

JURIDICA

Contenido

■ Derecho y Sociedad

Contratos de servicios en la jurisprudencia ecuatoriana.

† Dr. Juan Larrea Holguín

■ La CEP festeja su quincuagésimo aniversario

■ Columnistas Invitados

DERECHO A LA PAZ Y DERECHO A LA GUERRA.

Dr. Juan Carlos Riofrio Martínez-Villalba

PROMULGACIÓN, DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.

Dr. Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira

Ley de Registro ecuatoriana: la conveniencia de su derogación y reemplazo por una nueva ley que adopte el sistema de archivo de folio real.

Nelson Orna Ladd

Los "contenidos técnicos de obras científicas", no son objeto de protección del Derecho de Autor.

Dr. Jorge Bolaños

Análisis Económico del derecho y regulación contra la competencia desleal en Ecuador.

Dra. Patricia Alvear Peña

■ Jurisprudencia

■ Sumario de Reformas

■ Novedades del Fondo

Editorial



Editorial

Misión cumplida durante Cincuenta años

La Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP) nace con el Acuerdo Ministerial No. 3982, aprobado por el Ejecutivo el 25 de noviembre de 1964. Al poco tiempo de su existencia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1967, publicó en el Registro Oficial No. 158 del 29 de junio de ese año, la autorización legal para que la CEP colabore con el Estado Ecuatoriano en la difusión de las leyes del país. Más tarde, el Congreso Nacional del Ecuador, otorgó la Condecoración al Mérito Cultural Vicente Rocafuerte con la Medalla correspondiente, que fue colocada en el Pabellón de la CEP, el 22 de noviembre de 2004.

La CEP inicia su existencia, gracias a la iniciativa de profesionales del Derecho y de personas conocedoras de la cultura y de la realidad nacional. Cabe destacar que los fundadores fueron ilustres personas de la vida cultural del país: don Carlos Manuel Larrea Rivadeneira, Dr. Jorge Pérez Serrano, Dr. René Bustamante Muñoz, Dr. Alberto Quevedo Toro, Sr. Patricio Zaldumbide Pérez, Sr. Rodrigo Espinosa Calisto, Dr. Roque Bustamante Cárdenas, Dr. Ramón Eduardo Burneo, Mons. Juan Larrea Holguín, fue el principal promotor de esta iniciativa y contribuyó con varias obras para la difusión del Derecho.

Han sido muchísimas las personas, que a lo largo de cincuenta años de existencia de la CEP, han contribuido para su éxito desde el inicio, desarrollo, madurez y modernización. Sería muy largo enumerar a los 60 colaboradores que prestan actualmente su valioso contingente de trabajo, talento y responsabilidad, para realizar unas tareas esforzadas, delicadas y muchas veces insustituibles, en lo que se refiere, por ejemplo, a la revisión, depuración y actualización de la legislación ecuatoriana, y a la colaboración de obras de ilustres autores, especialmente, en la rama del Derecho.

Un asunto muy destacable, en este medio siglo, ha sido la promoción y fundación por parte de la CEP, de los Colegios Intisana y Los Pinos, constituyéndose en los colegios más prestigiosos del país.

La Corporación está realizando un gran esfuerzo innovador para ajustar sus productos a la nueva tecnología. Sin descuidar sus productos tradicionales, tiene ahora el desarrollo de productos digitales en lo que hemos denominado E-Books, CEP-net y CEP-web, que poco a poco van teniendo una gran acogida en nuestro medio.

Damos gracias a Dios y a todas las instituciones y personas que han enviado felicitaciones a la CEP por sus Bodas de Oro institucionales, especialmente al Colegio Intisana por la condecoración al mérito y a Los Pinos por su Acuerdo de felicitación a la Corporación de Estudios y Publicaciones por el quincuagésimo aniversario de su fundación.



PROMULGACIÓN, DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.

Un homenaje al aporte filosófico-jurídico de don Juan Larrea Holguín al derecho ecuatoriano¹

*Dr. Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira **

La dimensión trascendente del hombre marca su vocación hacia un permanente crecimiento intelectual y social; define a la persona como un ser en constante búsqueda, pero no simplemente de elementos que faciliten la supervivencia o un mínimo de bienestar: se trata de una especie de intuición a realizarse –y realizar a otros– a través de aspiraciones grandes, magnánimas.

Sobre el estudio de la trascendencia existen valiosos aportes de pensadores de todos los tiempos. La filosofía clásica, en primer lugar con Platón y posteriormente por medio de Aristóteles, elabora toda una metafísica –más allá de la física– trascendental. Por medio de ella, la *univéritas medievalis* desarrolla una serie de conceptos directamente relacionados con un estudio intelectual de la realidad, que no se detiene en las referencias científicas de los fenómenos sensibles: es más bien una suerte de salto trascendental que supera el *horror vacui* para atenerse al *unicum necessarium*², y que encuentra un fundamento último de las cosas precisamente en el hecho –o, dicho con más precisión, en el “acto”– de ser, a través de una forma determinada o esencia, más o menos perfecta, y perfectible a su

vez en mayor o menor grado: ésta es, precisamente, la noción metafísica de participación³, que permite apreciar una pluralidad de sentidos del ser, y captar al *acto de ser de la persona humana como participación del Ser divino*⁴ (donde “esencia” y “acto de ser” se identifican), objeto de serena contemplación desde el descanso de una razón libre de prejuicios.

El conocimiento aristotélico-tomista del ser no se da por vía de abstracción, siempre necesitada de representaciones previas y de mediaciones cognoscitivas: se trata de una inmediatez –originariedad– propia de los conceptos primarios y de los primeros principios⁵, que se suceden hacia el cognoscente a través de la *vía resolutionis*⁶ y lo apartan *decisivamente del representacionismo*⁷: se trata de la *índole cuasi-intuitiva y no mediada que poseen los conceptos más elementales, primitivos o radicales*, donde dichos conceptos gozan de primacía sobre los juicios, según Llano⁸. En este nivel principal (de principio) y a la vez básico se discurre, a diferencia del camino propio de la cultura o de la historia, por una *recta ratio* tan inmediata y genuinamente apegada a la realidad que podría denominarse, según Inciarte,

* Doctor en Jurisprudencia (Quito). Estudios superiores de Filosofía (Roma). PhD en Derecho y Premio extraordinario de doctorado (Pamplona). Profesor fundador de la Universidad de los Hemisferios y Miembro de su Consejo consultivo. Ha publicado libros y artículos científicos en Ecuador, Italia, España, Estados Unidos, Holanda, Argentina, México y Uruguay.

1. Discurso pronunciado en la ceremonia de conmemoración por los cincuenta años de la Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 25-XI-2014.

2. INCIARTE, F., y LLANO, A., *Metafísica tras el final de la Metafísica*, Cristiandad, Madrid, 2007, p. 24.

3. Cfr. FABRO, C., *La nozione metafisica di partecipazione*, S.E.I., 2da edición, Torino, 1950, pp. 330 y ss.

4. RATZINGER, J., en OCARIZ, F., *Naturaleza, Gracia y Gloria*, Eunsa, Pamplona, 2000, p. 15.

5. INCIARTE, F., y LLANO, A., *Metafísica tras el final de la Metafísica*, cit., p. 24. Escribe Tomás de Aquino: *Cum certitudinem scientiae per intellectum acquiritur ex causis, causarum cognitio maxime intellectualis esse videtur. Unde et illa scientia, quae primas causas considerat, videtur esse maxime aliarum regulatrix*, AQUINAE, *In Duodecim Libros Metaphysicarum Aristotelis Expositio, Praemium*.

6. OCARIZ, F., *Naturaleza, Gracia y Gloria*, cit., p. 37. Escribe Ocariz: *El esse no se capta por una simple abstracción; no hay un concepto del esse (entendido como acto intensivo supremo; tenemos el concepto de ser común y de ser lógico). Por tanto, menos aún hay un concepto que abarque al Esse (Ser; simplemente, y no acto de ser de algo). El esse del ente, al que llegamos no por vía abstractionis sino por vía resolutionis, se nos presenta siempre como acto de una potencia (esencia, que es la conocida por abstracción); en sí mismo el esse queda siempre más allá, porque sólo hay un Esse que no sea acto de algo, y es Dios.*

7. INCIARTE, F., y LLANO, A., *Metafísica tras el final de la Metafísica*, cit., p. 24.

8. *Ibid.*

correcta ratio⁹. Es la inmediatez frente a lo más evidente –*maxime intelligibilia*¹⁰: algo presente, según la sabia apreciación de Cornelio Fabro, en la lectura infantil de la vida misma¹¹. Esta inmediatez, por sí misma, destaca el aspecto ahistórico y atemporal de los conceptos/base desde su lectura más profunda, sin admitir *lejanías ni proximidades*¹²: es la metafísica primera, si podría denominarse de alguna forma, para distinguirla de un segundo intento heideggeriano (estamos ya en la filosofía contemporánea), más bien existencialista, por el hecho de estar unido ya a la historia y sus avatares espacio/temporales.

El personalismo filosófico, el existencialismo de Gabriel Marcel y la propia fenomenología del maestro alemán Edmund Husserl dan paso a una visión trascendente de la persona, que abarca campos tan importantes como la familia, el trabajo o la misma creencia y la práctica religiosa. Romano Guardini explica la trascendencia partiendo de un ejemplo de raíz tan inmanente como es el acto de comer. También los animales se alimentan; sin embargo, en el caso de las personas se establece un cierto ánimo de *compemetración colectiva, que evidentemente no se explica por el mero hecho de comer juntos, sino más bien brota de una esfera más profunda, aunque oculta a nuestra percepción*¹³. Gustave Thibon aplica este mismo concepto a toda la realidad, al decir que *el orden temporal está sometido a la atracción de lo trascendente y el infinito es el guardián de lo limitado*¹⁴.

La recuperación de una trascendencia en marcada dentro la búsqueda de realidades que superan lo temporal o histórico, deriva hacia un paso importante al momento de elaborar, aquello que podría denominarse como *derecho a la trascendencia*. Percibir a la trascendencia como una prerrogativa otorga un idóneo soporte filosófico que permite dar el salto a lo jurídico: un derecho debe ser reconocido, protegido y garantizado en justicia; sino, no sería un derecho.

Llegados a este punto, merece especial cuidado el salto temático entre la filosofía, como saber que ha justificado la elaboración teórica de una propuesta que reconozca la existencia de un derecho humano a la trascendencia; y la existencia positiva, en el término más jurídico de la palabra, de un elenco de normas jurídicas que garanticen el libre ejercicio del mencionado derecho a la trascendencia.

Como ha explicado Javier Hervada¹⁵, se puede hablar de un doble proceso filosófico-jurídico que hace posible la garantía de los derechos fundamentales en los ordenamientos nacionales e internacionales. En otras palabras, para que el Derecho natural no suene a poesía en los oídos del abogado en libre ejercicio, se puede hablar de un proceso de dos etapas.

El primer paso consiste en la *positivación* del derecho natural, es decir, la toma de conciencia histórica de un derecho concreto que, en realidad, siempre ha existido pero pudo haber pasado desapercibido por siglos¹⁶. Es el caso, por ejemplo, del reconocimiento tardío de los derechos políticos de la mujer. El segundo paso, según el propio Hervada, es la *formalización*, es decir, el procedimiento jurídico-técnico necesario para que el reconocido derecho empiece a regir en un ordenamiento jurídico concreto¹⁷: hemos llegado a la promulgación de la norma. Tal procedimiento dependerá de la legislación de cada nación pero, en todo caso, una vez promulgada la norma de forma jurídicamente acertada, dicho derecho gozará de todas las protecciones establecidas por la normativa nacional e internacional, además de las garantías especiales que suelen acompañar a los derechos que implican una relación directa con la dignidad del ser humano, y que deben ser exigibles *erga omnes*.

Sin embargo, conviene dejar por sentado que la raíz de un derecho es mucho más profunda que su estipulación escrita en el papel oficial. Para los que todavía pretenden radicar toda garantía de

9. *Ibid.*, p. 22.

10. AQUINAE, T., *In Duodecim Libros Metaphysicorum Aristotelis. Expositio, Proemium. Señala el texto: Omnes autem scientiae et artes ordinantur in unum, scilicet ad hominis perfectionem, quae est eius beatitudo. Unde necesse est, quod una earum sit aliarum omnium rector, quae nomen sapientiae recte vindicat. Nam sapientis est alios ordinare. Sicut enim, ut in libro praedicto Philosophus dicit, homines intellectu vigentes, naturaliter aliorum rectores et domini sunt (...). Ita scientia debet esse naturaliter aliarum regulatrix, quae maxime intellectualis est. Haec autem est, quae circa maxime intelligibilia versatur (...). Unde et illa scientia maxime est intellectualis, quae circa principia maxime universalis versatur. Quae quidem sunt ens, et ea quae consequuntur ens, ut unum et multa, potentia et actus.*

11. FABRO, C., *Drama del hombre y misterio de Dios*, Rialp, Madrid, 1977, pp. 24 y 25.

12. INCIARTE, F., y LLANO, A., *Metafísica tras el final de la Metafísica*, cit., p. 22.

13. GUARDINI, R., *Libertad, gracia y destino*, Editorial Lumen, Buenos Aires, 1986, p. 52.

14. THIBON, G., *La crisis moderna del amor*, Fontanella, Madrid, 1976, p. 12.

15. Cfr. HERVADA, J., *Intraducción crítica al derecho natural*, Eunsa, 10a. edición, Pamplona, 2001.

16. *Ibid.*

17. *Ibid.*

los derechos humanos únicamente en la norma promulgada por la autoridad, viene a colación aquella reflexión de Robert Spaemann: *si la defensa de los derechos fundamentales tuviese un origen distinto de naturaleza humana, estaríamos viviendo una dictadura de los muertos*¹⁸.

Uno de los derechos a la trascendencia más importantes es el derecho a la religiosidad, que a su vez comprende las libertades de pensamiento, conciencia y religión. La exigencia y puesta en práctica de estos derechos debe darse, como hemos aprendido de Mons. Larrea, con total espontaneidad en los ciudadanos: no como quien pide perdón, con una especie de complejo de subordinación histórico-culpable frente a la autoridad del momento. Se trata, por el contrario, del más importante de los derechos que forman parte de la vocación trascendente de la persona.

El Derecho Eclesiástico del Estado es una rama especial del Derecho porque el Estado laico, gran

aporte de la Ilustración a las naciones de occidente, es incompetente para conocer asuntos religiosos. Por esta misma razón, toda referencia al fenómeno religioso deberá recibir un tratamiento distinto del que reciben las instituciones del Derecho común, tanto públicas como privadas. Pretender cualquier tipo de unificación sería atentar contra el principio de laicidad¹⁹.

Recordando estas nociones filosóficas y jurídicas, tantas veces maltratadas, no hacemos otra cosa que recordar a don Juan Larrea Holguín, quien impulsó a varios investigadores por estos derroteros filosófico-jurídicos, para no dejar morir aquel legado académico y humano plasmado en sus obras: "Derecho eclesiástico ecuatoriano"²⁰, "La Iglesia y el Estado en el Ecuador"²¹ y tantos otros artículos científicos de su autoría. Que la Corporación siga valientemente esta senda, fomentando, a través de sus estudios y publicaciones, esa *cultura juris* que sabe poner al ser humano en el centro de toda norma elaborada, discutida y finalmente promulgada.



Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado

Dr. Rafael Oyarte

La presente obra nos presenta un fabuloso y completo estudio del Derecho Constitucional Ecuatoriano, enfatizando las tres dimensiones del derecho: la norma, el hecho social y los valores. Está dividido en cinco partes. La primera, se refiere a las fuentes del Derecho Constitucional, el poder constituyente y los derechos políticos; la segunda, se enfoca en la función ejecutiva; la tercera, trata acerca de la función legislativa; la cuarta parte, estudia a la jurisdicción; y la quinta parte, se refiere a la justicia constitucional.

Derecho Constitucional e Instituciones Políticas Derechos Humanos y Justicia Constitucional

Ensayos en Honor del PROF. DR. HERNÁN SALGADO PESANTES

El libro Homenaje se divide en tres capítulos. El primero se dirige al estudio del Derecho Constitucional, con ensayos que desarrollan los principios del Estado Constitucional y la garantía de los derechos fundamentales, controlando al poder, las vicisitudes del constitucionalismo latinoamericano, con sus avances y retrocesos, desde la restauración democrática con los riesgos de un renacimiento del autoritarismo, además del régimen jurídico de excepción, con sus causales y mecanismos de control.

El segundo capítulo se concentra en el estudio de la justicia constitucional, y el tercero se destina al estudio de diversos tópicos relacionados con el Derecho Internacional de los derechos humanos.



18. Tomado de "Nuestro Tiempo", (613-614), 2005, p. 28.

19. Cfr. BAQUERO, J., *Estado de Derecho y fenómeno religioso en el Ecuador*, Universidad de Los Hemisferios-Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010.

20. LARREA, J., *Derecho Eclesiástico Ecuatoriano*, Ediciones de la CEE, Quito, 1999.

21. LARREA, J., *La Iglesia y el Estado en el Ecuador*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Sevilla, 1954.