legislación prohíbe expresamente al patrono sancionar al trabajador con la suspensión del trabajo (Art. 43 Lit. I) criterio de la ley con el que no estamos de acuerdo, pues de admitirse la posibilidad de que el empleador pudiera decretar una suspensión del trabajo por motivos disciplinarios imputables al trabajador, se estaría protegiendo a éste contra la desocupación, ya que como

ocurre en nuestro medio un trabajador que ha cometido un acto de indisciplina se ve indefectiblemente frente a la situación de perder su puesto, por mas que el empleador no quisiera dar por terminado el contrato de trabajo, las circunstancias lo obligan a seguir este camino, o, caso contrario, la organización y disciplina en la producción vendrían a resquebrajarse; por lo mismo, el empleador tiene que apegarse al procedimiento de la terminación por cuanto la ley no le permite imponer una sanción que, aunque drástica, no llegue al exceso de la terminación del vínculo laboral. Nuestra ley únicamente admite sancionar al trabajador en forma pecuniaria, imposición de multa que en ningún caso puede exceder el diez por ciento de la remuneración (Art. 44 Lit. b) lo que, en la mayoría de los casos, en poco o nada vendría a afectar al trabajador; en tanto que, un prestador de servicios que por motivos disciplinarios fuere suspendido de la prestación laboral por un lapso de ocho, diez o quince días sin derecho a remuneración, recapacitará, reflexionará y enmendará su proceder para lo posterior.

Desde luego que al implantarse un tipo de sanción en este sentido se tendría que idear forzosamente una reglamentación que fije los topes máximos del tiempo de suspensión, así como las veces en que esta sanción puede imponerse y el procedimiento para aplicar la misma, cuestiones que deberían tomarse muy en cuenta entre otras muchas para no caer en extralimitaciones que vendrían a garantizar una absoluta arbitrariedad y abuso de parte del empleador.

Muchas legislaciones altamente progresistas y avanzadas jurídica y socialmente han admitido en sus cuerpos legislativos laborales la posibilidad de

la suspensión del contrato de trabajo por motivos disciplinarios y allí tenemos los casos de México <sup>(10)</sup> Argentina, Brasil <sup>(11)</sup> y Venezuela <sup>(12)</sup>. En nuestro Ecuador, este punto de la suspensión como muchos otros que interesan al ámbito socio-jurídico-laboral, no se ha estudiado en la debida forma y con la intensidad requerida pues ni doctrinariamente hemos podido encontrar estudio alguno al respecto, lo que hace presumir que aquellos que se han interesado de una u otra forma en el estudio de esta rama del derecho se han enquistado en las formas tradicionales y en los moldes clásicos al amparo de los cuales surgió nuestra Ley Laboral, sin que por lo mismo se haya dado un aporte por pequeño que sea para lograr una transformación efectiva de muchas instituciones inherentes al campo laboral en nuestro medio.

Precisamente con el espíritu de dar un aporte, al respecto, considero se debe propender a la reforma del actual código de trabajo, creando la figura jurídica de la “suspensión del contrato de trabajo” por ser un tópico no contemplado en nuestra legislación, insistimos para que el empleador pueda optar por este camino antes que el de la terminación.

Quizá, podría regularse en un capítulo que anteceda al de la terminación (Art. 169 y siguientes del Código de Trabajo) y que, podría decir:

---

<sup>10</sup> NUEVA LEY FEDERAL DEL TRABAJO REFORMADA, Ob. Cit.

<sup>11</sup> DERECHO DEL TRABAJO, Rafael Caldera, pág. 325, Editorial “El Ateneo”, Buenos Aires – Argentina, 1975

<sup>12</sup> PUBLICACIÓN OFICIAL DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, Arts. 93, 94, 95, 96, 97

**Art.---** El empleador podrá suspender el contrato individual previa autorización del Inspector del Trabajo por las causas que prevea el Reglamento Interno de la Empresa.

**Art.---** Para el efecto de la suspensión el empleador presentará su petición al Inspector del Trabajo, el que, en el plazo de 24 horas notificará al trabajador y procederá a levantar una información sumaria en el lugar de trabajo, autorizando o negando la suspensión.

**Art.---** El empleador, con la autorización concedida por el Inspector del Trabajo procederá a suspender las relaciones de trabajo, sin que el trabajador tenga derecho a remuneración alguna.

**Art.---** El Inspector del Trabajo podrá autorizar la suspensión del contrato individual de 8 a 60 días, sin remuneración y tomando en cuenta la gravedad de la falta o su reiteración.



# **FORMAS MODERNAS DE CONTRATACIÓN COMERCIAL**

**Remigio Auquilla Lucero**

Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los  
Tribunales de Justicia de la República  
Profesor de la Universidad del Azuay  
E-mail: [regmerc@etapanet.net](mailto:regmerc@etapanet.net)



## **Ideas introductorias**

Es una realidad el hecho de estar frente a un cambio revolucionario y profundo que constituye un reto a aquellos conceptos que hasta hoy los considerábamos erradamente verdades absolutas, pues simplemente no se adecuan a la realidad actual, por ello sostenemos de manera acertada que no podemos encerrar en el mundo del mañana los elementos conceptuales del pasado; con esta premisa comenzaremos analizando los contratos comerciales en la actualidad.

Diremos que mediante los contratos propios del tráfico comercial, el ser humano finalmente busca satisfacer todas sus necesidades, sean estas materiales, espirituales, científicas, intelectuales, de esparcimiento; etcétera, etcétera; y, para lo cual recurre a empresas productoras y distribuidoras de los bienes y servicios que se lanzan al mercado con dicho fin, consecuentemente el derecho marcario emerge como una variante necesaria en el juego comercial, tema que lo dejamos simplemente enunciado por no ser oportuno su análisis en el presente ensayo.

Muchos de los servicios que prestan hoy algunas entidades no se requerían en sociedades tradicionales o pequeñas, verbigracia en tiempo de nuestros padres a quien se le iba a imaginar los consejeros matrimoniales. La complejidad del mundo actual y su “mayor confort” implica la presencia de una empresa que produzca y comercialice bienes y servicios de manera masiva.

Daly en su *Introducción a la Economía en estado estacionario*, sostiene que la actividad empresarial económica se refleja de manera clara en el PIB (producto interno bruto) cuyo crecimiento en los países pobres significa más alimentos, vestido, vivienda, educación básica; mientras que en los estados ricos representa más cosas superfluas; esta conclusión lleva a Keynes a dividir las necesidades desde dos puntos de vista, es decir en absolutas y relativas; las primeras son las que experimentamos sin importar la situación en que se encuentren nuestros semejantes, mientras que las relativas las sentimos solo si al satisfacerlas nos encumbra y nos hace sentir superiores a nuestros prójimos; consecuentemente la industria, la comercialización y la publicidad parten de esta caracterización, apuntando a la creación de las necesidades relativas, las mismas que no tienen límites.

El ser humano durante toda su vida necesita recurrir a los contratos comerciales, aunque nadie en un momento dado se detiene a pensar que, por ejemplo, cuando compra la comida que llevará a su casa ese negocio jurídico cae dentro de la esfera del derecho mercantil.

El contrato comercial moderno reconoce una dimensión que excede del concepto clásico de contrato, el mismo que se encuentra definido en nuestra norma sustantiva civil en el Art.1454, sino que va más allá, rompe criterios clásicos, tanto más que toda la actividad económica tiene como destinatarios finales a los consumidores y usuarios; de modo que las normas que tutelan a quien celebra el contrato con un empresario, lo obligan a éste último a adecuar su actuación a la normativa vigente de modo directo o indirecto, velando siempre por los intereses de la

parte débil de la relación contractual, es decir el consumidor, criterio que ha sido recogido en la Carta Fundamental Ecuatoriana en su Art. 92 el mismo que consagra el control de calidad y defensa del consumidor. Es necesario analizar el contenido del texto constitucional pertinente:

Art. 92.- La ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, y las sanciones por la violación de estos derechos.

Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la prestación de servicios, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta. El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos.

El Estado y las entidades seccionales autónomas responderán civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes, por su negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.<sup>1</sup>

---

1 Constitución Política del Ecuador.

## **Derecho comercial**

Es evidente que el presente análisis se enmarca dentro del derecho privado y exclusivamente dentro del derecho comercial, lo cual vuelve necesario que intentemos conceptualizarlo, empero, con respecto a su significado diremos que señalar el contenido de esta rama del derecho es tarea difícil más aún cuando lo discutible es el alcance de éste; al respecto dos criterios se han planteado: el criterio subjetivo y el objetivo. El primero pone el acento en la actividad del comerciante y considera que tanto la persona cuanto su actividad se regulan por una norma especial –Derecho Mercantil–; históricamente se localiza su origen en la Edad Media, por cuanto era el derecho aplicable en la jurisdicción consular a las transacciones sobre mercaderías, cuando las personas que en ellas intervenían eran comerciantes y miembros de la corporación respectiva, consecuentemente hablábamos de un derecho de los comerciantes tendiente a regular las relaciones emergentes del tráfico mercantil. Por otra parte, el criterio objetivo nace en el Código de Comercio Francés de 1807, para este criterio el contenido del derecho comercial está determinado básicamente por la índole del acto –acto de comercio- y no de quien lo ejecuta (sea o no comerciante), da carácter comercial a la actividad desempeñada; a raíz de este criterio empieza a plasmarse la idea objetiva del derecho comercial que parte de la base de que éste no es “el derecho de los comerciantes” sino del de “los actos de comercio” sin importar quién los realice.

La pregunta es: ¿Cuál es el criterio de la Legislación Ecuatoriana?, al respecto citaremos a un célebre jurista nacional, el profesor Miguel Macías Hurtado, quien en su

obra *Instituciones del Derecho Mercantil Ecuatoriano*, al respecto sostiene: “Conscientes de lo difícil del empeño, nos atrevemos a proporcionar –sobre tal premisa– una definición de Derecho mercantil ecuatoriano: Es el sistema de normas jurídicas que delimitan su campo de aplicación mediante la calificación comercial dada a ciertos actos; que regula esos actos de comercio cuando los ejecuta profesional y habitualmente un comerciante o cuando los realiza uno no comerciante; y que reglamenta el estatuto del comerciante individual y social y ciertos estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones. Esta definición contiene el concepto de acto de comercio. . . destaca que el derecho mercantil ecuatoriano es bifronte, que disciplina al comerciante y al no comerciante, es decir al que lo celebra sin preocuparse de si lo hace profesional u ocasionalmente; y recuerda que el legislador, pese a su tendencia por lo objetivo, se ha preocupado de establecer el estatuto del comerciante (o sea del profesional) individual o social, y como si fuera poco, también de estados de anormalidad como la suspensión de pagos”<sup>2</sup>

## **Diversas modalidades de contratación**

Con los antecedentes señalados podemos iniciar el estudio de las diversas modalidades de contratación en el comercio del siglo XXI; la dinámica del comercio actual requiere modalidades de contratación ágiles, expeditas, uniformes, propias de una actividad económica en masa; cuando aborda el presente tema el maestro Farina, al respecto nos enseña: “Estas exigencias han ido forjando

---

2 MACÍAS HURTADO, Miguel; “Instituciones del Derecho Mercantil Ecuatoriano”; Segundo Volumen; Banco Central del Ecuador; pág. 32; 1988; Quito-Ecuador.

nuevas características en los contratos mercantiles, alejándolos cada vez más de las clásicas estructuras del contrato civil. En efecto, en los contratos comerciales –y esto prácticamente constituye una regla– el adquirente se halla sometido a lo que imponga el empresario, mediante las condiciones generales de contratación, los contratos de formularios, etc.; y, a su vez, también el empresario se encuentra sujeto a algunas limitaciones impuestas por el Estado, a fin de brindar cierta tutela jurídica al público. . Estas bases raramente admiten modificación en las tratativas singulares, pues responden a un criterio y a una política comercial adoptada por la empresa con carácter general, ya que de ello depende sus cálculos de costo, de equilibrio financiero, de utilidad y hasta de expansión de los negocios. Esta modalidad se manifiesta principalmente por medio de las llamadas condiciones generales de contratación.”<sup>3</sup>

Lo manifestado nos obliga a revisar todas y cada una de las más comunes modalidades de contratación, empero, para revisarlas debemos comenzar por el contrato madre, es decir el ESTÁNDAR O UNIFORME, en virtud del cual el empresario formula un esquema contractual uniforme para todas las operaciones que tienen por objeto los bienes o servicios ofrecidos masivamente al mercado, consecuentemente el contrato estándar se caracteriza por la uniformidad de su contenido, proyectado por el empresario para todas las contrataciones de esa especie que se celebren; ahora bien, el contenido de este negocio jurídico está determinado por algunas variantes, entre ellas, las CLÁUSULAS PREDISPUESITAS, cuyo nombre se origina en el hecho de que son establecidas

---

3 FARINA, Juan M; Contratos Comerciales Modernos; Astrea; Buenos Aires; pág. 64

de antemano por el empresario; quien en algunos casos, por comodidad, puede recurrir a los CONTRATOS FORMULARIO; siendo posible además que las cláusulas predispuestas asuman la categoría de CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN, en cuyo caso tales cláusulas predispuestas por voluntad del empresario se tornan inmodificables, todo lo dicho nos conduce a lo que jurídicamente se conoce como el CONTRATO DE ADHESIÓN.

Podemos concluir esta primera parte del presente acápite manifestando que el contrato estándar se manifiesta mediante cláusulas predispuestas, las condiciones generales de contratación, contratos formulario, y su celebración mediante una simple adhesión; a continuación analizaremos con algún detenimiento estas cuatro variantes no sin antes ensayar un mapa conceptual que ejemplifique lo que venimos sosteniendo:



Continuando con el presente análisis diremos que LOS CONTRATOS FORMULARIO, son una de las variantes posibles del contrato estándar, tal y como lo manifestamos y ejemplificamos en el pasado, su característica principal

es la de hallarse previamente redactado en un formulario adoptado por voluntad del empresario.

En lo que hace relación a las CLÁUSULAS PREDISPUESLAS, estas constituyen la usual característica de las contrataciones masivas pues es una consecuencia de la necesidad de uniformar el contenido de contratos cuya celebración se ofrece al público en general en número ilimitado (o casi ilimitado), la predisposición de la cláusula es el resultado de la potestad del predisponente como manifestación unilateral de autonomía privada, se caracteriza por su generalidad e inderogabilidad; la frontera sutil que las separa de las CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN supone que éstas son cláusulas preformuladas e impuestas por el estipulante sin previa negociación particular, concedidas con caracteres de generalidad, abstracción y uniformidad para ser aplicables a un número indeterminado de relaciones contractuales.

Dentro de los contratos estándar, y la contratación moderna, el público consumidor no tiene la facultad de negociar, simplemente acepta o no las condiciones expuestas por el empresario, consecuentemente el contrato se llega a perfeccionar cuando el consumidor se adhiere a él, dando lugar a lo que la doctrina ha llamado CONTRATO DE ADHESIÓN; dicho término fue utilizado por primera vez por Saleilles a principios del siglo XX, adaptado posteriormente a la legislación francesa y luego a otras legislaciones. El contrato estándar se perfecciona mediante la adhesión, la existencia del primero se verifica con el segundo.

## **Nuevas técnicas en la contratación del comercio actual**

No queda duda que el derecho comercial es el derecho de la contratación masiva entre las empresas y el público, esto ha determinado la necesidad de recurrir a nuevos procedimientos contractuales, al respecto el avance de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) ha influido notablemente logrando que los contratos se celebren en el menor tiempo posible, ejemplos de estos nuevos medios y procedimientos de que se vale el comercio actual en sus operaciones directas con el público son: el contrato de autoservicio, el de ventanilla o mostrador, el despacho mediante máquinas automáticas, contratos vía Internet o como lo ha denominado la doctrina: contratación por ordenadores; etcétera.

### **Cláusulas abusivas**

Todo lo que hemos dicho nos lleva a una lógica consecuencia, el empresario como sujeto fuerte en la relación contractual frente a la debilidad de consumidor, intentará valerse de aquellas cláusulas predisuestas o condiciones generales de contratación a fin de ubicarse en ventaja, por así decirlo, frente al consumidor, mediante CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Constituyen cláusulas abusivas aquellas que colocan a una parte a merced de la otra, en este caso del empresario, por ejemplo aquellas que dejan sin efecto garantías por vicios en las cosas, las que hacen asumir al cliente el riesgo del transporte, las que liberan al empresario de toda responsabilidad por culpa, etcétera. El problema de

las cláusulas abusivas ha hecho que todo el armamento normativo apunte a la protección de los derechos del consumidor.

De manera concreta y sencilla podemos entender como cláusulas abusivas las impuestas unilateralmente por el empresario, que perjudiquen de manera inequitativa a la otra parte determinando una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio de los consumidores. Múltiples pueden ser las formas de cláusulas abusivas, así como infinita es la creación intelectual del hombre por dominar al otro, empero, la doctrina, sabiamente ha condensado todas estas posibilidades en tres variantes generales de condiciones abusivas en la contratación, estas son:

1. Aquellas cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños.
2. Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.
3. Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del usuario o consumidor.

Todo lo cual nos hace concluir que, la interpretación de un contrato comercial moderno debe realizarse en el sentido más favorable a la parte débil de la relación contractual, aplicando un nuevo principio: “en caso de duda, lo más favorable al consumidor.”

**EL UNIVERSO DEL DERECHO  
MARCARIO  
LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

**Juan Carlos Salazar Icaza**

Abogado de los Tribunales de Justicia de la  
República por la Universidad del Azuay  
Profesor de la Universidad del Azuay  
E-mail: [Juanca\\_sy@hotmail.com](mailto:Juanca_sy@hotmail.com)



El hombre, gracias a su intelectualidad, es decir a su entendimiento, descubre y crea nuevas realidades. Su vida, como un acontecer evidentemente proyectado hacia una finalidad, traza metas específicas, en este ejercicio el ser humano se encontrará a sí mismo frente a verdades inherentes a un hecho determinado, inventando colosos instrumentos que llegan a facilitar la convivencia con sus semejantes y muchas veces inclusive ponerla en peligro, o simplemente materializar las palabras de aquel soñador que esboza sus sentimientos en un sempiterno poema que talvez quede guardado en un polvoriento cajón de recuerdos.

El derecho, entendido como aquel conjunto de principios generales y normas que regulan la coexistencia pacífica de los hombres, en virtud de su característica de plenitud hermética está en la imperiosa obligación de regular variantes como las planteadas anteriormente, tanto más que son circunstancias que se dan a cada momento en todas las sociedades, consecuentemente, la fuerza normativa de lo real, entendida como fuente modeladora del derecho, determinará el nacimiento de regulaciones expresas a este tipo de conductas; por lo que nace la Propiedad Intelectual como una institución jurídica independiente, que contempla sistemas de protección para los bienes inmateriales de carácter intelectual y de contenido creativo, así como de sus actividades afines o conexas.

La Propiedad Intelectual, puede ser académicamente dividida en tres capítulos: Derechos de Autor y Derechos

Conexos; Propiedad Industrial; y, Obtenciones Vegetales. El título que motiva este análisis lo encontramos cobijado en lo que conocemos como propiedad industrial; esto es, aquel sistema o conjunto de normas y principios generales que tienen como propósito el proteger las invenciones e innovaciones, indicadores comerciales, a través de patentes, registros de modelos de utilidad, registros de marcas, protección de nombres comerciales, de lemas comerciales, de diseños industriales, protección a esquemas de circuitos integrados, etc.

Luego de las ideas introductorias formuladas, afirmamos junto con el Profesor Mazorati, que: “La actividad intelectual del hombre se puede manifestar en varios sentidos en cuanto a sus consecuencias jurídicas. Puede orientarse hacia las creaciones artísticas o de ciencia pura, que reciben protección mediante la propiedad autoral, o bien hacia los estudios e investigaciones que culminan en descubrimientos e invenciones aplicables a la actividad industrial, entendida esta en el más amplio sentido de la palabra. (. . .) Las leyes que reconocen la propiedad industrial e intelectual dan derecho a disfrutar de ella con exclusividad e impedir que terceros no autorizados lo hagan.”<sup>1</sup>

## **IMPORTANCIA DEL DERECHO MARCARIO**

Existen momentos que necesitan del tiempo para ponderar sus hechos, la profundización de cualquier disciplina jurídica demanda conocer el desenvolvimiento histórico del

---

1 MAZORATI, Osvaldo J.; Derecho de los Negocios Internacionales; Editorial ASTREA, Ciudad de Buenos Aires; 2003; Tercera Edición; pág. 176.

derecho para de esta manera comprender sus regulaciones; respecto al derecho marcario es conocido que los griegos acostumbraban colocar el nombre del autor sobre sus obras de arte, estatuas, vasos, monedas; en Roma la costumbre se extendió a otro tipo de bienes tales como mercaderías, vinos; empero la utilización del “signo”, tuvo una finalidad indicativa del artífice del producto más que una variante distintiva; similar utilización se dio en la antigua China indicando el nombre del autor de piezas de porcelana; siendo el objetivo el prestigio profesional del autor. Sin embargo, el derecho marcario tal cual lo conocemos, tiene su fecha de nacimiento en el año de 1373, con las Ordenanzas de Pedro IV de Aragón, que imponía a los tejedores de paño fabricados en la Villa de Torroella, la colocación de una Torre como marca local.

El desarrollo del sistema marcario alcanza dimensiones desconocidas con la revolución industrial, sin embargo la divulgación mundial de la normativa marcaria comienza en la segunda mitad del siglo XIX, tanto más que en 1876 solo siete países tenían legislación especializada en el tema; en 1900 serían treinta y dos legislaciones que regulaban el derecho marcario, y finalmente en 1975 serían ciento veinte y tres; siendo de importancia decisiva el advenimiento del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, el 20 de marzo de 1883. Es necesario puntualizar que en América latina, las primeras leyes marcarias fueron dictadas en las últimas décadas del siglo XIX. En el Ecuador a más de los tratados internacionales vigentes, los cuerpos legales aplicables en este aspecto son la Ley de Propiedad Intelectual y la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

“Sucede con el derecho de marcas como con ciertos órganos de nuestro cuerpo que pulsan, ignorados por

nosotros, en el oscuro interior de las vísceras, hasta el día en que, acosados por una enfermedad o por un golpe, nos dan triste noticia de su existencia. Esta rama jurídica vive también su vida soterrada, consistente en un ir y venir de formularios y de trámites uniformes, ignorada por el común de las gentes, hasta el desafortunado día en que su violación, frustración o fracaso conduce al mayor o menor desquiciamiento del comercio”<sup>2</sup>; Las ideas de los profesores Bertone y Cabanellas son diáfanas para iniciar el estudio del derecho marcario, más aun cuando la marca se convierte en uno de los pilares fundamentales de la competencia que caracteriza la sociedad industrializada contemporánea, pues de llegar a sustituirla por indicadores cualitativos la competencia misma quedaría suprimida.

Hoy en día, nos encontramos invadidos por un mundo marcario donde los ciudadanos cada vez nos convertimos en presa fácil de esta apasionante realidad; ni siquiera nos damos cuenta del ataque permanente que sufrimos a cada momento, los signos marcarios compiten por ganar nuestra atención, nos son impuestos de manera consciente o inconsciente, igual el resultado es el mismo: el consumo.

El trajinar vertiginoso de la vida moderna trae como consecuencia lógica que el hombre promedio no repare en la existencia de marcas comerciales que han llegado a convertirse en parte integrante de su vida de tal manera que evolucionamos en un bosque espeso de signos marcarios como entes activos, agresivos, que no se limitan a designar sino a conquistar el mercado, siendo prudente citar el clásico ejemplo del profesor Bentata: “Roberto es despertado por su reloj OMEGA en su colchón BREDA,

---

2 BERTONE, Luis Eduardo y CABANELLAS, Guillermo; “Derecho de Marcas”; Editorial Heliasta; Pág. 13. 2003

ingiere un ALKA-SELTZER con agua EVIAN, para aliviar un ligero dolor de cabeza, se unta con LECTRIC SHAVE, se afeita con la máquina BRAUND, y se pasa luego la loción CACHAREL. Se pone sus interiores JOCKEY, su camisa FILA FIL, sus calcetines COLE-HAAN, sus zapatos, CHURCH, su corbata BANCROFT, su cinturón HERMES, su portamonedas LLADRO, su reloj de pulsera CARTIER, su chaleco PRINGLE, y va a desayunar, se prepara NESCAFÉ, unta queso BEL PAESE, sobre su pan HOLSUM, y hecha leche SABANA, en un tazón de QUAKER OATS, mientras va leyendo EL EXCELSIOR. Va luego a cepillarse los dientes con COLGATE, colocando en su cepillo JORDAN, y se enjuaga con LISTERINE, se lava las manos con jabón CAMAY, pulveriza loción OLD SPICE, y recoge su pluma CROSS. Toma su maletín GUCCI, calienta su automóvil MAZDA, alumbrá con un yesquero DUNHILL un cigarrillo MARLBORO, pone en marcha su radio PHILCO, y oye los lemas de COKE, y de MILKY WAY, mientras entra en una estación de gasolina SHELL para verificar sus llantas GOODYEAR. Por camino hacia su oficina ve anuncios de trajes PIERRE CARDIN, de cigarrillos BELMONT, de computaras COMPAQ, de servicios de seguridad SECUROR y de cajas fuertes MOSLER, sin contar los camiones que pasan con anuncios de sopas de pollo MAGGI y de chocolates PERUGINA, entre otros. Finalmente llega y sube con ascensor OTIS y enciende su dictáfono GRUNDIG, mientras verifica datos en una pantalla IBM... Todo esto ha ocurrido antes de las ocho de la mañana, sin por ello tener vértigo ni extrañarse del número de mensajes recibidos.”<sup>3</sup>

Del ejemplo dado resulta indudable que las marcas sean signos vivos que nacen y mueren, se enferman y

---

3 BENTATA, Víctor; “Reconstrucción del Derecho Marcario”; Editorial Jurídica Venezolana; pág. 19. 1994

pueden resucitar, son comparables con automóviles que la competencia comercial los mantiene revolucionando; empero aquellos signos también cumplen su función social, pues no solo protege al productor o comerciante sino evidentemente al público consumidor, si por cualquier situación se suprimiese el derecho marcario todos los autos serían FERRARI y todas las computadoras ACER, lo que desorientaría al consumidor llegando inclusive a frustrarlo; por otro lado no cometeremos un error al afirmar que aquellos productos sin marca escapan de cualquier control llegando a ser enemigos sin rostro ni nombre lo cual acarrearía serios problemas socio-jurídicos.

De lo manifestado se concluye que el signo marcario es el puente entre el productor y el consumidor siendo para el primero un canalizador de clientela, mientras que para el segundo una garantía uniforme de calidad, pues quien vuelve a adquirir un producto o un servicio en el mercado busca encontrar la misma calidad que el bien tenía cuando lo adquirió con anterioridad, consecuentemente la marca permite que el consumidor pueda diferenciar los buenos de los malos productos.

A manera de corolario diremos que la función social del signo marcario se resume en dos premisas: protección del fondo de comercio, y protección del consumidor contra confusiones y abusos; tanto más que las marcas tienden a evitar el establecimiento de monopolios, pues si en alguna ocasión una marca visualiza un monopolio es porque éste se encuentra protegido por una patente de invención que al fenecer la misma se torna de dominio público, consecuentemente la exclusividad de uso de un signo marcario determinado otorga a su titular el monopolio del uso del signo mas no del producto, verbigracia la marca

COCA COLA, otorga la exclusividad del uso del signo marcario más no del producto gaseosa, la misma que puede ser comercializada por competidores con diferente denominación, en efecto, desde el momento en que existe o pueden existir competidores que elaboren y oferten un producto similar o sustituible desterramos la idea de un monopolio.

## **EL SIGNO MARCARIO**

Una vez analizada la importancia del derecho marcario en economías como la contemporánea, no resultará complejo conceptualizar el tema, sin olvidar naturalmente los criterios lógicos de definición, esto es el género próximo y la diferencia específica.

Tanto la doctrina cuanto la normativa aplicable ha definido lo que debemos entender por marca, de esta manera el maestro Jorge Otamendi sostiene: “La marca es el signo que distingue un producto de otro o un servicio de otro...juega un papel preponderante, casi esencial en el proceso competitivo”<sup>4</sup>; por otra parte la Ley de Propiedad Intelectual y la Decisión Comunitaria 486 la definen en su orden en los artículos 194 y 134; ambas normas son coincidentes al afirmar que marca es un signo apto para distinguir productos o servicios en el mercado, el referido signo debe ser apreciado por cualquiera de nuestro sentidos, razón por lo que la norma comunitaria sostiene que pueden constituir marcas: las palabras o combinación de palabras; las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas,

---

4 OTAMENDI, Jorge; “Derecho de Marcas”; Buenos Aires; Edit. Abeledo Perrot. 2002

escudos; sonidos, olores, letras y números, un color delimitado por su forma o una combinación de colores, la forma de los productos, sus envases o envolturas; etcétera. El universo de posibilidades de marcarias es casi infinito, de ello devienen largas clasificaciones de los signos registrables; ahora bien, partamos del hecho que la marca tiene un carácter distintivo, es decir, el poder de identificar productos o servicios en el mercado; si el signo no es apto para tal distinción no podrá ser considerado signo marcario, por lo que, solo aquellos que tengan aquel poder distintivo pueden ser considerados como tales, entre ellos destacan evidentemente las palabras de fantasía, pues gracias a su unicidad gozan de mayor fortaleza distintiva.

Varias son las funciones de la marca al distinguir productos o servicios en el mercado, sin embargo diremos que muchas de ellas en la actualidad han dejado de ser procedentes, verbigracia la indicación de origen que tradicionalmente significó uno de los mayores objetivos de la marca; en el mundo moderno, ésta ya no indica el origen de determinado bien, es así que la gran cantidad del público ignora quien es el fabricante de los productos que adquiere; sin temor a cometer un error, diremos que la primordial función de la marca es la de distinguir productos o servicios en el mercado evitando de esta manera la confusión y un verdadero desquiciamiento del comercio, sin dejar de lado la función de garantía pues quien vuelve a adquirir determinado producto o servicio en el fondo busca la calidad que obtuvo en la anterior adquisición.

La marca no es extraña a la idea de la publicidad, variante necesaria al ser el signo marcario un nexo entre el consumidor y el productor.

## **PROTECCIÓN DEL SIGNO MARCARIO.- EL SISTEMA ATRIBUTIVO**

Varios principios gobiernan la naturaleza jurídica de esta particular e importante institución, uno de ellos es el llamado principio de derecho registral o sistema atributivo que hace relación a la forma de protección de la marca.

La regulación vigente reconoce, en el Art.154 de la Decisión 486, el sistema atributivo al decir que: “El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente” el registro se lo realizará en una clase internacional para cuyo efecto aplicaremos el Arreglo de Niza, cumpliendo de esta forma el principio de especificidad.

De lo manifestado, concluiremos que el sistema atributivo es aquel que atribuye el derecho a quien obtiene el registro de la marca, consecuentemente no hay derecho de ninguna especie sobre ésta si no existe registro previo, premisa general mas no absoluta pues la existencia de marcas notorias puede saldar varios principios entre ellos el analizado, el de territorialidad, el de especificidad; etcétera.

El sistema declarativo por otra parte, vigente en lo que a nombres comerciales se refiere, supone que el derecho nace exclusivamente con el uso, y el registro no es un requisito de validez o protección del signo, sino simplemente una presunción de propiedad *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario.

## **LEMAS COMERCIALES**

Los lemas comerciales o slóganes son especies de marcas, su función es coadyuvar a la creación de un ambiente de valorización de la marca, sin embargo debemos tener sumo cuidado con la utilización de lemas comerciales que a criterio de la doctrina han sido catalogados como suicidas pues pueden acarrear la pérdida del poder distintivo del signo; verbigracia: “Si no es POLAR no es cerveza”.

Tanto la Ley de Propiedad Intelectual, como la Decisión 486 reconocen expresamente la posibilidad de registrar lemas comerciales, y determinan que éstos son palabras, frases o leyendas utilizadas como complemento de una marca, el registro de éste debe especificar la marca con la cual se usará. No pueden registrarse lemas comerciales que contengan alusiones a productos o marcas similares o expresiones que puedan perjudicar a dichas marcas, pues de haberlo entramos al campo de la competencia desleal. De lo dicho resulta lógico el contenido del Art.178 de la Decisión 486 en el sentido que un lema comercial deberá ser transmitido conjuntamente con el signo marcario asociado, estando su vigencia sujeta al mismo. Un requisito necesario para que los lemas comerciales puedan ser registrados hace relación a su originalidad; debemos mencionar además que el lema comercial debe ser suficientemente distintivo y debe entrañar un mínimo de novedad; para muchos autores la frontera que separa la marca del lema comercial es sutil; por ello podemos registrar como marcas a lemas comerciales; de lo dicho concluiremos que el lema comercial es una frase publicitaria, mientras mayor publicidad haya recibido, mayor será la asociación con la marca llamada principal.

## **LA DILUCIÓN MARCARIA**

Partamos del hecho de que la función distintiva es primordial en la vida de un signo marcario, entonces, la dilución de este poder es una fatalidad que sin duda el titular de la marca la teme y desea evitar, aunque esta realidad no es ajena a los nombres comerciales.

Las causas de dilución del poder distintivo de un signo son de variada etiología, puede ser el caso de aquellas marcas que gozan de unicidad es decir, cuando no hay otras que distingan bienes similares; o, es común que la fuerza distintiva de un signo se vea soslayada por la excelente calidad del producto o servicio ofertado, tanto más que, gracias al fenómeno lógico conocido como la causa de la equivocidad de los términos, y dentro de estas causas, para nuestro interés destaca la transferencia del sentido por asociación de ideas, es decir aquellos términos que han recibido significado por transferencia del concepto que originalmente expresaban a otro concepto relacionado con aquel, las denominaciones pueden convertirse, en el lenguaje común, en nombres genéricos de los productos o servicios ofertados; por ejemplo, la prestigiosa marca de GILLETTE a más de distinguir hojas de afeitar en el mercado, distingue desodorantes, espumas de afeitar, perfumes, jabones; etcétera, empero es común asociar el referido signo marcario con el concepto hoja de afeitar.

## **CONCLUSIÓN**

El tema analizado no puede agotarse en un breve ensayo como el presente, sin embargo, el objetivo es visualizar la importancia del derecho marcario en el mundo contemporáneo, más aún en países en vías de desarrollo como el nuestro, donde el comercio tanto formal cuanto informal desatiende elementales principios de lealtad comercial y protección al consumidor, siendo imperioso el advenimiento de la conciencia social dirigida al manejo correcto en el intercambio de mercaderías, primando el respeto al derecho ajeno que se traduce en la paz de una sociedad, premisa que adquiere importancia frente a una institución jurídica de relevancia como la estudiada.

**CENTRO DE MEDIACIÓN...**  
**...de la Universidad del Azuay**

**Esteban Segarra Coello**

Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los  
Tribunales de Justicia de la República  
Profesor de la Universidad del Azuay  
E-mail: [estebxavi@yahoo.com](mailto:estebxavi@yahoo.com)



Del diálogo y de la construcción de consensos salen enormes medios de solución de conflictos, a los cuales nos enfrentamos los seres humanos. Se entiende al conflicto, como la percepción de necesidades y aspiraciones incompatibles en un mismo momento.<sup>(1)</sup> La mayoría de personas -no todas- reconocen el beneficio y necesidad de que, en vez de confrontarse de manera violenta y destructiva, individuos y grupos en pugna dialoguen y concilien sus diferencias. La Mediación, al ser un camino para encontrar una respuesta ante un conflicto, tiene por objeto la resolución de las diferencias o controversias susceptibles de transacción, en la cual interviene un tercero neutral que ayuda a las partes a alcanzar de manera voluntaria un arreglo mutuamente aceptable, conforme a la Ley.

La mediación viene a ser un procedimiento alternativo de solución de conflictos, sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria, ya que, de lograr un arreglo total o parcial, se redacta un acta, la cual firman las partes aceptándola, y es entonces cuando esta tiene plena validez jurídica, que causa efecto de sentencia ejecutoriada, pasada por la autoridad como cosa juzgada y de carácter inapelable, según el Art. 47 de la ley de arbitraje y mediación. Esta alternativa de resolver conflictos de naturaleza comercial, familiar, laboral, ambiental, tránsito, asuntos comunitarios e indemnizaciones, y todos los que versen sobre materia transigible, se enmarcan dentro de los nuevos métodos de solución del conflictos, y al ser una alternativa legal a

<sup>1</sup> Rubin Jeffrey Z., Pruitt, Deam, & Kim, Sung Hee, Social Conflict - Escalation, 2dn. Edition, New York, McGraw-hill, 194, p. 5

un proceso judicial, es de extremada confidencialidad, con intervención directa de las partes, lo cual garantiza una economía en tiempo y dinero, además de la inmediatez que caracteriza a este proceso voluntario.

El procedimiento corto, con plenos efectos jurídicos, nace de la cláusula para acudir a la mediación, la cual debe incluirse en los contratos o instrumentos legales, que al momento de presentarse un conflicto, se realiza la solicitud en un centro de mediación, para su calificación y designación del correspondiente mediador, que conocerá el caso, presidirá la audiencia o audiencias de mediación y, de encontrar un arreglo, suscribirá el acta con los acuerdos logrados por las partes.

En el Ecuador este año se cumplen diez años de la regulación legal, en materia de arbitraje y mediación, con lo que reconoce las estrategias de negociación, que pueden ser elegidas cuando las partes del conflicto tienen la intención de resolverlo. La Universidad del Azuay, ante su compromiso con la sociedad ecuatoriana, fortaleciendo los objetivos de la Facultad de Ciencias Jurídicas, cree que se debe inspirar aún más a la Cultura de Paz para la solución alternativa de los conflictos, por ello un grupo de profesores y estudiantes, entre ellos: María Cristina Serrano, Francisco Gottifredi, Tomás Alvear, y otros; han visto la imperiosa necesidad de organizar un “Centro de Mediación” adscrito a la universidad, que será con atención al público en general, y propiciará dentro de la formación de los abogados, que estos estén más a tono con las nuevas tendencias de tratar los problemas legales y de sus posibles soluciones. Hoy es muy necesario que esta formación de profesionales del derecho deba estar complementada con prácticas de Mediación de casos reales.

Es entonces necesario que los estudiantes de la Universidad, específicamente de los últimos años de la Facultad de Ciencias Jurídicas, se preparen para su futura vida profesional, a través de la práctica de la Mediación aplicada a la solución alternativa de conflictos. La tendencia de preparar solo abogados litigantes, está en un proceso de continuo cambio y revisión, la preparación del futuro abogado, debe estar conformada con opciones, que le permitan agilizar los procesos de solución de conflictos, por ello la búsqueda de la capacitación de los estudiantes en el futuro Centro de Mediación de la UDA.

La credibilidad y el respeto a nivel nacional e internacional del que goza la Universidad del Azuay, la fortaleza del nivel académico de los estudiantes y el trabajo desempeñado por el Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad, han abierto el campo de acción para la formación de los estudiantes, si a esto se complementa la práctica real de métodos alternativos de solución de conflictos, a través del “Centro de Mediación de la Universidad”, sin lugar a duda que se elevará la calidad de educación de la Facultad, y se mejoraría el aprendizaje significativo de mediación en los estudiantes.

Desde el siglo pasado, algunos organismos Internacionales pusieron de manifiesto la necesidad de promover una “Cultura de Paz”. Por ello la ONU, la UNESCO, la Oficina Internacional para la Paz, son algunas de estas organizaciones dedicadas a promover el pacifismo, proponiendo métodos alternativos para la solución eficaz de los conflictos, y dentro de estos objetivos tan valiosos para la humanidad, está también el de formar mediadores capaces de llevar estos procesos pacíficos, para propender a la solución más justa de sus afectados.

La Facultad de Ciencias Jurídicas ve ahí la importancia de formar a sus estudiantes como MEDIADORES, con una característica de proceder diferente, con una tendencia real hacia la Cultura de Paz y con procedimientos facultativos para la solución de los conflictos. Al momento se ha realizado ya el texto borrador de lo que será, el futuro reglamento interno del Centro de Mediación, el código de ética del centro, y una posible lista de mediadores fundadores del mismo. El Consejo Universitario reunido el mes de abril pasado ha calificado al proyecto como prioritario para la universidad, y de inmediata creación y consolidación, ratificando así la postura del Consejo de Facultad, que acogió la propuesta de creación del Centro de Mediación se espera entonces tan solo que en los próximos meses se solicite la calificación y registro del centro ante el Consejo Nacional de la Judicatura, y este empiece a funcionar en beneficio de la comunidad educativa universitaria y de la sociedad azuaya.

# **JERARQUIZACIÓN DE LA LEY**

**Homero Moscoso Jaramillo**

Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los  
Tribunales de Justicia de la República por la  
Universidad de Cuenca

Diplomado en Derecho Constitucional por la  
Universidad de Cuenca

Profesor de la Universidad del Azuay



He escogido este tema para realizar el presente trabajo, por cuanto en mi época de estudiante de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca e inclusive cuando obtuve el título de fin de carrera, nuestro país estuvo regido por dictaduras. Curiosamente estas dictaduras ejercieron su mandato de facto, acorde con las normas constantes en un texto constitucional que arbitrariamente lo pusieron en vigencia para ser aplicado “siempre que no se oponga a los fines propuestos por el gobierno”.

Lo anotado determinó que mi formación profesional de abogado, se guíe por este sentimiento degradante del cuerpo legislativo de más alta jerarquía, lo cual se manifestaba en todas las esferas de actuación jurídica; y por ende, en la universidad.

Como materia de estudio, el derecho constitucional para los educandos, constituía algo que lo veíamos como de escasa o quizá ninguna utilidad práctica; criterio que a mi parecer era compartido por el profesor.

Durante el tiempo de estudiante, presté mis servicios en la Función Judicial como auxiliar de un juzgado (concretamente del Juzgado de Inquilinato de Cuenca, a donde ingresé como Portero y llegué hasta Secretario); habiendo podido constatar que en el campo de la administración de justicia, la Constitución prácticamente no existía.

El inicio de mi actividad profesional coincidió con la reinauguración de la democracia en nuestro país; concretamente con el gobierno del Abogado Jaime Roídos Aguilera.

Es justificable que en una dictadura (que precisamente ha roto la Constitución), la vigencia de un cuerpo normativo de esta calidad, no pase de ser una simple declaración lírica y hasta un tanto ridícula; pero creo que es digno de resaltar el hecho de que a pesar del retorno a la democracia y consecuentemente a la constitucionalidad, la Ley Suprema continuó con un tratamiento degradante.

Así mismo, en tiempos de dictadura, no existe seguridad en la aplicación de las diferentes leyes en cuanto a su jerarquía; es obvio que existe una valoración superior a todo ordenamiento jurídico junto, que es la voluntad del dictador; es por eso que no llama la atención que una orden del dictador o de cualquiera de sus colaboradores íntimos, disponga que en un caso concreto no se aplique la ley.

Se generalizó la vigencia de los famosos “instructivos”, que inusitadamente alcanzaron un jerarquía suprema.

Tampoco es tan alarmante que esto haya ocurrido durante la dictadura; pero sí lo es que se haya prolongado en la democracia superviniente.

Posiblemente lo que ocurrió fue que una vez restaurada la democracia, continuó vigente el esquema establecido en la larga dictadura (1970-1978); pues casi todos los funcionarios públicos de segunda categoría y muchos de no tan segunda, continuaron enquistados en las instituciones

y consecuentemente, aplicando la costumbre dictatorial de menoscabar la ley.

Para ilustrar lo manifestado me voy a permitir puntualizar dos experiencias profesionales:

En la determinación del trámite del visto bueno para conseguir la terminación unilateral de un contrato de trabajo, el código de la materia determinaba que una vez presentada la petición, el inspector del trabajo deberá aceptarla a trámite y NOTIFICARÁ a la otra parte. El Director General del Trabajo, dictó un instructivo indicando textualmente que en la disposición pertinente, “en donde dice notificará, **léase CITARÁ**”.

“Art. 618.- Solicitud de visto bueno.- El inspector que reciba una solicitud tendiente a dar por terminado un contrato de trabajo por alguno de los motivos determinados en los artículos. 172 y 173, **notificará** al interesado dentro de veinticuatro horas, concediéndole dos días para que conteste. Con la contestación, o en rebeldía, procederá a investigar el fundamento de la solicitud y dictará su resolución dentro del tercer día, otorgando o negando el visto bueno. En la resolución deberán constar los datos y motivos en que se funde.”

La Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, para evitar que una persona tenga múltiples nombres, lo cual en vez de servir para identificarla, mas bien confundía; determinó que no podía inscribirse a una persona “**con más de dos nombres**”.

Algunos progenitores de los recién nacidos, decidieron que éstos tuvieran un solo nombre, lo cual no fue del agrado

del entonces Director General de Registro Civil, quien envió un instructivo a todas las dependencias indicando que la norma legal debe aplicarse en el sentido de que toda persona obligatoriamente debe constar con dos nombres, Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación: “Art. 78.-Requisitos para inscripción.- La inscripción de un nacimiento deberá hacerse con **no más de dos nombres** que se tengan por tales en el uso general ecuatoriano. Tratándose de hijos de extranjeros podrán escogerse libremente estos dos nombres.

Queda prohibido emplear en la inscripción de un nacimiento como nombres los que constituyan palabras extravagantes, ridículas o que denigren la personalidad humana o que expresen cosas o nociones, a menos que su uso como nombres se hubiere consagrado tradicionalmente. Prohíbese, igualmente, el empleo de nombres diminutivos, a menos que se trate de aquellos que se hayan independizado suficientemente, y de aquellos comúnmente usados como apellidos.

Se cuidará de que el nombre o nombres con que se hace la inscripción del nacimiento permitan precisar el sexo del inscrito.

Los apellidos serán el primero de cada uno de los padres, debiendo preceder el paterno al materno.”

Si quienes no estaban llamados a legislar, lo hacían; el Congreso Nacional muy por el contrario, consideró que su actividad principal no era legislar en el sentido de establecer normas de conducta obligatoria de carácter general y con el objetivo de conseguir mejorar las condiciones de vida de la sociedad, sino que se dedicó a establecer normas,

incluso constitucionales, con el propósito de beneficiar o perjudicar a cierto grupo o incluso a ciertos individuos.

Se vivió en nuestro país, una época de total inseguridad jurídica; no se podía determinar por cuanto tiempo iba a perdurar una norma legal e inclusive una norma constitucional. Se llegó al extremo de no poder afirmar con precisión, que constitución estaba vigente.

El abuso por parte del Congreso, en lo referente a la reforma de la ley y de la Constitución, determinó que se decida a convocar a un organismo encargado de establecer un ordenamiento jurídico que ponga remedio a este mal, por lo que se estructuró una Asamblea que se autodenominó Constituyente y nos otorgó la Constitución llamada de 1998 y que se encuentra vigente.

Haciendo una abstracción en lo referente a si la actuación de la Asamblea se ajustó o no al mandato popular que la creó, considero que vale la pena resaltar algunos aspectos que indiscutiblemente han contribuido a establecer seguridad jurídica en la sociedad ecuatoriana:

1. El freno a la reforma desmedida de la Constitución, a través del llamado “candado”;
2. El reconocimiento de una categoría especial de leyes desconocida hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: las leyes orgánicas;
3. La implantación del sistema de control difuso del orden constitucional;

#### 4. El establecimiento del recurso de amparo.

En lo que tiene que ver con el primer punto, hasta antes de la vigencia de la constitución actual, el texto constitucional era cambiado el momento que lo creía conveniente la mayoría coyuntural y temporaria que aparecía en el Congreso. El sistema vigente, en base a lo establecido en el artículo 282, no permite que sea conocida una reforma constitucional en segundo debate, sino hasta luego de transcurrido por lo menos un año de la fecha de su conocimiento en primer debate.

Este espacio permite una mayor reflexión y sobre todo que las reformas no se practiquen con el propósito de conseguir una determinada finalidad vinculada con el interés casuístico y momentáneo.

La doctrina constitucional moderna, considera que el texto de la norma suprema, no debe dedicarse a la regulación de detalles; esto motiva que sufra un envejecimiento continuo por el cambio de concepciones, con el consecuente deterioro de la actualidad de la norma.

Tampoco es recomendable que las omisiones de la constitución sean suplidas con una ley común, porque hasta cierto punto se podría utilizar este mecanismo para alterar el sentido del precepto constitucional.

Es por eso que aparece el concepto de la ley orgánica, como una especie de norma intermedia entre la constitucional y la ordinaria o común, con menos rigidez que la primera, pero con más que la segunda en cuanto a su promulgación; y, con este propósito concreto de ser una especie de complemento a la ley fundamental.

Nuestra Constitución, exige para la aprobación, derogación o reforma de una ley orgánica, el voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional; es decir, de cincuenta y uno, de los cien diputados (Art. 143). Las leyes ordinarias, requieren únicamente de la mayoría absoluta de los diputados asistentes a la sesión (Art. 152).

Las leyes orgánicas, únicamente pueden versar sobre los aspectos detallados en los cuatro numerales que contiene el artículo 142. Lamentablemente, la falta de un mecanismo de control en este sentido y la idea de que la ley orgánica implica mayor seguridad que la ley ordinaria, ha motivado que los interesados en la promulgación de una determinada ley, presionen para que se lo haga bajo la modalidad de una ley orgánica, aunque la materia sobre la que verse no guarde relación con lo establecido en los cuatro numerales a los que se hizo alusión.

Por esta razón, cada vez más se va dando en nuestro ordenamiento jurídico, la presencia de leyes orgánicas que de tales, sólo tienen el nombre.

Es totalmente conocido que el Congreso no actuó correctamente incluso cuando dictó la resolución número 22-058, de fecha 16 de febrero de 2001, mediante la cual determinó el listado de leyes vigentes que tendrían la categoría de leyes orgánicas, acorde con lo establecido en la disposición transitoria vigésima segunda de la Constitución, según la cual se le concedió un plazo de seis meses.

Las leyes orgánicas y las leyes ordinarias tienen la misma jerarquización; su diferenciación está en la materia sobre la que deben versar unas y otras, así como en el procedimiento para su aprobación, reforma, derogación e interpretación.

De allí que no sea correcto afirmar que las leyes orgánicas tienen una jerarquía mayor que una ley ordinaria; las dos tienen que estar de acuerdo con los principios constantes en la Constitución, porque frente a ella, ambas tienen el carácter de leyes secundarias.

Me voy a permitir incorporar algunas opiniones sobre el concepto de ley orgánica:

Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “La que inmediatamente se deriva de la Constitución de un Estado y contribuye a su más perfecta ejecución y observancia.”

Diccionario Jurídico de Cabanellas: “La dictada con carácter complementario de la Constitución de un Estado, por ordenar ésta la formación de una ley especial para desenvolver un precepto o institución. Así mismo la disposición legal que estructura una rama fundamental de la Administración pública, como la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica del Notariado, etc.”

Diccionario Jurídico Anbar: “La que, derivando inmediatamente de la Constitución, tiene como finalidad la organización de una rama de la Administración Pública.”

Hasta antes de la vigencia de la constitución actual, para que una norma legal deje de ser aplicada, por estar en contra de los preceptos constitucionales, debía conseguirse

previamente la declaratoria de inconstitucional por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales y luego por el Tribunal Constitucional. Este mecanismo implicaba un proceso tan largo y engorroso que era inaplicable para casos cotidianos de ciudadanos comunes. En definitiva, el conseguir la declaratoria de inconstitucional de una norma, era inalcanzable para el individuo normal.

La norma constante en el artículo 274 de nuestra norma suprema, permite que la ley inconstitucional no sea aplicada al caso concreto por parte del juzgador y al mismo tiempo, se motive la actuación del Tribunal Constitucional, para que decida con el carácter general y obligatorio.

Por fin, el recurso de amparo consagrado en el artículo 95 de nuestro código político, determina un eficaz mecanismo de protección de los derechos consagrados y que sean conculcados con la actuación ilegítima de una autoridad pública e incluso de particulares. Es innegable que al permitirse la actuación del perjudicado, de una manera directa y con efectos inmediatos, se consigue una verdadera vigencia de dichos derechos, que de no existir este recurso, quedarían en simples declaraciones.



# **DESDE EL PUPITRE**

**María Fernanda Maldonado Pesántez  
María Cecilia Alvarado Carrión**



Después de mucho pensar, cuál sería la forma más adecuada de aventurarse a escribir sobre el Dr. Coello, y a pesar de temer no estar a la altura de un escrito que honre a semejante personaje, como alumnas del Dr. Coello, consideramos que la mejor forma de rendirle un homenaje sencillo, es recordar algo de lo que sembró... lo que sembró en nosotros, y en cientos de estudiantes y abogados de este país, que tuvimos la suerte de compartir un espacio de clase, con el maestro.

Así que les invitamos a recordar una historia, en realidad varias historias, de lo que significó el tiempo que pudimos compartir con él, los aprendizajes, las enseñanzas, los descubrimientos diarios... y el recibir día a día, lo que con desprendimiento compartía.

Quisiéramos partir por describirlo, para que quién lea estas páginas y no lo haya conocido, al menos se lo imagine, y comprenda, al final, por qué las estamos escribiendo.

El Doctor Coello era un hombre más bien pequeño, de contextura intermedia, de pelo gris (desde que lo conocimos); lo que el saco de su terno gris permitía ver de sus manos nos hacía presumir que éstas eran grandes y fuertes, por el grosor de sus dedos.

Para un estudiante de primer año de derecho, por más conocimientos que tuviere y seguridad de haber acertado en la carrera que escogió, el sólo hecho que el texto de

la primera clase con el profesor más emblemático de la Facultad, se llame “Epítome del Título Preliminar del Código Civil Ecuatoriano”, era como entrar a una clase de mandarín avanzado.

Con esa premisa y todas las historias que de él se escuchaban en la Facultad, y los infaltables consejos de cómo “coger puesto” para su hora de clase, si realmente tenías interés en aprender, se generaba no sólo la natural expectativa por el profesor y su clase, sino además, lo que poco a poco cimentó el gran respecto que su persona siempre proyectó.

No faltó además la hermana mayor que estudió derecho y aconsejó en detalle cómo salir exitoso de la primera clase, llevando el Código Civil como biblia en mano de pastor, y entendiendo además que durante todo el ciclo, el objeto de estudio serían los 39 primeros artículos, o sea el título preliminar.

Ya en clase la aconsejada se lució. Fue la única que tenía el Código Civil y encontró rauda y veloz el artículo solicitado, no obstante al terminar su brillante intervención, viene el comentario infaltable, desde la galleta, ¡Métnle una media en la boca!

Las clases transcurrían con una charla magistral, en el tono exacto en el que el único sonido permitido a más de su voz, (que terrible era que se cayera un libro, que alguien tuviera gripe, o que los “jinetes del apocalipsis” decidieran estacionar su moto justamente en frente del aula), era el click del esfero, que como siguiendo el hilo de la clase hacía girar entre sus dedos, movimiento que sólo se interrumpía para escuchar la intervención de algún estudiante.

Cómo olvidar ciertas poses que han quedado grabadas en nuestra memoria, generalmente de pie, apoyado sutilmente sobre el escritorio, con la pierna izquierda sobre la derecha, en una actitud tan apacible que hacía creer que todo lo que decía era absolutamente sencillo y lógico, no podía ser de otra manera si lo explicaba todo tan “diáfano y con meridiana claridad”.

Cuando a uno le tocaba intervenir, durante la clase, él escuchaba con tal atención, presionando ligeramente su esfero sobre su labio inferior, que uno no sabía si había hablado alguna barbaridad, la misma que iría a parar en el tomo II de su ya bien conocido “Humor negro en la ley”, o si le acertó esta vez.

Cada comportamiento estaba debidamente sustentado en la Ley, nadie estaba exento de su cumplimiento y después de leer el Art. 13 del Código Civil no quedaba duda de que la ignorancia no excusa a persona alguna.

Así era imposible, por ejemplo pedirle que te borre una falta, que te suba una nota, o que cualquier individuo hablando “neolengua” entre a quitarle minutos durante la hora de clase.

Ya en la segunda clase, se recibirá una de las lecciones más importantes de toda la carrera de derecho “la ley no estipula”, quién lo olvide será declarado persona no grata y correría el riesgo de pertenecer al mismo saco que los diputados (de los que siempre hizo específicas excepciones); y ciertos profesionales generalmente encargados de la recaudación tributaria, lo cual, créannos era el desprestigio total.

Otra de las grandes lecciones que como maestro se preocupaba de enseñar en los primeros días de clase era el “Decálogo del Abogado”, a lo largo de la carrera, hasta el último año en la clase de Derecho Internacional Privado, nos pediría insistentemente, “Piensa, el derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando y ten paciencia porque el tiempo se venga de las cosas que haces sin su permiso”.

Serían innumerables las frases con las que gráficamente ilustraba sus clases y sus sentimientos, apasionado por el derecho como era, se esforzaba por transmitimos esa misma pasión por la información, por el conocimiento, por la ilustración, desde los clásicos, hasta los contemporáneos, desde el sabio Ferry hasta Grisham, sin olvidar a su maestro cuencano el Dr. Rafael Chico Peñaherrera.

Su memoria era prodigiosa, simplemente envidiable, para quienes fuimos sus alumnos pudimos comprobar que el Código Civil con todas sus actualizaciones, estaban perfectamente grabadas en su memoria, a tal punto que era capaz de corregir hasta la puntuación con la que la lectura debía realizarse, para su adecuada comprensión; pero no sólo el Código Civil, también el Penal y las principales leyes con las que en su ejercicio trataba a diario.

Los libros que recomendaba muchos no eran de derecho, pero de todos ellos, sacaba una enseñanza para la vida, así por ejemplo al referirse al libre albedrío repetía “No he de ser yo quien a pedirte vuelva y aunque me ruegues, tus ruegos ya no me serán placenteros, por eso te dejo que seas como voz quieras”.

Si pudiéramos resumir o priorizar las virtudes o características del Dr. Coello, diríamos, sin temor a equivocarnos, que era un hombre de derecho, insistimos en ello, de derecho no de ley, creyó firmemente en el derecho como una herramienta para la aplicación de la justicia, cuestionó constantemente los errores e inequidades de ley, fue un duro crítico del poder legislativo, que abusó de su poder, para la expedición de leyes que garantizaban intereses particulares, pedía pulcritud, decencia y sangre a la cara. Al respecto decía “Antes los parientes se escondían de la vergüenza, ahora salen a que los entrevisten”.

A pesar de ello, podríamos afirmar que como Sócrates habría estado dispuesto a beberse la cicuta si es que ésta era su sentencia, por la íntima convicción de que la ley había que cumplirla a pesar de sus errores y que para evitar esos lamentos, debíamos esforzarnos para que las leyes fueran pensadas y escritas de forma tal que hagan realidad los 3 principios de Ulpiano, “Vivir honestamente, dar a cada quién lo que le corresponde, no hacer daño a nadie”.

Era un hombre frontal, sincero y transparente, siempre llamó a las cosas por su nombre y nos atrevemos a pensar que ésta cualidad le debe haber traído más de un problema en su vida; resulta difícil imaginarlo fingiendo. Cuando no estaba de acuerdo con algo, lo decía, sin ningún reparo, sin embargo de ello, sabía cuándo una pelea valía la pena y cuándo no, pues como bien decía “La mejor manera de salir perdiendo, es pelear con un ignorante” y a esto añadía “que desde Adán los tontos están en mayoría”.

Era muy humano, a más de un estudioso del derecho, era un estudioso del ser humano consciente de las

capacidades pero también de sus limitaciones, sabía de las flaquezas y debilidades que como especie podemos tener. Hablaba de la necesidad de que el derecho se ajuste, a las necesidades humanas, que regule sus comportamientos, que esté apegado a su esencia. Así decía que el derecho penal debía juzgar al ser humano con todas sus condiciones y circunstancias, no al delito, hablaba de reconocer a los ciudadanos como sujetos de derechos, con equidad y justicia.

Era un hombre visionario, adelantado a su época, como profesor nunca se desactualizó, rechazó el dictado, nunca pidió a sus alumnos repetir de memoria una lección, su empeño siempre fue el que aprendiéramos a argumentar, a sostener nuestro criterio, a confiar en nuestras capacidades. Generalmente las preguntas de sus exámenes consistían en un sí, no y por qué; eran análisis de casos, situaciones reales en las que se ponían a prueba los conceptos adquiridos en clase, desde el razonamiento.

Era responsable y pedía responsabilidad, era puntual y no admitía lo contrario. Pocas veces faltó a su hora de clase, explicando las razones con anterioridad, de por qué este inusitado hecho ocurriría. Su serenidad se perdía frente a la copia, y era un verdadero “brazo de mar” cuando estaba frente a un acto de corrupción.

El Dr. Coello nos enseñó a valorar nuestra profesión, a amarla y defenderla de quienes lamentablemente con fundamento o sin él, critican y descalifican la profesión del abogado, reconociendo por su puesto cierta frase célebre que decía “En España y en Ecuador todo el mundo es abogado hasta que no se demuestre lo contrario”.

El Doctor Hernán fue profesor fundador de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, mucho de él, de su esencia, está en sus estudiantes, en cada uno de nosotros que hoy tenemos la oportunidad de honrar su memoria, haciendo vida sus consejos, ejerciendo nuestra profesión y dignificándola, con convicción, con apasionamiento, con justicia; porque la mejor manera de darle las gracias es haciendo que sus ideales perduren en la Universidad y en la sociedad, aún en quienes ya no tendrán la suerte de conocerlo. Recordémoslo con alegría y con gratitud, por que como él dijo “la gratitud es la única memoria del corazón”.