AED
Asociación Escuela de Derecho

RUPTURA

N° 60

Edición Especial

70 ANIVERSARIO PUCE
FUNDADA EN 1946

2016

AED
Asociación Escuela de Derecho

ASOCIACIÓN ESCUELA
DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL ECUADOR

68 AÑOS

RUPTURA Nº 60 – AÑO 2016

Publicación Anual

Juan Sebastián Segovia Miño
Presidente

Yenán Andrés Reyes Robles
Vicepresidente



RUPTURA N° 60

BIBLIOTECA
AED
"HERNAN SALGADO PESANTES"

Asociación Escuela de Derecho
Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Av. 12 de Octubre, entre Av. Veintimilla y Av. Patria
Torre II, Piso 8
Telf. (593-2) 2991700 Ext. 2171
aedpuce.quito@gmail.com

Juan Sebastián Segovia Miño
Presidente de la Asociación Escuela de Derecho 2016

RUPTURA N° 60
Año 2016

Editores:
Juan Sebastián Segovia Miño
Yenán Andrés Reyes Robles

Consejo Editorial:
Andrea Catalina Medina Canales
Mishelle Estefanía Bermeo Vivar
Xavier Hernando Palacios Abad
Alex Fernando Quevedo Morales
Yenán Andrés Reyes Robles
Juan Sebastián Segovia Miño

Revisión científica:
Dr. Efrén Guerrero Salgado
Dr. Irving Iván Zapater Cardoso

Impresión: Impresores MYL

Quito - Ecuador

Los criterios emitidos en esta obra, son de absoluta responsabilidad de los autores.
Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.



DIRECTORIO DE LA ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO 2016

Juan Sebastián Segovia Miño
PRESIDENTE

Yenán Andrés Reyes Robles
VICEPRESIDENTE

CONSEJO DE FACULTAD
Pedro Lucas Guadalupe Oñarte
Carla Estefanía Grefa Valencia

COMISIÓN ACADÉMICA
Andrea Catalina Medina Canales
Juan Diego Salvador Rodríguez

COMISIÓN DE COMUNICACIÓN
Boris Ariel Obando Acosta
Alex Fernando Quevedo Morales

COMISIÓN DEPORTIVA
Omar Vinicio Luna Boada
Jorge Enrique Jaramillo Bustamante

COMISIÓN SOCIAL-CULTURAL
Paola Karina Quiroga Ortiz
Ismael Enrique Villagómez Paredes

COMISIONADOS

Mishelle Estefanía Bermeo Vivar
Pedro Gabriel Carrillo Miniguano
Xavier Hernando Palacios Abad
Samanta Mabel Toala Tapia
Giovanni Andrés Brambrilla Betancourt
Camila Natalia Guarderas Carrión
Breana Giselle Sigchos Bósquez
Iván Santiago Trávez Molina

Paola Carolina Quezada Noboa
SECRETARIA DEL DIRECTORIO

Lizeth Camila Téllez Garzón
TESORERA

Luis Alfredo García Paredes
DEFENSOR ESTUDIANTIL


AED
Asociación Escuela de Derecho

CONTENIDO

Presentación 13
Juan Sebastián Segovia
(Presidente Asociación Escuela de Derecho 2016).

"Sin alardes pero sin encogimientos" 15
Íñigo Salvador Crespo (Decano de la Facultad de Jurisprudencia).

Carta del Consejo Editorial
Yenán Reyes Robles
(Vicepresidente de la Asociación Escuela de Derecho 2016). 19

A) DERECHO CONSTITUCIONAL

El Constitucionalismo Social en el Ecuador y los 100 años de la Constitución Mexicana.
Por: ***Hernán Salgado Pesantes*** 23

El constitucionalismo del oprimido.
Por: ***Ramiro Ávila Santamaría*** 41

Alternabilidad, democracia y reelección indefinida en el Ecuador.
Por: ***Juan Sebastián Segovia Miño*** 75

El recurso de casación y la valoración de la prueba en las sentencias de mérito: reflexiones en torno al criterio de la Corte Constitucional.
Por: ***Esteban Polo Pazmiño*** 89

Las matemáticas y las incoherencias de la Corte Constitucional del Ecuador.
Por: ***Diego Núñez Santamaría*** 113

B) DERECHO PENAL

Censura a la crítica y libertad de información a través de un neo-punitivismo prohibido.
Por: ***Felipe Rodríguez Moreno*** 125

La víctima penal: respuestas estatales y sociales.
Por: ***Pilar Sacoto de Merlyn*** 153

Regulación constitucional, internacional, canónica y penal del delito de aborto.
Por: ***Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba y Jaime Flor Rubianes*** 175

C) DERECHO CIVIL, MERCANTIL Y DE COMPETENCIA

Algunas reflexiones generales sobre la libre competencia, la competencia desleal y su evolución en la legislación ecuatoriana; referencia final a la "negativa de venta" en este mismo contexto.
Por: ***Manuel Fernández de Córdoba*** 209

Legitimaciones procesales en el COGEP, actualización y reformas.
Por: ***Ricardo Hernández González*** 235

Límites y redefinición del principio iura novit curia en materia procesal civil. fundamento constitucional, histórico-civil y procesal.
Por: ***Pedro Carrillo Miniguano*** 255

D) ARBITRAJE

Los medios de impugnación ordinarios y extraordinarios en la acción de nulidad de laudo arbitral.
Por: ***Xavier Palacios Abad*** 287

Application of new methods of communication, what's next in international arbitration?.
Por: ***Cristina Naranjo Izurieta*** 315

E) DERECHOS HUMANOS Y DERECHO SOCIAL

El sistema oral adversarial en el litigio ambiental en el Ecuador.
Por: ***René Bedón Garzón y Francisco Játiva Yánez*** 331

Los saberes ancestrales y su tratamiento jurídico en el Ecuador.
Por: ***Yenán Reyes Robles*** 359

Inobservancia gubernamental de las normas constitucionales referentes a los derechos de la naturaleza en la iniciativa Yasuní-ITT.
Por: ***Antonella Paredes Torres*** 375

Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario.
Por: ***Antonella Cifuentes Muñoz y Camila Téllez Garzón*** 397

La participación laboral en las empresas y la justicia social.
Por: ***Víctor Espinosa Jácome*** 417

F) DERECHO Y PERSPECTIVA INTERNACIONAL

'Brexit': estudio de la Unión Europea como modelo de organización supranacional, sus características particulares y las relaciones mutuas con el Reino Unido de Gran Bretaña.
Por: ***Alex Quevedo Morales*** 439

La polaridad como categoría de análisis de la estructura del sistema internacional contemporáneo.
Por: ***Galo Poveda Guerrero*** 461

G) FILOSOFÍA DEL DERECHO

Personas privadas de libertad: de sujetos a objetos del derecho y del mercado.
Por: ***Alex Valle Franco*** 477

El concepto de persona humana y su dignidad.
Por: ***Rodolfo L. Vigo y Daniel A. Herrera*** 495

Positivismo, sociedad y derecho.
Por: ***Edison Guarango Mariño*** 527

H) NUEVOS ENFOQUES Y DESAFÍOS

Tras las huellas de un proyecto formativo humano y profesional de 70 años.
Por: ***Graciela Monesterolo Lencioni y Ernesto Vásconez Rivadeneira*** 545

Estructuras relacionales y actos jurídicos de redes de influencia político-económicas de la República del Ecuador 2007-2015: notas metodológicas y modelos de medición.
Por: ***Efrén Guerrero Salgado, Camila Banda Capelo, Niki Sánchez Berrazueta, Tamia Rodríguez Rodríguez y Mishelle Bermeo Vivar*** 569

Análisis sobre el poder judicial en el Ecuador actual.
Por: ***Alejandro Ponce Martínez*** 585

Presentación

En el mes de marzo de 1949, antes de que la Pontificia Universidad Católica tenga revista alguna, se publicó el primer número de la Revista de la Asociación Escuela de Derecho, cuyo espíritu ha sido desde entonces, recoger la actividad intelectual, los anhelos, cuestionamientos, el pensamiento y la historia de los estudiantes de nuestra Facultad de Jurisprudencia. Es una publicación que ha contado con la participación de reconocidos abogados, juristas y profesionales del Derecho; y cuyo mérito, reside en la conservación de su esencia eminentemente estudiantil trascendente en el tiempo, constituyendo el mayor patrimonio de la Asociación Escuela de Derecho.

A decir del primer Rector de nuestra Universidad, Padre Aurelio Espinosa Pólit, S. J. en referencia al primer número de nuestra revista: "la publicación de una revista es un grave compromiso ante el público; el aseguramiento de su publicidad regular entraña muy complejos problemas". En efecto, la Revista Decana de la PUCE, con sobrada razón, es la Revista de la Asociación Escuela de Derecho; su publicación ha sido, más que un problema, un desafío para todas aquellas generaciones de estudiantes que hemos tenido la grave responsabilidad y el grato honor de estar al frente del Directorio de la Asociación Escuela de Derecho. Solo la historia de la Asociación Escuela de Derecho, esgrimida anualmente en estas páginas, y no nosotros, juzgará a todas aquellas generaciones de estudiantes –unas muy lejanas y otras muy recientes– que en su momento hoy ignoto, no asumieron este desafío.

En 1966 y después de llevar varios nombres que fueron modificados en el transcurso del tiempo, llegó la revista número 18, que fue denominada "RUPTURA". Su editorial decía textualmente: "ruptura con el desorden legalizado". En este contexto cabe precisar que nada encomiable resulta pues, que la Revista de la Asociación Escuela de Derecho ostente tal denominación si por un lado se aleja de la esencia, de los fines y del espíritu con que fue concebida desde sus inicios y si por otro, al hacerlo, no constituye una auténtica "ruptura".

La coexistencia de ambas dualidades expresadas anteriormente, son realidades compatibles que se encuentran plasmadas en las páginas de la presente edición y que solo podrá ser percibida a través de su lectura.

Por lo antes expuesto, para todos quienes hacemos la AED-2016, es un verdadero honor presentar a la comunidad universitaria y a la sociedad ecuatoriana la Edición No. 60 de la revista RUPTURA, en el Septuagésimo Aniversario de la Pontificia Universidad Católica y de su Facultad de Jurisprudencia.

Nuestro momento nos obliga a mirar al pasado sin perder de vista al presente y a tomar conciencia del potencial rol que los estudiantes universitarios, y muy especialmente, los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de esta Universidad, hemos asumido y debemos asumir en el devenir del país y de la sociedad ecuatoriana. Frente a todo silencio que degenera ineludiblemente en complicidad, es para mí motivo de gran satisfacción presentar en esta edición No. 60 de la revista RUPTURA un número insólito, nunca antes visto, de participación y de artículos elaborados por estudiantes, producto de su trabajo e investigación.

Presentar esta revista en pleno ejercicio de nuestro periodo de funciones no ha sido tarea fácil; no obstante, es una meta cumplida, fruto del abnegado, permanente pero sobre todo del silencioso trabajo de todos los miembros del Directorio que me honro en presidir. Esta edición No. 60 contiene una amplia gama de artículos que enriquecen el diálogo, el debate jurídico y que responden a la coyuntura actual del país, elaborados tanto por abogados, juristas y profesionales del Derecho así como por estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia. A todos ellos, a nuestros auspiciantes y a todas las personas que de una u otra manera colaboraron con la edición No. 60 de la RUPTURA, mi más sincero agradecimiento.

Juan Sebastián Segovia Miño
Presidente del Directorio
AED 2016

"Sin alardes pero sin encogimientos"

Hace 70 años, el lunes 4 de noviembre de 1946, se abrió el curso inaugural de la Facultad de Jurisprudencia de la que hoy es Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Nuestra universidad ese día contaba con 54 estudiantes, 9 profesores, un decano (que dictaba también la cátedra de Ciencia Política), un secretario, un tesorero, un vicerrector (que dictaba también la cátedra de Derecho Civil) y un rector. La Universidad Católica del Ecuador era solamente una facultad; la nuestra. Una IES (institución de educación superior, como se las llama ahora) de 65 personas.

Todas ellas cabían en una habitación, como lo muestra una fotografía que ya es emblemática.

En ella se distingue a los 54 alumnos fundadores de la Universidad Católica del Ecuador, de pie, con esa inocente aspectudez que caracteriza a los jóvenes que posan en fotos antiguas, todos ellos de traje y corbata, rodeando a los directivos de la recién fundada universidad.

El nutrido grupo se encuentra en una amplia habitación, que probablemente fungiría de salón de actos en la vieja casa en que se fundó la Universidad Católica del Ecuador, hoy Pontificia, ubicada en la calle Bolívar No. 343, entre García Moreno y Venezuela. Como para dar al retrato de grupo una perspectiva renacentista, del estilo de la de Piero della Francesca, en la pared del fondo se abre una puerta de dos batientes, quizás en arco de medio punto (el enmarque de la foto no permite comprobarlo).

Se pierden entre los estudiantes, casi todos más altos que ellos, el Rector padre Aurelio Espinosa Pólit, de la Compañía de Jesús; el Decano de Jurisprudencia, única facultad a la sazón, doctor Julio Tobar Donoso; y la frente poderosa del doctor José María Pérez Echanique, Vicerrector y profesor de Derecho Civil. Delante de ellos, sentados como corresponde a sus altas dignidades eclesiásticas, el Cardenal Carlos María de la Torre y a su lado el Nuncio de Su Santidad, Monseñor Efrem Forni.

El ambiente emana modesta solemnidad. Haciendo un imaginativo esfuerzo de proyección cromática sobre el predominante sepia de la anti-

gua foto, podríamos ver la llamarada intensa de la capa magna de seda púrpura del Cardenal De la Torre, contrastando con los trajes sombríos de los demás asistentes. Los jóvenes estudiantes esbozan todos un semblante hierático, acorde con la pompa del evento, ocultando tras el ceño austero de noveles universitarios las cándidas fisonomías de adolescentes que hasta hace poco vestían pantalón sobre la rodilla.

Eran los "pocos, felices pocos, bando de hermanos" de que nos hablaba Shakespeare, que conformaron la primera cohorte de estudiantes de la recién creada universidad: Juan Larrea Holguín, Jorge Salvador Lara, Francisco Lucio Paredes, Carlos De la Torre Reyes, Alfredo Luna Tobar, Rafael Borja Peña, Ernesto Ribadeneira García, Francisco Mera Borja, Renán Flores Jaramillo, Carlos Jiménez Salazar, Claudio Crespo Malo, Alfredo Fuentes Roldán, Juan Vicente Escudero, Gonzalo Chiriboga Cordovez, Alfredo Díaz Guerrero...

Esta foto es un ejemplo de la humildad con la que debe abordarse el quehacer universitario, "sin alardes pero sin encogimientos", como tan gráficamente lo expresó el protorector Espinosa Pólit en su alocución inaugural. El principal activo es la materia gris de los profesores, pero sobre todo de los estudiantes. Como se ve en la foto, la infraestructura necesaria es la mínima: un cuarto y un escritorio, un par de sillas y ya se tiene un salón de actos. Pero cuánta energía intelectual hay reunida en esa foto. Hoy nos evalúan sobre la base de cuántos profesores con PhD tiene cada universidad, si tiene o no un "simulador" de audiencias, si se hace un seguimiento de los sílabus a través de una matriz o un sistema informático. ¡Felizmente ni PhD, ni simuladores, ni matrices de seguimiento sirven para evaluar el verdadero tesoro de la universidad, que son el conocimiento, la curiosidad, el intelecto, la contracción al estudio, la creatividad, la experiencia y la pasión!

A tres años de la fecha fundacional, los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia crearon la "Revista de la Asociación Escuela de Derecho". Su primer número vio la luz en marzo de 1949.

El padre Aurelio, como familiarmente llamaba la comunidad universitaria a su rector, advirtió a los estudiantes sobre las dificultades de ese empeño editorial: "La publicación de una revista es un grave compromiso ante el público –escribía en las "Palabras Iniciales" del número uno del órgano del gremio estudiantil–. El aseguramiento de su publicidad regular entraña muy complejos problemas. Mientras no estén resueltos con certeza esos proble-

mas, no puede una institución seria arriesgar su nombre y reputación". Y aunque reconocía que "antes de que tenga revista propia la Universidad Católica del Ecuador como tal, la va a tener la Asociación Escuela de Derecho de la misma", no dejaba de atribuir la empresa, de manera un tanto condescendiente, al hecho de que "el joven puede tener audacias", que "para él es el riesgo un estímulo" y que "la incertidumbre, con el acicate de la aventura, le sirve para arrostrar aparentes imposibilidades, por el placer juvenil de demostrar que no lo son".

Puesto que el ejemplar que tiene el lector en sus manos es el sexagésimo de la Revista de la Asociación Escuela de Derecho, los hechos parecerían demostrar que esta fue, quizás, una de las pocas apreciaciones erróneas de nuestro protorector Y si reparamos en que durante los tres primeros años de vida de la Facultad de Jurisprudencia no hubo aún revista, en la totalidad de los 70 años de existencia de la facultad solamente en 7 ocasiones no vio la luz esta publicación. Nada mal para una revista estudiantil que nacía con auspicios desalentadores.

Esto nos sirva de lección a los maestros para aprender que no hay mayor energía que la que es capaz de desplegar un grupo de mujeres y hombres jóvenes inteligentes, entusiastas y con objetivos claros; y para evitar interponer, desde nuestra posición de autoridad, como directivos o maestros, obstáculos, que muchas veces no existen sino en nuestra pesimista imaginación, a las iniciativas estudiantiles que, justamente por idealistas, tienen alta vocación de éxito.

Así como el padre Aurelio terminaba alentando a los jóvenes alumnos fundadores por la publicación del primer número de la Revista de la Asociación Escuela de Derecho, así mismo me atrevo yo, guardando las distancias, a felicitar a la AED por la publicación de este número 60 de su revista y a alentar a sus miembros a que permanezcan fieles a la tradición editorial que sentaron sus ilustres predecesores, alumnos fundadores de nuestra universidad.

Íñigo Salvador Crespo
Decano de la Facultad
de Jurisprudencia

Carta del Consejo Editorial

El derecho debe ser el camino y el mecanismo para transformar la sociedad. Jamás debe convertirse en un instrumento de control y manipulación, al contrario, su fin debe ser la búsqueda de la justicia. La academia debe cumplir un rol protagónico, sobre todo ahora que vivimos en una era en la cual la política, sobrepasando sus límites, ha transgredido los conceptos más elementales del derecho. Es nuestra obligación, como estudiantes y como miembros de la academia, interpretar y analizar no solo la situación jurídica y legal que atraviesa nuestro país y nuestra región, sino todos los hechos o actos relevantes que nos conciernen como sociedad, con el propósito de plantear soluciones.

La revista *Ruptura* es el espacio idóneo para que estudiantes, docentes y jurisconsultos puedan presentar sus estudios o reflexiones. Esta revista es un ejemplo claro de la importancia y del rol protagónico que cumplimos los estudiantes en la Facultad, ya que somos nosotros quienes demostramos la excelencia académica y los valores inculcados en el transcurso de la carrera.

Esta nueva edición contiene 26 artículos, divididos en 8 secciones: a. Derecho Constitucional, b. Derecho Penal, c. Derecho Civil, Mercantil y de Competencia, d. Arbitraje, e. Derechos Humanos, Derecho Social y Ambiental, f. Derecho y Perspectiva Internacional, g. Filosofía del derecho y, h. Nuevos enfoques y desafíos. Cabe indicar que para su elaboración han colaborado 20 profesionales del derecho y 15 estudiantes regulares y egresados de la Facultad, lo cual refleja el interés de investigar y de aportar a la comunidad.

En el Septuagésimo Aniversario de nuestra Universidad y de nuestra Facultad nos honra presentar la Revista Ruptura número 60, una edición que brinda un enfoque objetivo y académico a temas jurídicos y sociales de gran trascendencia. Cada contribución nos permite comprender que el derecho se encuentra en constante cambio por lo que siempre habrá la necesidad de dar un nuevo enfoque considerando su ámbito y tiempo de aplicación. El objetivo de la Revista es aportar al desarrollo de la ciencia jurídica.

Finalmente, a nombre del Consejo Editorial queremos agradecer a los articulistas, a los auspiciantes, a los miembros del Directorio de la Asociación Escuela de Derecho 2016 y a toda la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE por brindarnos su confianza y apoyo. Esperamos que este trabajo cumpla con sus expectativas y sea de su agrado.

Yenán Andrés Reyes Robles
Vicepresidente del Directorio
AED 2016

A.

DERECHO CONSTITUCIONAL

EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN EL ECUADOR Y LOS 100 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Hernán Salgado Pesantes[1]

Resumen: *Pronto se cumplirá el centenario de la Constitución de México, promulgada el 5 de febrero de 1917, la cual es producto de una revolución institucionalizada por la vía del derecho y tiene como objetivo, sobre todo, la conquista de la justicia social. Los cien años de vida de esta Carta constitucional la presentan como una de las de mayor duración en Latinoamérica, sólo superada por la Constitución de los Estados Unidos (1787) y la de Argentina (1853), con sus respectivas enmiendas y reformas. La influencia de la Constitución de México –en mayor o menor grado– se dejó sentir en los países latinoamericanos, donde encontró eco el postulado de justicia social y de otras conquistas. El Ecuador no estuvo ausente de esta influencia; en el presente trabajo trataré de encontrar las huellas de dicha influencia.*

1. Anotaciones para un paralelismo histórico

Los acontecimientos que dieron lugar a la Revolución mexicana y culminaron en Querétaro con la Constitución de 1917 son bastante conocidos, no así los hechos que ocurren en la inestable República del Ecuador y que van a servir de marco para la promulgación de una Constitución –en 1929– que se diferencia de los demás textos ecuatorianos por instaurar en el país andino el constitucionalismo social con sus nuevos paradigmas.

Si se trata de encontrar la influencia de hechos e ideas en el mundo jurídico constitucional, en este caso la influencia de la Constitución mexicana

---

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Guayaquil. Doctor (*Phd*) en Ciencias Políticas por la Universidad *Panthéon Sorbonne* de París. Profesor Principal de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (1978-2013). Antiguo Decano de su Facultad de Jurisprudencia. Ex Juez del Tribunal Constitucional. Ex Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (periodos 1992-1997 y 1998-2003). Ex Magistrado de la Corte Suprema del Ecuador (2005-2008). Presidente de la Sección Ecuador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

de 1917, es oportuno en mi criterio repasar muy sucintamente algunos acontecimientos ocurridos en el Ecuador que explican el advenimiento de los derechos sociales y económicos, y su concreción en normas constitucionales.

Para la época de la Revolución mexicana (1910-1916) la República del Ecuador atravesaba situaciones de conflicto político, entre los que se destaca una lucha armada en contra del Gobierno, donde los opositores fueron vencidos y tomados presos los principales líderes encabezados por el general Eloy Alfaro, quién años antes (1895) hizo triunfar la causa liberal y abrió paso a importantes transformaciones políticas y sociales que dieron lugar a la Constitución liberal de 1906. Estos hechos tuvieron un trágico desenlace con el asesinato de Alfaro y de sus compañeros de armas en 1912.

En los años posteriores a la muerte de Alfaro hubo una aparente estabilidad en medio de las constantes reivindicaciones sociales y de carácter económico, los presidentes fueron de filiación liberal. Para 1917 el Congreso Nacional mediante una ley estableció la jornada ordinaria de ocho horas de trabajo y una jornada semanal de cuarenta y ocho horas, con descanso remunerado para los días domingos y festivos legalmente determinados. Este camino significaba el inicio de un sistema social de protección, al tiempo que se situaban a los derechos laborales básicos dentro del orden público con su carácter de irrenunciables.

El 15 de noviembre de 1922, en un contexto de huelgas, tuvo lugar una enorme manifestación obrera en Guayaquil que reclamaba por la carestía de la vida y fue violentamente reprimida por el Ejército ocasionando centenares de muertos, hecho que marca el comienzo de la lucha del sindicalismo en el Ecuador. Para 1925 con el afán de rehacer la maltrecha economía del país y terminar con la hegemonía político-financiera de la plutocracia bancaria estalló una insubordinación militar promovida por jóvenes oficiales, conocido como la transformación juliana.

Entre otras tesis político-sociales proclamadas en esta transformación se contemplaba una reforma económica que garantice la función social de la propiedad, el poder adquisitivo de los salarios, una política monetaria autónoma, optimización de la salud y del trabajo –incluso de la vivienda– con la creación de un instituto de seguridad social, nuevas políticas laborales, masificación de la educación y la modernización del aparato

administrativo del Estado. Naturalmente, las reivindicaciones en materia de trabajo, de salud, de educación, de vivienda, de seguridad o previsión social, de la función social de la propiedad entraban en el campo de aquellos derechos que son inherentes a la dignidad humana, conocidos como derechos fundamentales.

A los mencionados derechos se agregaron los derechos políticos de participación ciudadana bajo dos tendencias: una que exigía poner fin al fraude electoral que había caracterizado a las elecciones presidenciales y legislativas impidiendo que el voto ciudadano tenga una real significación y peso en la política del Estado; y, la segunda tendencia que se fue abriendo camino –desde la época de Alfaro– era la relativa al sufragio femenino, se consideró que ya era tiempo de que la mujer intervenga de un modo activo y directo en la vida política, lo que implicaba ampliar el sufragio e ir al sufragio universal, dejando atrás el sufragio restringido.

La transformación juliana de 1925 no buscó designar a militares para ejercer el Gobierno provisional, el cual debía durar el tiempo necesario hasta volver al Estado de Derecho mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente que plasme en una nueva Constitución las tesis, los principios y los derechos que inspiraron al movimiento juliano, para así dar paso a ese anhelo de modernidad que trajo el siglo XX y, al mismo tiempo, buscar la superación de las pugnas estériles entre las facciones liberales y las conservadoras.

Dicho Gobierno provisional fue puesto en manos de vocales civiles hasta que el Alto Mando Militar designó como presidente provisional a un distinguido médico y profesor universitario el Dr. Isidro Ayora, quien concretaría la modernización administrativa al traer al país a la Misión Kemmerer, que ya había actuado en otras naciones. Como resultado de la modernización estatal aparecieron nuevas instituciones que desde entonces cumplieron un papel positivo, así: el Banco Central encargado de manejar la política monetaria con autonomía; organismos de control en diversos ámbitos como la Contraloría General del Estado, la Superintendencia de Bancos, la Dirección General de Aduanas y otras entidades.

También se creó la denominada Caja de Pensiones para garantizar la jubilación de empleados y trabajadores como un primer esfuerzo para establecer la institución de la seguridad social; para atender las relaciones

capital-trabajo y los conflictos laborales se estableció como parte de la Función Ejecutiva al Ministerio de Previsión Social y Trabajo.

2. Algunas reflexiones al margen de la historia

Al examinar los hechos que se dieron en México antes y durante su Revolución, es decir a finales del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX, puedo llegar a la conclusión de que existen similitudes en muchos aspectos entre los graves problemas políticos y sociales que aquejaron a México con lo ocurrido en tierras ecuatoriales, desde luego guardando las debidas proporciones.

Entre los graves problemas sociales sobresalen la explotación del trabajador u obrero, con salarios ínfimos y una carga laboral excesiva, muchas veces con desarraigo de su familia. En ese contexto de pobreza solo queda la resignación o la rebelión y en ésta se condensará todo el sufrimiento en la medida en que se lo vive. Por ello, las insurgencias son como fuerza de la naturaleza física que arrasa todo a su paso, cualquiera que sea el resultado. La Revolución mexicana lo pone en evidencia con los momentos dramáticos que se vivieron, igual ocurre en el Ecuador de este periodo con la Revolución alfarista y el fatídico día de la masacre de los trabajadores ecuatorianos (22 noviembre 1922).

Y, la angustia social se acrecienta ante la enfermedad, la desnutrición crónica, los accidentes laborales, el desempleo y la vejez. La muerte misma, para ser digna, tiene sus exigencias. Siempre pensé que, en este contexto de dolor y miseria humanas, el derecho a la propiedad resultaba un escarnio. O, como bien calificaba Marx al referirse a los derechos del individualismo liberal de ser una ilusión burguesa y valga recordar también aquella expresión de "proletarios del mundo uníos... nada tienen que perder sólo sus cadenas". Expresión semejante a las admoniciones de los profetas bíblicos.

Entre los problemas políticos que pesan sobre los dos países (mirando la época señalada) se destaca la represión gubernamental frente a las huelgas y a los reclamos como el mejor antídoto para mantener el orden, e incluso se llega al convencimiento que de este modo ¡subsiste el Estado de Derecho y la misma democracia!

En cuanto a las elecciones presidenciales el fraude está presente, por diversos medios. Queda claro que la participación popular no es posible mientras subsisten aquellas condiciones adversas al desarrollo de la persona y de su familia. La marginación política, que va junto con la social, es el resultado del analfabetismo, de la falta de trabajo y del goce de los derechos económicos y sociales que justamente –para esta época– hacen su aparición en nuestros países latinoamericanos.

Podría proseguir con estas anotaciones, pero dejémoslas para retomarlas en el análisis de la Constitución ecuatoriana de 1929, fuente de nuestro constitucionalismo social.

3. La influencia mexicana en la Constitución de 1929

Está fuera de duda que, en el mundo jurídico latinoamericano, la Constitución mexicana de 1917 ejerció una influencia positiva para impulsar el constitucionalismo social de posguerra, lo que también ocurrió en el Ecuador. Y como el fenómeno jurídico se inserta en la dinámica social, política y económica la onda de influencia se expande y se agranda.

En México, los constituyentes de Querétaro al buscar soluciones para los graves problemas del país pusieron en alto la dignidad humana como punto de partida para toda gestión política, lo que significaba ahondar en el núcleo esencial de nuevos derechos necesarios para el desarrollo integral del ser humano. Las normas constitucionales dictadas en 1917 en el ámbito de los llamados derechos de segunda generación fueron un mensaje que sería tomado en la mayoría de países. Tal mensaje lo recogió el Ecuador en su momento para desarrollar la parte dogmática de la Constitución de 1929, con nuevos principios, derechos y valores.

En lo fáctico, hay que señalar como determinados personajes de la Revolución mexicana fueron conocidos por los ecuatorianos; es el caso de Pancho Villa y de Emiliano Zapata que con sus realidades y sus leyendas cautivaron la atención de muchos. Otros siguieron con interés o preocupación, según el caso, la radicalización de la Revolución con respecto a cuestiones sensibles como la agraria, las relaciones Iglesia-Estado tanto como las relaciones obrero-patronales.

Cabe señalar también otras influencias que en aquella época incidieron en el quehacer jurídico y político. En primer lugar, la Revolución rusa de 1917 fraguada con la ideología marxista-leninista tuvo una acogida diversa en los estratos laborales y en sus dirigentes, los cuales se identificaron con los postulados marxistas y soviéticos. Estos militantes acompañaron las huelgas y reclamos de la clase obrera y estuvieron presentes en la Constituyente de 1928-29 con la bandera socialista.

Otra interesante influencia, que no ha sido suficientemente investigada, es la del Gobierno italiano. Sabemos que para 1922 Mussoline había tomado el Poder y luego se consolidará como Duce. Se ha señalado que los jóvenes militares que participaron en la transformación juliana tuvieron algún grado de influencia de parte de las misiones militares extranjeras, particularmente la italiana.

Lo que está claro es que la Constitución de 1929 trajo una nueva institución, proclamada por el fascismo corporativista: la representación funcional para agregarla a la Cámara del Senado, aparte de los senadores elegidos de forma tradicional. Este sistema de representación funcional constará en los textos constitucionales del Ecuador hasta la década de 1970, con variantes en el número de representantes y de las organizaciones representadas.

En esta cuestión me permito hacer una digresión para señalar algunos aspectos sobre este tema que fue debatido en el Ecuador. La Carta Política de 1929 dispuso que los "Senadores de representación funcional" fueran en número de quince y que serían elegidos en la forma determinada en la Ley de Elecciones, éstos serían (según el Art. 33 numeral 3):

> Un representante de las Universidades; uno del Profesorado Secundario y Especial; dos del Profesorado Primario y Normal; uno del Periodismo, y Academias y Sociedades Científicas; dos de la Agricultura; dos del Comercio; uno de la Industria; dos del Obrerismo; dos de los Campesinos, y uno de la institución Militar.

En mi criterio personal, esta designación estuvo adecuada para la época, no obstante la tacha de su origen; muchos juristas europeos influenciados por las corrientes sociológicas, como el Prof. francés León Duguit, vieron viable esta forma de representación política, pues aparte de los

individuos y partidos existen otros elementos que constituyen la infraestructura del edificio social y que son los grupos fundados sobre la comunidad de intereses y del trabajo, los grupos profesionales.

No se puede negar algunos aspectos positivos de la representación funcional en cuanto permite a determinadas organizaciones con intereses sociales, económicos y culturales como son los agricultores, trabajadores, comerciantes, periodistas, profesores, inclusive militares, puedan representar a sus organizaciones y defender los legítimos intereses grupales: los cuales de otro modo quedan excluidos dado el sistema de la representación política y de las elecciones populares, pues carecen de actividad proselitista al no ser organizaciones estructuradas como los partidos ni tener como fin captar el Poder.

Además, sus intereses profesionales propios de su quehacer no encuentran eco dentro de los intereses políticos del electorado. Por otro lado, esta representación funcional tendría un carácter negativo cuando estos grupos se desarticulan o no están organizados democráticamente, si su representatividad o trascendencia social es mínima. En tales casos, quienes los representen lo serían de fracciones pequeñas y privilegiadas, excluyendo a los demás miembros, desvirtuando su razón de ser.

Los razonamientos que se han hecho –reitero– hay que considerarlos apropiados para aquel periodo de tiempo y, quizá, ello explica que dicha representación funcional que apareció en 1929 se mantuvo, con algunas variantes, en los textos constitucionales de 1945, 1946 y 1967, hasta que fue eliminado de modo definitivo por la Carta Política de 1978-79. Indudablemente los tiempos eran otros.

4. El constitucionalismo social en el Ecuador

Como fue dicho, con las diversas influencias, particularmente la de la Constitución mexicana de 1917, se introdujo en el Ecuador el constitucionalismo social. Este fue un paso trascendental en la estructuración jurídica del Estado, la razón de lo dicho está en que el constitucionalismo social agregó una nueva dimensión al constitucionalismo clásico de los siglos XVIII y XIX, el cual, si bien estableció el Estado de derecho, sin embargo, prefirió que el Estado se abstenga de actuar, poniendo en

práctica el principio laissez faire, laissez passer que fue el resultado de la libertad económica del mundo liberal.

Para el siglo XX la nueva dimensión estaría dada por la necesidad de que el Estado intervenga activamente, tanto para satisfacer las demandas –cada vez mayores– de servicios públicos como para hacer posibles los derechos económicos, sociales y culturales, comenzando por el trabajo, la seguridad social, la salud y educación para llegar a la protección de la familia, de los menores, de la mujer, etc. Esta dimensión está implícita en la expresión de Estado social de derecho que van a utilizar algunas constituciones de posguerra, como la de España.

Con respecto a los derechos económicos y sociales se puede afirmar que ya no se trata de buscar fórmulas jurídicas para afianzar la libertad de los hombres, sino medios preferentemente materiales de tipo económico para superar las diferencias que produjo el desarrollo capitalista, particularmente de los Estados industrializados.

Los hechos suscitados en el Ecuador en las primeras décadas del siglo XX acrecentaron la idea de buscar soluciones urgentes a los problemas inmediatos de la población que muchas veces rayaban en situaciones infrahumanas ya por los salarios de hambre, viviendas miserables, alimentación nula, ya por las enfermedades y la represión constante de las autoridades. En suma, las condiciones eran degradantes para la dignidad humana.

En este contexto habrá de ser convocada una Asamblea Constituyente en el año de 1928, encargada de elaborar una nueva Carta Política que recoja las cuestiones esenciales del constitucionalismo social de posguerra, presente ya en la Constitución mexicana de 1917, a la que seguirá la de Weimar de 1919 y las constituciones soviéticas: de 1918 la rusa, y la de la URSS de 1924.

Para el siglo XX existe una mayor consciencia de que la Constitución organiza un sistema de convivencia política, fundado en normas y valores como la libertad e igualdad, justicia, orden y solidaridad. La Constitución recoge los valores de la comunidad, no los crea, y su normativa se convierte en un instrumento para la realización de los fines que la sociedad ha determinado. Empero si, en determinado momento histórico

y por diversas causas, estos valores y normas no se concretan en la realidad esta situación va a afectar la convivencia política, sumiéndola en inseguridad e inestabilidad.

Por lo expresado, resulta importante enseñar al ciudadano común cuál es el significado de tener una Constitución y comprender que no se trata de una ley más, aunque se diga ser la de mayor jerarquía.

La Constitución –como el Estado– existe en función de la comunidad humana. Todo ciudadano, y más aun los que ejercen roles políticos o funciones de gobierno, deben tener la convicción de la obligatoriedad de las normas constitucionales y en consecuencia acatarlas, esta es la función de legitimidad que la Constitución posee. De su voluntario cumplimiento dimana el orden político y la paz social.

En este marco de ideas, la Constitución de México ha cumplido un papel relevante y como bien expresan los profesores Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona:

> La Constitución ha sido en México un texto fundamental en el sentido más pleno de la palabra. Su carga histórica es tan grande, que en la Constitución los mexicanos recrean la herencia ideológica de nuestros sacudimientos sociales, los avances que logró el movimiento revolucionario –en el siglo XX– y los principios que rigen a la sociedad civil en el presente.[2]

Los citados autores igualmente destacan que, la Constitución mexicana de 1917 se ha vuelto símbolo tanto de estabilidad política como de unidad nacional, en torno a la cual los partidos, grupos políticos y los mismos ciudadanos han desenvuelto las actividades que les son propias. Este sentimiento cívico que irradia la Constitución de Querétaro, al llegar a sus cien años de existencia, se presenta tan acendrado que es difícil de cultivar en los pueblos, por eso hay que mantenerlo y acrecentarlo, tanto porque se enraíza en la historia viva, como por su influencia determinante para vislumbrar un destino común.

---

2 Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, 2012 *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, octava edición, México, Ed. Porrúa- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

5. La Constitución de 1929 y los derechos económicos y sociales

Es a partir de la Constitución de 1929 que el Ecuador instaura, propiamente, los nuevos derechos económicos, sociales y culturales: complemento indispensable de los derechos civiles y políticos y a los cuales dan sentido y real concreción. Esta regulación de los derechos fundamentales, por su contenido y extensión, supera a lo establecido en las anteriores constituciones: a más de los derechos civiles y políticos que habían venido incrementándose desde la fundación del Estado ecuatoriano, ahora se incorporan otros para cuya concreción el Estado debe necesariamente intervenir con miras a implantar la justicia social.

El catálogo de los nuevos derechos aparece en la "Parte Segunda, Título XIII" y son agrupados –en lo esencial– en un solo artículo, el 151, en treinta numerales. Esta reunión de disposiciones bajo un único artículo no ha sido común. La Constitución tiene un total de 169 artículos y catorce disposiciones transitorias. La Asamblea Nacional Constituyente se reunió en Quito el 9 de octubre de 1928 y promulgó la nueva Ley Suprema el 16 de marzo de 1929, es decir se la elaboró en cinco meses. Entre los constituyentes hay conservadores, liberales y socialistas, la ideología de estos últimos se integraba a la vida política del Estado.

Como punto común con la norma constitucional de México vale destacar que los derechos eran garantizados a todos los habitantes del Ecuador y no solamente a los nacionales, cuestión que hoy está fuera de discusión.

El esquema constitucional de los derechos sociales y económicos es el siguiente:

- Protección al trabajo y al trabajador;

- Dispuso que la ley fije: la duración de las jornadas de trabajo, los salarios mínimos con su carácter inembargable, el descanso semanal obligatorio, los seguros sociales, la salubridad y seguridad de establecimientos industriales, el trabajo de mujeres y niños, la regulación de huelgas y paros;

- Obligatoriedad de indemnizar los accidentes de trabajo;

-Derecho de obreros y patronos a formar sindicatos o asociaciones profesionales;

- Derecho de propiedad, limitada por su función social;

- Propiedad del Estado sobre el subsuelo;

- Prohibición de los monopolios no autorizados por la ley;

- Intervención del Estado para la construcción de vivienda barata en pro de los trabajadores obreros y campesinos;

- Derecho a la asistencia, higiene y salubridad públicas;

- Libertad de educación y de enseñanza, cuyo presupuesto se incrementará hasta el veinte por ciento de las rentas estatales;

-Protección al matrimonio, a la familia y al haber familiar; la ley protegerá la maternidad y la infancia;

-Protección al niño, que contará con una partida presupuestaria especial;

-Derecho de los hijos ilegítimos a ser criados y educados por sus padres, a heredarles en la proporción que señale la ley, a investigar la paternidad.

Respecto de este último punto, años después, la Constitución de 1945 establecerá que los hijos ilegítimos tienen los mismos derechos que los legítimos respecto de la crianza, educación y herencia (Art. 142).

En el amplio mundo del trabajo que por mandato constitucional será objeto de especial protección por parte del Estado, se incluye de modo expreso para dicha finalidad al obrero y al campesino; se dispone que el Estado "legislará para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurando a todos un mínimun de bienestar, compatible con la dignidad humana." (Art. 151, numeral 18, inciso tercero).

Adicionalmente se prescribe que la ley fije la jornada máxima de trabajo, el descanso semanal obligatorio, la forma de determinar los salarios mínimos y establezca los seguros sociales; que la ley reglamente lo re-

lativo a huelgas y paros, las condiciones de salubridad y de seguridad de los establecimientos industriales. Se declara obligatoria la indemnización de los accidentes de trabajo la cual también será materia de regulación legal, y de modo especial se regulará lo referente al trabajo de las mujeres y de los niños.

(Incisos finales del numeral 18 del Art. 151).

La norma constitucional declara al salario mínimo libre de embargo, compensación o descuento; por otro lado, reconoce a los obreros y patronos el derecho de asociarse en defensa de sus intereses, formando sindicatos o asociaciones profesionales. "Para la solución de los conflictos del capital y el trabajo" se dispone la conformación de tribunales de conciliación y arbitraje (Art. 151 numeral 24).

En materia de derechos civiles la Constitución de 1929 agregó nuevas disposiciones:

> -El "derecho de hábeas corpus" (propiamente es una garantía) para proteger la libertad física;
>
> -La extradición se concederá en virtud de una ley o de un tratado, pero nunca por infracciones políticas;
>
> - En concurrencia de dos leyes penales se aplicará la menos rigurosa, aun si fuere posterior; y,
>
> -Proclamó que la enumeración de derechos y garantías que hace la Constitución no es limitativa ni excluyente de otros derechos.

Todos estos mandatos constitucionales encierran un profundo contenido y trascendencia, y para la época constituye un significativo avance. Para México, como conocemos, el hábeas corpus está configurado dentro de la institución del amparo y lo desarrollaron tempranamente. En el Ecuador es a fines del siglo XIX que aparece y en 1929 alcanza el nivel constitucional (Art. 151 numeral 8).

La garantía fundamental del hábeas corpus irá perfeccionándose hasta llegar a la actual Constitución de 2008, la cual además de disponer

el tradicional procedimiento rápido y expedito enriquece su contenido convirtiéndole en un instrumento de protección de la vida e integridad de las personas privadas de libertad; de protección contra cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante; y, además, puede brindar protección en aquellos casos de presunta desaparición forzada (Arts. 89 y 90).

El último punto relativo a no limitar ni excluir otros derechos que no consten en la Constitución, como se sabe, es un importante principio de la doctrina de los derechos humanos proclamada por los tratados y convenios internacionales en esta materia, el principio de norma o cláusula abierta, que hoy, de modo general, consta en las constituciones.

En lo relativo a los derechos políticos que permiten la participación ciudadana también se presentan avances significativos en la Constitución de 1929. Téngase presente que a través de esta participación el pueblo ejerce la soberanía y elige a sus representantes. Por ello, el sufragio y los órganos electorales constituyen una institución básica de toda democracia.

En el Ecuador también se instituyó el sufragio restringido, deficiencia que trajo el constitucionalismo clásico y que sería corregido por el constitucionalismo social, el cual afectaba radicalmente al gobierno que debía ser representativo y esto no obstante la eliminación dada por la Constitución de 1861 de la capacidad económica para ser ciudadano (sufragio censitario) y de ser introducido –allí mismo– el sufragio de carácter directo (sin grandes electores). Sin embargo, hubo que esperar la Ley Fundamental de 1929 para hablar de sufragio universal, cuando la mujer se incorpora a los derechos políticos y la Carta Política de 1978-79 que elimina el último rezago de saber leer y escribir para ser ciudadano.

Establecer en 1929 el voto femenino es otro punto que entraña un avance incuestionable para la época, que pone de manifiesto que el constitucionalismo ecuatoriano tiene conquistas respetables en el concierto de naciones. Igual comentario haría respecto del órgano de control constitucional concentrado, el Tribunal de Garantías Constitucionales creado en la Constitución de 1945, en este caso la inestabilidad política destruyó prontamente a esta construcción institucional, como ha ocurrido en otras ocasiones (en tales casos me pregunto si muchos de nuestros políticos ¿practican el anarquismo o son nihilistas?).

En la esfera electoral se abrió paso a la representación de las minorías en las elecciones pluripersonales y se elaboró una regulación para dar a esta representación de minorías un carácter proporcional.

Si bien la Constitución de 1929, llamada a reemplazar a la liberal de 1906, toma una feliz iniciativa en el campo de los derechos sociales y económicos, de situarse en el camino del sufragio universal, de tratar de establecer una Función Electoral autónoma, además de otras innovaciones; sin embargo, hay que señalar que incurre también en graves desaciertos al introducir, en forma aislada, algunos elementos que son propios del régimen parlamentario.

Entre esos elementos del parlamentarismo están el Consejo de Ministros con atribuciones específicas, la responsabilidad solidaria, el voto de desconfianza, los cuales por un lado debilitan al presidente de la República en sus atribuciones y, por otro, fortalece al Congreso que con un voto de desconfianza puede destituir al Consejo de Ministros (es decir, a todo el gabinete presidencial) sin tener en contrapartida la disolución del Legislativo. Y, esto es lo que sucedió en los años posteriores en la presidencia del Dr. Martínez Mera, en 1933, su gabinete de Ministros fue destituido por el Congreso por siete ocasiones y concluyó con la declaratoria de vacante de la Presidencia.

En suma, la adopción de elementos del régimen parlamentario, de manera aislada, fue negativa. A la postre acaban desarticulando al sistema presidencial. Y, lamentablemente, estos aspectos unidos a factores políticos y socio-económicos de la época, determinaron la breve vigencia de la Constitución de 1929 que abrió camino al constitucionalismo social en el Ecuador.

6. El amparo mexicano y una nota discordante en el Ecuador

Por último, haré referencia a la institución del amparo que México la ha desarrollado en alto grado. En cuestión tan importante, el constitucionalismo ecuatoriano quedó rezagado por un tiempo, pues como se vio la Carta Política de 1929 no incluyó al amparo si bien elevó a rango constitucional al hábeas corpus. Se desconocen las razones de los constituyentes para pasar por alto este mecanismo esencial para la protección

de los derechos fundamentales. Si tal vez lo identificaron con el hábeas corpus cometieron un error.

En la Carta política de 1967 el amparo tuvo una aparición fugaz. Después las reformas constitucionales de 1995-96 desarrollaron con amplitud la acción de amparo, igual lo haría la Constitución codificada de 1998 y por último lo recogería la actual de 2008, pero sus constituyentes prefirieron tomar la denominación de "protección" de la misma manera que la Constitución chilena de 1980 lo hiciera bajo el régimen del general Pinochet.

¿Qué razón había para cambiar un nomen iuris reconocido a nivel internacional? Además, su antigüedad, avalada por México desde la colonia, le confiere una jerarquía mayor al instrumento que se llama amparo; el cual, en mi entender, comparte con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos la finalidad de garantizar los derechos fundamentales.

Permítaseme un comentario más sobre el amparo tan caro a México y conocido como "acción de protección" por la Constitución ecuatoriana actual. Se afirmó que ésta desarrolla al amparo con igual o mayor contenido que la Codificación constitucional anterior (de 1998). Sin embargo, debo señalar con disgusto que la respectiva Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009 de manera abiertamente inconstitucional restringe la acción llamada de protección (o amparo) únicamente a los casos en que no existe otro mecanismo de defensa judicial, es decir, transforma al amparo en una acción residual en contraposición a la Ley Suprema que no la concibió de esta manera.

Lo dicho consta en los artículos 40 numeral 3 y 42 numeral 4 de la referida Ley y la Constitución lo trae en el artículo 88. Es inconcebible que una Ley Orgánica viole la Ley Suprema y que existan seudo juristas que acepten transitar por tal camino. Este es un caso más que habla por sí solo de la desvalorización de la Constitución (tema recurrente de mis últimos trabajos).

7. A manera de conclusión

Como se dijo, la Constitución mexicana de Querétaro, promulgada el 5 de febrero de 1917, es producto de una revolución institucionalizada por

la vía del derecho, cuyo objetivo máximo es la conquista de la justicia social. La normativa constitucional alcanzó tal objetivo, especialmente, mediante la reivindicación de los derechos del trabajo y de sus diversos componentes, de la previsión social y de la salud, de expandir la educación y ponerla al alcance de los estratos sociales menos favorecidos. La regulación de la propiedad –sobre todo la agraria– también fue normada.

Este reconocimiento de los nuevos derechos, de incidencia económica, daba comienzo a un amplio sistema social de protección, al tiempo que se situaban a muchos derechos dentro del orden público con su carácter de irrenunciables como los derechos laborales esenciales, los de familia, la propiedad social, etcétera.

De esta manera se cristaliza en Latinoamérica –y también en Europa– el denominado constitucionalismo social que, en mi concepto, revitaliza al constitucionalismo clásico al corregir sus deficiencias. Todos conocemos los antecedentes ideológico-doctrinarios y políticos que, particularmente a partir de la segunda mitad del siglo XIX, impulsan a la sociedad y a sus representantes a buscar nuevas fórmulas de gobierno que reduzcan –al menos– la profunda desigualdad de los diferentes estratos sociales.

El Ecuador recibió la influencia de la Constitución mexicana de 1917 y entre los avatares propios de la inestabilidad política e institucional alcanzó a introducir el constitucionalismo social –en sus aspectos básicos– en la Ley Fundamental de 1929 y, quizá, lo que es más importante –dado que las constituciones ecuatorianas son efímeras en su duración– pudimos plasmar en las instituciones políticas del Estado los nuevos conceptos de justicia social especialmente en lo concerniente al trabajo y a la previsión social, en un plano menor se atendió la salud y la educación.

Como colofón final, quisiera recoger la lección que la historia nos deja a los ecuatorianos. No es suficiente que nuestras Constituyentes nos entreguen magníficos catálogos de derechos humanos, como ocurrió en 1929 y después en 1945 y recientemente en 2008. Es imperativo que nuestra Constitución tenga una vigencia real y concreta. Tal parece que nos acompaña la denuncia que en 1843 hiciera Vicente Rocafuerte de crear una Constitución de papel, ese mismo Rocafuerte que supo servir con patriotismo a México y al Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA

Calzada Padrón, Feliciano (1990), *Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Harla.

Carpizo, Jorge (1986), *La Constitución mexicana de 1917*, 7a. ed., México, UNAM-Porrúa.

Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador (2012), *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, octava edición, México, Ed. Porrúa- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, .

Marx, Carlos y Engels, Federico (1848), *Manifiesto del Partido Comunista*.

Núñez, Jorge y otros (1984), *Historia del Seguro Social Ecuatoriano*, Quito, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Reyes, Oscar Efrén, *Breve Historia General del Ecuador*, Tomos II – III, Décima sexta edición, Quito, Imprenta "Don Bosco", sin fecha.

Robalino Dávila, Luis (1973), El 9 de Julio de 1925, Quito, Editorial "La Unión".

Pareja Diezcanseco, Alfredo (1979), *Ecuador, La República de 1830 a nuestros días*, Quito, Editorial Universitaria.

Salgado Pesantes, Hernán (2012), *Lecciones de Derecho Constitucional*, Cuarta edición, Quito, Ediciones Legales.

EL CONSTITUCIONALISMO DEL OPRIMIDO

Ramiro Ávila Santamaría[1]

Resumen: El constitucionalismo puede ser analizado desde múltiples perspectivas. Una de esas es mirar a los autores canónicos, como Robert Alexy, Ronald Dworkin o Luigi Ferrajoli, entre otros. Otra de esas, es mirar y escuchar las voces de quienes son sujetos de derechos reconocidos en las constituciones, están en situación de opresión y cuya voz no se escucha. Afinar el oído para poder encontrar sentido a estas voces requiere una teoría diferente a la canónica y también acercarse al pensamiento crítico e interdisciplinario. En este ensayo, en una primera parte, recurrimos al pensamiento crítico y hacemos un breve recuento histórico en Latinoamérica. En un segundo acápite, recurrimos a la sociología de las ausencias y emergencias para poder explicar y comprender el por qué el constitucionalismo hegemónico no tiene las herramientas teóricas para poder escuchar voces que no sean las canónicas. En tercer lugar, destacamos a los sujetos que han estado ausentes para influir en la teoría constitucional y en la aplicación de las normas. Finalmente, delineamos lo que entendemos por el "constitucionalismo del oprimido", las razones que justifican su existencia, las implicaciones teóricas sin dejar de lado las objeciones y finalmente se enuncian algunas manifestaciones de este constituiconalismo popular en fallos judiciales y en potenciales interpretaciones de normas. Al final, lo que motiva este ensayo es encontrar en el derecho posibilidades de afrontar de mejor manera la situación de violaciones a los derechos de la gran mayoría de personas que viven en situación de exclusión, discriminación, miseria, dolor y desesperanza. El estado, la constitución y el derecho solo tienen sentido si promueve condiciones de vida en las que todos y todas vivamos con

---

1 Doctor en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco. Master en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco-Instituto Internacional de Sociología Jurídica. Master en Derecho (LLM) por Columbia University (New York). Doctor en jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Es autor y editor de varias publicaciones, entre ellas: *El neoconstitucionalismo andino* (Quito 2016), *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos* (Quito 2013), *Neoconstitucionalismo transformador* (Quito 2011), *Derechos y garantías. Ensayos críticos* (Quito 2010). ramiro.avila@uasb.edu.ec, ravila67@gmail.com

dignidad, desarrollando nuestras potencialidades de vida y logrando una vida en plenitud (sumak kawsay).

El pensamiento crítico

El Derecho poco ha dialogado con otras ciencias. Las explicaciones pueden ser varias. Una de ellas, la más cercana, es la recepción de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, en la que se proponía la autonomía del derecho como conocimiento científico y autónomo: el Derecho no es moral (2003, 45), no era ciencia social (2009, 29), peor ciencia natural (2003, 20), aunque en su origen estuvo profundamente enlazado con la filosofía, con la teología y también con las ciencias sociales. Otra tiene que ver con nuestra cultura jurídica, que tiende a ser burocrática e inquisitiva, que tiene como objeto exclusivo de estudio a la norma estatal válida (Avila 2012, 281) y se basa en una concepción del derecho liberal, privatista, individualista y centrada en la propiedad (Wolkmer 2012b, 7). Lo cierto es que el Derecho y los juristas hemos sido autorreferenciales y autosuficientes (Luhmann 2005, 93; Noguera 2012, 139). Mientras en las universidades se seguía enseñando el código civil y se publicaban libros sobre el sentido de las palabras en cualquier ley, la política, las artes, el pensamiento crítico y el desarrollo de otras ciencias nos rebasaba. En los años sesenta hasta los ochenta, por ejemplo, mientras dentro del aula en las facultades de jurisprudencia y de los tribunales de justicia, se estudiaba y se aplicaba la Ley; fuera del aula y de las salas de tribunales, las personas y los pueblos se movilizaban para luchar por mejores condiciones de vida, hacia la revolución, y otras tantas personas pensaban fuerte y hacían crítica socio-política.

Por pensamiento crítico entenderé aquella forma de pensar inconforme con la dominante, que busca alternativas para una vida plena y sin exclusión, y que aspira recoger la perspectiva del excluido. O, como dice el profesor brasileño Wolkmer, el pensamiento crítico "es un profundo ejercicio reflexivo de cuestionar lo que está normativizado y oficialmente consagrado (en el plano del conocimiento, del discurso y del procedimiento práctico) en una dada formación social, y la posibilidad de concebir otras formas no alienantes, diferenciadas y pluralistas de práctica. Se entiende, por tanto, que el "pensamiento crítico" es la formulación "teórico-práctica" consistente en buscar pedagógicamente otra dirección u otro referencial epistemológico que responda a las contradicciones estructurales de la presente modernidad" (Wolkmer 2012, 8).

El pensamiento crítico es muy prolífico en el mundo entero. Del pensamiento crítico, quisiera abordar con especial énfasis aunque no exclusivamente el latinoamericano, que ayuda a comprender el contenido y alcance de la utopía andina. América Latina tiene una riqueza enorme en pensamiento crítico y en prácticas de resistencia. Por su extensión, se enunciará el pensamiento crítico del siglo XX[2] y se abordarán los estudios que contribuyen a comprender de mejor manera los avances constitucionales andinos. En América Latina se encuentran dos corrientes críticas marcadas. Entiendo que pueden haber otras clasificaciones más precisas y estoy consciente de la arbitrariedad de toda clasificación, me atrevo a dividirlas en dos con el solo ánimo de agruparlas de alguna manera: la filosofía y la praxis marxista y los estudios culturales latinoamericanos

El pensamiento marxista es por esencia un pensamiento crítico, sin duda el más importante del siglo pasado, y que ha tenido repercusiones importantes en términos de luchas sociales y de reformas institucionales. La recepción latinoamericana tuvo sus particularidades y muy variadas manifestaciones, que van desde la filosofía, la economía, la literatura, la historia, hasta la música y las artes, pasando por la guerra de guerrillas y por la revolución.

Uno de nuestros primeros pensadores marxistas es José Carlos Mariátegui (1894-1930), que logró combinar la noción de lucha de clases con la construcción de la nación, aunque nunca incluyó la posibilidad de la destrucción del capital y se considera que su recepción económica del marxismo fue insuficiente; sin embargo, Mariátegui pensó en la idea de dar vida al socialismo indoamericano (Quijano 1982, 103). En los años veinte en toda la región se fundan los partidos comunistas y los socialistas, se incluyen reformas constitucionales que incluyen los derechos sociales y se inician luchas populares importantes. En los años treinta tenemos un movimiento importante en la pintura y en la literatura que se conoció como indigenismo. La mirada se dirigió al indígena, se denunció

2 En el siglo XIX, los primeros pensadores que intentan crear un pensamiento emancipador sin duda son Bolívar y Martín; pero el precursor de un pensamiento latinoamericano es Juan Bautista Alberdi, que discutió por primera vez la necesidad de una filosofía de los pueblos del ser de América, que sea adecuada a las exigencias locales y nacionales, construida a partir del ser latinoamericano, que tiene que ser social y política en su objeto. Sin embargo, su pensamiento estaba cruzado por la idea de la "barbarie nativa" y la reproducción de las ideas europeas "civilizadoras" (Wolkmer 2013: 5).

su discriminación y sus fatales condiciones de vida. En los años cincuenta tenemos los primeros encuentros entre el poder político con los pueblos. A esta forma particular de hacer política se las ha conocido como populismos. En los años sesenta, movidos por las luchas y los éxitos de la reforma agraria de Jacobo Arbenz en Guatemala (1954) y la Revolución Cubana (1959), las tendencias políticas de izquierda más radicales toman las armas: la guerra de guerrillas. La reacción no se hizo esperar. Por un lado, con la influencia y el financiamiento norteamericano, que reproduce la guerra fría en nuestro continente, se instauran gobiernos dictatoriales y se desarrolla la teoría del "enemigo interno". De la mano de esa lucha armada, tenemos importantes desarrollos teóricos: la teología de la liberación[3], la pedagogía del oprimido[4] y la música protesta[5]. La idea central de estos movimientos era luchar contra la pobreza, la dominación, la acumulación de riqueza, el imperialismo y la explotación al pobre. En suma, la lucha de clases del marxismo llevada a la esfera cultural, política y a la disputa por el poder. Todas estas luchas fueron por reivindicaciones políticas y sociales, pero no fueron epistémicas; es decir, no trataron de alterar la forma cómo se producía el conocimiento.

En los años 70, se desarrolla lo que se conoce como "la filosofía latinoamericana de la historia", una derivación importante de la línea marxista, que tuvo como sus mejores representantes a Leopoldo Zea y Arturo Roig, que cuestionan a la filosofía y a la academia por estar alejada de la realidad, y dan origen a lo que se conoció como "filosofía de la liberación" (Mora 2013, 24). Ambos se dedican al estudio de la historia de las ideas latinoamericanas, bajo criterios secuenciales y evolucionistas. Por su lado, Zea sostuvo la idea de la "conciencia latinoamericana", que busca el fortalecimiento del estado, la soberanía nacional y la identidad cultural. La revolución mexicana, el peronismo, la revolución cubana son síntomas de esta conciencia. Roig, por otra parte, se apropia de la concepción moderna de la historia desarrollada por Hegel, y pretende demostrar que en América Latina tenemos historia propia;

---

3 Quizá los más importantes pensadores son Leonardo Boff y Gustavo Gutiérrez. Leonardo Boff (1983) *Iglesia. carisma y poder. Ensayos de eclesiología militante.* Brasil: Sal Terrae; Gustavo Gutiérrez (1971). *Teología de la liberación.* Lima.

4 Véase Paulo Freire (1970). *La pedagogía del oprimido.* México: Siglo XXI.

5 La música protesta a través de sus letras transmitió mensajes, ideas y reflexiones relacionadas al cambio radical y de apoyo a la revolución. Cantantes como Víctor Jara y grupos como Quilapayun, Intillimani y Sabia Nueva crearon verdaderos himnos que eran coreados por la juventud revolucionaria.

también Roig asume el imperativo kantiano de que nadie puede ser un medio para los fines de otros; en este sentido, el sujeto latinoamericano no puede ser un medio para fines ajenos. El no tener fines propios o ser utilizados como medios, impiden al sujeto latinoamericano su liberación (Mora 2013, 42). En la interpretación marxista de la historia, con importantes aportes a nivel andino, y que analiza la historia como procesos sociales y no como actos individuales, sin duda tenemos a Enrique Ayala Mora.[6]

Paralelamente se desarrolla la teoría de la dependencia, que tiene relación con el discurso de desarrollo en relación a lo que se conoció como Tercer Mundo. La idea era modernizar a los estados latinoamericanos para incorporarnos competitivamente al mercado mundial. Hay una confianza en la ciencia y en la tecnología. La CEPAL, en tiempos de Raúl Prebish, cuestionó las relaciones entre el "centro" y la "periferia" por ser asimétricas y las relaciones comerciales injustas. El desarrollo nacional e independiente garantizaría a la población una mejor calidad de vida y sería la forma de combatir la pobreza. Esta teoría junto con la pedagogía y la teología de la liberación, según Castro Gómez, se esterilizó en su productividad y no logró producir los efectos esperados (2011, 17).

En los años 90, los estudios culturales latinoamericanos[7] "han llevado la crítica hasta sus últimas consecuencias" (Mora 2012, 11). Encontramos dos tendencias, que Mora las llama generaciones (143). La primera generación en la que encontramos, entre otros, los trabajos de Néstor García Canclini, Jesús Martín Barbero, Orlando Fals Borda y Darcy Ribeiro. En esta fase, la atención se pone en la modernidad occidental que ha sido asimilada y transformada en nuestra región, creando sujetos con identidades "híbridas" o mestizas. La propuesta es buscar en un mundo globalizado una democracia cultural y también una subjetividad propia. En la segunda generación encontramos a pensadores como Santiago Cas-

6 Véase en quince volúmenes Enrique Ayala Mora. *Nueva historia del Ecuador*. Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar; y Enrique Ayala Mora. *La historia de la América Andina*. Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar.

7 El objeto de estudio y hasta la denominación de "estudios culturales" no ha estado exento de críticas, comentarios y debates. Por un lado, la versión culturalista que viene desde la academia norteamericana (Cultural Studies), en donde pueden presentarse tensiones ideológicas y hasta hegemónicas; por otro lado, la comprensión como una convergencia entre proyectos intelectuales, comunidades interpretativas, disciplinas, que estimulen prácticas teóricas e intelectuales alternativas, y que escuche las voces de los tradicionalmente oprimidos y marginales (Walsh 2003: 14). En esta segunda me inscribo y así la entiendo.

tro-Gómez, Catherine Walsh, Arturo Escobar, Enrique Dussel y Walter Mignolo; dentro de este período me permito además añadir a Boaventura de Sousa Santos que, aunque no es de América Latina, ha investigado y teorizado desde el sur; y destaco a Bolívar Echeverría y Jaime Breilh que han desarrollado su obra desde el marxismo y los estudios culturales. La idea central es la de colonialidad del saber, del ser y el poder, y el rescate de las formas de saber, pensar y resistir que fueron silenciadas o marginadas por el pensamiento hegemónico occidental. La propuesta de este grupo, que la detallamos más tarde, será descolonizar el saber, el ser, el poder y la naturaleza. Por ser esta última la propuesta que más se acerca a lo que podría ser la lucha contra la colonización que propone la Constitución de Bolivia y Ecuador, se la utilizará como uno de los marcos conceptuales importantes para entender la utopía andina.

En los últimos años, y a partir de la expedición de las constituciones de Ecuador (2008) y de Bolivia, habría que añadir un pensamiento crítico directamente relacionado con los derechos de la naturaleza y el buen vivir, que recogerán aportes de la ecología política, el pensamiento indígena, el derecho internacional de los derechos humanos y el activismo de los movimientos sociales, que promoverán una alternativa al desarrollo basado en el extractivismo y en el capitalismo moderno. Por primera vez, y de manera aún excepcional, los juristas comienzan a integrar categorías como la colonialidad, la *pachamama* y el *sumak kawsay* en sus análisis teóricos, a través de la noción de pluralismo jurídico.[8]

En el fondo, si algo sintetiza la propuesta crítica latinoamericana es que otro mundo es posible y lo es porque resiste y existe.

El silenciamiento y la ceguera

No nos podemos permitir desperdiciar
ninguna experiencia social genuina de indignación
Santos 2014,18.

8 A partir de la Constitución de Montecristi se han publicado obras que se han dedicado exclusivamente al estudio de la naturaleza como titular de derechos. En las series "El debate constituyente" (Editorial Abya Yala) y "La naturaleza con derechos" (Editorial Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo) se pueden encontrar los antecedentes que motivaron el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, como también los fundamentos filosóficos, ecológicos, jurídicos y políticos para su establecimiento normativo.

En Guatemala, en 1929, un viejito organista de una iglesia de barrio, cuando clasificaba los papeles de música, encontró unas hojas raras que se puso a estudiar. Después de mucho esfuerzo descubrió que se trataba de los dos últimos movimientos de la *Sinfonía inconclusa* de Schubert. Muy agitado y lleno de alegría salió a la calle a comunicar su hallazgo. Le creyeron loco. Juró consagrar su vida "a obligarlos a confesar la validez del hallazgo por lo que de ahí en adelante se dedicó a ver metódicamente a cuanto músico existía" (Monterroso 1998, 31).

En Guatemala nadie le hizo caso. Vendió su casa y se trasladó a Europa, a Viena, que estaba lleno de especialistas en Schubert. ¿Cómo un guatemalteco, organillero "iba a enseñarles a localizar obras perdidas" (32)? ¿qué tenían que haber ido a hacer esos papeles tan lejos? Tampoco le hicieron caso. Una familia de músicos, viejitos, tocaron los dos movimientos. Cansados de examinar los papeles, de mirarlos y hasta olerlos, se vieron obligados a admitir primero en voz baja y después a gritos que eran de Schubert. Lloraron. Los movimientos eran buenos, pero no añadían méritos y más bien lo quitaban. "La gente se había acostumbrado a la leyenda de que Schubert los rompió o no lograría superara o igualar a los dos primeros." Lo mejor era ocultar el hallazgo porque el único que perdería sería Schubert. En el camino de vuelta a Guatemala, "harto de luchar con los malos y con los buenos tomó los manuscritos y los desgarró uno a uno y tiró los pedazos por la borda." (33) Lloró "mientras pensaba con amargura que ni él ni su patria podrían reclamar la gloria de haber devuelto al mundo unas páginas que el mundo hubiera recibido con tanta alegría pero que el mundo con tanto sentido común rechazaba" (33).

¿Por qué nuestro organista guatemalteco no fue escuchado y su descubrimiento no significó un avance en el saber musical? La respuesta a esta pregunta es vital para el desarrollo de esta investigación. Dos ideas importantes en el pensamiento de Santos nos pueden dar luces para entender el por qué una voz del sur global no tenía relevancia: la epistemología de la ceguera y la sociología de las ausencias, y la epistemología de la visión y la sociología de las emergencias.

Existe un paradigma dominante, que es el modelo de racionalidad científica (que lo desarrollamos en el siguiente capítulo), que ha determinado comunidades de saber, normas y formas de conocer para considerar que algo tiene relevancia conceptual. El resto de conocimiento es considerado

anormal, marginal e irrelevante. La consecuencia es que existe una ceguera recurrente (Santos 2009, 63). Los límites de lo que se considera saber, lo cierto, lo verdadero, lo confiable están determinados. Lo que se encuentra fuera del límite, no se considera. Las pruebas de superioridad de un saber son el alfabeto, la escritura, la adhesión al cristianismo, la ciencia, el poder estatal, que establecieron un solo régimen de verdad y el "otro" es nombrado, clasificado y despojado de toda racionalidad (Castro Gómez 2010, 192). Para ilustrar estas afirmaciones, Santos utiliza la metáfora del mapa. "Los mapas son un campo estructurado de intencionalidades, una lengua franca que permite la conversación siempre inacabada entre la representación de lo que somos y la orientación de lo que buscamos. La incomplexión estructurada de los mapas es la condición de la creatividad con que nos movemos entre sus puntos fijos. De nada valdría diseñar mapas sino hubiera viajantes para recorrerlos" (Santos 2003, 255).

Cuando tenemos un mapa al frente nuestro, creemos ver plenamente cuando siempre vemos parcialmente. Un mapa es una representación y lo que no vemos es nuestra ceguera. El mapa tiene tres elementos: la escala, la perspectiva y la simbología. La escala es la medida con la que se dibuja las distancias y dimensiones de un espacio. La perspectiva ubica en una superficie objetos que se encuentran a diferentes distancias. La simbología son figuras que representan lugares o significados. En estos tres elementos se distorsiona la realidad. A menos escala, menos objetos aparecen en el mapa; si cambia la perspectiva, también desaparecen unos objetos y aparecen otros; los símbolos visibilizan lo que interesa a quien realiza el mapa. El mapa impone, con todos estos elementos, límites e inmoviliza la imagen de un espacio físico. El mapa, según Santos, es siempre una falacia, arbitraria y vulnerable (2003, 271). Las medidas, las perspectivas, los símbolos y los límites que constan en los mapas son altamente selectivos. El mapa impone una mirada y crea una visión única, crea un sentido común, señala unos caminos a seguir. Al mismo tiempo cancela otras miradas, otras visiones, otros caminos. En la realidad existen otras personas, que no tienen el poder de dibujar los mapas, que tienen sus propias escalas, perspectivas, símbolos y límites. Lo que conciben estas personas y no sabemos es la epistemología de la ceguera. Descifrando la metáfora, "el norte global reduce el mundo a la comprensión que Occidente tiene de él, ignorando o trivializando las experiencias culturales y políticas definitorias de los países del sur global" (Santos 2014, 34). ¿Quién hace el mapa y con qué propósito?

En el cuento de Monterroso, el saber musical tenía que venir de centros académicos de Europa, que diseñan las partituras, escriben las biografías y hacen la historia musical. Un músico guatemalteco, sin título ni prestigio, hace un descubrimiento relevante que puede romper el mito de una sinfonía que sí es conclusa, que no es tan buena como se considera y que posiblemente se inspiró en Guatemala para escribir su obra. El conocimiento desde Guatemala simplemente no estaba dentro de los límites del mapa. Ese conocimiento, como en el cuento cuando rompe y tira las partituras por la borda, tiene que ser descartado. El saber y la ciencia moderna, por eso, como sostiene Santos, son el producto de un *epistemicidio* (2003, 276). Volveremos a los mapas y sus implicaciones cuando tratemos el tema del Yasuní.

Cuando vemos un mapa, un reporte científico, un ensayo académico, una propuesta de política pública, debemos tener conciencia de que ahí está plasmada una forma de ver el mundo y, al mismo tiempo, está ausente otras formas. Es decir, debemos tener conciencia de nuestra ceguera y develar la ceguera de otros. Esto exige una actitud que invita a ser prudentes y a contar con conocimientos y prácticas plurales (Santos 2003, 258). Esta conciencia, actitud y prácticas Santos la llama *sociología de las ausencias*. La premisa de esta aproximación sociológica es que existieron y existen conocimientos y prácticas que no aparecen en los mapas, que no fueron ni son reconocidas, y que por tanto no son reconocidas. "Las alternativas que no llegaron a ocurrir, lidiamos con silencios y aspiraciones impronunciables; alternativas que ocurrieron de hecho, lidiamos con silenciamientos, *epistemicidios* y campañas de demonización, trivialización, marginalización, en suma, campañas de producción de basura" (2003, 278). La consecuencia de la ceguera y de las ausencias con la distorsión, la imaginación reguladora, los cuerpos dóciles y extraños, el otro sobredimensionado y ejerciendo poder legitimado, el mantenimiento de la colonialidad y de la ignorancia (2003, 280). La Colonialidad, según Castro Gómez, fue un mecanismo idóneo para eliminar muchas formas de conocer vigente todavía en las poblaciones nativas y sustituirlas por la racionalidad científica (2010, 16).

Desde la sociología de las ausencias, el punto de partida y de medida es la ignorancia y el punto de llegada es el conocimiento y el desarrollo. El sur global está en la ignorancia y por tanto no puede aportar lo que no tiene, como nuestro organista guatemalteco. El punto de llegada es el saber y el ser hegemónico occidental.

En los fenómenos políticos en los que ha intervenido el pueblo y que en América Latina se ha conocido como "populismos", la visión hegemónica ha interpretado estos hechos como manipulación de las masas, anormalidad o desviación, por lo que "el populismo no sólo ha sido degradado, también ha sido denigrado" (Laclau 2005, 34) y tiene "connotaciones negativas pues evoca imágenes de irracionalidad" (De la Torre 2015, 10). El pueblo, en el norte global, se manifiesta como un colectivo organizado, que tiene un propósito común, una línea temporal, una idea y conciencia de grupo, tienen tradición, costumbre y hábito. En cambio, en el sur global el pueblo actúa como una multitud, que responde a emociones, es presa del pánico, no tiene autoconciencia sino más bien una inteligencia disminuida, que se presta a ser manipulada (Laclau 2003, 72). Los enfoques desde la ceguera reducen y son simples, descontextualizan y mantienen la marginalidad de los actores y sus luchas. El populismo –sin negar que hay tintes autoritarios– es un fenómeno incluyente, que se asienta en la participación popular en la democracia y en la idea de que el poder reside en el pueblo (De la Torre 2015, 11).

La epistemología de la visión y la sociología de la emergencia reconoce los conocimientos ausentes, identifica lo que falta, explica por qué se descarta y desperdicia este conocimiento, encuentra otras soluciones a los problemas, otras realidades y otras posibilidades de un mundo mejor. "Tenemos que recurrir a una forma de conocimientos que no reduzca la realidad a aquello que existe. Realismo que incluya realidades suprimidas, silenciadas o marginadas, tanto como realidades emergentes o imaginadas" (Santos 2003, 282).

En la sociología de la emergencia, el punto de partida es la colonialidad y el punto de llegada es la liberalización y la solidaridad (Santos 2003, 282). Tanto el saber hegemónico como el saber invisible y desechado tienen intrínsecamente grados de ignorancia y tienen saber. Todos los saberes son importantes y aportan siempre que no promuevan la dominación ni justifiquen el dolor y la injusticia.

Al emerger nuevos conocimientos, emergen también nuevos actores que estaban ausentes, fuera del mapa. En esta perspectiva sociológica, encontramos personas y colectividades que son capaces y están deseosas de que su práctica social y sus representaciones sean parte de la constelación de conocimientos (Santos 2003, 285). La epistemología de la visión

hubiese valorado el conocimiento de nuestro organista, un ser marginal hubiese aportado a la biografía de Schubert y a la historia de la música occidental. La sociología de la emergencia hubiese recogido este conocimiento, hubiese roto los límites conocidos y hubiese reconocido los aportes desde el sur global. Sin el viejo organista, sabríamos menos de la música considerada clásica. Los mapas revisarían los límites y las representaciones, que siempre serían provisionales y nunca estáticos, requerirían transescalas, ángulos que desestabilizarían la perspectivas y las jerarquías, nuevos símbolos en otros idiomas y con otras figuras, diferentes capas de tiempo que combinen lo contemporáneo con la tradición, que Santos llama *interintemporalidad* (Santos 2003, 289) y que nosotros desarrollaremos como *modernidad barroca*.

Volviendo a la concepción de pueblo, desde la visión y la emergencia, la gente responde políticamente a múltiples necesidades y demandas insatisfechas que no tienen respuestas institucionales. El pueblo es, pues, un actor histórico (Laclau 2005, 99) y el populismo, en lugar de ser un defecto de la participación política, es una articulación solidaria de reivindicaciones, que crean una identidad popular y constituyen un desafío a la política y al *status quo* (Laclau 2005, 117).

La voz de los ausentes

¿Quiénes han estado presentes y quiénes ausentes? Hemos afirmado que existe un régimen de verdad, una forma de conocimiento, que desperdicia, invisibiliza y destruye otras formas de conocimiento. A los actores que se benefician de ese régimen les llamaremos "élites." Por élite entenderemos al "conjunto de personas que monopolizan el prestigio y el poder en una sociedad" (Fals Borda 1971, 34) y tienen como función preservar las estructuras tradicionales de la sociedad y renovar a los grupos dominantes (Fals Borda 1971, 37). Las "voces" que escuchamos, aprendemos, reproducimos en un sistema hegemónico son las de las élites. Por el contrario, las voces que no escuchamos son de las personas y colectividades que están en los márgenes. Estas personas son las oprimidas, las marginadas, excluidas, víctimas y, en general, las personas que están ontológica (ser) y epistémicamente (conocer) colonizadas o silenciadas (Escobar 2005, 236). Estas personas y colectivos son, en términos numéricos, si consideramos que un porcentaje muy bajo de la población

se beneficia del sistema, la mayoría. Cualquier manifestación distinta a los intereses de las élites, constituyen la voz de los ausentes.

En el extremo de las personas "no escuchadas" y ausentes encontramos a las privadas de la seguridad social y los destinatarios de las políticas criminales, como las personas pobres, mendigas, vagabundas, pequeñas revendedoras de droga, los grafiteros, los indígenas en aislamiento y a los refugiados por pobreza y violencia (Wacquant 1999, 19). En estos extremos, aunque no exclusivamente, que se conocen como pensamientos de frontera, o sea aquel que se lo hace desde distintos espacios y que rompe con el pensamiento hegemónico (Escobar 2005, 76), encontramos saberes, experiencias emancipadoras y también posibilidades: tradiciones, nuevas formas de sociabilidad, pluralidades de poderes y órdenes jurídicos, fluidez de relaciones sociales, invención y creatividad (Santos 2003, 396). Por ejemplo, el vagabundo rompe con la noción tradicional de espacio, propiedad y tiempo; y el refugiado con la noción de territorio nacional, soberanía y ciudadanía (Agamben 2001, 22). Entonces tenemos un pueblo que hace política, los elitistas y los colonizados, y un pueblo excluido de la política (Agamben 2001, 31). Desde la epistemología de la visión y la sociología de la emergencia, la voz de los oprimidos está silenciada y hay que escuchar.

Lo popular en el derecho constitucional

> Las constituciones no son incompatibles con la idea de poder popular. La libertad y los derechos están en los corazones y en las vidas de las personas, no en la constitución ni en las leyes.
> Parker 1994, 114.

El lugar decidido para pasar vacaciones, *Torre di Venere*, era un lugar idílico, pacífico, al que asistía la buena sociedad. Ahora es ya desagradable, maligno, nefasto lleno de personas de segunda categoría: niños chillan, vendedores de todo gritan sus mercancías, música por todo lado, "el gran público" invadió la playa (Mann 1929, 3). La familia, que esperaba cenar en el balcón con vista al mar a la luz de una vela, fue conducida a un lugar marginal del comedor del hotel y con luz ordinaria. El reclamo es inmediato pero no insisten. Aceptan las directrices del mesero. Momentos más tarde, uno de los niños de la familia, tose mientras está

en la mesa. Una señora que se encontraba en la mesa contigua protesta y afirma que el niño puede contagiar al resto. El administrador del lugar media en el problema y decide llamar al médico del hotel. Después de auscultar al niño, el médico afirma que no representa problema alguno. Sin embargo, el administrador pide a la familia cambiar las habitaciones y alojarse en una sección adjunta. El narrador, padre de familia, en señal de protesta, decide abandonar el hotel. El nuevo alojamiento es modesto. La familia no está completamente a gusto "me cuesta acomodarme al roce de ciertos modales humanos –demasiado humanos–, como son el abuso cándido del poder, la injusticia y la corrupción servil" (5). Todo conspiraba contra la familia, hasta el calor excesivo que "resultó verdaderamente africano" (6). El clima no era como en el norte, "ni siquiera en la playa conseguimos encontrarnos a nuestro gusto y sentirnos felices. La playa se encontraba en poder de la clase media, tipo de humanidad desagradable, nos veíamos inevitablemente rodeados de mucha humana mediocridad y tontería" (6). En esos pensamientos estaba enfrascado cuando un niño grita de dolor por haber sido pinchado en el dedo por un cangrejo. La madre, también gritando, pide ayuda. La escena llama la atención de los bañistas. Incluso llega el médico y declaró que la herida es insignificante. La situación le pareció al narrador insoportable y el niño un monstruo exagerado. Los padres le explicaron que la gente estaba en un "estado semejante a la enfermedad" (8). Finalmente, la hija para lavar su traje con arena, se desnudó y corrió a la playa. Esta escena escandalizó la moral pública. La gente se sintió provocada y consideraron que habían cometido una ofensa. Un hombre amenazó con denunciar. La familia escuchó y se "encogieron de hombros reflexivamente" (9). Las autoridades llegaron al lugar, hicieron un juicio sumario e impusieron una multa. Muchas razones habían para marcharse de la playa, pero decidieron, a ruego de los niños, quedarse para asistir a la función del mago Cipola.

Cipola era un ilusionista. Hubo que esperar hasta el inicio de la función. Los adultos estaban disgustados con la presencia "de aquel populachero público" (13). Los niños, en cambio, estaban a gusto e incluso reconocían a algunos personajes que habían conocido en la playa. Entre ellos, Mario, un mesero que les había servido el chocolate. Cipola examinó al público, encendió un cigarrillo, y ordenó que un hombre, aún contra su voluntad, saque la lengua al público. La gente ríe a carcajadas. Cipola hace ejercicios numéricos, hace burlas, ofende. "El público, por menos

en sus elementos populares, parecía encontrar todo ello normal" (21). El lugar y el evento "quedaba muy por debajo de Roma" (22). De pronto, un hombre se para y en voz alta dice "¡Basta de bromas. Todos somos naturales de aquí y no toleramos que la ciudad se denigre ante los forasteros!" Cipola se acerca al hombre, le dice que tiene cólicos y ordena que se retuerza. El hombre se contorsiona del dolor. Seguro de sí, Cipola sigue con sus burlas y fascina con su magia y su poder hipnótico (25). Un hombre intenta demostrar que no puede ser dominado por Cipola. Éste le dice que "una voluntad que pretende libertad absoluta se contradice y cae en el vacío" (27). Le dominó y reconocieron que el mago trabaja bien. Cipola afirmó que "desprenderse de su propio yo, para transformarse en mero instrumento y obedecer, no era más que el reverso de aquella otra de querer y mandar, tal como nación y jefe de Estado" (29). A pesar del descontento, de lo tarde de la noche y de su consideración de que no era bueno para los niños, el narrador no puede salir. Sentía una extraña fascinación y que él, como todos los asistentes, estaban paralizados y sin capacidad de decidir. "Aquella velada se desarrollaba de la misma manera poco agradable, ofensiva y deprimente que toda nuestra estancia en Torre" (33). El público reía y "se hallaba por completo bajo el dominio de aquella personalidad tan segura de sí" (34). Cipola tenía un látigo, que era "el símbolo ofensivo de su dominio" (35). A otra persona le obligó a hacer de banco y se sentó sobre él (36), otro, un marido calmado, gritaba a su mujer por influencia de Cipola (37), y hasta podía hacer bailar a toda la asistencia (38).

Le tocó el turno a Mario, un muchacho bajito, de 20 años, pelo corto, frente ancha, simpático, soñador, servicial (42). Le dijo su nombre a Cipola, y éste dijo que era un nombre "muy corriente" (43). Se burló también de su oficio de camarero y Mario sonreía. Le preguntó si tenía un pesar. No, contestó Mario. Mario hizo ademán de querer escapar y no le permitió. El mago le habla de una mujer que todos conocen y un asistente grita "¡Silvestra!" El mago pretende ser Silvestra y finge cariño. Mario suspira y el mago le ordena "¡Bésame!". Mario se inclina y le besa. "En la sala reinaba un profundo silencio. El instante resultó grotesco, monstruoso y excitante" (46). El mago carcajea, el público ríe y aplaude. Se escuchan dos disparos. El mago cae muerto. "El caos es indescriptible. Se oían gritos llamando a un médico y a la Policía. El público invadió el escenario." Le quitan la pistola a Mario. La familia arrastra a los niños a la salida, mientras éstos se pregunta "¿Era éste el verdadero final?" (47).

Un destacable análisis de esta obra, además pensada desde la lógica del constitucionalismo popular, ha sido hecha por Richard Parker (1994). Parker echa mano del análisis literario y mira los hechos desde dos perspectivas: la del narrador como víctima de una situación injusta y la del narrador como problema.

En la primera perspectiva los valores que se buscan en un lugar de vacaciones son la paz, la tranquilidad, el refugio, lo idílico, lo contemplativo, la atmósfera refinada. Sin embargo, se encuentra masas de gente que gritan, riñen entre sí, están ansiosas. Esta diferencia le agobia al narrador. Lo que le genera angustia, en el fondo, es la "energía" de la gente, que le parece despreciable e incivilizada, sin razón ni orden, emocional, ignorante, agresiva y opresiva. Este ambiente lo encuentra en varios momentos: la cena, en la playa, cuando su hijo tose, cuando un niño es atacado por un cangrejo y cuando la gente hace un escándalo porque su hija se desnuda en la playa para limpiarse la arena. La energía de la gente –según el narrador– genera y alimenta un uso arbitrario del poder. Por eso, lo que sucede en la segunda parte del cuento, la energía de la gente debe ser subyugada. La única forma cómo el narrador puede sentirse seguro es a través del uso de la razón, de las normas claras y de la expresión de la autoridad.

En la segunda perspectiva, que involucra el estatus del narrador, su mirada es el problema. El narrador es pasivo y está absolutamente desconectado de la gente que le rodea. Las diferencias que marca son radicales: él es parte de una élite y superior, el resto es gente ordinaria; él es extraño y el resto es originario y vulgar. El narrador no tiene energía ni voluntad política. Discute pero desiste pronto. No se embarca en una lucha por el poder. Frente a las personas ordinarias, el narrador exige buen servicio y distancia. En la segunda parte del cuento, el narrador se identifica con Cipola cuando domina a la masa y abusa de su poder, y cuando la masa cumple su rol de ser sometida. El narrador no tiene objetivos políticos ni contacto alguno con la gente. No actúa. Se somete a la orden del mesero, del médico, del comisario, de la gente que reclama. No puede siquiera dejar el lugar.

La primera perspectiva corresponde, según Parker, a la cultura jurídica dominante, que es elitista, en la que el problema es la gente y la solución es la autoridad. En la segunda, el problema es la élite y la solución está en la energía popular. La élite se considera a sí misma como superior, refinada y culta y tiene una sensibilidad antipopulista: la gente es emo-

cional, ignorante, confusa, simple, corto de perspectiva, egoísta, voluble, arbitraria, impulsiva, autoritaria, cerrada, conformista, manipulable, ansiosa, resentida, molesta, ruda, temeraria, invasiva, abusiva, moralista; por el contrario, las élites se creen razonables, informadas, clarividentes, complejas, mente amplia, con elevados modales, deliberativa, dialógica, abierta, independiente, crítica, magnánimo, tolerante, considerado, civilizado, prudente, soberbio, justo, cosmopolita, estatistas. La forma de hacer política de la masa no solo que es de baja calidad, no es conveniente sino que también es peligrosa. Dos actitudes frente a la gente: domesticarla, infundiendo valores como la privacidad y la paz, o trascenderla, infundiendo valores de las élites. En el fondo lo que existe en la élite es "miedo". La solución parecería simple: dar la vuelta los valores. Lo positivo es lo popular y lo negativo es lo elitista. Pero "en el corazón de la sensibilidad populista está un rechazo a mirar la energía política como cualidades superiores o inferiores". Lo importante es fomentar la participación activa; en este sentido, la pasividad, la represión, el aislamiento, la inhibición, el conformismo, la sumisión es un problema y amenazan la libertad política. Si esto sucede, la energía popular se valoraría positivamente y la mayoría gobernaría (Parker 1994, 57-63).

Muchos constitucionalistas, académicos, abogados, jueces tenemos sensibilidad antipopulista. Cuando ejercemos poder, favorecemos determinados valores y, sin darnos cuenta, a determinados grupos de interés. La noción de proteger a las minorías y de promover los derechos individuales son una forma de restar importancia a las mayorías. Sin darnos cuenta, asumimos que la mayoría gobierna cuando lo que sucede es que un grupo minoritario ejerce poder, obstruye la energía popular y restringe sus derechos. Lo mismo sucede cuando, en nuestro imaginario, apoyamos el control de constitucionalidad para anular normas expedidas por actores políticos que tienen mayor legitimidad democrática. Los jueces están imbuidos de valores personales y compromisos políticos, razonamientos y metodologías abstractas. Estas actitudes erosionan la capacidad de la gente de ser parte en la creación e interpretación del derecho y que sean meros espectadores; al mismo tiempo amplifican la voz de la academia, los juristas y abogados. Por eso, los jueces no pueden ni deberían representar los valores de la gente común (Parker 1994, 65-72).

¿Por qué tendemos a desarrollar nuestra sensibilidad antipopulista y a desconocer la energía popular? Tres explicaciones. La primera es nuestra

cultura jurídica elitista, resistente al cambio y a la reimaginación. La educación jurídica, como lo demuestra Kennedy y vale también para la educación legal en el sur global, es jerárquica y produce jerarquía, "ofrece una ideología particular que mistifica el razonamiento jurídico, estructura al conjunto de abogados de tal manera que su organización jerárquica parece inevitable y los entrena para que miren, piensen y actúen como todos los demás abogados del sistema (Kennedy 2009, 574). El derecho es considerado como una ciencia, convierte un conflicto social es un asunto intrincado y complejo, y se ha creado la necesidad de comprar servicios legales (Kramer 2004, 163). Deberíamos intentar dar otra mirada a nuestra teoría como se hizo con *Mario y el mago* y damos cuenta de nuestras propias limitaciones y actitudes como juristas. Nuestra sensibilidad elitista, como sostiene Parker, envenena nuestra democracia y nuestra política (Parker 1994, 87). La doctrina que producimos no es solo teoría, produce realidad, hechos: reduce la democracia, fortalece la dominación y excluye a las mayorías. A todo este fenómeno lo podemos llamar "la colonialidad jurídica."

La segunda, consecuencia de la primera, es nuestro *fetichismo crónico* (Parker 1994, 80) a la doctrina canónica desarrollada por juristas respetables pero humanos y falibles al fin (como Alexy, Dworkin, Ferrajoli, a la jurisprudencia constitucional –acá entran fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidas y del Tribunal Constitucional alemán— y la jurisprudencia desarrollada por cortes Europea e interamericana de derechos humanos). Asumimos que hay una respuesta correcta y que la doctrina hegemónica constitucional es superior al resto de interpretaciones: de hecho, las otras interpretaciones no tienen valor jurídico. La constitución no es necesariamente lo que dicen las cortes ni los funcionarios de estado, que muchas veces se equivocan. Por ejemplo, con todo el peso y la tradición jurisprudencial norteamericanas, las cortes han entendido la libertad de expresión de tal forma que han protegido los intereses de empresas y han impedido la regulación al financiamiento de las campañas políticas, beneficiando de este modo a grupos pequeños de poder económico que obtienen poder e influencia política (Tushnet 1999, 130). Por otro lado, el estado ni las cortes han resuelto todas las preguntas ni problemas que, en su aplicación, se derivan de la Constitución y que las personas las resuelven cotidianamente (Tushnet 1999, 7).

Finalmente, las élites y quienes tenemos un pensamiento formado para la jerarquía tenemos *miedo* a lo popular. Se cree que si la gente común

gobernaría, reinaría el caos. Ferrajoli, por ejemplo, sostiene que si no existiera la ley penal y un sistema estatal de justicia reglado, las personas se vengarían y tendrían formas desproporcionadas e irracionales para resolver el conflicto, como las represalias, los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias y los ajustes de cuentas (2005, 333). Las mayorías rara vez gobiernan y, por tanto, no sabemos cómo sería un gobierno que represente a la mayoría del pueblo. Lo cierto es que, históricamente, la mayor parte de la opresión, de las violaciones a los derechos humanos, es obra de las minorías. También, al menos en la historia del constitucionalismo latinoamericano, la organización del poder, el que diseñado y ha hecho funcionar "la sala de máquinas", refleja el pacto liberal-conservador que beneficia a un grupo de poder que gobierna sin control democrático, son estructuras que se acomodan a las desigualdades y en las que "el egoísmo parece ser el combustible de la Constitución" (Gargarella 2014, 361). Desde esta perspectiva, el origen de todo derecho estatal es un privilegio y una prerrogativa (Dérrida 2008, 127).

El problema de fondo que explica estas tres dificultades es la *sensibilidad*, según Parker, que implica supuestos, prejuicios, imaginarios y actitudes en relación a la energía política de las personas comunes y corrientes, que desplazan del protagonismo a la gente. Deberíamos despojarnos de prejuicios, tales como que la mayoría es como una masa de gente peligrosa o que el ejercicio de poder de las mayorías es siempre tiránico. Los atributos de la gente ordinaria siempre están mediados por sesgos, generalizaciones y exageraciones (Parker 1994, 93).

La consecuencia es que en el derecho constitucional prevalecen tres ideas que son cuestionables e inaceptables desde una perspectiva democrática y crítica: la democracia constitucional es opuesta a democracia popular; el derecho constitucional es superior al resto de normas y discusiones políticas; y el derecho constitucional está diseñado para proteger a las minorías de las mayorías (Parker 1994, 3). En consecuencia, desde una perspectiva jurídica, la voz de los pueblos y de la gente no puede ser fuente ni doctrina porque simplemente sería indecible. Como diría Dérrida, "indecible es la experiencia de lo que siendo extranjero, heterogéneo con respecto al orden de lo calculable y de la regla" (Dérrida 2008, 55). Si se pasa la prueba de lo indecible, es decir se permite la voz propia, es escuchada y tiene relevancia jurídica, entonces hay justicia. La marginalidad en el derecho es una violencia presente (Dérrida 2008, 127).

Una verdadera democracia requiere otra perspectiva y se debe aprender y promover seriamente la sensibilidad popular. Ahora bien, ¿qué implica tomar en serio la "energía" y la sensibilidad popular? Varias premisas. La premisa básica del constitucionalismo popular, que nosotros lo llamaremos también del oprimido para incluir a la naturaleza como sujeto, es que los pueblos, *las gentes ordinarias, comunes y corrientes, son sujetos con derechos*, activos, energéticos, y deben participar individual o colectivamente en política y en el estado para animar y estructurar todo el discurso del derecho constitucional (Parker 1994, 5).

El derecho en general y el constitucional en particular deben promover la energía política de la gente y el poder de la mayoría. En consecuencia, si el derecho constitucional limita y regula el poder, y si el poder es de, por y para la mayoría de la gente, podemos identificar tres objetivos del derecho constitucional popular o del oprimido. En primer lugar, aprender, explicar y contribuir a que los derechos y los principios constitucionales sean un instrumento adecuado para resolver problemas cotidianos de la gente (Tushnet 1999, x). El pueblo es el protagonista y el principal creador e intérprete de normas. En segundo lugar, el derecho constitucional debe estar encaminado a restaurar el poder de la gente, para que puedan tener la última palabra los problemas constituciones (Carme 2004, 216). Finalmente, las normas, las interpretaciones, la doctrina y la aplicación deben encaminarse a un proceso de transformación y liberación social (Tushnet 1999, 51). En este sentido, la teoría y las políticas públicas deben evitar, disminuir o impedir las acciones y omisiones que frustran la expansión y expresión de la energía constitucional popular; y encaminarse a ampliar, abrir, permitir el proceso de participación y toma de decisiones (Parker 1994, 100), y esto implica una sociedad y una organización social diferente y mejor.

El constitucionalismo del oprimido, a diferencia del constitucionalismo hegemónico que concentra poder, distribuye ampliamente la responsabilidad de la constitución y no deja en las manos del estado y de las cortes el poder de decir qué es la constitución y cuál es el alcance de los derechos. Desde esta perspectiva, la interpretación judicial no reviste mayor peso normativo por el hecho de ser realizada por los jueces o por los funcionarios públicos. Esto no quiere decir que los jueces y otros funcionarios públicos no tengan competencia para producir normas o interpretar la constitución, sino que es una de las interpretaciones y nunca tienen la última palabra.

La interpretación popular, la que hace la gente cotidianamente y las formas de expresión de los derechos, son formas válidas y respetables de comprender la constitución. La gente, individual y colectivamente, es fuente de derecho. Las interpretaciones tendrán más autoridad en tanto son fruto del sentir colectivo, del debate deliberativo y se encaminan a fortalecer el poder popular y la transformación social. La interpretación popular no es la única ni la mejor interpretación de la Constitución (Tushnet 1999, xi), como tampoco lo es la interpretación judicial, parlamentaria o de alguna agencia del ejecutivo. Atrás de menos de una docena de jueces o varias centenas de parlamentarios, hay millones de personas que cotidianamente ejercen sus derechos y los reclaman. Los parlamentarios pueden tener motivaciones a corto plazo y defender intereses de un grupo, al igual que los jueces y las cortes. Lo cierto es que cuando las decisiones tomadas por el poder, mediante una ley o una sentencia, violan derechos, las personas pueden ignorar lo resuelto por el estado (Tushnet 1999, 33). Por el contrario, el constitucionalismo del oprimido puede defender las actuaciones de los funcionarios públicos, cuando promueven y protegen derechos. No se cuestiona la competencia de los jueces o de los funcionarios estatales, sino su supremacía (Kramer 2004, 208). Existe una interesante discusión sobre quién tiene más legitimidad para interpretar la constitución y en particular las normas abiertas en el estado. La tendencia, desde el constitucionalismo popular, es a considerar que el parlamento tiene mejores condiciones deliberativas, mayores posibilidades de aproximarse a un consenso social y también mayor legitimidad democrática (Ely 1980, 67). A semejantes resultados se puede llegar desde la teoría institucional *post positivista*, según lo ha entendido y desarrollado Neil MacCromick. Para esta teoría, se "da prioridad conceptual al uso de las normas por los seres humanos antes que a su creación por la autoridad" (Bengoetxea 2015, 8). Esta teoría se complementa con el constitucionalismo popular y se enriquece con algunas de sus premisas, como la búsqueda de la justicia, el pluralismo jurídico y el reconocimiento de que el derecho estatal es uno más entre otros derechos, el reconocimiento de la importancia de las emociones y sentimientos (Bengoetxea 2015, 18). La importancia de las normas radica en la creación ejecución y adjudicación de normas, que son reconocidas y se cumplen, sin importar de donde provengan (Bengoetxea 2015, 52/97). En este sentido, los pueblos indígenas en aislamiento tienen sin duda alguna derecho.

La constitución debe ser entendida como un instrumento abierto y dúctil y no como un texto cerrado y rígido. En derecho las normas que establecen *principios*, como son la mayoría de los enunciados de los derechos humanos, son maleables al punto de adaptarse a la realidad, la pluralidad de valores, a la justicia material y a los procesos deliberativos (Zagrebelsky 2002, 14). Los textos abiertos permiten muchas interpretaciones, más desacuerdos y por tanto más participación social. Los textos cerrados y rígidos corresponden a lo que ahora el constitucionalismo distingue como *reglas*. Las reglas suelen se normas expedidas por órganos del poder público (parlamentos o ejecutivos) que tienen por objeto poner orden, regular la conducta de las personas colectivos, restringir y controlar manifestaciones de voluntad popular o mantener la inercia social (Kramer 2004, 29). El estado, además, recurre a retórica y a tecnicismos que hacen incomprensibles las normas y amplían la brecha entre derecho y realidad, estado y pueblo. En cambio los principios promueven derechos, expansión del poder popular y limites al poder estatal. El imperio del derecho está en la gente.

Para el constitucionalismo popular o del oprimido una premisa importante es la consideración de que las normas de la constitución son autoejecutables. Las personas y las colectividades pueden decidir el tiempo, el modo, las circunstancias para ejercer derechos y los poderes que de ellos emanan, lo que no significa que se ejecutan siempre de la mejor manera. Son mejor ejecutadas si es que hay estructuras necesarias para que esto suceda. Pero lo cierto es que no se necesita un juez para saber el alcance de mis derechos ni el control constitucional no es necesariamente la mejor manera de hacerlo. Tushnet demuestra que, aún en los casos en los que se gana judicialmente, no se producen efectos positivos o transformadores en la realidad social. Por ejemplo, el caso *Roe vs. Wade* fue un triunfo en lo declarativo (ideológico) pero fue un fracaso en términos reales (materiales) porque desmovilizó al movimiento social, alertó a los sectores conservadores que se tomaron las cortes y el aborto no fue necesariamente más accesible con la decisión (Tushnet 1999, 135).

El constitucionalismo popular se basa en la idea de que tenemos que participar en crear el derecho constitucional mediante nuestras acciones políticas (Tushnet 1999, 157). Es decir, las acciones políticas pueden tener efectos jurídicos. La participación puede ser dentro de la institucionalidad del estado mediante elecciones o el ejercicio de cargos públicos,

o fuera de la institucionalidad estatal, presentando peticiones, escribiendo hojas volantes, haciendo reuniones públicas, protestando en las calles, marchando, haciendo huelgas, movilizaciones, expresándose en las redes sociales, resistiendo y haciendo la revolución (Kramer 2004, 83). Ely no tiene duda en afirmar que la mejor forma de combatir legislaciones opresivas es a través de comunidades organizadas (1980, 78) y cuando se producen crisis uno debe luchar desde dónde se pueda y cómo se pueda, en la calle o el estrado (Ely 1980, 183). El país pertenece a la gente que vive en él y no a los funcionarios públicos. Tomar en serio el derecho constitucional significa quitar de las manos de los abogados y jueces y ponerlos en los de la gente (Tushnet 1999, 182).

Desde la perspectiva histórica, en el constitucionalismo moderno siempre ha existido la disputa entre constitucionalismo popular, que ha promovido el autogobierno colectivo, y el constitucionalismo tradicional que descansa en el control de élites. En el constitucionalismo latinoamericano fue un proyecto minoritario y fallido desde el inicio (Gargarella 2014, 21), como diría Fals Borda, el *ethos* aristocrático de la colonia persistió en la república y las constituciones fueron ejercicios literarios que expresaron las buenas intenciones de hombres ilustres. "La falta de apoyo popular a esta "democracia" y al movimiento de independencia surgió del acondicionamiento psicológico llevado a cabo en la colonia durante varios siglos por las instituciones políticas y religiosas dominantes" (1971, 22); en cambio, en el constitucionalismo norteamericano el proceso de institucionalización del control de constitucionalidad estatal fue lento, imperceptible y progresivo (Kramer 2004, 107). En el siglo XVIII, según demuestra Parker, era claro que el pueblo era responsable de que el estado funcione. No el gobierno, no los jueces, no los parlamentarios: el pueblo (2004, 24); en el siglo XIX, se seguía teniendo la convicción de que ninguna rama del poder estatal tenía autoridad para determinar el alcance de la constitución sino solo el pueblo (58); en el siglo XX, el pueblo perdió control sobre el estado, la interpretación sobre la constitución y los derechos y se subordinó a las leyes y juicios estatales. Las elecciones en una democracia representativa y el control de constitucionalidad se impusieron al control popular, que antes eran mecanismos secundarios y subsidiarios (80). El pueblo se convirtió en una idea abstracta y la soberanía popular se expresa, ahora, en raros momentos de la historia (8). En suma, se sometió y domesticó mediante el poder del estado bajo el control de las élites el poder popular (168). Sin

embargo, particularmente en épocas de crisis, la gente recurre a las herramientas del constitucionalismo del oprimido: la deliberación pública, la protesta, la resistencia, la crítica, la presión social.

Muchas objeciones se pueden hacer a los postulados del constitucionalismo del oprimido. Se puede afirmar, por ejemplo, que el pueblo al igual que las élites pueden estar, y de hecho lo están, llenos de perjuicios (raciales, patriarcales, antisemitas, xenófobos). También se puede sostener y demostrar que muchas leyes y fallos de las cortes han promovido los derechos, los límites al estado y han ofrecido condiciones para que se manifieste la energía popular, y que lo que se requiere es un balance entre los mecanismos populares e institucionales. Más aún, se puede plantear la objeción de que es imposible interpretar la energía del pueblo y de la naturaleza o la validez de la manifestación de un grupo de gente como representativa del clamor de la gente, y mucho menos comprender la voz de la naturaleza. También se puede decir que es iluso otorgar poder a la gente, que nunca lo ha tenido y que si se intentara, se reproduciría los mecanismos propios de una democracia representativa (Gargarella 2010, 543-546). Muchas de estas objeciones tienen sentido y causan preocupación, en particular cuando uno ha sido formado en los esquemas del constitucionalismo hegemónico, institucional y elitista. Al momento no existe evidencia empírica alguna que demuestre que el control constitucional judicial es el mejor o que el constitucionalismo del oprimido es el peor (Kramer 2004, 241), pero sí existe evidencia de que con el constitucionalismo hegemónico no se ha logrado combatir efectivamente y menos desaparecer la injusticia social ni la desigualdad sistemática que viven nuestras sociedades contemporáneas y globales. El pensar en otra alternativa y desde el oprimido es una de las líneas importantes de la utopía y de este trabajo de reflexión.

En *El proceso* de Kafka encontramos el enigma de las puertas de la justicia. Tratemos de analizar este enigma a la luz del constitucionalismo del oprimido. El cuento lo relata, casi al final de la novela, un sacerdote, capellán de la prisión, cuando K. entra a la iglesia. El cura sabe que el proceso va mal y que así mismo terminará porque "tu culpa, al menos provisionalmente, se considera probada" (Kafka 2002, 128). K. afirma que todos los que participan en su proceso tienen un prejuicio contra él y le reprocha diciendo en voz alta que el sacerdote es un ciego. Entonces el cura se acerca y le cuenta la introducción a la Ley: un hombre de campo

se acerca a la Ley. Pide entrar. El guardián le dice que no. El campesino pregunta si puede hacerlo más tarde. Es posible, le contesta el guardián. El campesino se da cuenta de todas las dificultades, a pesar de su creencia de que la Ley debe ser accesible a todos y en todo momento. El guardián le sugiere esperar el permiso. Se sienta en un taburete que le ofrece el guardián. Pasan días y años. Intenta sobornar al guardia, que acepta todo para evitar que piense que no ha hecho todo lo que podía. El campesino envejece, sabiendo todos los detalles contados por el guardia. Cerca de morir pregunta por qué no ha habido otras personas pidiendo a la Ley entrar. El guardia le dice que esa puerta estaba reservada para él, se va y cierra la puerta (Kafka 2002, 130). Después de la historia, el sacerdote dice que "no se debe tener todo por verdad, sólo se tiene que considerar necesario." K. replica: "Triste opinión. La mentira se eleva a fundamento del orden mundial" (134). Al poco tiempo, llegan dos agentes, constatando que K. nunca vio al juez, y le ejecutan como un perro (139).

Desde el constitucionalismo elitista, la Ley y el Proceso son sólo comprendidos por los expertos. No importa si la persona que busca justicia o el procesado, K. y el campesino, entienden el proceso. El orden tiene que ser respetado. Los guardias, que representan el monopolio de la fuerza, tienen que ejecutar lo dispuesto por la Ley y no tienen que cuestionarse sobre la legitimidad de su función. En la retórica K. y el campesino tienen derecho al acceso a la justicia, pero nunca pueden ejercer el derecho. Ni K. con su derechos reconocidos, ni el campesino que al final se entera que la puerta estaba destinada para él, consiguen la justicia. ¿La justicia y la Ley si no estaban destinadas para K. y el campesino, a quién beneficiaban? Podríamos asumir que a las élites, cuyos designios en toda la novela y en el cuento no llegamos a saber. Se narra la experiencia de marginalidad en relación al ejercicio de poder y dominación de unas élites inaccesibles. Por otro lado, como lo interpreta Agamben, la actitud del campesino es una estrategia complicada y paciente para conseguir que se cierren las puertas de la justicia. El guardia al clausurar la puerta e irse, suspende la vigencia de la Ley y del designio de las élites (2003, 68). En el fondo, el campesino transgrede la Ley y su ejecución. Atravesar la puerta significa someterse y posiblemente hubiese permitido al vigilante hacer cumplir la Ley (78). Algunas conclusiones. La una es que la Ley no fue hecha por K. ni por el campesino. La Ley es incomprensible porque no está hecha para expandir los derechos de K. ni del campesino. K. y el campesino tienen un saber y conciencia de lo que les sucede y sufren la

injusticia. K. es forzado a morir y el campesino resiste. Las víctimas son agentes y no solo meros receptores pasivos.

Veamos dos manifestaciones del constitucionalismo del oprimido y de la tensión con el constitucionalismo hegemónico. La una tiene que ver con una escena en el proceso de elaboración constitucional en Bolivia; la otra con las voces de la gente como fuentes de derecho.

Irma Mamani fue Asambleísta Constituyente, elegida por los Ayllus de Potosí para que les represente. Ella tuvo una discusión con Jaime Hurtado Poveda, abogado prestigioso de Sucre, también Asambleísta, que se desempeñaba como Presidente de la Comisión de derechos, deberes y garantías. Se debatía sobre las autonomías indígenas originarias campesinas. Los consensos parecían imposibles y la Asamblea de Bolivia reflejaba un clima de confrontación. Mamami, al encarar el debate de la descentralización política, reclamó la inclusión de la "autonomía indígena originaria campesina, con nuestros usos y costumbres y nuestra justicia..." Mamani justificó su reivindicación y argumentó que "los indígenas durante siglos hemos vivido abandonados del Estado, esa es nuestra autonomía...ya tenemos autonomía". Hurtado interrumpió a Mamani y le exigió a su colega que citara las fuentes de su propuesta. Éste hizo una exposición de "Escuelas del Derecho" y sus fuentes para luego volver a exigir a Mamani: "Por favor, dígame cuál es su fuente para proponer eso..." Mamani vaciló y luego de un silencio dijo: "mi experiencia, mi vivencia...". Enseguida Hurtado sentenció: "Esa no es una fuente válida." La Comisión de Derechos, Deberes y Garantías no alcanzó consensos en este tema. Finalmente, la Autonomía Indígena fue constitucionalizada después de los acuerdos políticos de octubre de 2009 en el Congreso. Hurtado devino en funcionario de la Alcaldía de Sucre y Mamani retornó a su pueblo en Potosí (Aruquipa 2014).

La voz de Mamani como fuente de derecho no tenía valor alguno para el constitucionalista. La voz indígena se la confronta con la de los doctrinarios del derecho y es inmediatamente invisibilizada: *fetichismo crónico*. El hecho de no ser escuchada en ese momento, sin embargo no significa que no sea representativa. Al poco tiempo su visión y su reivindicación, que representaba a un colectivo más grande, fue plasmada en la Constitución. En el discurso de Hurtado ejemplifica la veneración a las fuentes formales, el elitismo del saber hegemónico y el desprecio a la energía popular.

El 6 de julio de 2011 se celebró la audiencia pública en el caso pueblo indígena kichwa de Sarayaku contra Ecuador (Corte IDH 2012). El caso trata de una comunidad indígena amazónica que subsiste de la agricultura comunitaria, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio ancestral y cuya forma de vida fue interrumpida cuando, en 1996, el estado suscribió un contrato con un consorcio de empresas multinacionales (CGC) para explotar petróleo en territorio Sarayaku. En el año 2002 la CGC comenzó las actividades de exploración sísmica, colocó explosivos, abrió caminos, construyó helipuertos, destruyó fuentes de aguas y alteró lugares de culto. La comunidad impidió el ingreso de la compañía, interrumpió las labores de la empresa y manifestó su voluntad de que se respete su territorio ancestral. El estado nunca consultó ni informó a la comunidad sobre las negociaciones con la empresa. La justicia ecuatoriana no pudo resolver el conflicto y la Corte, en el año 2010, llegó a tener conocimiento de los hechos. Entre otros derechos, la comunidad afirmó que se violó su derecho a la propiedad privada.

El derecho a la propiedad privada ha sido entendido como un derecho individual, excluyente, que implica el derecho a usar, usufructuar y disponer, según los códigos civiles. Uno de los límites de la propiedad privada es que no se extiende al subsuelo que, en la mayoría de legislaciones, se entiende como propiedad estatal[9]. Sin embargo, en el caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adalente Corte IDH) consideró, en contra de la interpretación hegemónica e incluso histórica sobre la propiedad, que el derecho en el caso es colectivo, que la pertenencia se centra en la comunidad, que el uso y goce de los bienes dependen de la cultura, los usos, costumbres y creencias de cada pueblo (y no de la ley) (Corte IDH 2012, párr. 145). También la Corte sostuvo que existe una conexión intrínseca de los miembros de la comunidad con la tierra, que su protección garantiza su supervivencia, que la identidad cultural debe estar protegida bajo el derecho a la propiedad (2012, párr. 146), afirma que existe un "profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que la comunidad mantiene con su territorio (2012, párr. 149). ¿Cuál es la fuente de la Corte para llegar a una conclusión de esta naturaleza? Ciertamente

9 Constitución del Ecuador, artículo 1, último inciso: "Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible"; artículo 313: "El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar... los recursos naturales"; artículo 317: "los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado."

no es la propia Convención, tampoco los instrumentos internacionales de derechos humanos, no lo es la Constitución, no son los grandes tratadistas del derecho de los indígenas, no son resoluciones de los órganos del sistema de Naciones Unidas ni las agencias públicas estatales. La fuente del derecho es la voz de la gente.

> Don Sabino Gualinga, Yachak del pueblo indígena Sarayaku, afirmó:
>
> En el subsuelo, *ucupacha*, igual que aquí, habita gente. Hay pueblos bonitos que están allá abajo, hay árboles, lagunas y montañas. Algunas veces se escuchan puertas cerrarse en las montañas, esa es la presencia de los hombres que habitan ahí... El *caipacha* es donde vivimos. En el *jahuapacha* vive el poderoso, antiguo sabio. Ahí todo es plano, es hermoso... No sé cuantos *pachas* hay arriba, donde están las nubes es un *pacha*, donde está la luna y las estrellas es otro *pacha*, más arriba de eso hay otro *pacha* donde hay unos caminos hechos de oro, después está otro *pacha* donde he llegado que es un planeta de flores donde vi un hermoso picaflor que estaba tomando la miel de las flores. Hasta ahí he llegado, no he podido ir más allá. Todos los antiguos sabios han estudiado para tratar de llegar al *jahuapacha*. Conocemos que hay el dios ahí, pero no hemos llegado hasta allá (Corte IDH 2012, párr.150).
>
> En un sitio que se llama Pingullo, ahí existía con sus árboles ahí estaba tejido como hilos la forma en que él podía curar, cuando derrumbaron este árbol de Lispungo le causaron mucha tristeza. Cuando derrumbaron ese árbol grande de Lispungo que él tenía como hilos se entristeció muchísimo y murió su esposa y después murió él, también murió un hijo, después el otro hijo y ahora solo quedan dos hijas mujeres. (Corte IDH 2012, 68).
>
> En ese sector ya se fueron la mitad de los amos que preservaban el ecosistema. Ellos son los que sostienen la selva, el bosque. Si se destruye también se derrumban las montañas. Nosotros vivimos en la cuenca del Bobonaza y eso se afecta totalmente. Todos los que quieren hacer daño no saben lo que están haciendo. Nosotros sí lo sabemos porque nosotros vemos eso (Corte IDH 2012, párr. 218).

Esta voz de este Yachak, no fue despreciada por la Corte IDH y fue, sin duda, una fuente fundamental para resolver el caso y dar contenido al

artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta es una muestra de la posibilidad y de la vitalidad del constitucionalismo del oprimido.

Pongamos un par de voces más de personas que pueden ayudar a comprender el significado de los derechos. "La tierra tiene que ser bien común. Por más que un rico esté en un edificio a 500 metros de la tierra está asentado en la tierra. La tierra no tiene que ser un asunto de negocio. No puede ser una cuestión de comprar y vender. Se ha convertido en un negocio... las mujeres quedamos con animalitos, limpiamos la hierba, ayudamos en siembre y cosecha", expresa una mujer indígena (Yépez 2012, 31′). La mujer puede ser fuente de derecho, si su voz fue recogida por un asambleísta, y también puede llenar de contenido a los derechos de la naturaleza (Art. 71 de la Constitución) y al derecho al cuidado como trabajo y a quienes lo hacen como actores sociales productivos (Art. 325).

> La autonomía es producir nuestro propio alimento y no depender mucho del mercado. Porque cuando dependes del mercado entras en el juego de ellos, y venden al precio que quieren, te manipulan, incluso las semillas. Y esta es nuestra chacra, nuestra autonomía y hacer prevalecer los conocimientos ancestrales. El solo hecho de cuidar esta selva es una inversión a largo plazo, no solo para los pueblos indígenas sino para los estados. Esto implica que mientras más cuidemos, vamos a dejar a las futuras generaciones un ambiente sano, muchos recursos porque si no las generaciones futuras nos acusarían de haber negociado con el estado o con las empresas. Utilidad pública para nosotros es cuando mi pueblo coge agua, respira aire puro, coge leña, pesca, hace cacería, cultiva. Lo que intentamos es interpretar las leyes desde nuestra visión. El Estado somos nosotros. No el ciudadano desde el punto de vista de Europa, sino el ciudadano desde la diversidad (Yépez 2012, 54′).

Esta afirmación nos da luces sobre lo que la constitución ecuatoriana llama "soberanía alimentaria" (Art. 15), el sentido del medio ambiente sano (Art. 14), la responsabilidad de respetar los derechos de la naturaleza y preservar un ambiente sano (Art. 83.6) y cuando sostiene que interpreta las leyes desde "nuestra visión" está topando el corazón del constitucionalismo del oprimido y del derecho que tiene la gente para definir sus derechos (Art. 11.7) y también sus garantías (Art. 98). Es decir, desde

las voces de los pueblos y de las personas y colectividades podemos dar contenido a los derechos e interpretar la constitución.

El constitucionalismo del oprimido, en suma, es la forma cómo se materializa la sociología de las ausencias y de las emergencias que propone el profesor Santos.

BIBLIOGRAFÍA

Aganbem Giorgio. *Homo Sacer* (2003), *El poder soberano y la nuda vida.* Valencia: Pre-Textos.

Agamben, Giorgio (2001), *Medios sin fin. Notas sobre la política.* Valencia: Pre-Textos.

Aruquipa Zenteno, José Antonio, Asambleísta constituyente de Bolivia. Testimonio. La Paz-Bolivia. 19 de marzo de 2014.

Ávila Santamaría, Ramiro (2012), *"Cultura jurídica y enseñanza del derecho"*. En Ramiro Avila Santamaría. Los derechos y las garantías. Ensayos críticos. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.

Bengoetxea, Joxerramon (2015), *Neil MacCormick. La razón práctica institucional.* San Sebastián: Universidad del País Vasco.

Castro-Gómez, Santiago (2010), *La Hybris del Punto Cero. Ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada.* Bogotá: Pensar-Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Castro-Gómez, Santiago (2011), *Crítica de la razón latinoamericana.* Bogotá: Pensar-Pontificia Universidad Javeriana.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de fondo y reparaciones.* San José, 27 de junio de 2012.

De la Torre Espinosa, Carlos (2015), *De Velasco a Correa. Insurrecciones, populismos y elecciones en Ecuador, 1944-2013.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador.

Dérrida Jacques (2008), *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad.* Madrid: Editorial Tecnos.

Dussell, Enrique (2012), *Pensar el mundo desde la Filosofía de la liberación.* México: UNAM. En http://www.youtube.com/watch?v=ZJ-goZKAe4rg

Echeverría, Bolívar (2010), *Valor de uso y utopía.* México: Siglo XXI.

Ely, John Hart (1980), *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review.* Cambridge: Harvard University Press.

Escobar, Arturo (2005), *Más allá del Tercer Mundo. Globalización y Diferencia.* Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Universidad del Cauca.

Fals Borda, Orlando (1971), *Las revoluciones inconclusas en américa latina 1809-1968.* México: Siglo XXI.

Ferrajoli, Luigi (2001), *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta.

Gargarella, Roberto (2014), *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010).* Buenos Aires: Katz Editores.

Gargarella, Roberto (2010), *"Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El "constitucionalismo popular" frente a la teoría de Nino"*, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores). *El canon neoconstitucional.* Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

Kafka, Franz (2002), *El proceso.* Librodot.com.

Kelsen, Hans (2004), *Teoría pura del derecho.* Buenos Aires: Eudeba.

Kennedy, Duncan (2009), "La educación legal como preparación para la jerarquía", en Christian Courtis (compilador). *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho.* Buenos Aires: Eudeba.

Kramer, Larry (2004), *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review.* New York: Oxford University Press.

Laclau, Ernesto (2005), *La razón populista.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Mann, Thomas (1929), *Mario y el mago.*

Monterroso, Augusto (1998), "Sinfonía concluida." *Obras completas (y otros cuentos).* Barcelona: Anagrama.

Mora, María del Pilar (2012), *Desde la filosofía latinoamericana hacia un proyecto descolonizador.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador/ Corporación Editora Nacional.

Noguera, Alberto (2012), *Utopía y poder constituyente. Los ciudadanos ante los tres monismos del Estado neoliberal.* Madrid: Ediciones sequitur.

ONU Mujeres (2013), *Un objetivo transformador e independiente para lograr la igualdad de género, los derechos y el empoderamiento de las mujeres: imperativos y componentes claves.* EEUU: ONU Mujeres.

Parker, Richard (1994), *"Here, the People Rule" A Constitutional Populist Manifesto.* Cambridge: Harvard University Press.

Quijano, Aníbal (1982), *Introducción a Mariátegui.* México DF: Serie Popular Era.

Santos, Boaventura de Sousa (2014), Der*echos humanos, democracia y desarrollo.* Bogotá: Dejusticia.

Santos, Boaventura de Sousa (2009), *Una epistemología del sur: la reinvención del conocimiento y la emancipación social.* México: Siglo XXI.

Santos, Boaventura de Sousa Santos (2003), *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia.* Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer.

Tushnet, Mark (1999), *Taking the Constitution away from the Courts.* New Jersey: Princeton University Press.

Wacquant, Loïc (1999), *Les prisons de la misère.* Paris: Éditions Raisons D´agir.

Wolkmer, Antonio Carlos (2012), *Teoría jurídica crítica desde América Latina.* México.

Wolkmer, Antonio Carlos. *"Una visión de la cultura crítica en América Latina"*. En Revista Foro. Quito: UASB, 2012b.

Yépez, Pepe (2012), *Nariz del Diablo. Documental sobre proceso constituyente.* Guayaquil: Ministerio de Cultura del Ecuador, Consejo Nacional de Cinematografía. En https://vimeo.com/92992561

Zagrebelsky, Gustavo (2002), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Madrid: Trotta.

ALTERNABILIDAD, DEMOCRACIA Y REELECCIÓN INDEFINIDA EN EL ECUADOR

Juan Sebastián Segovia Miño[1]

Resumen: *El presente trabajo tratará en primer lugar una aproximación conceptual a la democracia; la democracia en el Estado ecuatoriano históricamente presidencialista; el principio de alternabilidad y la figura de la reelección presidencial en las Constituciones del Ecuador. Finalmente se revisará el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional sobre la propuesta de enmiendas constitucionales para introducir la figura de la reelección indefinida y sus implicaciones jurídico-políticas respecto a la alternabilidad y democracia.*

1. Aproximación conceptual a la democracia

Reducir el Derecho a únicamente la ley es un error. El Derecho no es norma y sólo norma como afirmaría en su Teoría Pura del Derecho el célebre jurista Hans Kelsen. (Kelsen, 1934) El derecho concebido como el conjunto de leyes, normas y principios que regulan una sociedad no puede ser una abstracción autónoma e independiente de los hechos sociales y del contexto social, económico, político o cultural en que se desarrolla; la potencialización de la Ciencia Jurídica reside en la capacidad de nutrirla de otras áreas del conocimiento para el estudio de un sinfín de conceptos e instituciones desde un enfoque integral y multidisciplinario que trascienda la mera literalidad de la norma. Antes de tratar la alternabilidad es imprescindible mencionar rápidamente el concepto que la precede: la *democracia*. Abordar la palabra democracia implica reconocer a priori que es connatural a su naturaleza, la existencia de diversos

---

1 Bachiller en Ciencias Sociales por el Colegio San Gabriel de Quito. Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Presidente de la Comisión Académica del Movimiento Integración Universitaria por la Restauración Estudiantil (2014). Presidente del Movimiento IURE. Miembro de la Comisión Jurídica de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica del Ecuador (FEUCE-Q) y Coordinador del programa de voluntariado "Consultas Jurídicas Gratuitas en Barrios Urbano-Marginales de la Ciudad de Quito" del Voluntariado Universitario Ignaciano de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (2015). Presidente de la Asociación Escuela de Derecho para el periodo (2016).

usos e interpretaciones puesto que es una palabra polisémica; es decir, que tiene varias acepciones o significados, incluso dependiendo del área del conocimiento que la aborda. Un concepto será indefinido mientras no tenga límites. (Sartori, 1965) Comenzaré pues, por delimitar el marco a partir del cual esta se entenderá en el presente artículo.

El origen de la palabra democracia se remonta al siglo V. a.C. Desde entonces innumerables páginas se han escrito sobre ella. Etimológicamente, "democracia" proviene de los vocablos griegos: "demos" que significa "el pueblo" y "kratos" que significa "gobierno o autoridad".

De ahí que el significado original de la palabra fuera "gobierno del pueblo". (Kendall, 1957). La polis griega era una comunidad relativamente pequeña que adoptó a la democracia directa y no representativa como forma de gobierno. La democracia directa en la polis griega permitía el ejercicio del poder a cada uno de sus ciudadanos, con derecho a voz y voto mediante la comparecencia a grandes Asambleas en las cuales se adoptaban todas las decisiones políticas de la polis. Con el paso del tiempo, mientras más grande era la población de las ciudades griegas que estaban en un constante crecimiento demográfico, mayor era la dificultad para que exista un auténtico ejercicio de la democracia directa.

Hoy la democracia directa al estilo de la polis griega es improcedente; sin embargo, es figura que consta en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Constitución de la República que establece ciertos mecanismos de participación ciudadana directa como la iniciativa para un proyecto de ley y las propuestas ciudadanas de reforma constitucional en el Artículo 103 de la Constitución [2]; y las solicitudes ciudadanas de consulta popular

2 La iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa. Deberá contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente. Quienes propongan la iniciativa popular participarán, mediante representantes, en el debate del proyecto en el órgano correspondiente, que tendrá un plazo de ciento ochenta días para tratar la propuesta; si no lo hace, la propuesta entrará en vigencia. Cuando se trate de un proyecto de ley, la Presidenta o Presidente de la República podrá enmendar el proyecto pero no vetarlo totalmente. Para la presentación de propuestas de reforma constitucional se requerirá el respaldo de un número no inferior al uno por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. En el caso de que la Función Legislativa no trate la propuesta en el plazo de un año, los proponentes podrán solicitar al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular, sin necesidad de presentar el ocho por ciento de respaldo de los inscritos en el registro electoral. Mientras se tramite una propuesta ciudadana de reforma constitucional no podrá presentarse otra.

en el Artículo 104[3] que además fue ampliamente debatido, y finalmente, reformado de como parte de las propuestas de enmienda constitucional presentadas ante la Corte Constitucional, misma que, en efecto, restringió la aplicabilidad de propuesta de consulta popular ciudadana sobre cualquier asunto. El Artículo 1 de las enmiendas constitucionales restringe la posibilidad de iniciativa de consulta "sobre cualquier asunto", como se verá más adelante.

Otro de los mecanismos de participación directa que se encuentra en el Artículo 105[4] de la Constitución, es la revocatoria del mandato a las autoridades de elección popular que pueden hacer los ciudadanos en goce de sus derechos políticos, con plena capacidad legal de adquirir derechos y contraer obligaciones. (Constituyente, 2008).

Por las condiciones antes descritas, hoy predomina la democracia representativa. La democracia representativa es una forma de gobierno en la cual el pueblo –o soberano en términos rousseaunianos– ejerce el poder a través de representantes elegidos en elecciones populares mediante el

3 El organismo electoral correspondiente convocará a consulta popular por disposición de la Presidenta o Presidente de la República, de la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados o de la iniciativa ciudadana. La Presidenta o Presidente de la República dispondrá al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular sobre los asuntos que estime convenientes. Los gobiernos autónomos descentralizados, con la decisión de las tres cuartas partes de sus integrantes, podrán solicitar la convocatoria a consulta popular sobre temas de interés para su jurisdicción. La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto. Cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio contará con el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral; cuando sea de carácter local el respaldo será de un número no inferior al diez por ciento del correspondiente registro electoral. Cuando la consulta sea solicitada por ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, para asuntos de su interés y relacionados con el Estado ecuatoriano, requerirá el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la circunscripción especial. Las consultas populares que soliciten los gobiernos autónomos descentralizados o la ciudadanía no podrán referirse a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país, salvo lo dispuesto en la Constitución. En todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas.

4 Las personas en goce de los derechos políticos podrán revocar el mandato a las autoridades de elección popular. La solicitud de revocatoria del mandato podrá presentarse una vez cumplido el primero y antes del último año del periodo para el que fue electa la autoridad cuestionada. Durante el periodo de gestión de una autoridad podrá realizarse sólo un proceso de revocatoria del mandato. La solicitud de revocatoria deberá respaldarse por un número no inferior al diez por ciento de personas inscritas en el registro electoral correspondiente. Para el caso de la Presidenta o Presidente de la República se requerirá el respaldo de un número no inferior al quince por ciento de inscritos en el registro electoral.

sufragio. El poder se divide en Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Se transforma la figura del Monarca Absolutista en la de Presidente, la soberanía popular se impone a la voluntad del Monarca. (Bascuñán, 1998). El artículo 95 de la Constitución del Ecuador establece:

> *Art. 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.*

Este es el principio rector de la participación ciudadana en el marco de una democracia mixta, tanto representativa como directa, además del reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos y nacionalidades organizados de forma comunitaria. Esta norma, ¿es eficaz?[5]

2. La democracia en un Estado ecuatoriano históricamente presidencialista

Una vez que se ha establecido el marco referencial respecto a la democracia, nos ocupa ahora la revisión de dos conceptos: el Estado de Derecho y el presidencialismo en el Ecuador. El "Estado de Derecho" entendido formalmente, es aquel que actúa y regula la vida de los ciudadanos conforme al ordenamiento jurídico cuya principal norma es la Constitución; es entendido materialmente a través de la Constitución de la República del Ecuador que lo define en su artículo 1 como: "un Estado

5 La Asamblea Constituyente del 2007 y 2008 plantea la necesidad de ampliar progresivamente los derechos de participación política ciudadana y crear mecanismos para su efectivo ejercicio, así como el reconocimiento de la plurinacionalidad, incluyendo a pueblos y nacionalidades, constituyendo la consulta previa, libre e informada un mecanismo de participación ciudadana particularmente desarrollado para posible actividad productiva y extractiva en zonas de riesgo o en reservas naturales.

constitucional de derechos y justicia"[6]. La democracia, entonces, está asociada de manera sustancial con el Estado de Derecho puesto que el poder público debe ejercerse en el marco de la legalidad, de la legitimidad y de la responsabilidad, excluyendo la arbitrariedad y el uso de la violencia. El derecho cumple un papel protagónico al regular el ejercicio del poder del Estado.

La democracia, a su vez, no puede ser plenamente concebida, si no está presente la participación ciudadana como una de sus dimensiones principales, en razón de que es el único sistema en el cual el poder se justifica y se legitima porque proviene de la voluntad del ciudadano. Esta dimensión de la participación[7], ha sido asumida históricamente, reduciendo el rol de los ciudadanos al de meros electores. Hacerlo, ha significado ritualizar el derecho al sufragio en un acto insulso que se repite cada cierto tiempo, dependiendo del orden constitucional. (Vintimilla, 2007).

Recanséns Siches sostiene que los tipos de necesidades que el Derecho trata de satisfacer son cuatro: primero, la resolución de los conflictos de intereses; segundo, la organización del poder político, en razón de que el Derecho le da al poder del Estado su título de organización; tercero, legitimación del poder político en la medida que el Derecho organiza al estado bajo criterios democráticos y de justicia; cuarto la limitación del poder político. (Siches, 1986) El derecho positivo tiene un carácter dogmático.

El tratadista Elías Días establece cuatro características generales para que exista un Estado de Derecho: primero, el imperio de la ley que es la expresión de la voluntad general; segundo, la división de poderes; tercero, la fiscalización de la administración y cuarto el respeto a los derechos y libertades fundamentales. (Díaz, 2000).

---

6 El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

7 La participación ciudadana como dimensión jurídico-política de la democracia, es a su vez una conquista histórica. Es preciso diferenciar la participación ciudadana en teoría y en su ejercicio práctico.

Las naciones Iberoamericanas adoptaron desde su origen como República, el sistema presidencialista con sus características propias inspirado en la Constitución de Estados Unidos de 1787, mismo que se ve plasmado en las Constituciones del Ecuador. El presidencialismo latinoamericano es producto, por un lado, de la influencia de la Revolución Francesa y por otro de la influencia de la independencia de los Estados Unidos. (Lambert, 1964).

Sartori sostiene que en el régimen presidencialista la figura del presidente ejerce una doble función: es Jefe de Estado y representa formalmente a su país ante la comunidad internacional; además, es Jefe de Gobierno, elegido popularmente a través del sufragio –no designado por parlamento alguno– y ostenta la titularidad del poder ejecutivo.

El presidencialismo implica una estricta separación de las funciones del Estado, clásicamente dividida en Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial[8] mas no implica un fortalecimiento constitucional de la figura del presidente de la República por encima o en desmedro de las otras funciones del Estado (Sartori, 1997).

La inestabilidad democrática como característica distintiva del Ecuador durante el siglo XX encuentra –paradójicamente– una de sus expresiones más recientes a partir de 1978, período denominado por los historiadores como el "Retorno a la Democracia". Desde 1978 hasta el 2008 hubo: 12 Presidentes de la República, 3 Golpes de Estado, 3 Constituciones y 30 Huelgas Nacionales; todo esto en apenas 30 años. Esta es sin lugar a dudas una clara muestra de la crisis del sistema democrático en el sistema presidencialista ecuatoriano de las últimas décadas. (Mora, 2008).

Finalmente, cabe mencionar una de las últimas teorías surgidas que desarrollan el presidencialismo: el hiperpresidencialismo. Jonathan de Caro citando a Julio Echeverría, sostiene que el hiperpresidencialismo es una concentración extraordinaria del poder en la figura presidencial que está

8 Nuestra Constitución vigente ha fortalecido eminentemente la influencia del Ejecutivo en las demás funciones del Estado y el poder político del Presidente de la República. La Función de Transparencia y Control Social y la Función Electoral, por la forma en que se integran sus órganos y dependencias, responde a nombramientos con matices políticos. En la Función Judicial, sería preciso establecer un sistema de indicadores y cuantificar el contenido ideológico de sus actuaciones, o en la Corte Constitucional, lo cual constituiría materia de otro trabajo.

dotada de todo el sistema constitucional e incluso de una mayoría en la Función Legislativa, creando condiciones peligrosas para la estabilidad del sistema democrático y desequilibrando, además, los pesos y contrapesos, beneficiando al Ejecutivo. Se plasma a través de un vasto control político. Esta forma de gobierno tiene como característica la capacidad de controlar los demás poderes del Estado y así retirar facultades propias de cada uno de esos poderes sometidos a la voluntad del presidente. El líder elegido se ve revestido de un poder significativo, que incluso le pone en posición de impugnar la institucionalidad que le permitió en su momento, acceder al poder a la cual luego la transforma a su favor. (Caro, 2014).

3. El principio de alternabilidad y la figura de la reelección presidencial en las Constituciones del Ecuador

Una vez que se ha definido con antelación el concepto de democracia, su relación con el Estado de Derecho y el presidencialismo, es conveniente tratar el principio de alternabilidad o alternancia del Poder Ejecutivo. La alternabilidad democrática es un principio constitucionalmente establecido que garantiza la rotación de los actores políticos en el poder, la existencia de procesos electorales periódicos y libres, donde los contendores poseen una opción real de acceso al poder. Esta rotación en el poder sólo es posible con norma expresa de manera que ante ausencia normativa, el cuerpo electoral elige al representante. El principio de alternabilidad es un concepto doctrinario propio de los sistemas o regímenes republicanos, implica la posibilidad real y efectiva de que los cargos públicos se ocupen temporalmente conforme a los períodos previamente en la Constitución o en la ley. Esto es, la renovación periódica de los puestos públicos por medio de elecciones libres, de donde resaltan los elementos de legitimidad y control político, al ser requerida la participación de la ciudadanía en su totalidad. Por ello la alternancia en el poder requiere un régimen democrático que permita la competencia real y equitativa de los partidos políticos en igualdad de oportunidades, de donde no pueda privilegiarse ningún sector, grupo o candidato. El principio de alternancia en el poder presupone la existencia de procesos de elecciones libres y pluripartidistas. (Resolución Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2003).

Por otro lado, la figura de reelección presidencial fue una institución defendida por el tratadista Alexander Hamilton. Él consideró que la re-

elección era necesaria para que el pueblo pueda prolongar el mandato presidencial y que implica aprovechar las cualidades de un individuo. (Hamilton, 1994). En el debate sobre la reelección en América Latina, los argumentos que se imponen son aquellos relacionados con enfoques de poder, de proyección personal o partidista de quienes promueven la idea de permitir la reelección.

No es casual que los presidentes en ejercicio de sus funciones manifiesten su postura a favor de la reelección, independientemente de su tendencia o ideología política, mientras que la oposición defienda la no-reelección, apoyado por intelectuales y gran parte de la opinión pública que implícitamente dan por entender que la función de las instituciones democráticas es impedir que el poder ejecutivo se perpetúe en el poder. (Nohlen, 2004). Sartori decía sobre la reelección presidencial que el principal razonamiento en contra de esta es que puede llegar a facilitar el surgimiento de dictaduras y totalitarismos. Otro argumento en contra de la reelección es que los presidentes que se puedan suceder a sí mismos terminan su período haciendo campaña para su reelección, ocasionando un clima de desigualdad respecto a los demás candidatos. (Sartori, 1997). Existe una clasificación de reelecciones, la reelección indefinida y la prohibición absoluta de reelección. Luego está la reelección inmediata por una sola vez, que puede ser abierta o cerrada: abierta cuando el mandatario reelecto puede ser candidato transcurrido cierto tiempo y cerrada cuando no puede volver a ser candidato nunca más. La reelección no inmediata permite que la persona pueda volver a ostentar el cargo de presidente en el futuro, es decir después de uno o más periodos de gobierno. La prohibición absoluta se relacionó con el intento de evitar la personalización del régimen político y el probable abuso de poder. Limitación del poder presidencial y alternancia de los liderazgos fueron los motivos que fundamentaron la prohibición absoluta de reelección.

La reelección ilimitada o indefinida es un factor crucial de reforzamiento del poder presidencial y pone en riesgo el propio carácter democrático y republicano del régimen político, riesgo que está más cercano del autoritarismo y que se acentúa cuando existe hiperpresidencialismo y un caudillo con un estilo populista. (Serrafero, 2010).

Tras haber realizado una minuciosa revisión de la alternabilidad y la reelección presidencial en las veinte Constituciones promulgadas durante la

historia republicana del Ecuador, he llegado a ciertas puntualizaciones. Con respecto a la alternabilidad, este es un principio que ha sido incluido en los primeros artículos de todas las Constituciones del Ecuador –que lo definen como un estado alternativo– a excepción de una: la Constitución del 2008, cuyo poder constituyente de Montecristi, no lo incluyó expresamente. Poco osado sería, inferir que esta omisión –no fundamentada jurídicamente– subyace a algún interés político coyuntural.

Con respecto a la tendencia en lo que se refiere a la reelección presidencial, el período presidencial varía entre 4 y 8 años; sin embargo, existe una constante: desde 1830 (primera constitución) hasta 1967 (decimoséptima constitución) existe la figura de la reelección no inmediata; es decir, que la misma persona que ostentó el cargo de presidente puede volver a presentarse como candidato a una elección pero de manera no inmediata, con intervalos de uno a dos períodos presidenciales. La Constitución de 1978 prohíbe totalmente la reelección y establece que el Presidente de la República no puede ser reelegido. En 1998, se omite la figura de la reelección presidencial. La Constitución del 2008 reestablece la figura de la reelección presidencial que en este caso es inmediata y podrá darse por una sola vez.

4. Dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional sobre la propuesta de enmiendas constitucionales para introducir la figura de la reelección indefinida y sus implicaciones jurídico-políticas respecto a la alternabilidad y democracia

Para reformar la Constitución del Ecuador se puede optar por tres procedimientos: la enmienda constitucional, reforma parcial y asamblea constituyente que están previstos en sus artículos 441, 442 y 444 respectivamente. La enmienda constitucional se distingue de la reforma parcial por los requisitos que el constituyente estableció: no alterar la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado, no restringir derechos y garantías y que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución (Art. 441). La reforma parcial no debe restringir derechos y garantías ni modificar el procedimiento de reforma a la Constitución (Art. 442). Todo lo demás se deberá tramitar a través de una asamblea constituyente (Art.444). (Constituyente, 2008). La en-

mienda constitucional que, en su momento, fue el criterio establecido por la Corte Constitucional para 15 de las 16 propuestas de reforma a la Constitución concebía dos caminos: el primero: un referéndum solicitado por el Presidente de la República o por la ciudadanía con el respaldo del ocho por ciento de inscritos en el padrón electoral o el segundo: la iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. Una de las más grandes críticas que se han planteado a este proceso de reforma está en la resistencia a una consulta popular; no obstante, como se indica anteriormente la reforma por vía parlamentaria es completamente válida y constitucional. De ahí que al rehuir a la posibilidad de una consulta, se actuó dentro de legalidad y nos encontramos frente a la discrecional argumentación del concepto de legitimidad democrática: o bien en el contexto de derechos de participación ciudadana adquiridos, o bien en el contexto de un parlamento integrado por una histórica mayoría legislativa, democráticamente electa en ejercicio de sus funciones constitucional y legalmente establecidas.

Los argumentos de los asambleístas a favor de la reelección indefinida son: "garantizar el derecho de los ciudadanos y ciudadanas a elegir a sus representantes y no discriminar a las personas que desean reelegirse para un cargo público; se pretende eliminar cualquier restricción o limitación para la reelección de los dignatarios de elección popular incluyendo al presidente de la República". (Dictamen No. 001-14-DRC-CC, 2014). La legitimidad de este acto de gobierno posee una doble dimensión: la legitimidad formal y material; la formal implica el proceder del gobierno de acuerdo a la Constitución y al ordenamiento jurídico mientras que la material es aquel reconocimiento y consenso del pueblo en aprobación del acto de gobierno. Nos encontramos frente a una legitimidad formal poco cuestionable porque, como se mencionó anteriormente, el proceso de reforma no vulnera la Constitución ni la ley; más si menoscaba los derechos de participación ciudadana y vulnera la democracia, más allá de la dificultad de contar con el 8% del padrón electoral en caso de la iniciativa a consulta popular.

Nos encontramos frente a una Constitución aprobada mediante referéndum y a aquel viejo principio con no poca frecuencia repetido en las clases de Introducción al Derecho: "*en derecho las cosas se deshacen tal como se hacen*". Valga acotar que en el referéndum del 9 de mayo del 2011, se mezclaron reformas al sistema de justicia, corridas de toros y juegos de azar.

Es cuestionable –pero no sorpresiva– la vía escogida para la reforma y la falta de argumentación jurídica y motivación de una Corte Constitucional sometida a la voluntad política del poder. Al ser un escenario de poca fragmentación partidista, y debido a los mecanismos de designación de los Jueces de la Corte Constitucional, se evidencia la falta de criterios y estrategias de sus integrantes al momento de resolver los casos a ellos encomendados, en que lejos de sus preferencias ideológicas, reflejan en sus decisiones un posicionamiento en función de la voluntad política del régimen. (Serrano, 2011). Resulta contradictorio que en un tema con semejante trascendencia para la democracia del país como es la reelección indefinida se opte discrecionalmente por proponerla a través de la Asamblea Nacional, en donde el gobierno tiene una considerable mayoría y que simultáneamente se ignora la otra vía: un referéndum cuya iniciativa corresponde al Presidente de la República. Si bien la aprobación de la reelección indefinida no garantiza ningún triunfo electoral, le otorga a la persona en cuestión, la capacidad de volver a ser candidato, perpetuando aquel viejo dicho que resume un mal presente a lo largo de toda nuestra historia "*sin líder no hay partido ni proyecto político*". Es políticamente relevante que el presidente de la República rehúya de tantas maneras a la posibilidad de una consulta popular.

En Iberoamérica, ningún presidente en ejercicio ha perdido una reelección inmediata, Fernando Henrique Cardoso, Lula da Silva, Dilma Rousseff en Brasil; Carlos Menem y Cristina Fernández en Argentina; Hugo Chávez en Venezuela; Daniel Ortega en Nicaragua; Oscar Arias en Costa Rica; Alberto Fujimori en Perú; Evo Morales en Bolivia. Aquí la igualdad entre candidatos no existe: la utilización del aparataje estatal, del poder público y del poder mediático dirigida a la reelección les atribuye una clara situación de ventaja.

Desde la Ciencia Política se ha defendido que todo proceso de cambio, profundo o no, requiere de un tiempo razonable; el populismo y el caudillismo como elementos constantes en la idiosincrasia política, ponen en riesgo una institucionalidad trastocada por el sometimiento del Derecho al interés político particular. (Herrera, 2004). La alternabilidad es un principio que defiende la democracia y la democracia ecuatoriana no entrará en un auténtica y verdadera etapa de maduración mientras sean los mismos gobiernos quienes a través del discurso, de la comunicación y propaganda la agravien y manipulen en homenaje a

sus propios intereses y sus propias ambiciones personales por encima del utópico "gobierno del pueblo".

El artículo 114, ateniente a las autoridades de elección popular, fue efectivamente reformado por el Pleno de la Asamblea Nacional el 4 de diciembre de 2015, de manera que se suprimió la reelección "por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo", permitiendo que el mismo funcionario vuelva a postularse. De igual manera, el segundo inciso del artículo 144 correspondiente al período de gobierno del Presidente de la República, fue reformado, suprimiendo la frase "por una sola vez" permitiendo que después de los cuatro años en funciones, pueda postularse para ser reelecto.

La Disposición Transitoria Segunda de las Enmiendas Constitucionales aprobadas por el Pleno de la Asamblea Nacional el 4 de diciembre de 2015, establece que:

> Las Enmiendas Constitucionales a los artículos 114 y 144 segundo inciso de la Constitución de la República del Ecuador, referidas a los derechos de participación política, entrarán en vigencia desde el 24 de mayo de 2017. [9]

Como vemos, la reelección indefinida no posee una única dimensión de análisis y no es aplicable de manera única y exclusiva al Presidente de la República; no es tampoco, de ninguna manera, una ampliación de derechos para el ejercicio de la participación política de un ciudadano en ejercicio de cualquier cargo de elección popular. La reelección indefinida, en la actual coyuntura, no es sino una potencial amenaza que afecta a la frágil institucionalidad, a la alternabilidad y al desarrollo de verdaderos procesos democráticos.

9 Suplemento al Registro Oficial No. 653 publicado el 21 de diciembre del 2015.

BIBLIOGRAFÍA

Bascuñán, A. S. (1998). *Tratado de Derecho Constitucional.*

Caro, J. D. (2014). *Formas de Gobierno en Ecuador y Venezuela.* Quito.

Constituyente, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador.*

Díaz, E. (2000). *Derechos Humanos y Estado de Derecho.* Madrid: Dykinson.

Dictamen No. 001-14-DRC-CC, 001-14-RC (Corte Constitucional del Ecuador octubre 31 de 2014).

Hamilton, M. y. (1994). *El Federalista.* México: Fondo de Cultura Económica.

Herrera, D. V. (2004). *Insurgencia, Democracia y Dictadura.* Quito.

Kelsen, H. (1934). *Teoría Pura del Derecho.* Madrid.

Kendall, R. y. (1957). *La Democracia y el Sistema de los Partidos Políticos en los Estados Unidos.* Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

Lambert, J. (1964). *América Latina, Estructuras Sociales e Instituciones Políticas.* Barcelona: Ariel.

Mora, E. A. (2008). *Historia del Ecuador.* Quito: Corporación Editora Nacional.

Nohlen, D. (2004). *Sistemas Electorales y Partidos Políticos.*

Resolución Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 03475 (Sala Constitucional 2 de mayo de 2003).

Rousseau, J.-J. (2000). *El Contrato Social.* Quito: Libresa.

Sartori, G. (1965). *Aspectos de la democracia.* México: Editorial Limusa-Wiley, S.A.

Sartori, G. (1997). *Ingeniería Constitucional Comparada.* México: Fondo de Cultura Económica.

Serrafero, M. (2010). *Reelección presidencial en América Latina: evolución situación actual.* Buenos Aires: Pablo Casamajor Ediciones.

Serrano, S. B. (2011). *Jueces sin toga: políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador* (1999-2007). Quito: Flacso Sede Ecuador.

Siches, L. R. (1986). *Tratado General de Sociología.* México: Editorial Porrúa.

Vintimilla, P. E. (2007). *Filosofía, Derecho y Sociedad en América Latina.* Cuenca: El Conejo.

EL RECURSO DE CASACIÓN Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LAS SENTENCIAS DE MÉRITO: REFLEXIONES EN TORNO AL CRITERIO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Esteban Polo Pazmiño[1]

Resumen: *La inclusión de la acción extraordinaria de protección en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ha supuesto que las sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia dentro de los recursos de casación, puedan ser examinadas por la Corte Constitucional para que se determine si en estas se han transgredido derechos constitucionales en el proceso ordinario. Aquello, lejos de constituir una relación armónica y carente de controversias entre ambas jurisdicciones, conlleva que las decisiones del máximo tribunal de justicia ordinaria sean susceptibles de verificación y control por parte del órgano constitucional, pudiéndose generar conflictos entre la jurisdicción ordinaria y constitucional en cuanto a ciertos puntos de derecho que sean contradictorios para ambos organismos que, valga recordar, constituyen los máximos tribunales de cada jurisdicción. Este es el caso de la valoración probatoria por parte de las Salas de la Corte Nacional de Justicia a través de las denominadas sentencias de mérito, aspecto prohibido por la Corte Constitucional pero aceptado por la Corte Nacional.*

Con estas consideraciones, este trabajo pretende abordar qué aspectos comprende la labor de la Corte Nacional en el control de legalidad que realiza respecto de las decisiones susceptibles del recurso de casación en materia no penal y los efectos que se desprenden de sus sentencias, para examinar los casos en los cuales la jurisprudencia ordinaria y la doctrina han admitido la valoración de la prueba por parte de los tribunales

---

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar. Diploma en jurisdicción constitucional, Universidad del Rosario, Bogotá- Colombia. Máster en Derecho Constitucional y Doctorando en Derecho, Universidad de Castilla- La Mancha, Toledo- España. Ex profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Miembro del Foro Jurídico del Ecuador. Integrante del Consejo Editorial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México. Correo electrónico: estebanpolo88@gmail.com

de casación una vez que se declara con lugar el recurso. Finalmente, se expondrá de forma crítica la visión de la Corte Constitucional sobre la valoración probatoria en las sentencias de mérito.

Breves nociones sobre el recurso de casación

Mediante las reformas constitucionales que fueron introducidas en el país en el año de 1992, la entonces Corte Suprema de Justicia se transformó en un tribunal de casación. En cuanto al objeto de este recurso, la doctrina se ha decantado mayoritariamente por considerar que posee dos finalidades primordiales: a) la defensa del Derecho objetivo; y, 2) la unificación de la jurisprudencia. Sobre estas, Enrique Véscovi expresó: "La defensa del Derecho, perseguida a través de la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, es la finalidad primera; con ella se logra el imperio de los valores de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. (...) Vinculada y consecuente con esta primera finalidad está la inmediata de unificación de la jurisprudencia, esto es, la imposición de la unidad en la interpretación de las normas legales." (1979: 25).

Siguiendo aquel criterio, se observa que el control sobre la adecuada aplicación del Derecho es, precisamente, donde reside la trascendencia central del recurso dentro del ordenamiento jurídico y que permite conceptualizárselo como una "herramienta" de interés público, puesto que el control sobre la correcta aplicación del Derecho positivo en los fallos judiciales, conlleva no sólo que se precautele el interés privado de quien haya resultado agraviado por la sentencia de segunda instancia que contenga algún vicio de legalidad; sino que también significa que se proteja un interés público, pues el tribunal de casación busca de forma objetiva el respeto y eficacia del marco normativo vigente y la materialización de la seguridad jurídica.

Otra de sus características centrales es que el recurso de casación es extraordinario, por cuanto, en primer lugar, su procedencia obedece al agotamiento de los cauces ordinarios y respecto de cierto tipo de decisiones; y, en segundo lugar, toda vez que su ámbito de conocimiento y resolución se limita a ciertos motivos establecidos normativamente, cuando estos hayan sido alegados por los casacionistas en el recurso. En tal vir-

tud, el recurso de casación se ha caracterizado siempre por su minuciosa regulación legal sobre los requisitos y casos en los cuales procede; de este modo, si bien es cierto que en el Derecho Comparado existen varios sistemas de casación, todos comparten la rigurosidad en cuanto al establecimiento de los motivos o causas en las cuales se puede circunscribir el análisis de casación.

En nuestro país, la hoy derogada Ley de Casación estableció que la interposición del recurso y, por tanto, el ámbito en el cual el tribunal de casación puede resolver, se basa en cinco causales que desde distinta óptica pretenden cumplir el objeto fundamental del recurso de casación; es decir, la defensa del Derecho objetivo. A partir de la adecuada comprensión de las causales, se observará de mejor forma la labor que desempeña el órgano de casación en un primer momento, en donde las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, una vez que se haya admitido a trámite cada recurso, examinan los cargos alegados en el recurso a la luz de las causales y concluyen si estos proceden. De este modo, al hacer mención a un primer momento es porque, como se observará, cuando se acepta un recurso el órgano de casación tiene la obligación de determinar los efectos de la sentencia, aspecto que constituye otra etapa en la resolución del recurso y que es parte fundamental de este trabajo; por lo tanto, a continuación se examinará brevemente el contenido de las causales para identificar claramente el primer momento en el cual actúa el tribunal de casación y poder diferenciarlo posteriormente con la labor de la segunda etapa del recurso.

Causales

La Ley de Casación instauró un sistema mixto de casación, al haber establecido causales relacionadas con vicios "in procedendo" y también vicios "in iudicando". Los primeros se relacionan a las irregularidades de forma en el procedimiento judicial, mientras que los segundos se refieren a vicios de contenido en la resolución a ser examinada. Cabe indicar que por razones de lógica jurídica, en caso de que algún casacionista fundamente su recurso de casación en causales de ambas naturaleza, correspondería al tribunal verificar en primer lugar los denominados vicios "in procedendo", pues de estos depende la validez del trámite; y, posteriormente, los vicios "in iudicando".

De este modo, de la lectura del artículo 3 de la Ley de Casación, en donde constaban las causales, y del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, norma en la que se enumeran los casos por los que procede el recurso, se concluye que en la nueva regulación se ha empleado un orden lógico de causales, constando en primer lugar los casos relacionados con el procedimiento y la forma; y, en segundo lugar, los casos sobre el contenido, tal como se analizará:

Infracción de normas procesales que vicien al proceso de nulidad o causen indefensión:

A partir de esta causal de vicio "in procedendo", el órgano de casación debe verificar la validez del proceso en atención de los cargos que hayan sido propuestos por el recurrente. En este sentido, para que el tribunal de casación declare la procedencia de esta causal en un caso concreto, se requiere que verifique que se ha aplicado indebidamente, dejado de aplicar o interpretado erróneamente alguna norma procesal y que aquel vicio provocó la nulidad insubsanable o indefensión. Es decir, el examen que realiza la Sala de la Corte Nacional de Justicia es determinar, en primer lugar, si el tribunal *ad quem* transgredió una norma procedimental; luego, establecer si aquella infracción ha provocado nulidad o indefensión; y, en tercer lugar, concluir si la nulidad no se ha convalidado.

Como se observa, para estudiar los cargos que sean propuestos al amparo de esta causal, no se requiere que la sala de casación aprecie prueba, pues su análisis se circunscribe en el examen técnico jurídico sobre la validez del proceso y la presencia de alguna infracción normativa que derive en alguna causa de nulidad.

Ausencia de requisitos legales en la sentencia, decisiones contradictorias e incompatibles y carencia de motivación:

Esta causal de vicio "in procedendo", prevé defectos en la estructura de la sentencia; por lo que para verificar su procedencia, en primer lugar, se debe examinar si ésta cuenta con las partes expositiva, considerativa y dispositiva, y si se ha expresado la identificación de los justiciables, el lugar y la fecha de la expedición del fallo o la firma de quien o quienes la emitieron. De otro lado, la característica del fallo contradictorio e incompatible es el hecho de que sus declaraciones se excluyan mutua-

mente, de modo tal que lo prevenido en la parte considerativa descarte lo dispuesto en la resolutiva.

En tanto que la motivación consiste en verificar que la decisión contenga las razones por las cuales adopta una decisión, resaltando que conforme el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República no basta la enunciación de normas jurídicas, sino que se deben exponer los antecedentes de hecho y detallar por qué aquellas disposiciones son idóneas para el caso concreto. Cabe indicar que la Ley de Casación no contenía expresamente que el tribunal de casación pueda verificar la motivación de las decisiones recurridas, como sí ocurren en el Código Orgánico General de Procesos; no obstante, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema y Corte Nacional determinó que la motivación es uno de los requisitos que debe contener la sentencia, por lo que en atención de aquel criterio su ausencia sí incurriría en esta causal.

Vicios de *ultra petita, extra petita* e *infra petita*:

Esta causal, también de vicios "in procedendo", requiere que las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia examinen las pretensiones del actor en su demanda, las excepciones de la parte demandada y la resolución del tribunal de segunda instancia, para así verificar si la sentencia ha resuelto lo relacionado con el aspecto en el cual se trabó la controversia, o si por el contrario resolvió un aspecto ajeno a la litis, otorgó más de lo pedido o si le faltó resolver sobre algún aspecto. Únicamente luego de este análisis se podrá determinar la procedencia de esta causal, sin que se requiera observar ningún otro elemento más que los indicados; por lo que es fácil colegir que dentro de este examen, tampoco se debe apreciar ningún medio probatorio, sino únicamente considerar las piezas procesales antes señaladas.

Infracción de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, cuando aquello haya conducido a la transgresión de una norma de derecho sustantivo:

La procedencia de esta causal reviste una complejidad mayor en comparación a las causales antes señaladas, pues conlleva una doble infracción que debe verificarse. La primera de ellas tiene que ver con la transgresión de un precepto normativo aplicable a la valoración de la prueba; y la

segunda, que como consecuencia de la primera, se haya aplicado equivocadamente o no se haya aplicado una norma de derecho sustantivo; producto de lo cual, a esta se la conoce como causal de violación indirecta de norma sustancial.

Al respecto, conviene realizar algunas precisiones. El hecho de que el órgano de casación deba analizar si se ha infringido una norma que contenga un precepto de valoración de prueba, no significa que se deba valorar la prueba. En relación a este aspecto, la Corte Suprema de Justicia, en triples fallos reiterados, ha declarado que:

> "La operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia; el Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer otra y nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si la violación en la valoración de la prueba ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia (...)"[2]

En este contexto, a través de esta causal no se busca que el tribunal de casación aprecie nuevamente los medios de prueba practicados en el proceso judicial, sino que lo que se espera es que se verifique si la valoración ha transgredido alguna disposición jurídica que contemple un precepto sobre la apreciación probatoria. De esta manera, el casacionista no debe pretender que el órgano de la Corte Nacional valore de otro modo algún medio de prueba o que se otorgue eficacia probatoria a cierto elemento que no generó certeza en el tribunal de segunda instancia. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ejemplificó las circunstancias donde podría prosperar un cargo al amparo de esta causal, del siguiente modo:

> "El yerro en la valoración probatoria se da en los siguientes casos: 1.- Cuando se valora un medio de prueba que no está incorporado en el proceso es decir, el juzgador se inventa ese medio de prueba. En este

2 Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Fallo de Triple Reiteración. Sentencia No. 83-97 dictada en el proceso de casación No. 170-97, publicada en el Registro Oficial No. 159 de 29 de marzo de 1999.

> aspecto hay que tomar en cuenta que el juzgador debe valorar las piezas agregadas al proceso. (...) 2.- Cuando se omite valorar un medio de prueba que está incorporado en el proceso que es de importancia para la decisión de la causa. 3.- Cuando se valora medios de prueba que no han sido pedidos, presentados o practicados de acuerdo con la ley; esto es, con trasgresión del Art. 121 del Código Procedimiento Civil. (...) 4.- Cuando se valora un medio de prueba con transgresión de la norma específica que la regula (...) En todos estos casos, por supuesto, siempre que el yerro en la valoración probatoria sea de tal importancia o trascendencia que hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa..."[3].

En consecuencia, es evidente que la causal obliga al tribunal de casación a examinar la valoración realizada por el órgano de segundo nivel; lo cual no significa valorar nuevamente la prueba.

Infracción de una norma de derecho sustantivo o de precedentes jurisprudenciales obligatorios:

Esta causal también es conocida como violación directa de norma sustancial. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia generó varios fallos en donde conceptualizó correctamente el presupuesto de esta causal, pues indicó: "En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de la materia no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia."[4]

En tal virtud, el examen que realiza la sala de casación no puede sino partir de los hechos que hayan sido aceptados y considerados como ciertos en la sentencia cuestionada, y sobre esta base, debe determinar si algún precepto jurídico sustancial fue infringido; por lo que es evidente que para que proceda esta causal, el tribunal de casación se limita a verificar que la subsunción de los hechos aceptados en la sentencia con relación a la normativa jurídica se la haya realizada óptimamente.

---

3 Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sentencia No. 178-2003 dictada en el proceso de casación No. 19-2003.

4 Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sentencia No. 323-2000 dictada en el proceso de casación No. 89-1999.

Al respecto, vale recordar que una regla jurídica tiene una estructura hipotética, es decir, establece un presupuesto de hecho que si se verifica genera una consecuencia jurídica prevista en la propia norma. Siguiendo esta línea de pensamiento, la infracción, al amparo de esta causal, se provocará en el evento de que se observe que el órgano jurisdiccional de segunda instancia haya aplicado indebidamente una norma; es decir, cuando aplicó la consecuencia jurídica de una norma a un presupuesto de hecho que no se adecúa en aquel precepto normativo; existirá falta de aplicación si se demuestra que se reconoció el presupuesto fáctico de una norma jurídica cuya consecuencia jurídica no fue aplicada; o, cuando se evidencie que el presupuesto de hecho se adecúa en la norma jurídica, pero al aplicarla se dio a esta un sentido y alcance distinto al que se desprende de la prescripción normativa. Como se observa, la labor del tribunal de casación simplemente consiste en examinar el contenido de la norma jurídica y su vínculo con los hechos considerados como ciertos en la sentencia que se recurre; debiendo prescindir de la inclusión de nuevas circunstancias que no consten en dicho fallo.

Según el breve análisis realizado sobre el contenido de las causales y el ejercicio técnico jurídico que debe realizar el órgano de casación en el conocimiento de un recurso, se desprende que bajo ningún concepto, en esta etapa, se necesita que se valoren pruebas o se incluyan hechos no previstos en la sentencia de segunda instancia; en la mayoría de los casos, basta el examen del fallo recurrido y en otros, la revisión de ciertas piezas procesales, cuya observancia no conlleva la nueva apreciación de la prueba.

Ahora bien, la razón para haber incluido el análisis que antecede, es resaltar la existencia de al menos dos momentos en la sustanciación del fondo del recurso de casación; uno de estos, como se observó, radica en la verificación de procedencia de las causales alegadas, debiendo el tribunal de casación circunscribir su análisis en los aspectos anotados previamente y reiterando que efectivamente en dicho examen no debe incluirse una apreciación de pruebas; sin embargo, esta no es toda la labor que desempeñan las Salas de la Corte Nacional de Justicia, pues, cuando se acepta el recurso se requiere que se determinen los efectos de la sentencia de casación, lo cual configura un nuevo momento dentro del recurso de casación, y es allí donde debe establecerse si la prohibición de valorar medios de prueba se mantiene o, por el contrario, se torna en una necesidad.

Efectos de la sentencia estimatoria del recurso de casación

En la circunstancia de que se niegue el recurso en virtud de la improcedencia de las causales propuestas, es evidente que la decisión será desestimatoria; es decir, se negará el recurso. No obstante, cuando se acepta un recurso de casación, al haberse determinado que en la sentencia recurrida se verificó una infracción, el tribunal de casación debe determinar los efectos de su decisión; frente a esta circunstancia, el mandato legal que contenía el artículo 16 de la Ley de Casación, determinaba:

> "Si la Corte Suprema de Justicia encuentra procedente el recurso, casará la sentencia o auto de que se trate **y expedirá el que en su lugar correspondiere**, y por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto.
>
> Cuando se trate de casación por la causal segunda del artículo 3, la Corte Suprema **anulará el fallo y remitirá** dentro de un término de cinco días el proceso al juez u órgano judicial al cual tocaría conocerlo en caso de recusación de quién pronunció la providencia casada, a fin de que conozca la causa desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándolo con arreglo a derecho." (El resaltado no forma parte del texto original).

En este contexto, el legislador diferenció los efectos de la sentencia de casación en función de la causal que se declare procedente; de esta manera, si se determinaba que existió la transgresión de normas procesales que hubieren provocado la nulidad del proceso o la indefensión, se debía producir el "reenvío" del proceso. Por el contrario, la procedencia del resto de causales obligaba al tribunal de casación a casar la sentencia y expedir "la que en su lugar correspondiere"; con lo cual, es evidente que la labor dentro del conocimiento del recurso de casación no comprende únicamente la verificación de las causales, sino que cuando alguna de ellas fuere declarada con lugar, el órgano de casación tiene que pronunciar una nueva sentencia con las particularidades que se expondrán más adelante.

Reenvío

En el primer caso antes descrito, el tribunal de casación, luego de declarar con lugar el recurso de casación por encontrarse el procedimiento viciado

de nulidad, deja sin efecto el fallo recurrido y "reenvía" el proceso al órgano jurisdiccional que corresponda para que este sea tramitado nuevamente, a partir del momento procesal donde se verificó el vicio. A esta modalidad se la conoce como reenvío y en nuestra legislación, al igual que en varias, está destinado únicamente a la causal relacionada con la nulidad del proceso. Humberto Murcia Ballén, al respecto, ha expresado que: "... la sentencia que debe reemplazar en el proceso la que ha sido casada por el tribunal supremo, tiene que ser pronunciada por un juzgador de instancia y con ese propósito se le remite inmediatamente el expediente o la actuación pertinente." (1996: 634) El fundamento para que en este caso se reenvíe el proceso a una judicatura de instancia, radica en que si existe un proceso declarado nulo, el tribunal de casación carecería de competencia para sustanciarlo desde el momento en que éste se vició, pues aquello es facultad de los operadores de justicia de primer o segundo nivel.

Sentencia de mérito o de reemplazo

Desde el punto de vista doctrinario, se ha reconocido la posibilidad de que los órganos de casación dicten sentencia de mérito, es decir, que dejen sin efecto el fallo recurrido y emitan una nueva decisión resolviendo el fondo de la controversia y corrigiendo los vicios declarados. Así, Fernando de la Rúa ha señalado, de forma crítica en contra del reenvío, que: "Si el tribunal estimare que la resolución impugnada ha violado o aplicado erróneamente la ley, la casará y resolverá el caso conforme a la ley y a la doctrina cuya aplicación se declare (...), con lo que se evita la inútil formalidad del reenvío..." (1968: 251).

Este, precisamente, constituye el segundo momento dentro del análisis de un recurso a cargo de la sala de casación, que es relevante para el presente trabajo. Por tanto, habiendo quedado claro que la primera fase en el conocimiento del fondo del recurso de casación, es la verificación de si en la sentencia impugnada consta una infracción a la luz de las causales previamente señaladas, corresponde ahora establecer qué tipo de análisis tiene la obligación de efectuar el tribunal de casación cuando dicta una nueva sentencia, lo cual no es tan sencillo, pues existen puntos contradictorios sobre el límite que tiene el órgano de casación para dictar el nuevo fallo que reemplace la decisión casada; sobre todo, en virtud de que el artículo 16 de la Ley de Casación disponía que el nuevo fallo

debe ser dictado por el tribunal de casación "... por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto.", lo que *a priori* y mediante una interpretación exclusivamente literal, equivaldría a emitir una decisión prescindiendo siempre de cualquier consideración sobre circunstancias fácticas distintas a las reconocidas en la sentencia recurrida.

Desde aquel punto de vista, los hechos aceptados en sentencia nunca adolecen de vicios y su determinación por parte de los tribunales de segunda instancia no es objeto de controversia; según este criterio, es evidente que, si la sentencia de segundo nivel fue casada porque existió una infracción normativa al tenor de una de las causales de procedencia del recurso de casación –exceptuando la nulidad–, las Salas de la Corte Nacional de Justicia deberían corregir aquel yerro de aplicación o interpretación de norma y emitir la sentencia en función únicamente de los hechos considerados en la sentencia recurrida, los cuales constituirían en todos los casos el límite para la actuación del tribunal de casación, que estaría obligado a aplicar las disposiciones jurídicas sobre la base de los hechos aceptados en la sentencia de segundo nivel.

Sin embargo, cabe indicar que existe un gran número de vicios cuya resolución a partir de los hechos establecidos en la sentencia, no es tan sencilla y plausible, pues en ocasiones no sólo se infringen las normas jurídicas por una inadecuada subsunción de los hechos al enunciado normativo, sino que puede ocurrir que el vicio tenga como causa una inadecuada determinación de los hechos o la aplicación de una norma puede generar la obligación de que el tribunal de casación determine nuevas circunstancias. Al respecto, Santiago Andrade Ubidia, manifestó:

> "En efecto, esta disposición [artículo 16 de la Ley de Casación] señala que en los restantes casos, el tribunal de casación expedirá la resolución que corresponda 'con el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto': en general, ello será posible, sin embargo, cuando en el fallo de instancia el juzgador ha distorsionado los hechos sea porque prescindió de pruebas que acreditaban determinados hechos, o porque dio por existentes pruebas que no obran del proceso y en base a estas pruebas inexistentes dio por establecidos hechos que no se han acreditado en el proceso, o finalmente porque tomó en cuenta las pruebas actuadas en forma diminuta, en estas hipótesis el tribunal de casación no podrá dictar el fallo que corresponda con base a los

> hechos establecidos distorcionadamente en el fallo casado. Entonces, ¿cómo ha de proceder el tribunal de casación? Indudablemente que no es una causa de nulidad procesal, por lo que no cabría que disponga el reenvío." (2005: 288)

Bajo este criterio, se evidencia que la emisión de una nueva sentencia no siempre es tan sencilla, pues en ocasiones el vicio que genera la procedencia del recurso de casación tiene que ver con un establecimiento de los hechos por parte del tribunal de segundo nivel contrario a la normativa jurídica, sin que la solución eficaz ante esta circunstancia sea la emisión de un nuevo fallo a partir de elementos fácticos imprecisos, pues el resultado sería igualmente lesivo del ordenamiento jurídico, lo cual además comprometería la tutela efectiva de los derechos de los justiciables.

Por ejemplo, en la causal correspondiente a la ausencia de requisitos legales en el fallo, decisiones contradictorias e incompatibles y carencia de motivación, al verificarse alguno de estos vicios no se podría dictar una nueva sentencia basada únicamente en los hechos determinados en la decisión que adolece de la infracción, ya que si la sentencia no cuenta con algún requisito legal como la parte considerativa, no existirían hechos verificados en la sentencia que puedan ser empleados para la emisión de un nuevo fallo.

Lo mismo ocurre si se determina la ausencia de motivación y bajo aquel argumento se casa una decisión, pues se debe afirmar que las sentencias se encuentran estructuradas con premisas que, de forma concatenada, sostienen y respaldan una conclusión, que en el ámbito judicial será la decisión de la controversia. Ahora bien, sin lugar a dudas las premisas que establecen los hechos de la causa son necesarias para que, siguiendo el orden lógico de una decisión judicial, estos puedan ser subsumidos en la norma que corresponda y así obtener la conclusión final. La propia Corte Constitucional ha determinado que:

> "... para que una decisión se encuentre debidamente motivada es necesario que concurran tres requisitos: a) razonabilidad, **b) lógica**, y c) comprensibilidad (...) lógica, en lo que respecta a que la misma contenga una estructura coherente, en la cual el operador de justicia, mediante la contraposición entre elementos fácticos y jurídicos, establezca

> conclusiones que guarden coherencia con estos elementos, y que de este análisis, al final se establezca una decisión general del caso..."[5]

De este modo, una sentencia puede carecer de motivación por no cumplir el requisito de lógica detallado por la Corte Constitucional, en el sentido de que las premisas que desarrollan los elementos fácticos se encuentren deficientemente elaboradas, ya sea por una inadecuada construcción o por falta de determinación en el fallo; dicho de otro modo, la motivación exige que se enuncien las normas jurídicas en las cuales se funda la decisión, pero también obliga que se establezcan las razones por las cuales los preceptos jurídicos son aplicables al caso concreto, lo cual conlleva que se describan necesariamente los elementos de hecho de la causa para que sean contrapuestos a las normas jurídicas. Indudablemente, una deficiente construcción de las premisas relativas a los hechos provoca la ausencia de motivación, lo cual de ser declarado por el tribunal de casación al amparo de la causal correspondiente, significará que este órgano deba emitir una sentencia que reemplace la decisión recurrida inicialmente, sin que aquello sea posible si se limita a considerar los hechos del fallo casado, pues este, al haber sido declarado inmotivado, no contendrá los elementos necesarios para que la sala de casación emita una sentencia motivada[6].

Consecuencias similares se obtienen si en la resolución de un recurso de casación se declara con lugar la causal correspondiente al vicio de *infra petita*, es decir, cuando se determina que el tribunal de segunda instancia resolvió menos de lo pedido en la demanda. En este caso, para corregir aquel vicio el órgano de casación debería pronunciarse y resolver el punto no analizado. Situándonos en un ejemplo de índole laboral, si el actor solicitó que se declare la existencia de la relación laboral para que se reconozca el pago de salarios adeudados y además para que se dictamine que esta culminó por el despido efectuado por el demandado, los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia deberán fallar resolviendo todos los puntos sometidos a su conocimiento. No obstante,

---

5 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No 121-14-SEP-CC. Caso No. 0523-12-EP.

6 En la sentencia No. 330-15-SEP-CC, la Corte Constitucional declaró sin efecto un fallo de casación que, ante las inconsistencias en la motivación de la decisión de segundo nivel, declaró con lugar el recurso de casación y al dictar la sentencia de reemplazo, para corregir la infracción, tuvo que analizar ciertos hechos que no constaban en el fallo casado.

si el tribunal de alzada declara que en efecto existió un vínculo de orden laboral entre las partes procesales y concede el pago de los montos adeudados, pero omite pronunciarse sobre el alegado despido intempestivo, el tribunal de casación para emitir una sentencia que corrija el vicio deberá ineludiblemente examinar hechos que eventualmente no consten en el fallo sino únicamente en piezas probatorias que debió haber aportado al proceso el actor, pues debe recordarse que el despido intempestivo es un hecho que ocurre en un lugar, tiempo y en condiciones específicas que deben ser demostradas por quien alega su existencia.

Más evidente todavía es el caso de la causal sobre la violación indirecta de norma sustantiva, es decir, cuando se verifica la infracción de una norma de valoración de prueba que conduce a una equivocada o falta de aplicación de una norma sustantiva. Como quedó indicado, entre los casos en los cuales procede esta causal, consta que se haya apreciado como prueba un elemento que no fue actuado en el proceso; o, que se haya dejado de valorar un medio probatorio debidamente actuado, siempre y cuando sea indispensable para la resolución del caso. Aquella valoración de prueba contraria al ordenamiento jurídico, generaría que los hechos determinados en la sentencia recurrida no sean inequívocos y adolezcan de vicios. Por lo que, en las dos circunstancias la reparación eficaz que debería otorgar la sala de casación, es construir adecuadamente los hechos sobre la base de la corrección del vicio, es decir, tomar en cuenta los medios probatorios debidamente practicados que fueron excluidos; y, dejar de apreciar los que no constan en el proceso; con el propósito de aplicar adecuadamente la norma sustantiva en relación de estas circunstancias fácticas.

En definitiva, como se ha evidenciado, no siempre el órgano de casación puede dictar la nueva sentencia que reemplaza el fallo casado, sobre la base de los hechos que constan en este último. Habrá ocasiones en que, en el ejercicio jurídico necesario para corregir efectivamente el vicio detectado en casación, el tribunal no se pueda limitar a aquellos hechos, sino que deba determinar otros para cumplir adecuadamente su papel como tribunal que resuelve directamente el conflicto judicial. Este aspecto inclusive ha llevado a que se señale que el tribunal de casación, cuando dicta este tipo de sentencias y de ser necesario, se transforma momentáneamente en un órgano jurisdiccional de instancia, con todas sus atribuciones frente a la resolución de los casos concretos.

Así lo ha determinado la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, que estableció en reiteradas ocasiones, que: "... si el fallo de última instancia se halla incurso en las restantes causales de casación, el Tribunal de casación que así lo declara momentáneamente asume el papel de Tribunal de instancia al tenor de lo que dispone el artículo 14 [actual 16] de la Ley de la materia."[7]

Bajo estas consideraciones, al ejercer momentáneamente las atribuciones propias de los tribunales de instancia, el órgano de casación puede pronunciarse sobre hechos no previstos en la sentencia que va a ser reemplazada, en procura de tutelar efectivamente los derechos e intereses de los justiciables. En este sentido, adquiere suma relevancia la diferenciación entre los dos momentos de la resolución del recurso de casación: el primero, en el cual se verifica de la procedencia de las causales; y el segundo, cuando habiéndose declarado procedente algún cargo –que no implique la nulidad–, tribunal de casación tenga que emitir una sentencia resolviendo el conflicto.

Esto nos lleva a concluir que, por las razones expuestas, la prohibición de valorar prueba para el órgano de casación debe ser observada siempre en el primer momento; es decir, cuando se analiza la procedencia de las causales, pues aquel examen debe prescindir de la apreciación de medios probatorios ya que lo que se pretende es examinar si en la sentencia hay una infracción del Derecho objetivo; pero, si se dicta sentencia de mérito sí podría ser necesaria la adecuada determinación de hechos incluso a través de la valoración de prueba, dependiendo del caso. Esta interpretación del artículo 16 de la Ley de Casación efectuada por la Corte Suprema de Justicia y respaldada por criterios doctrinarios, vale decir, ha sido observada por la Corte Nacional de Justicia que en muchas ocasiones al casar las sentencias, las ha reemplazado con sentencias de mérito donde para corregir las infracciones, ha actuado como tribunal de instancia.

Criterio de la Corte Constitucional

No obstante lo manifestado en los acápites precedentes, existe una interpretación distinta realizada por la Corte Constitucional, que ha precisado que:

7 Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sentencia No. 224-2004.

> "Además, es necesario señalar que el artículo 16 de la Ley de Casación en ninguna parte dispone que los jueces de la Corte Nacional se convertirán en jueces de instancia, ya que al contrario lo que dispone es que: 'Si la Corte Suprema de Justicia encuentra procedente el recurso, casará la sentencia o auto de que se trate y expedirá el que en su lugar correspondiera, y por los méritos de los hechos establecidos en la sentencia o auto', lo cual significa que si casa la sentencia, expedirá la que en su lugar corresponda en el sentido de que se pronunciará sobre la aplicación del enunciado normativo en relación con los méritos de los hechos de la sentencia, mas no significa que mediante este artículo se otorgue competencia a los jueces nacionales para actuar como jueces de instancia y por ende posibilitarles la facultad de valorar o apreciar la prueba."[8]

En tal virtud, para la Corte Constitucional el mandato previsto en el artículo 16 de la Ley de Casación no prevé la posibilidad de que el órgano de casación actúe en determinadas circunstancias como un tribunal de instancia, sino que únicamente le faculta a aplicar el precepto normativo infringido sobre la base de los hechos que constan en la sentencia. Siguiendo esta línea, en otra causa, la Corte Constitucional determinó:

> "En este contexto, en la resolución del recurso de casación el universo de análisis se circunscribe a la decisión judicial contra la cual se lo propone, así como también lo dicho por las partes procesales en atención del principio dispositivo. Es decir, los jueces de la Corte Nacional de Justicia deben efectuar una contrastación entre cada uno de los argumentos que sustentan el recurso con la sentencia a ser analizada, determinando si en efecto existió o no violación a la ley, ya sea por su falta de aplicación o inobservancia."[9]

De esta manera, la Corte Constitucional ha determinado el alcance de la labor de la Corte Nacional en el conocimiento del recurso de casación, pero lo ha hecho sin realizar ninguna consideración profunda de lo que en verdad constituye el ejercicio del conocimiento y resolución de este remedio procesal, desconociendo los dos momentos plenamente identificados en este trabajo.

---

8 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 100-15-SEP-CC. Caso No. 0452-13-EP.

9 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 167-14-SEP-CC. Caso No. 1644-11-EP.

Si bien es cierto que el recurso de casación busca precautelar la aplicación del Derecho objetivo, es imprescindible comprender que las infracciones de normas jurídicas, según las causales previstas tanto en la Ley de Casación cuanto en el Código Orgánico General de Procesos, no siempre tienen su origen en la inadecuada aplicación o infracción de un precepto normativo, sino que existen vicios ocasionados por una deficiente determinación de los hechos de la causa, producto de lo cual se vulnera el Derecho objetivo. En otros casos, una infracción normativa trae como consecuencia ineludiblemente que el tribunal de casación deba referirse a aspectos que no constan en la sentencia casada, pues la emisión de la sentencia de reemplazo debe tutelar efectivamente todos los derechos e intereses de las partes, controvertidos en el proceso judicial.

En este orden de ideas, se advierte que para la Corte Constitucional la resolución del recurso implica solamente el examen de las causales –donde en efecto no cabe valorar prueba–, siendo su análisis incompleto, pues ha quedado demostrado que el estudio de las causales no es más que el primer momento del conocimiento del fondo, ya que siempre que se acepte el recurso de casación, la Corte Nacional tiene que fijar los efectos de la sentencia, debiendo expedir una nueva decisión o reenviar el proceso, dependiente de la causal que haya sido aceptada.

Bajo estas consideraciones, en mi criterio, la línea que ha sido desarrollada por la Corte Constitucional emplea una premisa incompleta, pues su concepción y comprensión del alcance y efectos del recurso de casación adolece de cierta imprecisión, ya que parten del supuesto de que la sentencia que reemplaza el fallo casado, siempre puede basarse únicamente en los hechos que constan en la sentencia; cuando, por lógica jurídica y en razón del alcance de las causales, si el vicio declarado en casación es producto de una inadecuada determinación de los hechos – ya sea porque el tribunal de segunda instancia no motivó su fallo, dejó de pronunciarse sobre una pretensión o dejó de valorar un medio de prueba debidamente practicado en el proceso, etc.–, carece de utilidad y eficacia que la nueva sentencia que deba dictar el tribunal de casación, no pueda analizar otros aspectos que le permitan una correcta determinación fáctica que genere la emisión de un fallo en el cual se corrijan íntegramente los vicios.

Inclusive, cuando el vicio no tenga que ver con los hechos que constan en la sentencia, sino que su origen sea estrictamente normativo, se requiere

en algunas ocasiones que el tribunal de casación, luego de verificar el yerro y al momento de dictar una nueva sentencia examine ciertos hechos distintos a los que constan en la sentencia recurrida. A manera de ejemplo, si en un caso de índole laboral el trabajador demandó a su empleador, lo habrá hecho generalmente para que se le reconozcan valores pendientes y ocasionados por la relación laboral. Ahora, suponiendo que en la sentencia de segunda instancia el tribunal *ad quem* establece como hechos de la causa que existió entre las partes procesales el acuerdo para la prestación de servicios lícitos, remuneración y dependencia o subordinación, pero pese a establecer aquellas circunstancias no declaró la existencia de la relación laboral, evidentemente existiría falta de aplicación del artículo 8 del Código del Trabajo[10], y la sentencia podría ser casada a través de la causal por violación directa de norma sustantiva. En este caso, la nueva sentencia que expide el órgano de casación, debería partir de que en los hechos reconocidos en el fallo recurrido se verificaron los presupuestos fácticos contenidos en el artículo 8 del Código del Trabajo, por lo que para corregir aquel vicio indudablemente debería aplicar la norma antes señalada y declarar que sí existió relación laboral.

Sin embargo, no basta con que la sentencia de reemplazo se limite aplicar el artículo 8 del Código del Trabajo y declarar existente el vínculo laboral, pues si el actor acudió al sistema judicial no fue para que quede constancia de que trabajó para el demandado, sino que como consecuencia de aquello debió haber solicitado que se reconozcan valores pendientes o que se declare que hubo despido intempestivo y otras tantas pretensiones de orden laboral que la legislación le faculta, por lo que con la declaratoria producto de la aplicación del artículo 8, el tribunal de casación deberá analizar y resolver las pretensiones del actor actuando momentáneamente como órgano de instancia; es decir, tendrá que establecer si producto de la relación laboral hay rubros no cubiertos, derechos adquiridos o incluso examinar cómo terminó la prestación de servicios, para lo cual deberá analizar ineludiblemente si existen roles de pago, juramento deferido, instrumentos públicos sobre la afiliación al IESS, entre otros medios de prueba que le permitan resolver la causa a través de una sen-

10 Art. 8.- Contrato individual.- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.

tencia que sí reemplace eficazmente la casada, la cual, al haber negado la relación laboral no debió haber puntualizado todos los hechos necesarios para la resolución de todas las pretensiones del actor.

En definitiva, la línea sostenida por la Corte Constitucional no analiza íntegramente la labor de las Salas de la Corte Nacional de Justicia, pues omite examinar las circunstancias en las cuales el tribunal de casación tiene que dictar una nueva sentencia incorporando en su análisis nuevas circunstancias para precautelar el derecho a la tutela efectiva, lo cual equivale a conceptualizar de modo impreciso al recurso de casación, desconociendo una de sus etapas.

Esto, en la práctica, ha generado que a través de las resoluciones sobre acciones extraordinarias de protección, la Corte Constitucional defienda su criterio dejando sin efecto las decisiones del órgano de casación cuando emite una nueva decisión que no se limita a los hechos determinados en el fallo casado, declarando por ejemplo que "...la Sala (...) de la Corte Nacional de Justicia efectuó una valoración de las pruebas presentadas durante la audiencia definitiva de la primera instancia del proceso, desnaturalizando de esa manera el recurso de casación y transgrediendo los preceptos normativos preexistentes para la sustanciación de este remedio procesal."[11], aspecto que para la Corte implica la vulneración de los derechos a la tutela efectiva, debido proceso y seguridad jurídica. Con un agravante adicional, pues en aquellas decisiones constitucionales, la Corte Constitucional advierte que si se reincide en esta conducta, podría aplicarse en contra de los jueces nacionales la consecuencia prevista en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución, es decir, la destitución por no cumplir íntegramente una sentencia constitucional.

Regulación en el Código Orgánico General de Procesos

Ahora bien, la nueva regulación procesal prevista en el Código Orgánico General de Procesos parece aclarar de mejor modo los efectos de las sentencias estimatorias del recurso de casación en el artículo 273, pues sus numerales 2, 3 y 4, se determina:

---

11 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 330-15-SEP-CC. Caso No. 474-13-EP.

"Art. 273.- Sentencia. Una vez finalizado el debate, la o el juzgador de casación pronunciará su resolución en los términos previstos en este Código, la que contendrá:

2. Cuando la casación se fundamente en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia ***casara la sentencia o el auto recurrido y pronunciara lo que corresponda.***

3. Si la casación se fundamenta en las demás causales, el Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia ***casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda,*** *remplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos.*

4. El Tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia deberá casar la sentencia o auto, aunque no modifique la parte resolutiva, si aparece que en la motivación expresada en la resolución impugnada se ha incurrido en el vicio acusado, ***corrigiendo dicha motivación.*** *" (El resaltado no forma parte del texto original).*

Como se puede observar, el enunciado normativo citado señala que de declararse procedente el cargo –exceptuando el de nulidad–, se casará la decisión recurrida y se pronunciará lo que corresponda, sin disponer que aquello deba ser realizado "... por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia o auto.", como sí lo determinaba la Ley de Casación. En tanto que, sobre el vicio indicado en el numeral 4, la nueva normativa es clara en señalar que el órgano de casación tiene que corregir la deficiente motivación.

En tal virtud, es evidente que el legislador, al modificar los aspectos apuntados previamente, determinó con mayor claridad que el órgano de casación en aquellas circunstancias está facultado para considerar otros hechos distintos a los establecidos en la decisión recurrida, pues no existe la limitación que constaba en la Ley de Casación; afirmar lo contrario significaría que no se pueda emitir la sentencia "que en su lugar corresponda" o corregir la motivación, pues las sentencias de reemplazo podrían adolecer de los mismos vicios que los fallos casados. Con lo cual, desde mi punto de vista, el sistema procesal ecuatoriano, a partir de la nueva legislación, ha optado por la concepción que permite con mayor claridad que el tribunal de casación momentáneamente se convierta en

órgano de instancia para dictar la sentencia que resuelva el fondo de la controversia judicial. Aspecto que en mi criterio permite la tutela efectiva de los derechos e intereses de las partes procesales y también la eficacia del recurso de casación en la sociedad, pues si la sala de casación no se limita por los hechos determinados por los tribunales de segundo nivel –en ocasiones imprecisos–, la sentencia de reemplazo resolverá de mejor manera el conflicto inicial, pudiendo administrar justicia.

Lo dicho, no obstante, no conlleva que bajo la Ley de Casación haya constado una prohibición expresa que impida que el tribunal de casación actúe momentáneamente como órgano de instancia, menos aun cuando la Corte Suprema y la Corte Nacional interpretaron el artículo 16 del cuerpo legal indicado, aceptando que las salas de casación procedan de tal modo, bajo el respaldado de criterios doctrinarios y por razones prácticas, pues comprendieron que la resolución del recurso de casación no radica exclusivamente en el examen de las causales, sino que para dictar las sentencias de mérito que resuelvan adecuadamente las controversias judiciales, no se pueden limitar a considerar los hechos que constan en el fallo de segunda instancia. Lo que en realidad ha ocurrido, es que la nueva regulación ha absuelto cualquier tipo de dudas que podían generarse sobre el alcance de los efectos de las sentencias de reemplazo que dictan las Salas de la Corte Nacional cuando declaran con lugar la procedencia de las infracciones alegadas en los recursos de casación.

Conclusión

Si el fundamento de la Corte Constitucional para prohibir que los órganos de casación consideren nuevos hechos y actúen como tribunal de instancia de forma momentánea, era la redacción del derogado artículo 16 de la Ley de Casación, se concluye que cuando las Salas Especializadas de la Corte Nacional comiencen a resolver los recursos con la nueva regulación, la Magistratura constitucional tendrá que reconsiderar su línea jurisprudencial, pues existirá una norma vigente que habilite aquella conducta a los tribunales de casación.

En caso de que la Corte Constitucional pretenda reafirmar su criterio, lo que corresponde es que declaren previamente la inconstitucionalidad de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 273 del Código Orgánico General de

Procesos o que los interpreten conforme a la Constitución[12], en cuyos casos se deberá evidenciar que estos preceptos normativos infringen el texto constitucional, lo cual en mi criterio reviste una tarea compleja pues en la Constitución no existe norma alguna que regule cómo debe llevarse a cabo la emisión de la sentencia de reemplazo o que determine la naturaleza jurídica del recurso de casación en el país; al contrario, las sentencias de mérito con una mejor construcción de los hechos tutelan de manera efectiva los derechos de los justiciables, pues las circunstancias fácticas estarán configuradas tomando en cuenta la verdad procesal que se obtiene con una revisión integral de las piezas aportadas en el proceso; lo que, en definitiva, implica materializar la obligación que tiene el Estado en garantizar y promover los derechos de los ciudadanos, conforme con el artículo 3 numeral 1 de la Constitución de la República. Si no se declara la inconstitucionalidad o no se interpretan estos preceptos conforme a la Constitución, y aun así no se permite su aplicación por parte de la Corte Nacional de Justicia, será una clara contravención de la seguridad jurídica y del debido proceso, especialmente en las garantías previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 76 de la Norma Suprema.

12 La interpretación conforme con la Constitución, parte de que la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma jurídica es de última *ratio*, motivo por el cual, previo a expulsarla del ordenamiento, el órgano de control constitucional debe agotar todas las alternativas. En este sentido, la interpretación conforme significa que cuando exista una o varias interpretaciones de la norma examinada que contravengan la Norma Fundamental y otra que no lo haga, se podrá fijar como interpretación obligatoria aquella que no infrinja la Constitución, con el propósito de no eliminar el precepto del ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional no puede interpretar una norma de rango legal cuando no demuestre que una de sus interpretaciones es contraria a la Constitución, pues se recuerda que este órgano no es intérprete auténtico de las leyes.

BIBLIOGRAFÍA

Andrade Ubidia, S. (2005). *La Casación Civil en el Ecuador.* Quito: Andrade & Andrade, Fondo Editorial.

De la Rúa, F. (1968). *El Recurso de Casación.* Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, editor.

Murcia Ballén, H. (1996). *Recurso de Casación Civil.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Véscovi, E. (1979). *La Casación Civil.* Montevideo: Ediciones IDEA.

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Fallo de Triple Reiteración. Sentencia No. 83-97 dictada en el proceso de casación No. 170-97.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sentencia No. 178-2003 dictada en el proceso de casación No. 19-2003.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sentencia No. 323-2000 dictada en el proceso de casación No. 89-1999.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No 121-14-SEP-CC. Caso No. 0523-12-EP.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Sentencia No. 224-2004.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 100-15-SEP-CC. Caso No. 0452-13-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 167-14-SEP-CC. Caso No. 1644-11-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 330-15-SEP-CC. Caso No. 474-13-EP.

LAS MATEMÁTICAS Y LAS INCOHERENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Diego Núñez Santamaría[1]

Resumen: *La Corte Constitucional del Ecuador ha realizado un importante trabajo en el desarrollo de los derechos civiles en el país. Sin embargo, tres diferentes sentencias ilustran la falta de coherencia, y en su lugar, el alcance de los derechos ha sido reducido. Además, la falta de precedentes parece ser una salida para ayudar al poder político.*

Introducción

Las matemáticas y la lógica nos demuestran certeza. Así, uno más uno es dos. Pero ¿qué pasa en las decisiones judiciales? Específicamente ¿qué pasa con las decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador? Al parecer uno más uno no es dos, sino tres o, cuánto quiere que sea el poder oficialista. Mis palabras pueden ser fuertes, pero a partir de tres decisiones de la Corte Constitucional demostraré la veracidad de esta aseveración. Son tres decisiones que desconciertan porque los usuarios realmente no saben a qué atenerse en el mundo jurídico, y menos aún en una institución tan importante como lo es acción de protección.

En el presente ensayo analizaré tres decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador. La primera es una sentencia extraordinaria de protección que se refiere a un caso en el que la Corte declaró la amplitud de la acción de protección. El segundo caso es un dictamen de reforma constitucional en el cual se afirmó la estabilidad de las garantías jurisdiccionales. Finalmente, el tercer caso es un precedente jurisprudencial obligatorio que estableció los parámetros mínimos de procedibilidad de la acción de protección. Con estas tres decisiones intentaré evidenciar la incoherencia de las decisiones de la Corte Constitucional sobre un tema tan trascendental en el Estado Constitucional de Derechos, la acción de protección. Pasemos a la primera sentencia.

---

1 Abogado por la Pontificia Universidad del Ecuador, Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. diego.nunez@pucp.pe

Sentencia No. 157-12-SEP-CC

El 17 de abril de 2012, se emitió la sentencia No. 157-12-SEP-CC, Caso No. 0556-10-EP. En este expediente la Dra. Daniella Lisette Camacho Herold propuso una acción extraordinaria de protección contra la sentencia de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Esta sentencia confirmaba la sentencia de primera instancia que negaba la acción de protección.

Sobre los hechos, la Dra. Daniella Lisette Camacho Herold había sido destituida de su cargo como Fiscal de la Unidad de Delitos contra la Vida. En contra de ese acto, presuntamente vulneratorio de derechos, propuso una acción de protección. En primera instancia negaron su garantía jurisdiccional y en la Corte Provincial confirmaron la decisión. Los argumentos, de la Corte Provincial, para negar la apelación fue que existía otra vía adecuada y eficaz, ya que era caso "típico de legalidad y no de constitucionalidad". Según la Corte Provincial, la impugnación a la acción de personal se debió hacer ante el Tribunal Contencioso Administrativo y no por la vía constitucional.

La Corte Constitucional, por su parte, se planteó el siguiente problema jurídico: ¿vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva por carecer de motivación? La conclusión de la Corte fue que sí, existió vulneración a la tutela judicial efectiva. Pero aún fue más allá, porque dilucidó lo siguiente:

> *El carácter cautelar de residualidad o subsidiariedad de la acción de protección hace que la misma se vuelva viable en forma directa, solo cuando no exista un proceso judicial mejor y más beneficioso para la persona que propone la demanda, pues se entiende que esta acción solamente procede cuando la persona afectada en sus derechos constitucionales no disponga de otro medio de defensa judicial;* ***sin embargo, en el artículo 88 de la Constitución de la República no se le da a la acción de protección el carácter de residual o subsidiaria, como aparentemente lo hace la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debiendo primar en este caso la voluntad del constituyente por encima de cualquier contradicción en una norma secundaria o cualquier ambigüedad del texto****; además, y como criterio fundamental, se debe observar el principio de supremacía de la Constitución señalado en el artículo 424 de la Constitución, que señala:*

> *"La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia probatoria...".*
>
> *Tomando en cuenta estos antecedentes y el principio de aplicación directa de los derechos, y viviendo en un Estado constitucional de derechos y justicia, la Segunda Sala de lo Laboral de* ***la Corte Provincial de justicia de Pichincha debió aplicar la Constitución, y en caso de duda, remitirse a lo que señala el numeral 5 del artículo 11 de la Constitución, que señala: "En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia". En el Estado constitucional de derechos y justicia prima la Constitución sobre la ley, y los derechos sobre cualquier otro aspecto; en el presente caso, la acción de protección planteada por la accionante debió tratar el fondo del asunto por así disponerlo el artículo 88****; de esta manera se ha violado el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la Sala, en sujeción a la aplicación directa de los derechos, debió analizar si los actos impugnados por la accionante son o no violatorios a sus derechos constitucionales, no existe motivación de la sentencia, pues la decisión no ha tratado la parte medular de la demanda* (la negrilla no es parte del formato original del texto).

Esta sentencia es muy progresista en el ámbito de protección de derechos constitucionales. Pues, la Corte Constitucional llega a concluir, indirectamente, que la residualidad de la acción de protección, determinada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es inconstitucional. De acuerdo a esta sentencia la Constitución de Montecristi no le puso ninguna condición a la acción de protección. En cambio esta debía ser un recurso sencillo, directo y eficaz para la reparación a la vulneración de derechos constitucionales, de tal forma que se cumplieran los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Frente a esta discrepancia, la Corte afirma que debe prevalecer la Constitución y no la Ley de Garantías Jurisdiccionales. A partir de esta jurisprudencia los jueces de primera instancia, encargados de resolver las acciones de protección, debieron seguir este parámetro y conocer siempre el fondo de las acciones de protección. Mientras que, si las decisiones de primera instancia se fundamentan únicamente en que existe otra vía

adecuada y eficaz, entonces vulneran el derecho a la motivación al no conocer sobre el fondo de la acción. Esta decisión, fue confirmada en la sentencia sobre la reforma constitucional que es la siguiente en revisarse.

Dictamen de enmienda No. 001-14-DRC-CC

Luego del pedido de reforma constitucional presentado por la Presidenta de la Asamblea Nacional, Gabriela Rivadeneira Burbano, la Corte Constitucional emitió el Dictamen No. 001-14-DRC-CC. En este pedido se pretendía reformar el artículo 88 de la Constitución, referente a la acción de protección. Según el pedido de la Presidenta de la Asamblea Nacional se pretendía aumentar una frase luego del artículo 88 de la Constitución, en la que diría: "*La ley regulará los casos en los cuales se abuse de esta acción y por lo tanto pueda se inadmitida.*" La Asamblea justificaba este pedido considerando que el abuso de la acción de protección desnaturalizaba el fin de la garantía jurisdiccional. Evidentemente este pedido buscaba constitucionalizar la residualización de la acción de protección, y convalidar las limitaciones que la Ley de Garantías Jurisdiccionales imponía a la garantía jurisdiccional.

Pese a estos argumentos, la Corte Constitucional, en su mencionada resolución, consideró que la propuesta de la Asamblea Nacional no era procedente y que su argumentación se equivocaba. Textualmente señaló:

> En el caso concreto, la propuesta de enmienda, sugerida por un grupo de asambleístas, asume que la efectividad y eficacia de la acción de protección, contenida en el artículo 88 de la Constitución, estaría supeditada a una mayor reglamentación constitucional –a priori– de aquellas situaciones en las cuales puede haber abuso de la garantía. En otras palabras, la propuesta desconoce el carácter abierto de las normas constitucionales y principalmente el rol que cumple el resto de la normativa en la regulación de la acción de protección.

Según la Corte Constitucional, esta reglamentación *a priori* no garantizaba ninguna eficacia de la acción constitucional, en cambio la jurisprudencia podía verificar una mejor optimización de la acción de protección, a partir de casos concretos. Así, cuando la Corte Constitucional dilucida sobre el procedimiento hace las siguientes consideraciones:

> ... una norma constitucional no puede contener filtros regulativos que restrinjan el acceso a mecanismos de garantías de derechos constitucionales, puesto que aquello atentaría a la esencia misma del modelo de Estado ecuatoriano...
>
> ***...limitar la garantía a través de filtros regulativos contenidos en la Carta Constitucional comportaría una contradicción con el modelo estatal y con los fines que el mismo persigue**; adicionalmente, se atentaría a otros principios reconocidos en la Constitución como la simplicidad e informalidad de las garantías jurisdiccionales, así como a los compromisos internacionales asumidos por el Estado ecuatoriano...*
>
> ***Siendo así, asumiendo que tanto la enmienda constitucional y reforma parcial de la Constitución no pueden involucrar la restricción de derechos y garantías**, esta Corte dictamina que la presente propuesta pretende una restructuración del objeto directo y eficaz de protección de la garantía jurisdiccional, y por lo tanto, **debe ser objeto de análisis y debate de una asamblea constituyente*** (la negrilla no es parte del formato original del texto).

Sorprendentemente, la Corte defendió la institucionalidad de la acción de protección. Consideró que no se pueden establecer restricciones a esta garantía jurisdiccional y que residualizar la acción implicaría un detrimento al principio de informalidad de las garantías jurisdiccionales y un incumplimiento a los estándares internacionales de derechos humanos. Sin embargo, más adelante decidió irse en contra de todo lo que argumentó en esta resolución.

Sentencia obligatoria No. 001-16-PJO-CC

La última sentencia a revisar es la No. 001-16-PJO-CC. Esta no solo es una sentencia sino un precedente jurisprudencial obligatorio, es decir que pasa a ser fuente del ordenamiento jurídico. Este caso llegó a la Corte Constitucional por su facultad de selección y revisión, prevista en el artículo 436.6 de la CRE. En este caso la Corte Provincial de Justicia de Pichincha concedía la apelación propuesta por Eliseo Sarmiento Valero, representante de la compañía Constitución C.A., contra la sentencia del Juzgado Décimo Tercero de lo Penal,

que negaba la acción de protección propuesta por la compañía en contra del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

Los hechos del caso trataban sobre una contratación pública donde Constitución C.A. prestaba pólizas de seguro a la compañía Constructora del Sur (COSURCA) quien había contratado con el Ministerio de Transporte y Obras Públicas a construir la carretera Alamor-Lalamor, provincia de Loja. Luego, el 24 de noviembre de 2009 el ministerio ordenó la terminación unilateral del contrato, ordenando la ejecución de la garantía de buen uso de anticipo. La compañía Constitución no había renovado el seguro y por este error el Ministerio de Transporte la declaró como contratista incumplida. Contra esta resolución la empresa Constitución C.A. presentó una acción de protección en la que consideraba que se le habían vulnerado los derechos a la libertada de contratación, derecho de propiedad, derecho al debido proceso, derecho a la defensa y derechos a la seguridad jurídica.

Al escoger este caso para revisión, la Corte Constitucional consideró que el problema jurídico era determinar el alcance del contenido de los numerales 1 y 3 del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Aquí viene el primer problema, el análisis no se realizó sobre el rango constitucional, como en cambio si lo hizo la sentencia No. 157-12-SEP-CC, sino que se enfocó en el campo legal. Este fue el camino para constitucionalizar la residualización de la acción de protección.

Luego, la motivación es realmente discordante. La Corte inicia diciendo que el Ecuador es un Estado Constitucional en el que: "... *encuentra su fundamento en el respeto y tutela de los derechos constitucionales, considerados normas directamente aplicables por y ante cualquier servidora o servidor público.*"[2] Hasta esta oración parecería que la Corte busca ampliar la protección de derechos. Sin embargo, luego toma sentencias como las número 016-13-SEP-CC y 041-13-SEP-CC que básicamente se refieren a que la acción de protección solo procede cuando existen vulneraciones de relevancia constitucional, es decir, eufemísticamente, residualización.

2 Sentencia No. 001-16-PJO-CC, punto 27.

Más adelante, la Corte esgrime los siguientes argumentos:

> 42. Del contenido del análisis de la Corte Constitucional se desprende que existen varios requisitos de procedibilidad que se deben observar con el fin de que la activación de la justicia constitucional prospere...
>
> 44. El primer requisito que exige la referida norma de la LOGJCC es la existencia de la vulneración de un derecho constitucional... Si no puede verificarse la existencia de un daño... la acción de protección no procede. *51.* ***En consecuencia, si se trata de una vulneración que ataca a otra dimensión legal, que no tiene relación directa con la dignidad de las personas, por ejemplo los de índole patrimonial****, deberán contar con otros mecanismos jurisdiccionales que permitan resolver adecuadamente sobre la vulneración del derecho en la justicia ordinaria.*
>
> *54. Entonces, es a partir de esas consideraciones que el legislador ha optado por consagrar en el artículo 40 numeral 3 el requerimiento al juez o jueza constitucional de constatar que no existe otros mecanismo de defensa judicial, adecuados y eficaces para proteger el derecho vulnerado, antes de admitir la procedibilidad de la acción de protección.* (la negrilla no es parte del formato original del texto).

En pocas palabras, la Corte dice que para que proceda una acción de protección la jueza o juez debe revisar: 1) que exista un daño verificable; 2) que el daño recaiga sobre derechos constitucionales que estén relacionados con la dignidad del ser humano; 3) que se revise si es que otra garantía jurisdiccional es adecuada para el caso, como el habeas corpus para la libertad; y 4) que se revise si existe otra vía judicial para el caso. En consecuencia, la acción de protección queda residualizada.

Hay algunas observaciones que se deben realizar. Por ejemplo, la Corte considera que el derecho de propiedad (o patrimonial) no tiene relevancia constitucional, lo cual es una completa falacia. La Corte ha dicho que los temas patrimoniales no tienen relación con la dignidad del ser humano, este argumento es completamente erróneo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado en varias sentencias el contenido del derecho de propiedad previsto en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Casos como Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador han considerado

que el derecho de propiedad es un derecho humano, por lo tanto no puede considerarse que no tiene ninguna vinculación con la dignidad humana.

Por otro lado, también se deben atender a las circunstancias del caso concreto; en abstracto no se puede determinar que los asuntos patrimoniales no tienen relevancia constitucional. La Corte Constitucional al decir que los asuntos patrimoniales no tienen relación con la dignidad del ser humano están jerarquizando en abstracto los derechos constitucionales, cosa que Robert Alexy ya analizó que sería imposible; a menos que los derechos fuesen expresables en escalas numéricas calculables. Es imposible jerarquizar los derechos porque sin las circunstancia del caso concreto no se pueden determinar pesos ni intensidades para ponderar (Alexy, 1988, 145-146). Este argumento lo único que demuestra es el grave desconocimiento de la Corte Constitucional en Teoría de Derechos Fundamentales.

A través de un ejemplo podemos evidenciar esta falacia. Supongamos que una mujer, adulto mayor, vive en una pequeña casa. No tiene familia, vive sola y además padece de una enfermedad catastrófica. El municipio decide hacer una obra en la que tendrá que expropiar la casa de la señora. El municipio procede a desalojarla. Ella se rehúsa a salir de su vivienda y propone una acción de protección para proteger su derecho de propiedad sobre el inmueble. En este caso ¿podría un juez decir que el tema patrimonial no tiene relevancia constitucional? Sería contraintuitivo llegar a tal conclusión.

Conclusiones

Finalmente, la Corte, a través de esta jurisprudencia obligatoria, constitucionalizó lo que la Asamblea Nacional quería dentro del pedido resuelto en el dictamen No. 001-14-DRC-CC, residualizó la acción de protección. Además, que desdibujó lo progresista que pudo ser la sentencia 157-12-SEP-CC que argumentaba a favor de la vigencia de los derechos.

Pero ¿Qué significa la residualidad? Significa que existe limitaciones para utilizar la acción de protección y solo procede cuando no exista otra manera para proteger el derecho. La residualidad es una institución compleja que debe ser delineada de tal forma que no perjudique a los usuarios de justicia. Así por ejemplo, en el Perú el profesor Roger Rodríguez Santander explica que no hace falta la demostración del accionante

de que exista otra vía en el ordenamiento jurídico que pueda proteger su derecho constitucional, puesto que esto le corresponde al juez por el principio del *iura novit curia*; sino que solo le corresponde comprobar que existe un factor de urgencia que haga irreparable el daño (Rodríguez, 2005, 113-114).

Sería positivo que la Corte Constitucional del Ecuador, de alguna manera, genere una verdadera política jurisdiccional sobre las garantías jurisdiccionales, en especial sobre la acción de protección, y construya caminos para mejorar la defensa de los derechos y el uso del recurso público (y limitado) de la administración de justicia.

Sin embargo, lo que encontramos en las sentencias que he analizado, en el presente ensayo, son una completa discordancia. Primero, inicialmente la Corte dice que la acción de protección no es ni residual ni subsidiaria y que siempre los jueces deben conocer sobre el fondo del asunto. Luego, la Corte dice que una reforma que limite la garantía jurisdiccional "acción de protección" requeriría de una Asamblea Constituyente. Y finalmente, a través de una sentencia residualiza la acción de protección.

En la Corte Constitucional del Ecuador se encuentra una constante: la ausencia de precedentes coherentes[3]. Al parecer, los precedentes son una camisa de fuerzas ya que, según el principio *stare decisis*, son obligatorios de seguir por la misma institución o en caso de apartarse de ellos deben motivar de forma sólida porque lo hacen[4]. Pero, la ausencia de precedentes le permite a la Corte tomar cualquier decisión que sea favorable al poder político. Bien puede ella decir que es progresista en cuanto a la protección de derechos y en el instante siguiente limitar derechos de forma regresiva. Por estas razones, para la Corte Constitucional del Ecuador la sumatoria de dos más dos no es cuatro, sino cuánto quiere el poder político que sea.

---

3 Así por ejemplo analicé en otro trabajo sobre la enmienda constitucional propuesta por el colectivo "Rafael contigo siempre" en donde la Corte Constitucional no utilizó los principios de interpretación constitucional de Konrad Hesse, pero en otras sentencias son utilizadas a la perfección. También se puede ver en el caso de las citas recurrentes a Carlos Bernal Pulido, pero apartándose completamente a la tesis de sustitución de la Constitución en el caso de la aprobación de la reelección indefinida.

4 Para un análisis sobre los precedentes véase Núñez, Diego. *La casación en el Estado Constitucional del Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2014.

BIBLIOGRAFÍA

Núñez, Diego (2014). *La casación en el Estado Constitucional del Ecuador.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Alexy, Robert (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica.* Madrid: DOXA.

Rodríguez, Roger (2005). Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.°2 del Código Procesal Constitucional peruano. Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina, N.°2, Año 1. Agosto-diciembre, 113-114.

B.

DERECHO PENAL

CENSURA A LA CRÍTICA Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN A TRAVÉS DE UN NEO-PUNITIVISMO PROHIBIDO

Felipe Rodríguez Moreno[1]

Resumen: *Desde aproximadamente el año 2009 se instauró en el Ecuador un uso excesivo y abusivo del Derecho Penal para acallar las voces disidentes, críticas e incluso informativas, frente a las cuales, para sepultarlas, se empezó a utilizar el poder punitivo privado, a través de acciones por calumnias o injurias, en contra de todo aquel que ose a hacer uso de la libertad de expresión y de información para fiscalizar u opinar sobre sus representantes. Aquel poco lejano tiempo del duelo entre ofendidos fue superado inicialmente por una madurez social hacia la crítica y hacia una tolerancia mínima hacia la crítica o a los juicios de valor ajenos, empero, hemos visto como el actual gobierno no permite que nadie hable mal de ellos, que nadie siquiera insinúe que existen casos de corrupción y por lo mismo, se creó una nueva institución de intolerancia sobre la base de la eliminación al escrutinio público que todo personaje público debería estar sometido. En este sentido, podemos plantearnos algunas interrogantes para poderlas responder en el transcurso de este análisis: ¿Pueden los ciudadanos denunciar casos de corrupción? ¿Qué sucede cuando el honor de un personaje público se ve afectado por una denuncia de corrupción o una crítica hacia su gestión? ¿Está permitido por el ordenamiento jurídico utilizar al Derecho Penal para perseguir a quienes denuncian, informan o se expresan contra el régimen?*

1. Libertad de información

Empecemos por conceptos para entender cuáles son los derechos en colisión, y así debemos iniciar con el análisis del Derecho Padre: la

---

1 Abogado por la PUCE. Ph.D (Cum Laude) en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla. Máster en Derecho Penal y Especialista Universitario en Victimología por la Universidad de Sevilla. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. *Master di II livello in "Argomentazione giuridica* por la Università degli Studi di Palermo. Especialista en Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Dogmática Penal Alemana por la Georg-August Universität Göttingen. Autor de 4 libros de Derecho Penal.

libertad de expresión, el cual conlleva la libertad de expresarse libremente, porque comunicar opiniones e ideas es un derecho humano fundamental y uno de los pilares sobre los que se sustenta la democracia[2].

La libertad de expresión confiere al individuo la posibilidad de emitir juicios de valor, tanto positivos como negativos, ideas, pensamientos, opiniones, criticas en general, aun cuando las mismas sean desabridas y puedan molestar, inquietar o disgustar a su destinatario[3].

Por lo que hace su fundamentación, la libertad de expresión es presentada como la plataforma necesaria para que el individuo pueda alcanzar la verdad, sirviendo entonces como cauce pacífico para manifestar las discrepancias de los individuos propios de toda sociedad plural.

Se debe igualmente considerar que sin libertad de expresión no existe la libertad de prensa (escrita, radial, audiovisual y digital) y por esta razón está indisolublemente ligada a la libertad de información, a la libertad académica y a la democracia[4]. La libertad de expresión es, entonces, el origen de otros derechos, por lo que, pese a tener un grado jerárquico igualitario, fácticamente su respeto es indispensable para que se respeten otros derechos, lo que le da una preeminencia innegable.

Este derecho esta reconocido por los Arts. 21, 23, 39, 45, 57, 66, 96, 378, 384 de la Constitución, Art. 19 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, Art. 13 Declaración Americana de Derecho Humanos, entre otros.

Ahora, en cuanto al derecho a la libertad de información podemos decir lo siguiente: este derecho comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos; tiene normalmente

2 Páez, Tomás, (2013), *Libertad de expresión, democracia y propiedad*, Derecom, ISSN-e 1988-2629, N°. 12 (dic-feb), p. 33. Así también en Lorente López, María Cristina, (2015), *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, Thomson Reuters, Arazandi, Pamplona, p. 69.

3 Lorente López, María Cristina, *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, op. cit. p. 70.

4 Páez, Tomás, *Libertad de expresión, democracia y propiedad*, op. cit. p. 33.

como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo[5].

El objeto de esta libertad consiste, entonces, en el derecho a comunicar información veraz (no verdadera) por cualquier medio de comunicación y el derecho recíproco a recibir dicha información[6], por lo que el soporte no importa pero sí el contenido[7].

La distinción básica entre libertad de expresión y libertad de información reside en el objeto de cada una: así, mientras el contenido de la libertad de expresión son los pensamientos, ideas y opiniones (juicios de valor), el objeto del derecho a la libertad de información son los hechos que puedan considerarse noticiables[8].

Se puede decir que la libertad de expresión encuentra su límite en la <<necesidad>> de las expresiones, opiniones, o ideas injuriosas, o dicho de otro modo, serán ilegítimas las expresiones que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa o sea innecesariamente hirientes para la dignidad y el honor de terceros[9].

Sin información no hay opinión[10] y en este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Alemán: "*La libertad de información es, precisamente, el derecho a informarse. Por otra parte, este derecho de libertad es el presupuesto de la formación de la opinión que precede*

---

5 Lorente López, María Cristina, *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, op. cit. p. 72.

6 Sanjurjo Rebollo, B., (2009), *Manual de Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid, p. 67.

7 Lorente López, María Cristina, *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, op. cit. p. 72.

8 Laurenzo Copello, Patricia, (2001), *Los delitos contra el honor*, op. cit., p. 71. En este mismo lineamiento Luzón Cuesta: "*Como regla general se impone el criterio de que la libertad den juego será la de expresión cuando su ejercicio haya supuesto la exteriorización de pensamientos, ideas u opiniones, con inclusión de las creencias y de los juicios de valor; se tratará en cambio, de libertad de información cuando lo publicado verse sobre hechos que puedan considerarse noticiables.*" en Luzón Cuesta, José María, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 18va edición, Dykinson S. L., Madrid, p. 122.

9 Laurenzo Copello, Patricia, *Los delitos contra el honor*, op. cit., p. 72.

10 Álvarez García, Francisco Javier, (1999), *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant lo Blanch, Alternativa, Valencia, p. 88.

a la expresión de ésta. Pues sólo la información completa posibilita una libre información y expresión de la opinión tanto para el individuo como para la sociedad.[11]"

Ahora bien, este derecho tiene sus límites, esto es, el honor ajeno, pero como veremos, ese límite se extiende cuando el titular del honor es una personalidad pública.

2. Derecho al honor

No se puede empezar a analizar el honor desde el plano jurídico sin previamente establecer de forma contundente que el honor es contexto; es sabido por todos que en realidad todo es contexto, incluso el uso de las palabras que utilizamos todos los días; como ejemplo una palabra puede ser considerada una afrenta en un contexto, o ella misma puede ser un desahogo o incluso un piropo.

Como mero ejercicio léxico podemos partir de la definición de honor que nos trae la Real Academia Española: "*Cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo; Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea; Obsequio, aplauso o agasajo que se tributa a alguien.*[12]"

Existen principalmente dos tipos de honor, el subjetivo y el objetivo; En el aspecto subjetivo, el honor estriba en la personal apreciación que de sí mismo tiene el individuo[13], "*como la valoración propia de cualidades personales, el concepto que uno tiene de su propia valía*"[14]. Es decir, estamos frente a un plano interno psicoló-

11 Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, Verg, t 27, p. 71.

12 Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, "Honor".

13 Rodríguez Sanabria, Vladimir, (2007), *Estudios acerca del honor como objeto de protección penal*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, p. 66.

14 Vargas P., Tatiana, *Del Honor*, en Beccaria, Cesare, (2011), *Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios*, Edición de Aniversario por los 250 años de De los delitos y de las penas, Editorial B de F, Buenos Aires, 114.

gico[15], lo cual es un honor basado en la <<autoestima>>[16]. Este honor subjetivo (inmanencia) está entonces vinculado a la valoración social que el individuo se auto-confiere[17].

Desde el plano objetivo, el contenido del honor se basa en la consideración que tengan las demás personas respecto al individuo[18], que es, entonces, una "*valoración social de cualidades que se atribuyen a una persona, a modo de fama, crédito o buen nombre*"[19] Es decir, estamos frente a un plano externo social[20]. Esto es un honor basado en la <<heteroestima>>[21], que es lo mismo que la concreta consideración o estima de la que goza una persona en la vida social, esto es, su reputación social, dato sociológico que se funda en la posición social y en otras variables dependientes o no de su titular[22].

Al Derecho Penal única y exclusivamente le importa el honor objetivo, no el subjetivo, por cuanto solo el honor objetivo se considera que nos permite ejercer otros derechos, principalmente el del libre desarrollo de la personalidad; en una sociedad en la que uno goza de estima y apreciación puede vivir y progresar; en el caso contrario, el ser humano se ve limitado por la barrera del desprecio social, y es por esto que solo se considera que hay lesividad en el campo penal cuando la honra de una persona se afecta objetivamente.

---

15 Rodríguez Sanabria, Vladimir, *Estudios acerca del honor como objeto de protección penal*, op. cit., p. 66.

16 Carmona Salgado, Concepción, (2012), *Calumnias, injurias y otros atentados contra el honor: Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Colección: Delitos, 92, Valencia, p. 31.

17 Así la jurisprudencia española: Sentencia del Tribunal Supremo 86/2010 de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1782); Sentencia del Tribunal Supremo 742/2012, de 04 de diciembre (RJ 2013, 195); Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 435/2012, de 03 de octubre (RJ 2013, 12592); Así también en Lorente López, María Cristina, *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, op. cit. p. 48.

18 Rodríguez Sanabria, Vladimir, *Estudios acerca del honor como objeto de protección penal*, op. cit., p. 66.

19 Vargas P., Tatiana, *Del Honor*, en Beccaria, Cesare, *Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios*, Edición de Aniversario por los 250 años de De los delitos y de las penas, op. cit. p. 114.

20 Rodríguez Sanabria, Vladimir, *Estudios acerca del honor como objeto de protección penal*, op. cit., p. 66.

21 Carmona Salgado, Concepción, *Calumnias, injurias y otros atentados contra el honor: Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, op. cit. p. 31.

22 Laurenzo Copello, Patricia, *Los delitos contra el honor*, op. cit. p. 16.

Lo anterior, además, está apegado a que una persona puede tener un honor subjetivo irreal o extremadamente sensible. Es posible que un hombre que golpea salvajemente a su esposa e hijos y que trafica droga sea despreciado por la sociedad pero que su autoestima le diga que nadie tiene más honra y buen nombre que él. Con esto quiero decir que no se puede proteger el honor subjetivo precisamente por lo subjetivo que resulta. Incluso puede ocurrir lo contrario, que alguien que goza de gran aprecio social tenga muy baja autoestima y se sienta sin honra.

3. Derecho a criticar e informar

Ahora, bien, una vez analizados brevemente estos conceptos, es importante entender que con el uso de la libertad de información los ciudadanos tienen el derecho a criticar, informar e incluso denunciar casos de corrupción y así lo ha determinado la jurisprudencia de cumplimiento obligatorio para el Ecuador.

Lamentablemente, principalmente en la última década, con la aparición de aquello que han denominado "Socialismo del Siglo XXI", el avance del poder político en la tentativa (y consumación) de silenciar a los medios de comunicación se ha convertido en una constante[23], pero lo mismo ha sucedido en Italia y en España con sus respectivos proyectos

23 Solo basta con ver dos ejemplos puntuales: 1) El gobierno de Hugo Chávez, en Venezuela creó el CESNA (Centro Situacional de la Nación), un organismo desconcentrado del Ministerio de Relaciones Interiores y Justicia, cuya función central es la de declarar el carácter de reservado, clasificado o de divulgación limitada, de cualquier información, hecho o circunstancia. Según la Gaceta Judicial No. 39.436, el CESNA es el encargado de recopilar, procesar y analizar de manera permanente, la información proveniente de las distintas salas situacionales u órganos similares de las instituciones del Estado y de la sociedad sobre cualquier aspecto de interés nacional, con el objetivo de proveer de apoyo analítico-informativo al Ejecutivo; 2) En Ecuador, Rafael Correa Delgado creó la SECOM (Secretaría Nacional de Comunicación), que tiene como visión "*Ser la institución del Gobierno que fomente la democratización de la comunicación en el país, generando nuevos espacios de información y difusión con atributos de calidad, veracidad y cercanía a todos los ciudadanos y ciudadanas del Ecuador.*" También magnificó las atribuciones de la SUPERCOM (Superintendencia de Comunicaciones), que se dedica a "*Ser el organismo técnico y autónomo, que lidera la vigilancia y control permanente del cumplimiento de los derechos de la información y comunicación.*" Estos dos organismos llevan años dedicándose a sancionar a todo aquel que ofenda al régimen, incluso a caricaturistas como Bonil, pues han llegado a considerar que incluso el *animus jocandi* es *injuriandi*.

"Ley Mordaza". Estas conductas son clásicas de dictaduras[24] o de dictaduras disfrazadas de democracias.

Esta invasión del Estado en áreas tan estratégicas y sensibles nos muestran el desprecio de las más altas esferas del poder a las opiniones ajenas, que son la máxima manifestación de libertad en una sociedad democrática y pluralista[25].

4. Especial tratamiento al honor de personajes públicos

Si bien la norma penal ecuatoriana (calumnias e injurias) no hace excepciones sobre el honor según la persona, la doctrina y jurisprudencia si han sido enfáticas en este punto. Tanto así que se ha comprendido que dentro de un marco democrático, quien libremente ha decidido ser figura pública (cargo público se engolaba a los funcionarios y empleados públicos de todo tipo, desvinculando el grado de notoriedad de estas personas[26]), como artistas pero principalmente políticos, voluntariamente someten su vida al público, esto es, aceptan estar bajo la lupa de la crítica social, bajo un verdadero y tenaz escrutinio público.

No sería posible de entender que, por ejemplo, un Presidente Constitucional, no tolere críticas sobre su mandato por parte de sus electores, y en todo caso, de sus representados. Desde el otro lado, los ciudadanos tienen derecho a criticar a sus representantes, aunque critiquen sin razón, y a decir así sus opiniones frente a las actuaciones de estos.

---

24 López Peregrín, Carmen, (2000), *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 108 y 109. Así también en Laurenzo Copello, Patricia, *Los delitos contra el honor*, op. cit. p. 51.

25 Buompadre, Jorge Eduardo, (2010), *Delitos contra el honor*, Astrea, Buenos Aires, p. 32.

26 Castilla Barea, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Arazandi, Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 257; La Sentencia del Tribunal Supremo Español de 17 de diciembre de 1997 define que personaje público como concepto no se limita a los individuos que, como los políticos, ejercitan una función pública, sino que abarca a todas aquellas personas con <<proyección pública>> por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por sus relaciones sociales, etc.

Esto puede ir desde las críticas más leves hasta las más groseras, como por ejemplo, si están haciendo ampliaciones en las vías púbicas cerca de mi casa y se supone que debían durar seis meses pero van dos años y no terminan, tengo derecho a decir "*este gobierno es mentiroso, irresponsable, incumple su palabra*" o por ejemplo "*el Alcalde es un inútil, incapaz de cumplir una promesa, es un payaso que ni una carretera puede construir*".

Ahora, hay un punto de especial relevancia y es si es que además de que estos personajes están sometidos a un escrutinio de su vida pública, también lo están de su vida privada. ¿Tienen derecho a que se respete su vida privada los personajes públicos? La respuesta a la pregunta anterior es: tienen derecho a que se respete su vida privada, siempre y cuando esta no influya de modo alguno en su vida pública.

Hay casos clarísimos sobre asuntos privados de estos personajes que con todo derecho pueden ser objeto de las más duras críticas públicas. Por ejemplo, todos recordarán que el Obispo Católico, Fernando Lugo, llegó a la presidencia de Paraguay (2008 – 2012), quien sin duda fue electo, entre otras cosas, por ser un hombre de fe, a quien se creía probo, transparente e intachable por su alto cargo religioso, no obstante, es conocido por todos que tuvo que reconocer a cuatro hijos los cuales habría procreado mientras era clérigo. Esto evidentemente es una violación flagrante a su voto de castidad. Cualquier paraguayo o persona está en la libertad de criticarlo fuertemente, porque se entiende que ese "pecado" es inadmisible en quien creían tan puro. ¿Recuerdan que Lugo haya querellado a quienes lo criticaron por esto? Para nada.

Algo muy similar le sucedió a Bill Clinton y Mónica Lewinsky. Lo que haga o deje de hacer una persona con su vida sexual no puede salir a la luz, y si sale no puede ser objeto de críticas porque sería una abuso de la libertad de expresión. Incluso me atrevo a decir que la infidelidad (adulterio) es un asunto privado y no le incumbe a la sociedad, pero cuando dicha vida sexual tachable pertenece a un funcionario público, todo cambia. El pueblo espera de su presidente una vida intachable, honrosa, esto es, esperan que sea un ejemplo a seguir de los valores sociales y familiares que se intenta inculcar en la sociedad, pero si ese presidente mantiene relaciones sexuales con su secretaria pierde calidad moral para hablar precisamente de moral a sus ciudadanos y por lo mismo podemos criti-

carlo. ¿Recuerdan que Clinton haya iniciado acciones penales en contra de quienes lo atacaron públicamente por esto? Para nada.

En estos casos ejemplificativos queda claro que todos tenemos derecho a escribir e incluso criticar y denunciar públicamente los actos privados de funcionarios públicos, porque ellos, al libremente decidir ser funcionarios públicos, conocían que se sometían a las cámaras, a los ojos de todos.

El funcionario público acepta, de entrada, que sus actos estén a la vista de todos y así renuncia, irrefutablemente, a gran parte de su intimidad personal y familiar y así lo ha establecido la jurisprudencia nacional e internacional[27].

Por esto el Tribunal Constitucional Español afirma contundentemente que cuando los titulares del honor "*son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública*" las libertades de expresión e información adquieren "*máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita proporcionalmente como límite externo*"[28].

Por ejemplo la Corte Suprema de Justicia de Argentina determinó en el caso "*Patitó*" que tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieren intervenido en asuntos de relevancia pública, cuando la noticia tuviere expresiones

---

27 Sin perjuicio de que veremos las sentencias más relevantes de carácter internacional, es importante mencionar en este punto los precedentes españoles al respecto, para quienes quieran ahondar en el tema: entre la jurisprudencia más reciente aluden al citado conflicto y a los criterios de ponderación y solución del mismo, tenemos las siguientes resoluciones: STC de 26 de octubre de 2009 (Tol 1445207); y SSAP de Palencia, de 29 de julio de 2002 (Tol 201718); Sevilla, de 31 de julio de 2003 (Tol 313258); Barcelona, de 10 de mayo (Tol 1175948) y 26 de octubre de 2007 (Tol 1236257); STC de 20 de septiembre de 2004 (Tol 500191); y STS de 2 de octubre de 2003 (Tol 117698); Alicante, de 22 de enero de 2004 (Tol 339708); Ciudad Real, de 21 de noviembre de 2005 (Tol 778826); Madrid, de 17 de enero de 2005 (Tol 784083); Granada, de 9 marzo de 2005 (Tol 666921); Guipúzcoa, de 22 de diciembre de 2006 (Tol 1077009); Barcelona, de 3 de septiembre de 2007 (Tol 1213255); Málaga, de 19 de noviembre de 2007 (Tol 1270685); Huelva, de 3 de marzo de 2008 (Tol 1376215); Navarra, de 4 de marzo de 2008 (Tol 1362741); y Madrid, de 7 de mayo de 2008 (Tol 1367205). Vid. También al respecto las SSJP Nº 2 de Valencia, de 3 de junio de 2009 (Tol 156493).

28 Sentencia del Tribunal Constitucional 8-6-88, No. 107/1988. En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia Español 3-6-88, RJ 1988/4430.

falsas o inexactas, los que se consideren afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y que obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad[29].

La investigación periodística, colectivos ciudadanos o personas individuales desempeñan un rol de suma importancia en la transparencia que exige un sistema republicano[30] y democrático. El excesivo rigor y la intolerancia al error llevarían a la autocensura, lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes[31].

Ahora bien, para que la libre expresión sobre un personaje público tenga mayor peso que el derecho al honor de este, es importante que exista interés púbico de los pensamientos, ideas u opiniones que se emiten[32]. Es por esto que tenemos, por ejemplo, estos precedentes jurisprudenciales:

> *Quedarán amparadas en el derecho fundamental a la libertad de expresión aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público, en la medida en que no que no sean absolutamente vejatorias o formalmente injuriosas*[33].
>
> *La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública [...] En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la*

29 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) de 10 de agosto de 2010 en el caso "Locles, Roberto J. c/Arte Gráfico Editorial S.A., Ernestina Herrera de Noble y Rogelio J. García Lupo", L. 858, XLII.

30 Buompadre, Jorge Eduardo, *Delitos contra el honor*, op. cit. p. 27.

31 Buompadre, Jorge Eduardo, *Delitos contra el honor*, op. cit. p. 27.

32 De Verda y Beamonte, José Ramón; Vidal Alonso, Javier, (2005), *Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): El interés público de la noticia*, en De Verda y Beamonte, José Ramón (Coord.), *Derecho al Honor: Tutela Constitucional. Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, Thomson Reuters, Arazandi, Pamplona. p. 153.

33 Sentencia del Tribunal Constitucional Español 9/2007, de 15 de enero.

> *libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado*[34].

Se debe dejar completamente claro que la sola evidencia de un daño real al honor no puede hacer presumir la existencia del elemento subjetivo en la responsabilidad del colectivo ciudadano que denuncia casos de corrupción. No es necesario crear otro estándar para juzgar delitos contra el honor por meras opiniones[35], sin que sólo serán ilícitas las expresiones absolutamente vejatorias a la honra que resulten innecesarias[36].

Estas conclusiones a las que se llegan con facilidad denotan la consideración de un marco de debate público sobre temas de interés general, que admiten ser clasificados como opiniones *per se*, y que no dan lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado; no se daña la reputación de estas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente por medio de la difusión maliciosa de información falsa[37].

Es así que los jueces, al administrar justicia, deben entender que no puede haber responsabilidad alguna por la crítica, la denuncia o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, dado que toda sociedad que sea pluralista y diversa, necesita del debate democrático que se nutre de las opiniones, teniendo como meta la paz social[38].

Esta línea de pensamiento ha sido ratificada judicialmente por la Corte Suprema de la Nación de Argentina en el caso "Costa", en cuya sentencia se estableció que la protección del honor de personalidades públicas debe ser atenuada cuando se discuten temas de interés público, en

---

34 Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 23 de febrero de 2013.

35 Buompadre, Jorge Eduardo, *Delitos contra el honor*, op. cit. p. 29.

36 De Verda y Beamonte, José Ramón; Vidal Alonso, Javier, *Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión*, en De Verda y Beamonte, José Ramón (Coord.), *Derecho al Honor: Tutela Constitucional. Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, op. cit. p. 155.

37 Buompadre, Jorge Eduardo, *Delitos contra el honor*, op. cit. p. 29. En este mismo sentido De Verda y Beamonte, José Ramón; Vidal Alonso, Javier, *Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión*, en De Verda y Beamonte, José Ramón (Coord.), *Derecho al Honor: Tutela Constitucional. Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, op. cit. p. 158, establecen que "*Al igual que sucede con la libertad de información, en el ámbito que nos ocupa, los personajes públicos, en particular los políticos, deben sufrir un mayor riesgo de lesión de sus derechos de la personalidad.*"

38 Buompadre, Jorge Eduardo, *Delitos contra el honor*, op. cit. p. 29.

comparación al a protección que se brinda a simples particulares. Este principio se funda –para el máximo órgano de Administración de Justicia de Argentina– en que las personalidades públicas tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones, pero además, que los personajes públicos voluntariamente se exponen a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias.

En este mismo sentido la Corte Suprema Argentina es contundente al señalar que, por el contrario, deberá prevalecer el derecho al honor sobre la libertad de expresión cuando se trate de acciones privadas, esto es, cuando se trate de cuestiones entre particulares que no tengan vinculación con asuntos de interés general[39].

Incluso el Tribunal de Estrasburgo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en los casos Jerusalem[40] vs. Austria y Delfi vs. Estonia[41], ha sido enfático en que "*los límites aceptables de la crítica son más amplios en el caso de un político en el ejercicio de su actividad pública, que en el caso de individuos particulares, puesto que los primeros inevitables y conscientemente se someten al examen de palabra y de hechos que realizan tanto periodistas como público en general.*"

Ahora bien, todo esto nos obliga a plantearnos una nueva pregunta: ¿qué acarrea o significa <<interés público>>? Con mucha frecuencia se acude a la condición pública de la persona implicada, respecto de la cual se justifica el debilitamiento de su derecho al honor en la medida en que "todos los personajes públicos aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas", sin embargo, no es la condición de <<personaje público>> la que constituye el <<interés público>>, sino la naturaleza y coyuntura de los hechos u opiniones transmitidas[42].

---

39 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) 310:508 en el caso Costa.

40 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de febrero de 2001, caso: Jerusalem vs. Austria.

41 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de octubre de 2013, caso: Delfi vs. Estonia.

42 Es importante mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 336/1993, de 15 de noviembre, que establece que *"[...] cuando se ejercita la libertad de expresión [...] los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones que si se tratase de particulares sub proyección pública."*

Pongamos un ejemplo de lo anterior: la palabra "ignorante" *per se* significa desconocer algo, por lo cual, fríamente, podemos decir que todos somos ignorantes. Así, el arquitecto es ignorante en asuntos jurídicos y el jurista es ignorante de sistemas e infraestructuras de represas eléctricas, no obstante, llamar "ignorante" públicamente a una persona siempre resulta ofensivo, por lo que se podría afectar el honor de dicha persona, sin embargo, llamar "ignorante" al Ministro de Cultura porque por ejemplo desconoce el número de grupos étnicos que tiene su país, no puede afectar su honor, aun cuanto más es el primer llamado a conocerlo y si lo desconoce e ignora entonces ese dato es de trascendencia pública y deberá soportar ser llamado "ignorante" reiteradamente.

Las figuras públicas deben tener esto muy claro y se los digo frontalmente: usted decidió, sin presiones, de forma libre, voluntaria y consciente, someterse a un escrutinio púbico, someterse a la crítica social, renunciar a la privacidad de su vida para abrirse a toda la población. Usted aceptó, como figura pública permanente o coyuntural, ser criticado, ser analizado, ser fiscalizado, ser observado. Usted aceptó rendir cuentas, usted aceptó que incluso se hagan comentarios injustos sobre usted. Si esto no le gusta, huya a un país comunista, pero si quiere vivir en un país democrático en el que usted también exige poder opinar con libertad sobres sus congéneres, entonces soporte el contenido del rol que decidió jugar.

Situado el conflicto en el plano de la antijuridicidad, corresponde preguntarse qué solución darle y qué pautas utilizar, o como utilizar dichas pautas, para que un derecho se imponga sobre el otro en un caso concreto, y para ello se deberá hacer una ponderación de intereses en concreto, analizándolo casuística y legalmente conforme los conceptos y posiciones jurídico-dogmáticas establecidas en este capítulo.

Para esto debe tomarse en especial consideración:

El contexto en que se producen las expresiones. Tiene especial importancia para la calificación de las mismas el medio en que se vierten y las circunstancias que la rodean[43].

---

43 Lorente López, María Cristina, *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, op. cit. p. 80.

La proyección pública de la persona que se siente ofendida, que la haber optado libremente por tal condición, debe soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos a la personalidad[44].

La gravedad de las expresiones objetivamente consideradas, que no deben llegar al tipo penal por un lado, ni tampoco ser meramente intrascendentes, por otro. Esto quiere decir que también debe existir cierto grado de tolerancia (de todos) a la crítica[45].

Existen dos tipos de valoración a la hora de ponderar derechos frente a una colisión entre la libertad de información y el derecho al honor. En primer lugar, se debe abalizar el <<peso en abstracto>>; en segundo lugar, el <<peso relativo>> de cada uno de estos derechos[46], lo cual se explica mejor a continuación:

1° La técnica de ponderación exige valorar en <<peso en abstracto>> de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige todo principio democrático[47].

2° La técnica de valoración exige valorar, en segundo término, el <<peso relativo>> de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión[48], y desde esta perspectiva se debe seguir los siguientes criterios:

a) La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general; o, si la noticia se proyecta

---

44 Idem.

45 Lorente López, María Cristina, *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, op. cit. p. 80.

46 Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 6 de marzo de 2013 (JUR 2013, 123617).

47 De Verda y Beamonte, José Ramón; Vidal Alonso, Javier, (2005), *Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): El interés público de la noticia*, en De Verda y Beamonte, José Ramón (Coord.), *Derecho al Honor: Tutela Constitucional. Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, Thomson Reuters, Arazandi, Pamplona. p. 86.

48 Idem.

sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública. De ser este el caso entonces el peso de la libertad de información es mayor que el peso del derecho al honor[49].

b) Para que pueda prevalecer la libertad de información sobre el derecho al honor se exige que la información cumpla el requisito de veracidad (que vimos en el anterior subcapítulo), a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege únicamente la emisión de opiniones[50].

c) La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado[51].

Pero para no quedarnos solo en doctrina jurídica y en jurisprudencia comparada, pasemos a ver que dice la jurisprudencia obligatoria para el Ecuador:

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es de cumplimiento obligatorio para el Ecuador por la ratificación del artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre la competencia de la Corte IDH. El 24 de julio de 1984 Ecuador reconoció la vigencia de los artículos 45 y 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante Decreto No. 2768, de 24 de julio de 1984, publicado en el Registro Oficial No. 795 del 27 del mismo mes y año.

Veamos entonces, sobre este aspecto, que dice la jurisprudencia obligatoria para el Ecuador, principalmente enunciaré los 5 puntos principales que establecen las siguientes sentencias: Baruch Ivcher Bronstein

---

49 De Verda y Beamonte, José Ramón; Vidal Alonso, Javier, *Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): El interés público de la noticia*, en De Verda y Beamonte, José Ramón (Coord.), *Derecho al Honor: Tutela Constitucional. Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, op. cit. pp. 86 y 87.

50 De Verda y Beamonte, José Ramón; Vidal Alonso, Javier, *Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): El interés público de la noticia*, en De Verda y Beamonte, José Ramón (Coord.), *Derecho al Honor: Tutela Constitucional. Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, op. cit. p. 87.

51 Idem.

versus Perú; Herrera Ulloa *versus* Costa Rica; Kimel *versus* Argentina; y "La última tentación De Cristo" (Olmedo Bustos *versus* Chile), y Caso Ricardo Canese *versus* Paraguay.

En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Estas dos dimensiones deben garantizarse en forma simultánea.[52]

[...] *los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al gobierno que en relación a un ciudadano privado o inclusive a un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública*[53].

[...] las disposiciones penales sobre difamación, calumnias e injurias tienen por objeto un fin legítimo en Costa Rica, pero cuando se sancionan penalmente las conductas que involucran expresiones sobre cuestiones de interés público, se está ante la vulneración del artículo 13 de la Convención, pues no existe interés social imperativo que justifique la sanción penal. La aplicación de las leyes de privacidad dentro del derecho interno debe ajustarse a los estándares internacionales que exigen un adecuado balance entre la protección de la privacidad y la honra y el resguardo de la libertad de expresión[54].

---

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein, (Baruch Ivcher Bronstein Vs. Perú), Sentencia de 6 de febrero de 2001, Párrafo 146.

53 *Sürek and Özdemir versus Turkey* citado por Baruch Ivcher Bronstein *versus* Perú.

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, Párrafo 101.2.b

[...] el Estado debe abstenerse de censurar la información respecto de actos de interés público llevados a cabo por funcionarios públicos o por particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, dado que éstos deben demostrar mayor tolerancia a las críticas, lo cual implica una protección de la privacidad y la reputación diferente que la que se otorga a un particular[55].

[...] la libertad de expresión e información [...] debe extenderse no solo a la información e ideas favorables, consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes o perturben. [...] Los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al Estado que en relación a un ciudadano privado e inclusive a un político. En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Estado deben estar sujetas a un escrutinio riguroso, no sólo por parte de las autoridades legislativas y judiciales, sino también por parte de la prensa y de la opinión pública[56].

Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público[57].

En el presente caso, las declaraciones por las que el señor Canese fue querellado, efectuadas en el marco de la contienda electoral y publicadas en dos diarios paraguayos, permitían el ejercicio de la libertad de expresión en sus dos dimensiones. Por un lado permitían al señor Canese difundir la información con que contaba respecto de uno de los candidatos adversarios y, por otra parte, fomentaban el intercambio de información con los electores, brindándoles mayores elementos para la formación de

---

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, Parrafo 101.2.c

56 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1992 en el caso de *Castells v Spain*. Párrafos 42 y 46. Citado por Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

57 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, Párrafo 129.

su criterio y la toma de decisiones en relación con la elección del futuro Presidente de la República[58].

En fin, en todas estas sentencias se condenó a los Estados que permitieron que a través del Poder Judicial se sancionara penal e incluso civilmente a quienes criticaron o denunciaron a funcionarios públicos, y se sentó así este innegable precedente: ningún juez puede condenar a quien denuncia un caso de corrupción o quien critica a sus mandantes (siempre y cuando lo haga en legítimo y honesto derecho a la libertad de expresión), por lo mismo, me atrevo a decir que el político que se atreva a denunciar, querellar o demandar a sus críticos, debe ser sancionado judicialmente, porque no puede censurar con el poder punitivo del Estado la crítica y fiscalización a la que voluntaria y constitucionalmente se sometió.

5. Persecución ilegal a ciudadanos que critican o denuncian al régimen

El tipo penal de calumnia tiene además algo llamado la *exceptio veritatis*, que quiere decir que quien probare la veracidad de sus afirmaciones no será sancionado por dicho delito, sin embargo, en el caso que nos ocupa, cuando se trata de una imputación de relevancia pública y sobre un personaje público, la *exceptio veritatis* se simplifica a que la mujer del Cesar no solo debe ser, sino también parecer. ¿A qué me refiero? A que puedo criticar, fiscalizar e incluso denunciar públicamente un funcionario público cuando lo hago en legítimo ejercicio de mi derecho a la libertad de expresión y o de información.

Así, si por una hidroeléctrica el Estado pagó cuatro veces su precio normal y verifica que hubo sobreprecio, los ciudadanos estamos legitimados a decir: "El Ministro de Energía deberá responder por peculado", y conforme a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citadas este no podrá querellar por calumnias a quien transmite esa noticia, precisamente porque como vimos, los personajes públicos están sometidos al escrutinio público y deben ser más tolerantes a las críticas e imputaciones que se les haga en razón de su cargo.

---

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese *Vs.* Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Párrafo 81.

Esto nos lleva a concluir que cuando se imputa un delito a un funcionario público y se lo hace sin el ánimo de mancillar su honor sino en ejercicio de la libertad de información, no se requiere de sentencia condenatoria ejecutoriada como prueba de la verdad o *exceptio veritatis*, sino que el simple ejercicio de la libertad de información se impone sobre el derecho al honor y ningún juez puede, en estos casos particulares, condenar por calumnia a quien ejercicio su derecho a la libertad de información.

El juez que ose a condenar por calumnias en estos casos estaría contraviniendo, pisoteando y desconociendo de forma directa los precedentes jurisprudenciales que le obligan a absolver, esto es, estaría inaplicado dolosamente las siguientes Sentencias: de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1. Baruch Ivcher Bronstein *versus* Perú; 2. Herrera Ulloa *versus* Costa Rica; 3. Kimel *versus* Argentina; 4. "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos *versus* Chile).

El juez que condene a un querellado por calumnias por expresiones proferidas en un contexto de interés social y donde el querellante es un personaje público, al demostrarse la preponderancia del derecho a la libertad de información, es un juez que no solo debe ser destituido, sino también procesado por prevaricato, y esto además se deriva de que no habrá lugar al delito de calumnias cuando exista una causa que elimine la antijuridicidad del acto, por lo que la mayoría de la doctrina parece mantenerse fiel a la clásica tesis del <<ejercicio legítimo de un derecho>>[59] y el <<consentimiento>>[60] como causa de justificación, es decir, que la solución de este conflicto se sitúa en el terreno de la antijuricidad[61].

---

59 Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (Coord.); Judel Prieto, Ángel; Piñol Rodríguez, José Ramón, (2011), *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo II, 6ta edición, Tratados y Manuales, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, p. 212. Así también Benítez Ortúzar, Ignacio, F., *Delitos contra el Honor*, en Morillas Cueva, Lorenzo (Dir.); Benítez Ortúzar, Ignacio, F.; Del Rosal Blasco, Bernardo; Morillas Cueva, Lorenzo; Olmedo Cardente, Miguel; Peris Riera, Jaime; y, E. Sáinz-Cantero Caparrós, José, (2016), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da edición, Dykinson S.L., Madrid, p. 353.

60 Benítez Ortúzar, Ignacio, F., *Delitos contra el Honor*, en Morillas Cueva, Lorenzo (Dir.); Benítez Ortúzar, Ignacio, F.; Del Rosal Blasco, Bernardo; Morillas Cueva, Lorenzo; Olmedo Cardente, Miguel; Peris Riera, Jaime; y, E Sáinz-Cantero Caparrós, José, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da edición, op. cit. p. 352.

61 Álvarez García, Francisco Javier, *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, op. cit. p. 117; Bacigalupo, Enrique, (2000), *Delitos contra el honor*, Dykinson, Madrid,

El punto de partida de la tesis de la <<adecuación social>> consiste en que las acciones realizadas en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental son acordes con el orden político y social establecido por la propia Constitución, motivo por el cual han de reputarse adecuadas al sistema social y por lo mismo ajenas la prohibición penal[62].

Por esta razón se considera que es atípica la conducta cuando el sujeto ha ejercido la libertad de información o de expresión cumpliendo con el <<deber de comprobación>>. Esto nos permite afirmar que el derecho la libertad de información como garantía del pluralismo político en una sociedad democrática, es específica la doctrina constitucional consistente en el derecho a transmitir y recibir libremente información, lo cual prevalece frente al derecho al honor.

Igualmente, la libertad de expresión requiere un juicio de ponderación y necesidad, atendiendo a la relevancia e interés público de la persona o asunto que se difunda. Si tras el juicio de ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor que pudiera verse lesionado por el ejercicio legítimo del primer derecho, se comprueba que la libertad de expresión fue proporcionar y versó principalmente sobre un asunto de interés social pero además en el que se vio inmiscuido un personaje público, no habrá lugar a la acción de calumnias pues estamos frente a una causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho[63].

---

pp. 48 a 50; Bajo Fernández, Miguel, (1989), *Causas de justificación en los delitos contra el honor*, en Estudios de Derecho Penal y Criminología, Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa, Tomo I, U.N.E.D., pp. 87 y 88; Carbonell Mateu, Juan Carlos, (1995), *Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal*, en Estudios Penales y Criminológicos, Tomo XVIII, pp. 28 y 29; Carmona Salgado, Concepción, *Calumnias, injurias y otros atentados contra el honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, op. cit. p. 328; García-Pablos de Molina, Antonio, (1984), *El derecho penal como límite al ejercicio de la libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad*, en Estudios Penales, Bosch, Barcelona, p. 400; Rodríguez Mourullo, Gonzalo (Dir.); Barreiro, Jorge (Coord.), (1997), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, p. 614; Muñoz Conde, Francisco, (2001), *Derecho Penal*, Parte Especial, 13ra edición, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 273; y, Laurenzo Copello, Patricia, *Los delitos contra el honor*, op. cit. p. 56.

62 Morales Prats, Fermín, (1988), *Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*, en CPC No. 36, pp. 672 y 690; Así también en , Laurenzo Copello, Patricia, *Los delitos contra el honor*, op. cit. p. 57.

63 Benítez Ortúzar, Ignacio, F., *Delitos contra el Honor*, en Morillas Cueva, Lorenzo (Dir.); Benítez Ortúzar, Ignacio, F.; Del Rosal Blasco, Bernardo; Morillas Cueva, Lorenzo; Olmedo Cardente, Miguel; Peris Riera, Jaime; y, E Sáinz-Cantero Caparrós, José, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da edición, op. cit. p. 354.

Entonces, es irrefutable que cuando las expresiones controvertidas surgen en el curso de un acto público, versan sobre asuntos de interés público y atañen a personas con relevancia pública, se amplían los límites de la crítica permisible[64].

Todo esto nos lleva a poder concluir que entendido el problema, resultará que el bien jurídico <<honor>> se halla dotado de un contenido que es por entero dependiente del que se otorgue no a otros derechos, sino al correcto ejercicio de esos otros derechos[65].

Por eso se dice que el valor preferente de la libertad de información declina a favor del derecho al honor cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de cauces tan anómalos e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas.

El ejercicio de dichas libertades ha de estar al servicio de la opinión pública libre, a fin de garantizarla como instrumento encaminado a lograr el pluralismo político. Por tanto, tales libertades públicas presentarían un carácter público o una dimensión institucional o de servicio público que las sitúa por encima del valor individual que es el honor[66].

6. Conclusiones

No se trata de ensalzar a la tolerancia como un virtud, porque en realidad la tolerancia es un valor relativo, empero, en el contexto del honor la to-

64 Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Dir.); Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Bolea Bardón, Carolina; Cardenal Montraveta, Sergi; Gallego Soler, José Ignacio; Gómez Martín, Víctor; Santana Vega, Dulce; Hortal Ibarra, Juan Carlos; Fernández Bautista, Silvia; Carpio Briz, David; Besio Hernández, Martín; y, Salvadori, Iván, (2011), *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 297 y 198. Para ponderar *"[E]ntre dichos criterios destacan el interés social, el de la necesidad y el de la veracidad. Según el primero, cuando la expresión o información contribuya a formar la opinión pública en asuntos de Estado, la comunidad social o de interés público en general debe prevalecer la libertad de expresión."*

65 Álvarez García, Francisco Javier, *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, op. cit. p. 69.

66 Benítez Ortúzar, Ignacio, F., *Delitos contra el Honor*, en Morillas Cueva, Lorenzo (Dir.); Benítez Ortúzar, Ignacio, F.; Del Rosal Blasco, Bernardo; Morillas Cueva, Lorenzo; Olmedo Cardente, Miguel; Peris Riera, Jaime; y, E Sáinz-Cantero Caparrós, José, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da edición, op. cit. p. 340.

lerancia es una obligación cuando se trata de representantes del pueblo, que no deben olvidar que representan a la ciudadanía y por lo mismo que a nosotros nos deben rendir cuentas.

El contrato social conllevó a que todos cedamos una parte de nuestra libertad para que un tercero la administre y así no de seguridad. Pero ese tercero debe recordar que cumple un rol en función de los intereses de sus administrados y es una relación *sui generis* donde los administrados son los accionistas de esta gran compañía llamada Estado y nuestros gobernantes son simplemente sus gerentes.

Yo no temo recordarle a alguien como al presidente, Rafael Correa Delgado, que soy yo quien le paga el sueldo, lo que conlleva que él trabaja para mí, *ergo*, que es a mí a quien debe respetar e incluso temer y no al revés como ahora se pretende.

Por último, dejo esta reflexión inherente a la temática de este artículo: indignación produce que persigan a quienes solo buscan que el mal se entierre para siempre, pero ternura genera que hombres sin honor ahora pretendan reivindicar lo que no tienen.

Que no se olvide nunca: no hay nada más fácil en la vida que ser honestos, nunca entendí porque a estos hombres sin honor les cuesta tanto comprenderlo.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

Álvarez García, Francisco Javier (1999), *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant lo Blanch, Alternativa, Valencia.

Bajo Fernández, Miguel (1989), *Causas de justificación en los delitos contra el honor*, en Estudios de Derecho Penal y Criminología, Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa, Tomo I, U.N.E.D.

Benítez Ortúzar, Ignacio, F. (2016), *Delitos contra el Honor*, en Morillas Cueva, Lorenzo (Dir.); Benítez Ortúzar, Ignacio, F.; Del Rosal Blasco, Bernardo; Morillas Cueva, Lorenzo; Olmedo Cardente, Miguel; Peris Riera, Jaime; y, E Sáinz-Cantero Caparrós, José, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da edición, Dykinson S.L., Madrid.

Buompadre, Jorge Eduardo (2010), *Delitos contra el honor*, Astrea, Buenos Aires.

Carbonell Mateu, Juan Carlos (1995), *Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal*, en Estudios Penales y Criminológicos, Tomo XVIII.

Carmona Salgado, Concepción (2012), *Calumnias, injurias y otros atentados contra el honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Colección: Delitos, 92, Valencia.

Castilla Barea, M. (2011), *La intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Arazandi, Thomson Reuters, Navarra.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Dir.); Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Bolea Bardón, Carolina; Cardenal Montraveta, Sergi; Gallego Soler, José Ignacio; Gómez Martín, Víctor; Santana Vega, Dulce; Hortal Ibarra, Juan Carlos; Fernández Bautista, Silvia; Carpio Briz, David; Besio Hernán-

dez, Martín; y, Salvadori, Iván (2011), *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia.

de Verda y Beamonte, José Ramón; Vidal Alonso, Javier (2005), *Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): El interés público de la noticia*, en de Verda y Beamonte, José Ramón (Coord.), *Derecho al Honor: Tutela Constitucional. Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones,* Thomson Reuters, Arazandi, Pamplona.

García-Pablos de Molina, Antonio (1984), *El derecho penal como límite al ejercicio de la libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad*, en Estudios Penales, Bosch, Barcelona.

López Peregrín, Carmen (2000), *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Lorente López, María Cristina (2015), *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, Thomson Reuters, Arazandi, Pamplona.

Luzón Cuesta, José María (2001), *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial,* 18va edición, Dykinson S. L., Madrid.

Morales Prats, Fermín (1988), *Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*, en CPC No. 36.

Muñoz Conde, Francisco (2001), *Derecho Penal*, Parte Especial, 13ra edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

Páez, Tomás (2013), *Libertad de expresión, democracia y propiedad*, Derecom, ISSN-e 1988-2629, N°. 12 (dic-feb).

Rodríguez Mourullo, Gonzalo (Dir.); Barreiro, Jorge (Coord.) (1997), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid.

Rodríguez Sanabria, Vladimir (2007), *Estudios acerca del honor como objeto de protección penal*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá.

Sanjurjo Rebollo, B. (2009), *Manual de Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid.

Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (Coord.); Judel Prieto, Ángel; Piñol Rodríguez, José Ramón (2011), *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo II, 6ta edición, Tratados y Manuales, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona.

Vargas P., Tatiana, *Del Honor*, en Beccaria, Cesare (2011), *Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios*, Edición de Aniversario por los 250 años de De los delitos y de las penas, Editorial B de F, Buenos Aires.

Otros:

Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, "Honor".

Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, Verg, t 27, p. 71.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 2009 (Tol 1445207). España.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 29 de julio de 2002 (Tol 201718). España.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 31 de julio de 2003 (Tol 313258). España.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de mayo (Tol 1175948). España.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 26 de octubre de 2007 (Tol 1236257). España.

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de septiembre de 2004 (Tol 500191). España.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de octubre de 2003 (Tol 117698). España.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 22 de enero de 2004 (Tol 339708). España.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 21 de noviembre de 2005 (Tol 778826). España.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de enero de 2005 (Tol 784083). España.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 9 marzo de 2005 (Tol 666921). España.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 22 de diciembre de 2006 (Tol 1077009). España.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de septiembre de 2007 (Tol 1213255). España.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 19 de noviembre de 2007 (Tol 1270685). España.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 3 de marzo de 2008 (Tol 1376215). España.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 4 de marzo de 2008 (Tol 1362741).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de mayo de 2008 (Tol 1367205). España.

Sentencia del Tribunal Supremo 86/2010 de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1782).

Sentencia del Tribunal Supremo 742/2012, de 04 de diciembre (RJ 2013, 195).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 435/2012, de 03 de octubre (RJ 2013, 12592).

Sentencia del Tribunal Constitucional 8-6-88, No. 107/1988. España.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, 3-6-88, RJ 1988/4430. España.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 9/2007, de 15 de enero. España.

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 6 de marzo de 2013 (JUR 2013, 123617). España.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) de 10 de agosto de 2010 en el caso "Locles, Roberto J. c/Arte Gráfico Editorial S.A., Ernestina Herrera de Noble y Rogelio J. García Lupo", L. 858, XLII.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) 310:508 en el caso Costa.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de febrero de 2001, caso: Jerusalem vs. Austria.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de octubre de 2013, caso: Delfi vs. Estonia.

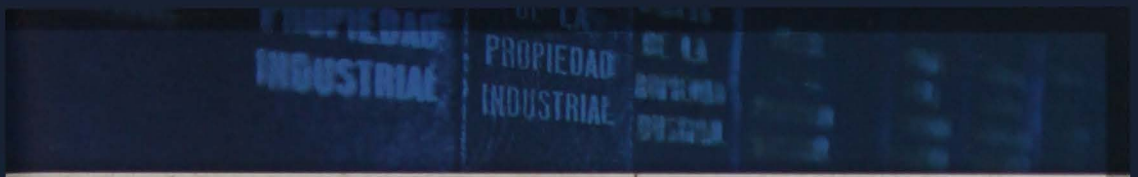
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso: *Sürek and Özdemir versus Turkey*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1992 en el caso de *Castells v Spain*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein, (Baruch Ivcher Bronstein Vs. Perú), Sentencia de 6 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese *Vs.* Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004.



QUEVEDO & PONCE

ESTUDIO JURÍDICO

ECUADOR

75

1941 - 2016

FUNDADO EN 1940

www.quevedo-ponce.com

Quito, Guayaquil, Cuenca, Ibarra,
Miravalle (Cumbayá), Tulcán

Oficina Principal

Av.12 de Octubre N26-97 y Lincoln

Edificio Torre 1492, PISO 16

Teléfonos: (593-2) 2986570

(593-2) 2986575

Fax : (593-2) 2986580

www.quevedo-ponce.com



QUEVEDO & PONCE

QUITO

- JUAN M. QUEVEDO
- ALEJANDRO PONCE MARTINEZ
- ALFREDO GALLEGOS BANDERAS
- ROQUE ALBUJA IZURIETA
- SANTIAGO GUARDERAS IZQUIERDO
- ERNESTO GUARDERAS IZQUIERDO
- LUIS PONCE PALACIOS
- DANIELA ROMAN AGUINAGA

MIRAVALLE-

- ALEJANDRO PONCE VILLACIS

GUAYAQUIL

- MONSERRAT BARRENO BRAVO
- RAFAEL ANDRES PASTOR VELEZ

CUENCA

- SANTIAGO PONCE ROSE

IBARRA

- PEDRO LEIVA GALLEGOS

TULCAN

- GALO TERAN VARELA

ASOCIADOS

- JUAN ESTEBAN POCE VILLACIS
- CARLOS MANOSALVAS SILVA
- MARIA ISABEL ZURITA RAMIREZ
- ROQUE JAVIER ALBUJA PONCE
- MARIA BELEN CAÑAS COLOMA
- MARIA BELEN MERCHAN MERA
- RICARDO HERNANDEZ GONZALEZ
- JUAN CARLOS TORRES JIMENEZ
- DANIELA EILEEN JACOME DAVILA
- MATEO BORRERO BRAUER
- ROSA ELENA DE LA TORRE BENITEZ
- VANESA TAPIA ESPIN

www.quevedo-ponce.com

LA VÍCTIMA PENAL: RESPUESTAS ESTATALES Y SOCIALES

Pilar Sacoto de Merlyn[1]

Resumen: *La víctima ha sido preocupación a lo largo de la existencia del grupo social, el que es productor de violencia y que ha tratado de controlarla por diferentes mecanismos. Con el avance de la civilización, el derecho ha procedido a encausar esta violencia que produce daños en las personas y sus bienes, estableciendo normas que crean lo antijurídico y que se constituyen en delito en la ley penal. Desgraciadamente no se tomó en cuenta a los sujetos que sufren esta violencia, a los que durante largo tiempo solo le dieron la denominación de sujeto pasivo, y, más tarde, titular del derecho protegido. La preocupación por el criminal hace que las víctimas sean olvidadas y entre estas el sujeto pasivo, pese a la observación de que tanto el sujeto activo como el pasivo (objeto de la agresión) sufrían dentro del proceso penal (el sujeto pasivo, por la revictimización). Con el objeto de esclarecer esta diferenciación entre sujeto pasivo y víctima (en criminología) hemos incursionado en la historia de las víctimas y hemos llegado a evidenciar que existe una víctima penal que no es otra que el sujeto pasivo. Entonces concluimos que, al igual que la política criminal se aproxima al delincuente por la infracción de las normas jurídicas establecidas y da soluciones estatales y sociales; a la víctima penal, que es la que sufre las consecuencias de esta infracción, podemos aplicarle medidas de satisfacción, reparación y reinserción tanto estatales como sociales.*

Palabras clave: víctimas, violencia, criminología, derecho, víctima penal, política criminal.

---

1 Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales de la República por la Facultad de Jurisprudencia por la Universidad de Cuenca. Licenciada en Humanidades, especialización en Filosofía por la Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias de la Educación por la Universidad de Cuenca. Licenciada en Criminología por la Universidad de Lovaina (Bélgica).

Introducción

En derecho penal se dice y se enseña que los sujetos del delito son el sujeto activo (delincuente) y el sujeto pasivo (la persona sobre la que recae la acción). La criminología estudia al criminal, cómo este pasa al acto, posteriormente la reacción social a este acto. El interés fundamental de estas dos ciencias, como se puede observar, está alrededor del acto del hombre que delinque olvidando a la persona sujeto de esta acción.

Al rescate de esta persona tan importante del fenómeno criminal nace la victimología, con el carácter de ciencia aparte se dice, pero al ser el estudio de las víctimas de la violencia, es innegable que está atada a la criminología.

De otro lado, al ser la víctima producto de violencia que se ha tratado de encausar a través del derecho penal que es uno de los mecanismos del control social, es evidente que existe una coincidencia entre el sujeto pasivo y la víctima, amén de que esta es objeto para su reinserción dentro del grupo, de los medios sociales y estatales empleados por la política criminal.

Siendo así, ¿el sujeto pasivo del delito es la víctima penal? Es importante responder esta interrogante, sobre todo para los que se inician en el conocimiento de las materias que se ocupan del fenómeno criminal. Para llegar a concretar este concepto, en este trabajo, hemos estudiado (brevemente) la historia de las víctimas y el aparecimiento de la victimología, su pertinencia a la criminología y las relaciones de esta materia con el derecho penal y la política criminal, que es el único camino para aproximarse y tratar de resolver convenientemente el problema de las víctimas.

En el capítulo primero se revisa el nacimiento de la concepción de víctima, su relación con la violencia y a través de ella con el derecho. Cómo la criminología comienza a ocuparse de ellas por medio de los trabajos de dos penalistas y las clasificaciones que estos hacen de las víctimas.

En el segundo capítulo se estudia la víctima penal, diferenciándola de la víctima criminal, y las aproximaciones desde la política criminal para conseguir y concretar el cómo darles la atención que se merecen.

1. La Víctima

1.1. La víctima en la religión, en la historia y en el grupo social

Tomamos esta perspectiva, del libro "Victimes et Victimologie"[2], que como acertadamente acotan sus autores, permite comprender las diferentes formas de aproximación a las víctimas, nosotros añadimos, en las diferentes sociedades.

Filizzola y López al referirse a la víctima y la religión, nos dicen, y con mucho fundamento para los cristianos, que, si revisamos el Antiguo y Nuevo Testamento, los encontramos pletóricos de sacrificios, afirmando que todos estos sacrificios, todas estas muertes son simbólicas de la introducción en la escena social, del inconsciente individual.

Pondremos un sólo ejemplo, de los aportados, (conocido por todos) de nuestra religión cristiana (monoteísta): la historia de Cristo crucificado. Desde los orígenes de nuestra civilización tenemos la víctima inocente: Jesucristo. La víctima ritual (eucaristía) no sirve sino para conmemorar el sacrificio inicial.

Destacan igualmente que los mitos se han alimentado de numerosas víctimas, y no de las menos significativas: las de incesto, parricidio, matricidio, el acto de devorar a sus hijos. Que, en las tragedias griegas, el sacrificio está omnipresente, pues la palabra "tragedia", significa "canto declamado a la ocasión de la víctima propiciatoria" (chivo expiatorio). Aseveran algo que nos es, para toda una certeza: "¡Hasta qué punto las víctimas marcan nuestra historia! casi tanto como los héroes".

Continuando con el devenir histórico del grupo social y sin lugar a dudas de occidente, en el que es incuestionable el paso de la gran familia a la familia nuclear, la que como sabemos está compuesta por: padres, abuelos, hijos, tíos, tías, primos, primas y, en cuyo seno prepondera el deber sobre el derecho, los padres tienen deberes para con los hijos y viceversa; como dicen Filizzola y López: "Toda regla así en una micro-sociedad es generadora de bosquejos de reglas sociales, en el mundo de los 'otros'".

---

2 Filizzola , G . y López G. (1995). *Victimes et Victimologie*. 1ª Editon, Paris: Presses Universitaires de France.

Los precitados autores nos permiten observar a lo largo de la evolución de la sociedad, cómo aparece la preocupación por las víctimas, aún no consideradas como tales, ni como objeto de una ciencia. Por ejemplo:

1) En la sociedad, durante largo tiempo a los niños se los suponía como adultos en miniatura; su consideración como individuos comienza embrionariamente en el siglo XVII, según Philippe Ariès ("El niño y la vida familiar en el antiguo régimen"), pero es Ambroise Tardieu ("Estudio del maltrato infantil), médico que analiza al niño en tanto que tal, al mismo tiempo que se refiere a las violencias de las que puede ser víctima, identificadas como "sevicias a los niños". Para nuestro objetivo, es una identificación de víctimas inocentes, pudiendo ser sus victimarios adultos u otros niños. Más tarde (1947), en la clasificación de Benjamín Mendelsohn, los niños pasan a formar parte de las "víctimas enteramente inocentes" ("víctima ideal", víctima inconsciente").

En nuestra América, conocemos que en el Estado Colonial –siglo XVIII,– según Bianca Premo[3], (en un estudio hecho en trescientas causas del Cabildo), la juventud era codificada legalmente como una etapa de la vida en la que los individuos merecían la protección especial por parte de las cortes, y en contraparte el Estado era el responsable del castigo de los criminales juveniles (protección que variaba según su casta, clase social y género).

2) Las mujeres sujetas a la violencia orientaron a una búsqueda victimológica y a su asistencia. Es el caso de los grupos feministas que no buscan solamente la igualdad entre hombres y mujeres, reivindican no solamente el destierro de la sumisión sino de la dominación y entre estas la violencia.

Se considera este movimiento social como importante, pues permite, además de comprender el proceso de victimización, el de realizar un esfuerzo para disminuirlo, sentimiento plausible, pero cuya posibilidad es remota, puesto que el lugar de la mujer al igual que el del hombre en la familia, dependen no solamente de una tradición social, sino igualmente de una transmisión familiar, y también de una dinámica personal que cobra sentido de la forma de la que ella misma se percibe y percibe su lugar y como mantenerlo.

---

3 Premo, B. (2000). *Pena y protección: delincuencia juvenil y minoridad legal en Lima virreinal, siglo XVIII.* Vol. 24, N° 1. PP.85-120 Revista histórica. Departamento de Humanidades. PUCP.

El criterio señalado es sólido. En efecto, no se puede negar que la tradición social ha sido determinante en los roles que se le ha asignado a la mujer hasta muy avanzado el siglo XX (y para América del Sur, de lo que va en el siglo XXI), en la mayoría de los grupos sociales la mujer permanecía dentro del hogar, lo que propiciaba la existencia de una violencia sórdida, a veces no sólo psíquica sino física, que generalmente bordeaba los límites de lo patológico.

3) Las personas de la tercera edad, entran a formar parte de las víctimas, según relatan, a partir de su señalamiento como víctimas particularmente sensibles (por su debilidad física) en el informe realizado por la comisión de estudios y proposiciones en el dominio de ayuda a las víctimas, sus necesidades y adopción de una política al respecto; que fue instalada (1982) por M. Robert Badinter (abogado, político y ensayista) en ese momento Ministro de Justicia en Francia. La comisión estaba formada por miembros de procedencia diversa: magistratura, medicina, diferentes ministros, gendarmes, trabajadores sociales, entre otros.

1.2. Víctima y violencia

Alertados sobre la situación de personas que sufren agresiones que van contra la moral, las buenas costumbres y por fin la convivencia social dentro del grupo, entendemos que esta presión moral, esta fuerza, esta opresión, que recibe el nombre de violencia es ejercida de un modo compulsivo y de formas diversas en su aplicación. En resumen la violencia ejercida en contra de las personas, ya sea con abuso de la fuerza o por coacción para obtener su consentimiento, en un acto que le es nocivo o perjudicial, tiene como resultado el victimizar, aunque este acto no esté considerado en la ley.

Entonces es lógico encontrar victimólogos que colocan a esta disciplina dentro de una dinámica social, económica, política, que podríamos afirmar que está ligada a la criminología, como es el caso de Z. Paul Separovic, que plantea la victimización como problema social e individual serio que concierne no sólo al campo judicial sino también al de la seguridad pública, al de la ley, de la medicina, del trabajo social, de la educación y de la administración pública.

Nuestro estudio es más restringido. Sin embargo podemos explicar rápidamente cómo una persona puede sustraerse del grupo, constituida en

víctima: en efecto a nadie se le ocurre, que en su vida cotidiana pueda ser ultrajada, lesionada, porque la vida se concibe como un devenir armónico y solo tangencialmente se consideran las alteraciones que rompen esta cadencia y producen inseguridad; empero, ante el hecho, se realiza su existencia, y se erigen víctimas. Se ha roto la armonía y ellas se substraen del grupo del que formaban parte.

Desparece el equilibro social e individual para la víctima, la que posteriormente a su angustia, entra en un período agresivo que engendra venganza. El estado de la víctima nos revela una situación de desgracia dentro de la comunidad. Esta persona en pleno conflicto con su medio ya no puede vivir intensamente dentro del mismo, porque vehementemente desea destruir al adversario. Deja de actuar el SE (comportamiento como miembro de un grupo) y pasa a actuar el YO. El medio social de su lado, muestra diferentes manifestaciones con respecto a la víctima, la "fascinación mórbida", o "curiosidad malsana" o "¿por qué no obras como yo?"; que anulan la experiencia vivida por la víctima.

A este nivel, la víctima, al igual que el criminal, se constituye en un problema para la criminología; pues el criminal con su acto y la víctima a causa de este acto, se abstraen del grupo al que pertenecieron.

Conozcamos la definición de víctima en el contexto social, traída por Richard Hellbrunn[4], (nos ha servido de guía en lo que se refiere a las víctimas en el grupo social).

> Toda persona convencida-a justo título o no-de haber sufrido un perjuicio corporal, psicológico o material de parte de otra persona conocida o no, de un grupo, de una institución o de una sociedad y que siente dificultades para pasar a otra cosa. Ella será víctima mientras hable en cuanto tal.
>
> Dejará de serlo cuando haya integrado el traumatismo en su propia historia y vuelto a tomar el curso normal de su vida, y cualquiera que sea el resultado de su encuentro con la justicia y/o el autor de su perjuicio (p. 27, traducción del Francés por la autora de este artículo).

4 Hellbrunn, R., et d'autres.(1985). *Peut-on aider les victimes?* Toulouse–France: Editions érès.

1.3 Violencia y Derecho

La aplicación de la violencia en formas diversas, nos lleva a considerar que de la misma se puede hacer varios usos[5], y según el uso que se le de, esta puede ser constructiva o destructiva, pero siempre dentro y con referencia a un grupo social, como ya vimos en el acápite anterior. En otros términos, la violencia específica de la especie humana que la sufre dentro de una organización social y en consecuencia dentro de **una normativa social** comúnmente aceptada, la que puede ser cuestionada o rechazada. En estos casos, cuando se producen actos en su contra, estamos frente a una violencia destructiva.

Dicho de otra forma, la violencia utilizada como medio para la realización de "un acto que limite, hiera o destruya a las personas o a sus bienes"[6] (violencia destructiva) que va contra la ley y el derecho, es la que interesa no solo a la criminología sino también y específicamente al derecho penal.

Solo para recordar, aspectos muy conocidos por los juristas, citaremos el concepto y apreciaciones del Profesor López Rey[7], para quién la "violencia" que tiene importancia para el derecho es: la "que tradicionalmente ha sido clasificada en física y moral", llegando a la conclusión que para el derecho importa *"la violencia destructiva, que se eleva a delito o se considera crimen"*. En efecto el derecho no puede aniquilar toda violencia destructiva porque a veces puede ser un signo de cambio, pero tampoco puede ignorarla, porque ella se anuncia aun en el hombre que trata de ser razonable, y por esto, el derecho tiene que estar presente para restringir sus manifestaciones en los individuos y hacer posible la vida en sociedad.

Siendo así, la violencia destructiva recogida por la ley como crimen o delito, al manifestarse engendra víctimas cuyo estudio competen a la victimología en relación directa con la criminología, (por esto se sostiene que la victimología es una rama de la criminología).

---

5 Sacoto de Merlyn, P. (1988). *La violencia - sus orígenes - sus usos y sus manifestaciones en el derecho*. Quito - Ecuador: Revista de la PUCE. Año XVI - N° 50. pp. 123-133.

6 Nieburg, H.L. Citado por Ives Michaud (1992). *Violence*. Tercera edición corregida. Paris. Presses Universitaires de France.

7 López Rey, M. *Criminología* (1975). Tomo I, p. 412. Madrid. Aguilar S.A. de Ediciones.

1.4. Las víctimas en la criminología y el derecho, y sus clasificaciones

En líneas anteriores destacamos que, gracias al acercamiento y conocimiento de las víctimas a lo largo de la historia, la preocupación por las mismas ha ido en crecimiento. Ahora afirmamos que es sobre todo en el siglo XX. Esta aseveración, no significa que desconozcamos por ejemplo: que ciertos problemas específicos como aquellos estudiados por Voltaire con respecto de las "víctimas de errores judiciales" (casos: "Calas" y "Sirven"), multiplicando sus intervenciones, (en los casos "Martin" y "Montbailli" –evocado en el Artículo "Cierta Certeza" de las "Cuestiones sobre la Enciclopedia"–)[8]. Estas intervenciones, que las hace señalando la ligereza de los tribunales y las exigencias de la certeza en materia de justicia y que datan de los años 1769 a 1771, no se las considera, no se las puede olvidar en nuestras investigaciones.

Así sostenemos que el desarrollo de la victimología, "ciencia que estudia a las víctimas" es producto de una asidua preocupación por las mismas en los diferentes grupos sociales, en diferentes escenarios y contextos, que se concretiza en el siglo XX, pues no podemos apartarnos de la realidad, que si bien los abogados de todos los tiempos conocían y conocen que "la pareja inseparable del delincuente es la "víctima"", Enrico Ferri y Rafael Garófalo, destacados juristas a la cabeza de la Escuela Positiva del derecho y la criminología (siglo XIX), las olvidaron, hasta cuando en pleno siglo XX otros abogados penalistas Benjamín Mendelsohn (1937, 40, 46) y el Profesor Hans Von Hentig (1948), las redimen.

Comienza Mendelsohn a evaluar científicamente la victimología en 1937 antes que von Hentig, quien lo hace en 1941. Ninguno de los dos conocía del trabajo del otro.

Benjamín Mendelsohn se refirió a la víctima en un amplio sentido, pues se expresaba así: *"El candidato a ser víctima, es decir, en principio, la sociedad humana entera"* (p. 35)[9]. Es este autor que permite la toma de consciencia de la existencia de la víctima y la falta de su estudio al

---

8 Charpentier, M., y Charpentier, J. (1987). *Littérature, textes et documents*, France: Éditions Nathan.

9 Filizzola, G., y López G.(1995). *Victimes et Victimologie*. 1ª Edition, Paris: Presses Universitaires de France.

cuestionarse 1) ¿cómo era posible administrar justicia conociendo sólo al delincuente? (una sola de las partes del problema), 2) ¿porqué ciertos individuos durante su vida están sujetos a numerosos accidentes?; y, 3) ¿a quiénes se debe incluir en el dominio de la victimología? (colectividades, víctimas políticas nacionales o internacionales).

Al comienzo no se refería sino a la víctima del crimen, describiendo las que siguen: 1) víctima completamente inocente (niños); 2) la de menor culpabilidad (por ignorancia), por ejemplo la mujer que se provoca un aborto por medios empíricos y muere; 3) víctima igual de culpable que el infractor: la víctima voluntaria (v.g. suicidio por sorteo, por adhesión, por amor, personas que sufren enfermedades incurables –eutanasia–); 4) víctima más culpable que el infractor o simplemente culpable (provocadora o por imprudencia); 5) la víctima la más culpable o únicamente culpable (infractor que deviene víctima –legítima defensa–; la que simula –para inducir en error a la justicia–; la víctima imaginaria –el querellante paranoico–).

Posteriormente introduce "la ciencia de la víctima" como victimología y lo repite en 1956. Llega a una teoría de la víctima en un sentido mucho más amplio, cuando años después de la segunda guerra mundial, escribe dos artículos sobre el genocidio (que los resume en 1982), al que lo califica, como un crimen excepcional: con un gran número de víctimas, de sufrimiento extremo en todos los aspectos de la vida (psíquica, moral y social). Desde 1969 introduce otras categorías de víctimas (de accidentes de trabajo, de la circulación, niños dentro de sus familias, entre otros). Por eso es que en 1973 dirá que:

> ser víctima cubre una realidad social, biológica y psicológica, que puede ser determinada tanto por la vulnerabilidad de un ser, como por lo que ha podido sufrir, aún si esto no está ligado a una infracción. (p. 39, libro citado supra).

Define a la víctima como:

> Una persona localizada individualmente o formando parte de una colectividad, que sufriría las consecuencias dolorosas determinadas por factores de diversos orígenes: físicos, psicológicos, económicos, políticos y sociales, pero también naturales (catástrofes) (p. 40, obra citada supra).

La primera meta de la victimología, según su criterio, es evaluar las necesidades de la sociedad (esta ciencia debe permitir identificar los factores de victimización) para que haya un mínimo de víctimas, así se evitaría la revictimización y si ésta se llegase a producir por deficiencias de la prevención, disminuir el efecto y las consecuencias de esta victimización. Vemos en su concepción, un separarse de la idea de víctima como consecuencia del acto criminal, pues extiende su interés a otras categorías de víctimas que a aquellas de los actos individuales, como lo harán en lo posterior muchos otros autores.

Hans von Hentig con su obra "The criminal and his victim" (1948)[10] en la que se establece que víctima y delincuente se comportan como verdaderos socios, es considerado por algunos (entre los que se encuentra Ezzat Abbel Fattah –victimólogo–), como el que instaura las bases para la investigación académica en lo que atañe a la víctima del crimen. En resumen sería el instaurador de una victimología penal, en donde se consideraría únicamente a las víctimas del crimen, la que está estrechamente relacionada con la criminología según Zvonimir Paul Separovic .

Von Hentig, hace una primera clasificación de las víctimas en: generales y psicológicas.

Las generales: 1) el joven, 2) la mujer, 3) el anciano, 4) los débiles y enfermos mentales (drogadicto, alcohólico, entre otros), y 5) los inmigrantes, las minorías y los tontos.

Los tipos psicológicos: 1) el deprimido, 2) el ambicioso, 3) el lascivo (entre otros, mujeres provocadoras en delitos sexuales), 4) el solitario y el afligido, 5) el atormentador (que ha provocado su victimización) y, 6) el bloqueado, el excluido y el agresivo.

Observamos que inicialmente hace consideraciones personales de las víctimas, y eventualmente circunstanciales. Más tarde en su obra "El delito"[11], en base a ciertos criterios (cuatro: la situación; impulsos y anulación de inhibiciones; la facultad de resistir; y, la tendencia a ser víctima) divide a las víctimas, como sigue:

10 New Haven.Yale University Press.

11 Von Hentig, H. (1971-72). *El delito.* Madrid: Espasa-Calpe.

Por situación: 1) víctima aislada (anciano, extranjero, entre otros), y 2) víctima por proximidad: familiar (entre otros el incesto); profesional (robos, atentados al pudor).

Impulsos y anulación de inhibiciones: 1) víctima con ánimo de lucro (se deja estafar), 2) víctima con ansias de vivir (búsqueda de aventuras –se expone a peligros–), 3) víctimas agresivas, que pueden tornarse en victimarios y, 4) víctimas sin valor (tachados de malos, pecadores, infieles, entre otros).

Víctimas con resistencia reducida: 1) por estados emocionales (esperanza, compasión, odio, miedo), 2) por transiciones normales en el curso de la vida (edad, pubertad, vejez; en la mujer: embarazo, menopausia, 3) los perversos a quienes se le victimiza por su situación (psicopáticos), 4) la bebedora (alcohólicos), 5) depresiva (autodestructivas y crean las posibilidades de victimización) y, 6) la voluntaria (la que permite o no se resiste).

Víctima propensa: 1) indefensa (se priva de la ayuda del Estado, tiene que soportar la lesión porque la intervención judicial le causaría más daño), 2) falsa (se autovictimiza para obtener un beneficio), 3) inmune (personas "tabú" –jueces, policías, sacerdotes, entre otras–), 4) hereditaria (Hentig, cita varios casos), 5) reincidente (personas con débiles impulsos de defensa) y, 6) víctima que se convierte en autor (no hay diferencia clara entre autor y ofendido).

Notamos aquí un relevarse del riesgo de las personas que pueden ser victimizadas; es una apreciación de todas las situaciones que se presentan en la victimización.

2. La Víctima Penal

2.1. Diferenciación con las víctimas del crimen (directamente relacionadas con la criminología)

Ciñéndonos en el objeto de nuestra preocupación, es menester apartarnos de la discusión victimológica actual, si deben o no abarcar una campo amplio de víctimas, colocándole a esta disciplina en una dinámica social, económica, política; o aún de la concepción de Separovic, que en su obra

"Victimology"[12] la considera como el estudio empírico de las víctimas de crímenes y agresión; en cuyo caso estaría ligada directamente a la criminología, porque sería parte del problema del crimen en general.

De otra lado, observando la intima relación que existe entre las corrientes criminologícas del paso al acto y de la reacción social[13], y el derecho penal, puesto que las dos ciencias se ocupan del hombre que delinque, del criminal; es menester precisar que entendemos por víctima penal.

2.2. La víctima penal

Para nosotros los abogados, el aprehender a través de los estudios criminológicos y concretamente victimológicos, que el llamado "sujeto pasivo" sobre el que recae la acción, el titular del derecho protegido que ha sido dañado o puesto en peligro, es una víctima más de la violencia, pero que está contemplada en la ley, es importante.

Dentro de esta perspectiva, revisamos directamente la concepción jurídica de víctima que se establece en los códigos penales: "es toda persona que puede demandar reparación luego de una infracción (contravención, delito o crimen)". Se hace referencia a las personas que se han visto lesionadas objetivamente en un bien jurídico protegido y que experimentan subjetivamente esa lesión con malestar o dolor (Von Hentig, 1962). En definitiva es la ley escrita, la que establece el estatus de la víctima penal, al igual que lo hace con el delincuente.

Tan cierto es lo sostenido, que el Séptimo Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes de agosto de 1985, da una definición de víctima, en el sentido mencionado, en el Art. 1° de su sección A "Principios Relativos a las Víctimas de la Criminalidad":

> "1.- Se entiende por "víctimas" las personas que, individualmente o colectivamente han sufrido un perjuicio, especialmente un atentado a su integridad física o mental, un sufrimiento moral, una perdida material,

12 Citado por Filizzola, G. y López, G., en su libro *Victimes et Victimologie.*

13 Sacoto de Merlyn, P. (2013). *Compendio de Introducción al Derecho Penal,* pp. 218-222. Quito - Ecuador. L.C. Cevallos.

> o un atentado grave a sus derechos fundamentales, en razón de actos u omisiones que infringen las leyes penales en vigencia en un Estado Miembro, incluyendo aquellos que proscriben los abusos del poder.

No hay lugar a dudas que la víctima penal es el sujeto pasivo de la acción. Pero, estamos ciertos, de otro lado, que la ley no hará referencia alguna a la dinámica del encuentro "delincuente-víctima", ni el cómo cada uno de los protagonistas se enfrentan en esta historia. Lo afirmado resulta lógico si tenemos en consideración que el derecho se elabora para regular las relaciones humanas, sin que esto implique para el derecho el que deba adentrarse en los sentimientos que originan estas relaciones.

Siendo así, el derecho al comprobar y regular las más relevantes manifestaciones conflictivas que entraña la vida social, permite el normal desenvolvimiento de la misma y deja a su vez al individuo o a la comunidad la comprensión del conflicto que origina su miseria, lo que también es importante destacar, para ver el cómo debe orientarse la intervención de la política criminal a favor de las víctimas penales.

A este nivel de nuestra investigación, debo resaltar que existen interesantes trabajos sobre las víctimas en el proceso penal[14]; en la dogmática[15], que pueden orientarnos para determinar con ciertas reservas, cuáles son las víctimas penales, porque esto depende de las opciones escogidas por cada país en el marco de su política criminal, amén de la existencia de los delitos sin víctimas que se encuentran muy bien explicadas por el Profesor Rodríguez Manzanera[16]

2.3. La política criminal dentro de la política general del Estado[17]

Sabemos que la vida política (desde que fue preocupación de Platón y Aristóteles) está encaminada a conseguir el bienestar de los ciudadanos y

---

14 Reyna Alfaro, L.M -Director (Agosto 2003). *Derecho, Proceso Penal y Victimología*. Mendoza-Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

15 Reyna Alfaro, L.M -Coordinador (Abril 2003). *Victimología y Victimodogmática*. 1ª edición. Lima-Perú. ARA-Editores.

16 Rodríguez Manzanera, L. (2002). *Victimología Estudio de la víctima*. 7ª edición. México. Editorial PORRÚA S.A.

17 Sacoto de Merlyn, P. Resumen de la Décima Lección del libro *Introducción a la Criminología*, cuya edición en Quito Ecuador, se encuentra en curso.

se la define como la ciencia que se encarga del estudio del poder público o del Estado. Pues hoy en día los conglomerados sociales se organizan como "Estados", los que adoptan diferentes regímenes para conseguir sus fines (cuya naturaleza abarca problemáticas heterogéneas) que necesitan soluciones con base ideológica que explique las propuestas; en tal caso, podemos definir a la política, como "una actividad orientada ideológicamente a la toma de decisiones de un grupo para alcanzar determinados objetivos".

Subrayamos que las corrientes ideológicas no describen los sistemas sino reconocen las líneas directrices que dan la clave para la comprensión de la diversidad de los hechos observados, de éstas podemos citar: 1) la corriente liberal, 2) la igualitaria (movimiento libertario o anarquista y tendencia autoritaria nacida del marxismo-leninismo) y 3) la corriente totalitaria (fascismo, integrismo) (Delmas-Marty).

Ahora bien, dentro de los diferentes sistemas de gobierno para gestionar administrativamente el Estado, existen diversos modos de intervención en las áreas de su preocupación. Así: para la salud desarrolla su política sanitaria; para la educación su política educativa; entre otras. Entonces, no es extraño, que, para el control del fenómeno criminal, cree su política criminal.

Por lo tanto, la exposición de las preocupaciones del grupo social como las discusiones alrededor de las opciones de respuestas sustentadas en determinadas ideologías, constituyen el presupuesto de decisión (posibilidad real), acción que origina una conducta esencialmente política. Basados en este razonamiento sobre la política general del Estado y sus diferentes manifestaciones, hemos sostenido que la política criminal está comprendida dentro de esta. Con este criterio nos hemos desenvuelto en nuestro país y por eso encontramos en el momento actual dentro el Código Orgánico Integral Penal en el Título III, Capítulo Primero "Derechos de la Víctima" cuyo Art. 11 Dice:

> 11.-Derechos. - En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos"
>
> A proponer acusación particular, participar o no en el proceso, dejar de hacerlo. No se le puede obligar a comparecer. - Reparación integral

> de los daños sufridos. Reparación por las infracciones de agentes del Estado o que se produzcan con su autorización. Protección especial (su intimidad, seguridad, de sus familiares y testigos). A no ser revictimizada. Protegerla de amenazas u otras formas de intimidación. Ser asistida por un defensor público, en la investigación, en el proceso y reparación. A un intérprete gratuito, si no conoce el idioma en el que se le juzga y a asistencia especializada. A ingresar al Sistema nacional de protección de víctimas. Recibir asistencia de profesionales de acuerdo a sus necesidades durante el proceso. A ser informada por los fiscales de la investigación preprocesal y la instrucción, del resultado final en su domicilio (aún si no intervino en el proceso). Un trato en condiciones de igualdad. Permanencia en el territorio si no es ecuatoriana, por razones humanitarias.

Para esta forma de trato a la víctima, (pareja inseparable del delincuente) podríamos sin duda aceptar la definición de política criminal dada por Galo Luis Gaspar Kleinschrod (1762-1824):

> La política criminal es el conjunto de medios que puede encontrar el legislador según la disposición especial de cada Estado para impedir el delito y proteger el derecho natural de sus sujetos

Sin plantearnos siquiera, la cuestión ¿en que proporción?, ni menos aún de los mecanismos utilizados para defender estos derechos, pues conocemos anticipadamente la respuesta negativa, ya que el Estado, no responde convenientemente ni en políticas de salud y otras; por eso, en lo que nos preocupa, es conveniente tratar de llegar a repuestas más sólidas desde el cuerpo social.

2.4. Aproximaciones a las víctimas penales desde la estructura propia de la política criminal: respuestas estatales y sociales

Para este objetivo es conveniente preguntarnos ¿que entendemos nosotros por política criminal? para responder, nos remitiremos a la definición dada por Mireille Delmas-Marty[18], la que recogiendo la fórmula de Feuerbach y ampliándola, nos dice que:

---

18 Delmas-Marty, M. (1992). *Les Grands Systèmes de Politique Criminelle* Paris Presses Universitaires de France.

> La política criminal comprende el conjunto de procedimientos por los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal, y aparece entonces como "teoría y práctica de las diferentes formas del control social".
>
> Ciertamente el derecho penal permanece muy presente, como el núcleo el más duro o el lugar de la más alta tensión, igualmente de la más grande visibilidad; pero las prácticas penales no son las únicas en el campo de la política criminal, en él cual se encuentran como envueltas por otras prácticas del control social; no penales (sanciones administrativas por ejemplo), no represivas (prevención, reparación, mediación por ejemplo), y a veces no estatales (prácticas represivas de milicias privadas, acciones de protesta del tipo Amnistía Internacional, o medidas disciplinarias, el término evocando ciertos tipos de regulación profesional).

Si revisamos el segundo párrafo con atención, vemos que el Estado o simplemente el grupo social, puede prevenir, evitar y por fin remediar la situación de las víctimas a través de la organización de sus respuestas al fenómeno criminal. Para desarrollar este criterio debemos admitir que a la política criminal, a partir de los estudios de Mireille Delmas-Marty, se le ha dado su propia estructura, aceptando sin reservas las puntualizaciones de R. Gassin[19] sobre la complejidad de esta materia, relevamos que la política criminal se independiza de las corrientes ideológicas, de los sistemas políticos imperantes.

Nosotros recogemos de la propuesta de Delmas-Marty, solamente lo que atañe a las infracciones en el sentido estrictamente penal, que son las que producen víctimas penales. ¿Cómo lo hacemos?

El esquema es: la política criminal debe reposar sobre elementos invariables. Estos son:

1) En toda sociedad existen normas: jurídicas (sistema normativo) y no jurídicas (sistema de normalización). Puede existir una influencia recíproca entre las dos. Hay comportamientos de separación de estas normas tanto de las jurídicas (infracción) como de las de normalización o sociales (desviación –ej.: enfermos mentales–)

19 Gassin, R. (2007). *Précis de Criminologie*. 6a edición. DALLOZ.

2) Otra constante: las respuestas del cuerpo social a esta separación de las normas con una diversidad de prácticas que se pueden clasificar en dos categorías: estatal (jurisdicción judicial, administración y autoridades administrativas independientes, policía, instancias médico-sociales...) o de la sociedad civil (colegios profesionales, asociaciones, sindicatos, medio escolar, religioso o familiar...). Entre estos también puede existir interacción.

Concluye: que la iniciativa y la puesta en marcha de la respuesta a la infracción o a la desviación guardan un predominio estatal (Re) o social (Rs). En suma hay 4 invariables a la base de toda política criminal: infracciones y desviaciones; respuesta estatal y respuesta social (para cada una de las antes señaladas).

Lo que nos atañe, es la aproximación a las "víctimas penales" que se encuentran comprendidas en la separación de las normas jurídicas por ser sujetos de la infracción; esto es de nuestra propia creación, a partir del esquema establecido por la autora, porque consideramos que es factible darles el mismo trato que al actor (delincuente) y asistirlas, mediante respuestas estatales y sociales.

La propuesta contempla en respuestas estatales: penales, civiles, administrativas y médicas. Nuestros ejemplos son: penales, por disposiciones normativas en los códigos penales, especialmente garantías de corte procesal, como lo hace en parte nuestro Código Integral penal; civiles por reparación a las víctimas: de carácter económico (reposición y erogación de gastos); médicas: hospitales públicos de asistencia inmediata y gratuitos, durante el período necesario de su recuperación. Las administrativas, dejo a la investigación de ustedes.

Las respuestas sociales de la propuesta, (en las que el derecho solo encuadra o limita el margen de maniobra de la sociedad civil) son: diferentes redes de autorregulación que se desarrollan a partir del medio profesional (I-Prof.); y un frente a frente con la víctima que corresponde a diversas prácticas, individuales o colectivas (bancos, almacenes) de autodefensa. Nuestros ejemplos son:

En el primer caso: así como se dio paso en las universidades a los consultorios jurídicos gratuitos que eran para el agresor o el agredido que no podía pagarse su defensa; dentro de los mismos parámetros se puede dar

asistencia psicológica a las víctimas penales por parte de las facultades de psicología. A partir de este ejemplo se pueden replicar otros. Nosotros tenemos en el medio la asistencia a las mujeres maltratadas por parte de grupos no estatales.

En el segundo caso la autodefensa de la víctima, que los abogados conocemos por la existencia de la legítima defensa y el producir lesiones en defensa (establecidas en los códigos y que por lo tanto son estatales), se puede instaurar, no con el mismo alcance del citado, sino permitir el uso de ciertos productos para inmovilizar al agresor, en los lugares públicos de alto riesgo, y otras que ustedes encontrarán.

3. Conclusiones

1. Que a las víctimas las encontramos a lo largo de la historia, pues al origen de las mismas está la violencia, fuerza impulsiva presente en todos los grupos sociales, que no se la puede eliminar sino controlar, por lo que los Estados la han encausado a través del derecho, mecanismo el más apto para regular las buenas relaciones de los ciudadanos. El derecho penal se ha ocupado sobre todo del acto cometido: el delito, cuyos sujetos son el activo (el que agrede) y el pasivo (el agredido).

2. Desde el campo de la preocupación científica sobre estos sujetos, que se desarrolla primero por los que usan la violencia contra los otros, es decir por los criminales, nace la criminología, buscando explicaciones sobre el hombre que delinque.

3. Que, derecho y criminología, ignoran a la víctima (sujeto de la agresión), hasta cuando dos penalistas en el siglo XX, las incluyen mediante sus estudios y clasificaciones tanto en el campo de la criminología (preocupándose de las víctimas en general) como en el campo del derecho (cuando se ocupan de las víctimas del crimen en particular); sin que nadie se preocupe de diferenciar claramente entre sujeto pasivo y víctima en general o de establecer que el sujeto pasivo de la infracción es la víctima penal.

4. Que una vez realizado el estudio sobre lo que es la víctima penal y establecido con precisión, que está determinada en la ley como sujeto

pasivo de la infracción, se ha constatado que puede, al igual que el actor (sujeto activo-delincuente), como contraparte de la separación de las normas jurídicas por infracción, beneficiarse de la aproximación hecha por parte de la política criminal, para su reinserción en el medio del cual ha sido apartada.

4. Recomendaciones

1. Es necesario ir circunscribiendo cada vez más y de acuerdo a la dogmática escogida por el país, cuáles son las víctimas penales.

2. Buscar dentro de las respuestas estatales y sociales del modelo de Delmas-Marty, más alternativas que correspondan a las características propias de nuestro fenómeno criminal.

BIBLIOGRAFÍA

Charpentier M., y Charpentier J. (1987). *Littérature, textes et documents.* Francia. Éditions Nathan.

Delmas-Marty, M. (1992). *Les Grands Systèmes de Politique Criminelle.* Presses Universitaires de France. París.

Filizzola , G., y López, G. (1995). *Victimes et Victimologie.* 1° Édition, Presses Universitaires de France, París.

Gassin, Raymond 2007. *Précis de Criminologie.* DALLOZ .6a edición.

Hellbrunn , R., Lienhard, C., y Martin, P.. (1985). *Peut-on aider les victimes?.* Toulouse–France-Editions érès.

Lopéz Rey, M. (1975). *Criminología.* Tomo 1, p. 412. Madrid. Aguilar S.A. de ediciones.

Nieburg, H.L. Citado por Ives Michaud. (1992). *Violence.* Tercera edición corregida. Paris. Presses Universitaires de France.

Premo, B. (2000). *Pena y protección: delincuencia juvenil y minoridad legal en Lima virreinal, siglo XVIII.* Vol. 24, N° 1. PP.85-120 Revista histórica. Departamento de Humanidades. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Reyna Alfaro, L.M –Director" (2003). *Derecho, Proceso Penal y Victimología.* Mendoza-Argentina. Ediciones Jurídicas Cuyo.

Reyna Alfaro, L.M –Coordinador" (2003). *Victimología y Victimodogmática.* 1° edición. Lima-Perú. ARA-Editores.

Rodríguez Manzanera, L. (2002). *Victimología Estudio de la víctima.* 7ª edición. México. Editorial PORRÚA S.A.

Sacoto de Merlyn, P. (1988). *La violencia.- Sus orígenes.- Sus usos y sus manifestaciones en el Derecho.* Quito – Ecuador- Revista de la PUCE. Año –XVI –N° 50. pp. 123-133.

Sacoto de Merlyn, P. (2013). *Compendio de Introducción al Derecho Penal.* pp. 218-222. Quito-Ecuador. L.C. Cevallos.

Sacoto de Merlyn, P. Resumen de la Décima Lección del libro *Introducción a la Criminología,* cuya edición en la Corporación de Estudios y Publicaciones, está lista. Quito Ecuador.

Von Hentig, H. (1948). *The Criminal and his Victim.* New Haven. Yale University Press.

Von Hentig, H. (1971-72). *El delito.* Madrid. Espasa-Calpe.

REGULACIÓN CONSTITUCIONAL, INTERNACIONAL, CANÓNICA Y PENAL DEL DELITO DE ABORTO

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba[1]

Jaime Flor Rubianes[2]

Resumen: *El presente trabajo busca definir cuál es el estatuto jurídico del aborto en nuestro país. Comienza con unas breves consideraciones sobre el derecho a la vida del nasciturus, para después tratar acerca de su regulación constitucional. Al ser la Constitución la norma rectora del ordenamiento jurídico, ella fijará los fines, valores, principios y límites en los que la normativa penal deberá encuadrarse. A continuación, se analizará el estatuto internacional y también el canónico del aborto, porque este derecho también rige sobre la mayoría de ecuatorianos. Con estos antecedentes se abordará el tema de la tipificación, regulación y configuración del delito de aborto.*

I. Introducción

Un buen resumen de las consideraciones iniciales que valdría hacer al inicio de este estudio acerca del derecho a la vida del nasciturus, consta en los considerandos del Decreto Ejecutivo 1441 que dispuso la celebración del "Día del niño por nacer".[3] Los primeros incisos de este importante documento, que es algo más que pura doctrina, dicen:

> Que el artículo 49 de la Constitución Política del Ecuador, consagra, asegura y garantiza al ser humano el derecho a la vida desde su concepción;
> Que al tratar la Constitución Política al "concebido" como niño y

---

1 Profesor titular de Derecho Constitucional y Teoría Fundamental del Derecho en la Universidad de Los Hemisferios. Abogado del Estudio Coronel & Pérez. Tiene tres licenciaturas, una especialidad y dos doctorados en Guayaquil, Quito y Roma. Autor de 12 libros y decenas de artículos científicos. juancarlosr@uhemisferios.edu.ec

2 Doctor en Jurisprudencia y Abogado; Especialista en Derecho Procesal, Mgstr. en Derecho Procesal, mención Derecho Penal y Procesal. Profesor de Derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. jflor.rubianes@gmail.com

3 Decreto Ejecutivo 1441, publicado el R.O. 288, de 9 de junio del 2006, en donde se fija la fecha del 25 de marzo para la celebración del "Día del niño por nacer"

> al asegurarle y reconocerle el derecho a la vida, está reconociéndole, expresamente, su calidad de persona natural sujeta de derecho, al que no se le puede discriminar por su condición de no nacido, de conformidad con el numeral tercero del artículo 23 de la Carta Magna;
>
> Que la vida humana representa el mayor de los dones, que por su naturaleza es inviolable y su dignidad irrepetible, condiciones que se reconoce con independencia de la edad, sexo, ideología o religión que se profese;
>
> Que la vida, desde la concepción, es un derecho natural, intrínseco al ser humano, supremo, anterior y que prevalece por sobre cualquier otro derecho, por cuanto sin ella no hay derecho que se pueda gozar o ejercer; Que además de ser una obligación constitucional del Estado, proteger y garantizar la vida de todo ser humano, desde su concepción, también es un deber reconocido en convenios internacionales, como el Pacto de San José de Costa Rica ratificado por el Ecuador;
>
> Que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, proclamó que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; (...)

Como se sabe, la Constitución a la que alude el Decreto Ejecutivo ya no está vigente. Sin embargo, la norma en la que se anclaba aún permanece, casi idéntica, en la actual Carta de 2008, que a continuación analizaremos.

II. La protección constitucional del derecho a la vida

II.1. El derecho a la vida, en general

Como se sabe, el derecho a la vida que tiene todo ser humano —también el no nacido— preexiste a la Constitución y a cualquier norma positiva. Aun así, viene bien que las normas positivas lo reconozcan y protejan. De forma sintética el Art. 66, num. 1, *reconoce* «el derecho a la inviolabilidad de la vida». La fórmula se desarrolla en otros lugares de la Carta, pero su núcleo esencial ya ha quedado delimitado en esta frase, que

protege lo fundamental de este derecho. Si el Estado o alguien pudiera disponer del derecho a la vida, entonces no estaría protegido este derecho. Se protege la vida mientras haya vida: desde la concepción hasta la muerte natural.

Son características de este derecho el ser un *derecho anterior, fontal, fundante, absoluto y prevalente* de cualquier otro derecho. Se trata de un derecho *anterior* por ser el primero de los derechos: quien no tiene vida, no tiene ningún derecho. Prácticamente todos los autores están de acuerdo que «el primer derecho, el más natural, de la persona es sin duda el derecho a la vida» (Larrea, 2000, p. 126). A la vez, es *fontal y fundante* del resto de derechos porque de él fluyen el resto de derechos (que sólo existen en quien vive) y porque todos ellos están encaminados a lograr el *sumak kawsay* indígena, la vida feliz aristotélica, la vida buena. No hay derecho a una vida deplorable, a una vida indigna. En el fondo, todo el resto de derechos humanos y constitucionales vienen a ser como concreciones puntuales del derecho a la vida.[4]

Por otro lado, se trata de un derecho *absoluto*. «El derecho a la vida es una de las garantías constitucionales absolutas, es decir, que no admiten excepción, ni en los casos de suspensión de las garantías o de "facultades extraordinarias", así lo han reconocido nuestras Cartas Políticas desde hace mucho tiempo; la Constitución de 1945, por excepción no hizo la expresa salvedad de este principio, pero esa grave falla de la Constitución no significaba desde luego que el legislador quisiera restablecer la pena de muerte en el Ecuador, y de hecho jamás se intentó aprovechar de aquella deficiencia legislativa. De todos modos, es preferible que la Constitución expresamente diga que en ninguna situación se puede suspender esta garantía; la de 1978, así lo dispone en el Art. 78 literal m) número 6, juntamente con otra garantía que no puede suspenderse: la de que un ecuatoriano no puede ser desterrado. El Art. 181 de la Codificación de 1998 enumera cuáles son las atribuciones en los casos de estados de emergencia y, desde luego, el Presidente de la República, ni ninguna autoridad pueden privar de la vida a nadie ni está permitido expatriar a

4 Larrea Holguín toca el tema en un interesante comentario histórico suyo que dice: «"La inviolabilidad de la vida", mencionaba el primer numeral el artículo 19 de la de 1978, y el proyecto del 45 Reformada decía: "el derecho a la vida y los medios necesarios para una existencia digna". Esta segunda fórmula parece más adecuada, por integrar el fin y los medios» (Larrea, 2000, p. 126).

un ecuatoriano» (Larrea, 2000, p. 130). El texto vigente contiene una normativa análoga a la de las anteriores cartas.

Una de las más importantes características de este derecho, y quizá la principal para realizar consideraciones hermenéuticas, es la de que este es un derecho *prevalente* sobre el resto de derechos. La razón es la misma: sin vida no hay derecho alguno. Si algún derecho prevaleciese sobre la vida, no habría sujeto vivo a quien se lo pudiera reconocer. La doctrina nacional y extranjera acepta ampliamente que hay algunos derechos que prevalecen sobre otros. Rosatti, por ejemplo, escribe que «es cierto que tanto desde el punto de vista lógico cuanto cronológico es posible establecer cierta regla de prelación entre los derechos: en ese contexto, el derecho a la vida es –por ejemplo– "fundante" del derecho a la salud (que podría entenderse como derecho a "continuar" o "mantener" la vida en las mejores condiciones psicofísicas posibles) y es cronológicamente "previo" o "anterior" al derecho de locomoción (sin vida no hay posibilidad de entrar, permanecer, transitar o salir del país). El carácter de "fundante" o "derivado" de los derechos generaría –en caso de conflicto– una relación de jerarquía, debiendo en tal caso preponderar el primero, sin el cual no existiría el segundo» (Rosatti, 2003, p. 281).[5]

II.2. Los deberes del Estado en temas de vida

Dentro del Estado, el primer llamado a cumplir con esta obligación de proteger la vida es el legislativo: es a él quien compete sancionar leyes protectoras de la vida del *nasciturus*. Por ello coincidimos con LARREA HOLGUÍN cuando apunta que «la primera consecuencia de la garantía de la vida consiste en la debida penalización de lo que puede atentar contra la vida. Esto es obvio. Sería ridículo formular el derecho a la vida

5 Vale señalar que la posibilidad de que exista una jerarquía intraconstitucional material o formal (por materias o por artículos), parece vetada por el Art. 11.6 de la Constitución que califica a todos los derechos y garantías «de igual jerarquía», pero a la vez aparece ratificada por múltiples normas (v. gr. el Art. 3.1 que otorga una especial protección a algunos derechos). Si todos los derechos fueran de igual jerarquía en todos los aspectos, sería imposible una ponderación de derechos, técnica hermenéutica que hoy es aceptada prácticamente por todos los constitucionalistas ecuatorianos. Consideramos, por tanto, que el Art. 11.6 de la Constitución habla de una jerarquía relativa, no absoluta, en donde todos los derechos (cuando se ha determinado que efectivamente lo son, luego de aplicar la respectivas reglas de interpretación) resultan igualmente exigibles. Al respecto, cfr. Riofrío, 2012, pp. 22-27.

y no sancionar, con suficiente severidad, el asesinato, el homicidio, el infanticidio, el aborto, el suicidio, el genocidio, las propagandas nihilistas, la apología del delito contra la vida, y todos los demás crímenes que atentan contra este precioso don de la existencia» (Larrea, 2000, p. 127).

Si asesinar no fuera delito, si los crímenes de lesa humanidad no fueran severamente reprimidos, la vida simplemente no estaría protegida. El principio constitucional de la proporcionalidad de la pena exige que las conductas más dañinas sean castigadas con penas más significativas; si el bien jurídico dañado es de suma importancia, la severidad de la pena deberá ser extrema. Por consiguiente, para proteger el primero de todos los derechos, el de la vida, es necesario extremar la severidad de la pena: a nadie basta la imposición de una multa o una amonestación verbal, para castigar al sicario. La técnica legislativa exige la penalización de las conductas que atenten contra la vida, sin discriminar si se trata de la vida del nacido, o del non nato. De esta forma, si faltara el tipo penal, se incurriría en lo que los constitucionalistas llaman «inconstitucionalidad por omisión» o «mora legisferante».

Varios autores han hablado de la proporcionalidad que debe haber entre las violaciones a los bienes jurídicos y las penas. Bernal Pulido, por ejemplo, ha manifestado que «correlativamente a la imposición de estos deberes de protección, los derechos fundamentales dejan de ser en la dimensión positiva meras normas programáticas, hueras declaraciones de principio o normas objetivas, y se convierten en auténticos derechos subjetivos a obtener del Estado una protección efectiva. En muchos casos, esta exigencia de protección efectiva se transforma en la imposición al legislador del deber de expedir leyes penales. (...) Por consiguiente, cuanto más importantes sean los derechos que deban ser protegidos, más severa deberá ser la pena (...)» (Bernal Pulido, 2005, p. 126). Compartimos en este punto el criterio del autor colombiano y lo extendemos al ámbito del primero y más fundamental de los derechos: el derecho a la vida.

II.3. El derecho a la vida del nasciturus

La Constitución declara que «las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y *garantizará la vida, incluido el cuidado y*

protección desde la concepción» (Art. 45§1). La disposición vigente no es sino una ratificación mejorada de la que constaba en la Constitución de 1998, que decía «los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el *derecho a la vida, desde su concepción*; a la integridad física y psíquica; a su identidad, (...)» (Art. 49). En cuanto a la generalidad de los derechos, ya no se hace una larga lista que se imputa al menor, sino que en una redacción más simple se dice que tienen todos los derechos comunes al ser humano. Sin embargo, cuando se trata del derecho a la vida, ya no se es tan escueto como en 1998, que se declaraba tenerlo "desde su concepción"; ahora se garantiza el derecho a la vida, el derecho a su cuidado y el derecho a su protección (cosa que es más amplia que el mero cuidado de lo que ya existe, porque puede haber una protección *in abstracto) desde la concepción*. Sin duda, de todas las constituciones que el Ecuador ha tenido, la actual es la más garantista de la vida del *nasciturus*.

Y viéndolo desde el punto de vista del derecho comparado hay que decir que pocas constituciones hay en el mundo que de forma expresa y técnicamente precisa protejan el *derecho del niño* a la vida desde la misma *concepción*. Entre ese grupo reducido de constituciones garantistas, la nuestra destaca por su claridad.

Repárese en dos datos de suma importancia: primero, que a los concebidos, no nacidos, la Constitución los trata como «niños», reconociéndoles incluso terminológicamente la calidad de sujetos de derecho (en concreto, son sujetos del derecho a la vida). En segundo lugar, que el reconocimiento hecho a este sujeto del derecho en el Art. 45 se hace en el Título II, dentro del Capítulo III de los "Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria" (antes se lo hacía dentro de la Sección quinta, "De los grupos vulnerables"). Por ser personas y grupos de atención prioritaria, la Constitución les concede un trato preferente, fijando así en éste capítulo el principio *pro nascituro,* de donde se desprenden otros principios como el de tratamiento más favorable para el nacido, el *in dubio pro nascituro,* la equiparación real –no formal– del no nacido dándole un trato preferente, entre otros.

En cuanto a la geografía constitucional donde se halla esta disposición, destacamos que nos encontramos dentro de la parte dogmática, que por

ser tal, termina siendo criterio y directriz de la parte orgánica de la misma Constitución. Ambas a su vez son norma suprema del ordenamiento jurídico interno. Adicionalmente, por proteger *del mejor modo* la vida del *nasciturus*, esta norma habrá de aplicarse incluso con preferencia sobre los tratados de derechos humanos que desconozcan este derecho. Por un principio de derecho internacional humano y por estar así dispuesto en nuestra Constitución, siempre ha de aplicarse la norma y la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia del derecho.[6]

Hoy más que nunca resultan válidas las palabras de Larrea Holguín sobre esta materia: «No deja, pues, la menor duda nuestra Constitución, de que el primer derecho humano que el Estado garantiza es el de la vida, desde su concepción. Esta norma suprema, está, además, corroborada por tratados internacionales suscritos válidamente por el Ecuador, principalmente el Convenio suscrito en Nueva York en 1968.[7] Las obligaciones contraídas mediante tratados que están en vigencia, deben ser respetadas y cumplidas por toda autoridad, sin necesidad de ninguna otra ley secundaria, reglamento o cumplimiento de requisitos administrativos o de cualquier otra clase, según afirma nuestra Constitución. De forma que, por expresa declaración constitucional y por los solemnes pactos internacionales que comprometen el honor nacional, el Ecuador debe, ante todo y por encima de cualquier otra consideración, garantizar la vida humana desde su concepción. (...) Cualquier subterfugio para admitir o facilitar el aborto es inconstitucional» (Larrea, 17-XII-2005).

Por lo expuesto, el mismo autor concluía que «es un escándalo intolerable que el Código Penal permita en su Art. 447 el aborto de una criatura inocente si ha sido engendrada por madre idiota o demente, en cuyo caso puede "autorizar" el aborto el representante legal de la madre. Es obvio que el respeto a la vida humana para ser real debe ser universal: a toda vida humana sin odiosas discriminaciones. Si alguna distinción cabe, ha de ser para proteger más a quien mayor protección

---

6 Nuestra Constitución estipula que «en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia» (Art. 11.5). Sobre el derecho internacional, cfr. Bidart Campos, 1998, pp. 1435-1488.

7 Ratificado por el Ecuador mediante Decreto 37 (R.O. 101 24-I-1969). En ese tratado se garantiza la vida humana en la forma más amplia. También se encuentra esta garantía en las Declaraciones de Derechos Humanos de la ONU en 1948 y las posteriores de la OEA.

necesita, por tanto, al débil, al incapaz, al que no puede defenderse. La disposición del Código concede poderes que ninguna persona en la tierra puede atribuirse, de disponer sobre la vida de un inocente. Consideramos que tan inhumana disposición legal quedó derogada ya por la Constitución anterior y que esa derogatoria queda ratificada por la actual, pero debería borrarse tan miserable lacra de nuestra legislación penal, que en los demás casos, sí castiga debidamente el crimen del aborto» (Larrea, 2000, p. 129).

II.4. El nasciturus en la legislación orgánica y ordinaria

Como se sabe, las leyes ordinarias deben de estar sometidas a las directrices dadas por las leyes orgánicas, y estas a la Constitución. El antiguo Código Penal era una ley ordinaria, y sus disposiciones —al igual que su interpretación— estaban bajo la Constitución, los tratados y las leyes orgánicas. El nuevo Código Orgánico Integral Penal ya sólo está bajo la Carta suprema y los tratados, pero se ha de interpretar en el contexto de demás normas orgánicas.

La primera Ley Orgánica que rige en esta materia especial es, sin duda, el Código de la Niñez y Adolescencia, que aplica sobre «todo ser humano, desde la concepción hasta que cumpla 18 años» (Art. 2).[8] Pues bien, esta norma trata especialmente del derecho a la vida de los menores en los siguientes términos:

> Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 20. Derecho a la vida. *Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción.* Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.
>
> Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas *desde la fecundación del óvulo* hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.

8 Por concomitancia el Código también rige sobre la mujer embarazada. Es interesante hacer notar que según el Art. 148, «la mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a alimentos» y a otra serie de derechos ahí reconocidos.

Este texto tan diáfano y frontal –y tan fiel a la Constitución– que consta en una ley orgánica que garantiza el primer derecho al concebido (que se relaciona con el fecundado[9]), en justicia no podría ser cuestionado, ni puesto en duda, por otras leyes orgánicas –o, peor, ordinarias– que eventualmente de forma taimada podrían dar a entender que en ciertos casos no existe o puede limitarse este derecho fontal y absoluto. Al contrario, lo claro y expreso debe determinar el sentido de lo obscuro, que por algo el legislador no sancionó.[10]

La Ley Orgánica de Salud contiene dos disposiciones que conviene analizar. La primera es el Art. 21§1 que «reconoce a la mortalidad ma-

---

9 La genética muestra con gran certeza que la concepción de un ser humano se identifica con la unión de los gametos femeninos y masculinos. Desde ese momento el concebido adquiere una vida autónoma, a más de contar con toda la información genética que lo identificará el resto de sus días, hasta su misma muerte; desde ese instante la madre quedará embarazada de un ser humano, no de un animalito que luego se convierte en niño. Como dijo un escritor del siglo II: si eso no es hombre, nunca lo será (Tertuliano).Estas verdades evidentes han sido puestas en tela de duda por unos pocos pro-abortistas. Los movimientos a favor de la legalización del aborto intentan por todos los causes hacer creer que la vida humana no comienza en la concepción, como dice la genética, sino después. Una forma de hacerlo ha sido cambiar el concepto de "concepción" y de "embrión", que ya no corresponderían con la fecundación del óvulo por el esperma, ni con el producto de tal fusión: la concepción se produciría con el paso de algún tiempo (no siempre se está de acuerdo cuándo), o con la implantación, o con algún otro suceso. Hasta tanto supuestamente ya no habría embrión, sino "pre-embrión". Este rebuscado lenguaje intenta aminorar el costo ético o jurídico de lo que significa dar la muerte a una vida humana. Tal intento tiene una fecha determinante: desde la publicación del Informe Warnock de 1984 se ha intentado introducir el novísimo término de "pre-embrión" para colar la idea de que ante de la implantación el concebido no es embrión humano. La distinción entre antes y después del día 14 es una línea artificial que los científicos han trazado recientemente (nunca existió tal distinción) y que no se ajusta siquiera a la fecha de la implantación, que suele ser alrededor del día 7, no el 14. El Informe Warnock fue el primero en usar el término "pre-embrión", reconociendo que se debía a motivos políticos (para permitir la experimentación con embriones) y no científicos.
Contra tales intentos destinados a crear confusión, nuestro Código de la Niñez y Adolescencia protege la vida humana desde el primer instante de su existencia. Sin discutir esta protección, el antiguo Tribunal Constitucional aseveró que «no existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una norma específica que defina cuando se produce la concepción. No obstante, el Art. 20 del Código de la Niñez nos da una pauta, en tanto que garantiza el derecho a la vida desde de la concepción, y en el segundo inciso expresa que se prohíbe las manipulaciones médicas desde la fecundación del óvulo» (Tercera Sala, caso 0014-2005-RA, R.O. Supl. 297 de 22-VI-2006).

10 Por ejemplo, sería absurdo, inconstitucional e ilegal, interpretar el Art. 7 de la Ley que regula las empresas privadas de salud y medicina prepagada (R.O. 12 de 26-VIII-1998), que estipula que «los planes de salud y medicina prepagada deberán estar en capacidad de ofrecer al usuario los siguientes servicios: j) Abortos no provocados, embarazos normales o complicados, controles prenatales, partos vaginales o por cesárea de productos a término o pre-término, complicaciones que se presentaren antes, durante y después del parto y alumbramiento, (...)», en el sentido de que la medicina prepagada debe cubrir ciertos delitos de abortos.

terna, al embarazo en adolescentes y al aborto en condiciones de riesgo como problemas de salud pública», lo cual de ninguna manera es una licencia para conceder un supuesto "derecho al aborto seguro", ni a matar al *nasciturus* en ningún caso. La misma ley es clara al manifestar que sólo se «faculta a los servicios de salud públicos y privados, a interrumpir un embarazo, única y exclusivamente en los casos previstos en el Art. 447 del Código Penal» (Art. 29). Por lo demás, habría que decir que ni siquiera estos casos se hallan en conformidad con los preceptos constitucionales, como más adelante explicaremos.

En general, la legislación ordinaria se rige bien bajo las directrices de las leyes orgánicas antes mencionadas. Como dice Larrea Holguín, «las Leyes de Asistencia Social, del Seguro Social y en medida menor o más indirectamente, el Código del Trabajo, protegen también la vida y disponen los medios para su mantenimiento, en estos campos caben igualmente progresos y perfeccionamientos que están en la línea del espíritu de la Constitución y de los pactos internacionales celebrados por el Ecuador para proteger el primer derecho natural» (Larrea, 2000, p. 129).

III. La Convención Americana y la jurisprudencia internacional

III.1. Las contradicciones entre el Pacto y la jurisprudencia de la CIDH

El Art. 4, num. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que «toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente». Si se lee en su literalidad, cualquiera entiende dos cosas: (i) que el artículo es protector del derecho subjetivo a la vida (no de un bien jurídico abstracto sin titular directo); y, (ii) que tal derecho a la vida lo tiene *toda persona... a partir del momento de la concepción.* Algunas dudas deja el añadido "en general", que fue el producto de fuertes tensiones –bien documentadas, por lo demás– que los Estados que penalizaban el aborto tuvieron con los que no lo penalizaban. Al final la insistencia de los primeros Estados en incluir la frase protectora de la vida *"a partir del momento de la concepción"* (que los abortistas intentaron eliminar una

y otra vez) tuvo un éxito relativo: no alcanzó una prohibición absoluta y tajante del aborto, sino sólo una prohibición relativa. A esa fecha parecía evidente que el acuerdo al que se había llegado era un pacto entre estados abortistas y estados no abortistas, donde se permitía a cada uno tener un margen de apreciación para regular la materia.

De forma sorprendente en el año 1981, dentro del caso *Baby Boy vs. Estados Unidos*[11], la Comisión Interamericana de Derechos Humanos interpretó el citado artículo, no en el sentido de una prohibición relativa del aborto, sino que la protección a la vida *"en general, a partir del momento de la concepción"* en realidad consagraba una especie de derecho *en general, a abortar.* Es realmente lamentable la jurisprudencia que habla del derecho a la vida del *nasciturus,* que nunca protege la vida del concebido, vaciando absolutamente de sentido la protección general del Art. 4 del Pacto que consagra al derecho a la vida de la persona recién concebida.

Bajo una "interpretación evolutiva", el año 2012 la Corte Interamericana ha ido más allá en el caso *Artavia Murillo et al. vs. Costa Rica*[12]. Entre otras razones, ahí ha manifestado lo siguiente: (i) La Corte ya no llama persona al concebido, sino "bien jurídico" de la especie humana, del cual se puede disponer cuando sus padres o otros técnicos así lo decidan (siempre dentro de un supuesto balanceo de derechos, aplicación de proporcionalidades e interpretaciones que indefectiblemente negarán cualquier derecho a la vida del no nacido). No se repara que el Art. 4, num. 1 dice expresamente que «*toda persona* tiene derecho a que se respete su vida (...) *a partir del momento de la concepción*»; luego, no cabe aducir que el "en general" (que establece que la ley no siempre deberá formalizar este derecho) signifique que el Pacto no reconoce la calidad de persona al concebido[13].

---

11 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Baby Boy vs. Estados Unidos, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981).

12 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artavia Murillo et al. vs. Costa Rica, Caso 12.361, Sentencia de 28-XI-2012.

13 De paso, también ha tenido que negar toda lectura útil del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dice «Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"», aduciendo que el Comité para los Derechos del Niño no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal (cfr. aí. 233.1). ¡Como si valiera más una opinión del Comité que la misma Convención!

(ii) Basándose más en tratados de derechos humanos suscritos al otro lado del océano –que no reconocen expresamente la protección a de la vida *a partir del momento de la concepción*–, y en una contradictoria interpretación histórica del Pacto, termina negando a los estados ese margen de apreciación[14] en la protección a la vida desde el momento de la concepción: los estados no pueden prohibir de modo general la matanza intencionada de los concebidos. ¡Esto sí que es sorprendente! ¡Por arte de magia la protección "general" de la vida del concebido se transformó en su contrario: en una prohibición a todos los Estados parte de proteger el derecho a la vida del que aún no ha sido implantado en el útero materno!

(iii) Por último, después de advertir la sentencia que en la ciencia existen dos posiciones sobre el momento en que se produce la concepción (en la fecundación o en la implantación del óvulo fecundado en el útero materno), declara que para la Convención la concepción ha de entenderse como la implantación[15]. Las razones científicas que da no son muy buenas –y las filológicas del todo desatinadas[16]–, pues termina

14 En realidad la sentencia no entra al tema del margen de apreciación. Lo único que dice es que «la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional» (af. 316). No obstante, al negar

15 En concreto, la sentencia dice que «luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general» (af. 264).

16 Luego de citar algunos diccionarios y concluir que quien queda preñada o concibe es la madre, afirma que ello sólo sucede cuando el óvulo fecundado se implanta en el seno materno. Y ello es absurdo, porque varias "pruebas de embarazo" detectan que la mujer ha concebido en las siguientes horas de la fecundación. De hecho, la primera prueba "moderna" para el embarazo detecta en la sangre la inhibición del factor de preñez temprana (EPF, en inglés), durante las 48 horas siguientes a la fecundación (mientras la implantación se suele dar después de una semana de la fecundación). La alegría de ser madre no viene cuando se constata la implantación, sino cuando se sabe que ha concebido un nuevo ser humano (justamente cuando se tiene noticia de la fecundación). La sentencia acepta que hay vida humana desde la fecundación, pero contradictoriamente niega que se ha concebido una vida humana desde la fecundación. Si hay vida desde antes, ¿entonces qué se concibió en la implantación? ¿Qué apareció de nuevo? Y, por otro lado, si la mujer que tiene una prueba de preñez positiva ya no puede decir "he concebido un niño", ¿qué debe decir? ¿"he fecundado algún ser extraño de la especie humana"? Los estudios del lenguaje que hacen los jueces son muy tendenciosos y olvidan —por no decir que intencionalmente no tocan— los giros lingüísticos más importantes que se dan en todas las lenguas.

diciendo que «si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo» (N° 186). Lo mismo podría decirse de cualquier persona, en cualquier estadio de su vida: sin nutrición se muere. Y respecto al hecho de que las técnicas de FIV matan embriones, la Corte manifiesta que «tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria» (N° 313), como si fuera lo mismo que las personas se mueran por enfermedades o por asesinatos intencionados.

Haría falta mucho más espacio para analizar con más detalle la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero para los fines trazados en este trabajo, que sólo buscan delimitar cuál es el estatuto jurídico del aborto en el Ecuador, nos bastan las consideraciones hechas y las que seguirán sobre el Pacto de San José, sobre la competencia de la Corte y sobre la aplicación que el pacto y la jurisprudencia internacional deben tener en nuestro país.

III.2. Los límites del Pacto y de la Corte

A diferencia de muchos otros tratados de derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos en sí es eminentemente garantista del derecho a la vida, desde la concepción, cuya protección la hace de forma expresa. Objetivamente, la fórmula protectora "en general" terminó siendo el pacto entre estados abortistas y estados no abortistas, a fin de crear un margen de apreciación que permitiera a cada país regular la materia según su parecer. Y aunque esto no correspondiera al derecho, sino a la verdadera ciencia, el margen de apreciación del Estado también debería incluir el poder considerar qué cosa entiende por "concepción" para determinados fines legales (discusión que no hubo en la ciencia, donde siempre se identificó la concepción de la vida humana con la fecundación, hasta que en las últimas décadas los movimientos *pro choice* maliciosamente crearon la artificial discusión).

Por lo anterior, la Corte se ha extralimitado en la sentencia comentada, donde condena a Costa Rica por negarse a sacrificar embriones no implantados y por negarse a consagrar como un supuesto derecho el acceso a la fecundación *in vitro* con pérdida de embriones. El Pacto creó un

margen de apreciación sobre el tema que la Corte desconoció: se extralimitó en competencias, hizo más de lo que podía hacer, so capa de una "interpretación evolutiva" (Nº 245 a 256).

III.3. La aplicación nacional de los pactos de derechos humanos

¿Cómo han de aplicarse el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Americana en nuestro país? Nuestra Constitución pone casi al mismo nivel de los derechos constitucionales aquellos consagrados en los pactos de derechos humanos. A ese nivel debería ir, bien leído, el derecho a la vida de la persona concebida consagrado en el Art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, no pone al mismo nivel los derechos consagrados por la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos (que necesariamente no siempre son los mismos que los consagrados en los pactos; no rara vez la jurisprudencia va más allá creando derechos aledaños).

A diferencia de la Constitución de 1998, donde había un margen de duda de si los derechos humanos estaban al nivel constitucional o por debajo de ella (siempre en por sobre el resto de la legislación y normativa interna)[17], hoy esa discusión está zanjada en el derecho interno. Tanto la Constitución de 2008, como la jurisprudencia constitucional señalan claramente que los tratados –incluso los de derechos humanos– son jerárquicamente inferiores a la Constitución para efectos del derecho interno.

Sin duda, muchos artículos de la vigente Carta protegen tanto los derechos constitucionales como los previstos en los tratados internacionales. No obstante ello, se declara de forma genérica y sin excepciones que «los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se

17 Recordamos que respecto de la jerarquía de los tratados de derechos humanos y el derecho interno de cada país, existen básicamente cuatro tendencias: (i) la supraconstitucionalización de los derechos humanos; (ii) el mismo rango constitucional; (iii) la subconstitucionalidad, manteniendo un rango supralegal; y, (iv) la equiparación legal de los derechos humanos. Aunque autores como Henerson solían poner los derechos humanos bajo la Constitución de 1998, otros como Salgado pensaban que ostentaban un rango idéntico al constitucional. Cfr. Salgado, 2002; Herdenson, 2004, p. 79. Para un punto de vista ecléctico, cfr. Riofrío, 2007, pp. 259-281.

sujetarán a lo establecido en la Constitución» (Art. 417)[18]. Tanto la Constitución, como los tratados «que reconozcan derechos más favorables» prevalecen por sobre el resto de normas internas (cfr. Constitución, Arts. 424§2 y 426§2), pero de ello no se desprende que unos y otros estén a igual nivel.

No puede haber disposición más clara que el Art. 425§1 de la Constitución, donde se declara que «el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; (...)». Para efectos del derecho interno, el orden jerárquico ya está fijado.

La jurisprudencia constitucional lo ha reconocido en multitud de ocasiones, donde ha transcrito íntegramente el Art. 425, para luego hacer un breve comentario[19]. También los jueces ordinarios han adherido a la misma tesis cuando, en varias ocasiones, reproducen la siguiente cita textual: «al ser el artículo 233 de la Constitución Política de la República una norma jerárquicamente superior, prevalece y está por encima de cualquier otra norma de carácter internacional o legal»[20]. El asunto ha sido tratado con mayor profundidad en una Resolución de la Corte Constitucional donde se observa que el Poder Constituyente está en un rango superior a los poderes constituidos, y que el Art. 425 está en plena sintonía con la doctrina kelseniana que ponía en la cúspide a la Constitución y bajo ella a los tratados[21].

---

18 Si el Constituyente hubiera deseado excluir los tratados de derechos humanos, justo en seguida debería haber puesto la excepción. Pero lo que hace en el mismo inciso (justo luego del punto) no es excluir a los tratados de derechos humanos, sino darles otro sentido: «Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución».

19 Cfr. Corte Constitucional, Resolución 28 (en R.O. Supl. 656 de 8-III-2012), considerando 9; Corte Constitucional, Resolución 13 (en R.O. Supl. 250 de 4-VIII-2010), punto IV.

20 Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Penal, sentencia de 12-VII-2011, considerando 4 (idéntica cita consta en el voto salvado).

21 Cfr. Corte Constitucional, Resolución 9 (en R.O. Supl. 601 de 21-XII-2011), punto III, donde se lee que: «tanto los decretos ejecutivos como los acuerdos ministeriales, al ser actos normativos, según el Art. 425 de la Constitución de la República, ocupan un régimen jerárquico inferior, por debajo de las normas regionales y de las ordenanzas distritales, y sólo por encima de las demás decisiones de los poderes públicos; jamás pueden tener las características de los Mandatos Constituyentes, que para su reforma según lo establece la disposición General Única del Mandato No 23, se adoptará el procedimiento previsto en la Constitución para las leyes orgánicas»

Con lo cual, en el derecho interno ecuatoriano no cabe aplicar los tratados de derechos humanos por encima de la Constitución (y menos por encima de una ilegítima jurisprudencia internacional emitida por un juez que se ha extralimitado en sus funciones). En cambio, sí cabe aplicar y defender el Art. 4 de la Convención Americana en la medida en que se adecue a la norma constitucional.

IV. El tratamiento canónico del aborto

Para muchos fines constitucionales conviene tener en cuenta que la absoluta mayoría de ecuatorianos profesa la religión católica y se rige bajo el derecho canónico.

Las libertades de credo, culto y conciencia de los individuos es un derecho consagrado en la Constitución.

El credo católico contiene verdades sobrenaturales que escapan a la inteligencia humana y simplemente han de creerse, y además arroja luz sobre verdades naturales que todo ser humano de rectas intenciones puede alcanzar con un recto juicio.

Por ejemplo, los mandamientos de no matar, no mentir, no robar, son comunes y asequibles a todo hombre honesto, de cualquier época. Cuando el Magisterio de la Iglesia reprueba el crimen del aborto, lo hace para aclarar al mundo una verdad natural (una verdad que no requiere el acto de fe y, por ello, cualquier ser humano honesto la puede alcanzar).

(n. 9). Luego añade que «el Decreto Ejecutivo No. 1396 que reforma el Mandato Constituyente No 8, además de infringir el principio de reserva de ley, es atentatorio del principio de jerarquía normativa que según lo expresa el artículo 425 de la Constitución de la República, el orden jerárquico de aplicación de las normas es: "La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; (...)", de lo que podemos colegir que en ningún caso un decreto ejecutivo puede prevalecer sobre una ley orgánica, y que en la situación de producirse un conflicto entre normas de distinta jerarquía, los jueces, operadores judiciales, así como demás autoridades tendrán que resolverlo a través de la aplicación de la norma jurídica jerárquicamente superior. La concepción de la supremacía constitucional y jerarquía normativa es un principio que viene desde los presupuestos clásicos de Hans Kelsen, mismo que a través de su pirámide jurídica, colocaba en la cúspide a la Constitución, y de ahí abajo en su orden, los tratados internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, estatutos, reglamentos, ordenanzas, resoluciones, contratos» (N° 12).

Sobre la materia el Magisterio de la Iglesia ha proclamado con solemnidad, como *verdad definitiva*, dos verdades: (i) que «la eliminación directa y voluntaria de un ser humano inocente es siempre gravemente inmoral»[22] y, (ii) que «el aborto directo, es decir, querido como fin o como medio, es siempre un desorden moral grave, en cuanto eliminación deliberada de un ser humano inocente» (Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, 1995, n. 62). Además ha ratificado que «con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar» (*ibid.*, n. 60).

Esta verdad natural tiene sus consecuencias jurídicas en el derecho canónico y en el derecho ecuatoriano. El derecho canónico sanciona el aborto con la pena de excomunión.[23] Además, «la excomunión afecta a todos los que cometen este delito conociendo la pena, incluidos también aquellos cómplices sin cuya cooperación el delito no se hubiera producido» (Juan Pablo II, Evangelium Vitae, 1995, n. 62). Como consecuencia, el excomulgado se encuentra prohibido de participar ministerialmente en la celebración del sacrificio eucarístico o en cualquier otra ceremonia de culto, entre otras cosas.[24]

---

22 Juan Pablo II, encíclica Evangelium Vitae, de 25-III-1995, n. 57. El documento presenta razones tanto éticas, como teológicas. En concreto, el texto dice: «Por tanto, con la autoridad conferida por Cristo a Pedro y a sus Sucesores, en comunión con los Obispos de la Iglesia católica, confirmo que la eliminación directa y voluntaria de un ser humano inocente es siempre gravemente inmoral. (...) La decisión deliberada de privar a un ser humano inocente de su vida es siempre mala desde el punto de vista moral y nunca puede ser lícita ni como fin, ni como medio para un fin bueno. En efecto, es una desobediencia grave a la ley moral, más aún, a Dios mismo, su autor y garante; y contradice las virtudes fundamentales de la justicia y de la caridad. "Nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie además puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo" (Congregación para la Doctrina de la Fe, Decl. Iura et bona, sobre la eutanasia (5-V-1980), II: AAS 72 (1980), 546)"».

23 El Código de Derecho Canónico, en el canon 1398 estipula que «quien procura el aborto, si éste se produce, incurre en excomunión latae sententiae» (es decir, la pena cae ipso facto, por el mero hecho de cometer el acto tipificado, sin necesidad de juicio previo).

24 En concreto, el canon 1331§1 del Código de Derecho Canónico dice: «Se prohibe al excomulgado: 1. tener cualquier participación ministerial en la celebración del Sacrificio Eucarístico o en cualesquiera otras ceremonias de culto; 2. celebrar los sacramentos o sacramentales y recibir los sacramentos; 3. desempeñar oficios, ministerios o cargos eclesiásticos, o realizar actos de régimen».

En el derecho ecuatoriano se han de tomar en cuenta las anteriores consideraciones, a efectos de evitar injustas coacciones a la conciencia de los católicos, que constituyen la mayoría de la población. Siempre resultará legítimo que cualquier católico (y también a cualquier persona honesta) se opongan a la petición de una autoridad pública o privada que exija practicar un aborto, ya sea un aborto previsto en el Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal, ya se encuentre previsto en cualquier otro lugar. Este derecho natural y humano a la objeción de conciencia está también consagrado en el Art. 66, num. 12, de nuestra Constitución.

Por todo esto, la Ley Orgánica de Salud comete un atroz exceso, indudablemente inconstitucional, cuando obliga al personal médico a practicar ciertos abortos previstos en el Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal en determinadas circunstancias.[25]

V. El delito penal del aborto

V.1. Fundamentación penal

El delito de aborto se encuentra tipificado en el título IV, "Infracciones en particular", capítulo II, "Delitos contra los derechos de libertad", sección primera, "Delitos contra la inviolabilidad de la vida", del Código Integral Penal.[26] La ubicación ya de por sí define la postura que adopta la ley penal, considerando el aborto como un delito contra la vida humana, y no como un delito contra otro tipo de bienes jurídicos como la salud, la honra, etc. Como hemos visto, esto se encuentra en línea con las disposiciones constitucionales y con las leyes orgánicas vigentes en nuestro país.

En esta línea, al comentar el aborto, Francisco Muñoz Conde dice que el bien jurídico protegido «es la vida del feto o vida humana dependiente (...) la vinculación orgánica que existe durante el embarazo entre el feto y la em-

25 El Art. 29 de la Ley Orgánica de Salud, dice: «Esta Ley, faculta a los servicios de salud públicos y privados, a interrumpir un embarazo, única y exclusivamente en los casos previstos en el artículo 447 del Código Penal [hoy Art. 150 del COIP]. Estos no podrán negarse a atender a mujeres con aborto en curso o inevitables, debidamente diagnosticados por el profesional responsable de la atención».

26 Semejante era el antiguo Código Penal, donde el delito de aborto se ubicaba en el título VI, "De los delitos contra las personas", capítulo I, "De los delitos contra la vida".

barazada, determina una especial relación de dependencia de aquel frente a esta, que condiciona la protección jurídico penal que, en principio, merece la vida humana dependiente. Ciertamente nada habría que objetar a una protección absoluta de la vida dependiente, si la continuación de un embarazo no afectara a otros bienes jurídicos dignos de protección, como la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la embarazada» (Muñoz, 2009, p. 81).

El embarazo afecta a varios bienes jurídicos, planteándose en ocasiones un cierto conflicto. Según el citado autor, «algunos consideran que el interés preponderante es (...) la vida dependiente, es decir, el feto, convirtiendo a la mujer embarazada en simple receptáculo de un ser superior al que deben rendirse todos los demás intereses en juego (...) Otros, en cambio, consideran que el interés preponderante es siempre el de la mujer embarazada, constituyendo el feto una simple prolongación del vientre de la mujer, carente por completo de protección, al margen de la protección que merece la mujer misma» (Muñoz, 2009, p. 81). Esta segunda postura nos conduciría en último término a una despenalización total del aborto realizado con el consentimiento de la embarazada que tiene derecho a disponer de su propio cuerpo.

Conviene destacar que, de acuerdo a la Constitución y a la legislación orgánica, lo que en el fondo protege dentro del "bien jurídico de la vida humana" es "el derecho a la vida humana" que ya se pone en la cabeza del nasciturus. No es un bien jurídico abstracto, sin titular o con un titular muy difuso, sino el derecho subjetivo del que está por nacer. El nasciturus ya es niño según nuestra Constitución y según nuestro Código de la Niñez y Adolescencia. Por eso, con exactitud se ubica en el Código el delito de aborto dentro del capítulo de los atentados contra los "derechos de libertad", propios de las personas.[27]

V.2. Definición del delito de aborto

El tratadista Giuseppe Maggiore define el aborto como «la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno» (Maggiore, 1977, p. 140).

---

27 El antiguo Código Penal era aún más claro, al ubicar el delito dentro del título VI, "De los delitos contra las personas". No habiendo cambiado la Constitución, ni las leyes orgánicas, ni la sustancia del delito, cabría aplicar la regla histórica a la interpretación.

Nuestra ley penal no define el aborto. El viejo Código Penal, siguiendo al belga y al francés, tampoco lo hacía, pero sí señalaba sus elementos. El Art. 441 se refería a «alimentos, medicamentos, violencias o cualquier otro medio»; estos medios que pueden ser mecánicos, químicos o ingestivos, deben aplicarse con el objeto de provocar y lograr la expulsión del feto no hábil para tener vida autónoma (lo que sería muchísimo más grave y, quizá, hasta otro tipo de delito). La ley vigente es más escueta y sólo pena al que "hace abortar a una mujer" (Arts. 147 a 149).

Nuestra jurisprudencia ha precisado algo más la definición de este delito. Al respecto ha dicho que «aborto es la interrupción violenta del proceso fisiológico del desarrollo del feto, (...) como acto típico y antijurídico es incriminado en todos los Códigos Penales y con raras excepciones, consiste en el uso voluntario y consciente de medios idóneos para producir un mal parto o la arriesgada anticipación de él, con el fin inmediato o mediato de que perezca el feto, o para producir su destrucción. Es la expulsión del feto antes de que sea viable. Puede ser ovular, embrionario o fetal según la época en que ocurra»[28].

Según Silvio Ranieri, los elementos constitutivos del delito de aborto tipificado en el antiguo Art. 441 —que siguen aplicando a la ley vigente— son: «la conducta criminosa, el objeto material, la falta de consentimiento, el resultado y el dolo genérico» (Ranieri, 1975, p. 184).

Las características fundamentales de la infracción de aborto son: (i) La existencia de un embarazo; (ii) La interrupción del mismo; (iii) El empleo de medios conducentes a la interrupción del embarazo; y, (iv) El dolo.

Por otro lado, los elementos comunes al tipo penal "aborto", son los siguientes:

(i) El verbo rector del tipo es abortar, es decir interrumpir el proceso de embarazo.

(ii) El elemento objetivo viene dado por el conjunto de maniobras tendientes a lograr la interrupción de la gestación, bien sea por mecanismos usados por la gente poco culta u otros más sofisticados, proporcionados a

28 Gaceta Judicial, año XCVII, serie XVI, N° 9, p. 2331 (Quito, 30 de mayo de 1997).

través de facultativos, como píldoras que producen desequilibrios hormonales como la RU-486. Entre estos fármacos eventualmente podría estar la denominada píldora del día después, de la que más adelante trataremos.

(iii) El sujeto activo es cualquier persona que practica el aborto, empezando por la propia madre, su cónyuge o conviviente, los parientes de la madre o un tercero que puede ser el médico ginecólogo o un empírico tal como una comadrona o personas que si bien se encuentran preparadas para atender partos normales, no lo están para interrumpir el embarazo, tales como las obstetrices.

(iv) El objeto material es la persona de la mujer sobre la que recae la conducta delictuosa o si no lo es, la destrucción del embarazo.

(v) El bien jurídico protegido es la vida.

V.3. Tipos de aborto

Atendiendo a la voluntad con que se realiza el delito, existen tres modalidades de aborto: (i) el ejecutado con maniobras abortivas de la mujer sobre sí misma; (ii) el ejecutado con maniobras abortivas de un tercero sobre la mujer con consentimiento de ella; y, (iii) el ejecutado a base maniobras abortivas de un tercero sin el consentimiento de la mujer o contra su voluntad.

El aborto no consentido puede ser practicado por alimentos, bebidas, medicamentos, violencia o cualquier otro medio que tenga como objetivo hacer abortar a una mujer que no quiere la acción. Si con esos mecanismos se produce el aborto, se ha consumado el delito; pero, si los medios no han surtido efecto, el delito queda en el grado de tentativa[29] o de acuerdo con nuestra legislación en delito frustrado, que vienen a ser lo mismo en el Ecuador, pero en otras legislaciones el delito frustrado tiene efectos más graves. La tentativa supone el principio de ejecución de un delito, mientras que el delito frustrado presupone la ejecución completa

29 El Art. 148 del COIP, que castiga el aborto no consentido, señala que «si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa». No se dice lo mismo del aborto con muerte de la mujer, ni del aborto consentido por ella.

del acto por parte del agente; ambas figuras tienen como comunes denominadores la interrupción de la ejecución, es decir, la no producción del resultado y además que ello se debe a causas ajenas a la voluntad del agente; en definitiva, la distinción entre tentativa y delito frustrado sólo depende de un elemento, en la primera hay un principio de ejecución y en el segundo la ejecución completa del acto.

En general, el nuevo Código ha simplificado la regulación del aborto. Por ejemplo, ya no se castiga más a los profesionales de la salud,[30] ni se habla del aborto preterintencional. Éste aborto tipificado por el Art. 442 del Código Penal era el procurado por violencias hechas voluntariamente, pero sin intención de causarlo, obteniendo así un resultado superior en gravedad al querido por el agente. Debía tener voluntariedad en la ejecución del hecho, pero no intención dañosa de causarlo. Dentro de esta figura penal había un grado de agravamiento consistente en la premeditación, es decir, el agente actúa contra la mujer con conocimiento del estado de preñez. El primer inciso del Art. 442 se refería al aborto provocado con violencia pero sin conocimiento del estado de embarazo; y, el segundo inciso al conocimiento del estado de embarazo y a la utilización de la violencia, de manera que este segundo caso era más grave.

Tampoco se menciona ahora el aborto honoris causa (legislado en el Art. 441, inc. 2°, del derogado Código Penal), es decir, al hecho de que la mujer da el consentimiento para abortar o cause por sí misma el aborto para ocultar su deshonra, lo cual puede aplicarse por ejemplo a las mujeres vírgenes. Consideramos que más digna de respeto es la mujer que habiendo quedado embarazada contra su voluntad, hace frente a esa situación, da a luz y cuida posteriormente a su hijo bien sea con la ayuda de su pareja o sola, e incluso en el caso de que dé en adopción al niño fruto de sus entrañas, en el evento de falta de recursos económicos. Ya entonces no considerábamos que la distinción del aborto honoris causa con una pena menor debía mantenerse, porque no es un deshonor tener un hijo, ni se ajusta a la idiosincrasia actual en donde

30 El antiguo Art. 446 del Código Penal decía: «En los casos previstos por los Arts. 441, 443 y 445, si el culpado es médico, tocólogo, obstetriz, practicante o farmacéutico, la pena de prisión será reemplazada con reclusión menor de tres a seis años; la de reclusión menor, con reclusión mayor de cuatro a ocho años; y la de reclusión mayor ordinaria con la extraordinaria de doce a dieciséis años».

son muy numerosos los hogares disfuncionales. Hoy no constituye un tipo penal distinto, aunque en algunos casos quepa la aplicación de los atenuantes generales.

Actualmente el Art. 148 castiga el aborto no consentido por la mujer y el Art. 149 el aborto que sí fue consentido. El primero tiene una pena privativa de libertad de cinco a siete años (antes era de tres a seis años[31]). El segundo, merece una pena de uno a tres años para el ejecutor (antes era de dos a cinco años[32]) y de seis meses a dos años para la madre (antes era de uno a cinco años[33]).

Finalmente, el aborto procurado con muerte de la mujer se castiga en el Art. 147 con pena privativa de libertad de siete a diez años (antes de tres a seis años) si la mujer hubiere consentido en el aborto, y de trece a dieciséis años (antes de ocho a doce años[34]) si no hubiere consentido.

Así, hoy la pena por el aborto —con o sin muerte— se ha incrementado cuando falta el consentimiento de la mujer, y se ha rebajado cuando hay consentimiento.

V.4. Los casos de inimputabilidad

Nuestro Código no contempla ningún caso en que sea lícito matar con intención de matar ninguna vida humana de un adulto, adolescente o niño. Ningún aborto se ha "legalizado" en el Ecuador. En cambio, lamentablemente sí es verdad que nuestra ley penal minusvalora la vida del niño que está por nacer —en frontal oposición con los preceptos de la Constitución y de las leyes orgánicas—, pues declara que "no será punible" en ciertos casos matar esa inocente vida.

En esta materia la nueva ley se ha mantenido en la misma línea que la antigua. Comparemos ambas normas:

---

31 Cfr. Código Penal, Art. 441.

32 Cfr. Código Penal, Art. 443.

33 Cfr. Código Penal, Art. 444.

34 Cfr. Código Penal, Art. 445.

Código Penal derogado, Art. 447.- El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible:

1o.- Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y,

2o.- Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer.

COIP, Art. 150.- Aborto no punible.- El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.[35]

Las diferencias no son sustanciales. Antes se hablaba sólo del "médico", mientras ahora se incluye a todo "profesional de la salud capacitado". El

35 La norma penal tiene una reminiscencia en el Código de Ética Médica, que es una norma de menor jerarquía. Su Art. 103 dice: «Al médico le está terminantemente prohibido provocar el aborto al menos que haya necesidad absoluta de hacerlo para salvar la vida de la madre; en caso de enfermedades con alto riesgo hereditario, o cuando la madre haya sido expuesta, dentro del primer trimestre del embarazo, a factores teratogénicos científicamente comprobados; debiendo cumplirse los siguientes requisitos: a) Con el consentimiento de la paciente, de su cónyuge o de su represente; y, b) La necesidad de la interrupción del embarazo será certificada por una Junta Médica, uno de cuyos participantes, por lo menos, debe ser especializado en la afección motivo de la indicación».
El proyecto del nuevo Código Penal Integral del Ecuador dice prácticamente lo mismo: «Art. 74.- Aborto terapéutico o eugenésico.- El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible: 1. Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y, 2. Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer».

Código Penal hablaba de una mujer "idiota o demente", mientras hoy se indica a alguien con "discapacidad mental", término que incluye muchas enfermedades mentales. En cualquier caso, de aplicarse una interpretación pro reo al viejo Código, el resultado sería semejante en uno y otro caso.

La jurisprudencia ecuatoriana es constante y unánime en entender que el primer supuesto se da «para evitar un peligro para la vida o salud de la madre» de naturaleza física, no psicológica. En otros países se han introducido reformas (no se hace mediante una supuesta "interpretación judicial") que añadan la causal de salud psicológica de la madre, y es por ahí donde hoy se cuelan la absoluta mayoría de abortos en esos lugares (v. gr. en España más del 97% de los abortos se autorizan para evitar un supuesto daño psicológico de la madre[36]). Y es un absurdo, porque en realidad ningún médico fue entrenado para matar vidas, ni esa es su profesión. Cuando se produce el raro caso del embarazo ectópico, el médico no tiene la intención de matar una vida, aunque sepa que con su actuar probablemente ese será el efecto.[37] Pero no es lo mismo ir a matar, que ir a salvar una vida. Esta es la razón por la que en varios países latinoamericanos se ha llegado a eliminar la justificación del mal llamado "aborto terapéutico".

Respecto al segundo supuesto de impunibilidad, es incuestionable que éste se configura cuando se dan a la vez tres requisitos: (i) que exista violación o estupro; (ii) que tal acto sea producido sobre una mujer que sufra discapacidad mental; y, (iii) que hubiere mediado consentimiento (en general, de quien representante a la víctima). Este supuesto es, por

---

36 Realmente sucede lo contrario. Uno de los fenómenos post-aborto es justamente el del daño psicológico. «El aborto no soluciona nada, al contrario, origina en las mujeres una angustia y un gran sentimiento de culpa» (García-Valdés, 2005). Según la Asociación de Víctimas de Aborto (AVA), los efectos que causa el aborto en las madres que lo practican se convierten en estigmas que las acompañan durante casi toda su vida. Entre los síntomas figuran la depresión, la incapacidad de concentración, el desinterés y el aislamiento, el insomnio, las pesadillas, una traumática incapacidad para manifestar los sentimientos y una sensación de ahogo prolongado. Y aún hay más. El "síndrome post-aborto" conduce a quienes lo sufren hacia el alcoholismo, la bulimia o la anorexia, el agotamiento, el nerviosismo y crisis de histeria y agresividad. Amén de provocar frigidez, disfunciones sexuales, maltrato doméstico y autolesiones. Aunque lo que realmente preocupa a las asociaciones pro-vida son los planteamientos de suicidio. «Un 60 por ciento de las mujeres que abortan albergan ideas suicidas y un alarmante 28 por ciento intenta suicidarse al menos en una ocasión» (García-Valdés, 2005).

37 En estos casos de embarazos difíciles lo que mejor ha dado resultados es que tanto la madre, como el hijo, cuenten con la asistencia de su propio médico, donde cada uno busca la salvación de su paciente. Es altísimo el porcentaje de éxito cuando hay este asesoramiento doble.

demás, malévolo, pues termina dictando pena de muerte contra la principal víctima del atentado: el inocente recién concebido. Además, tampoco se toma en cuenta los daños físicos y psicológicos que sufre la mujer después del aborto.[38] Lo lógico en estos casos es que la mujer mantenga el producto de la concepción, pudiendo en caso de que ella así lo estime conveniente, entregar el producto vivo a un orfanato o a una institución judicial encargada de la protección de los niños, tales como los juzgados de la niñez y la adolescencia, para que cualquiera de estos organismos busque el mecanismo idóneo para que se cuide del niño, a través de la adopción o de otro medio previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

Con buen criterio la doctrina y los jueces ecuatorianos se han apartado de la absurda interpretación argentina de esta excepción a la punibilidad del aborto, a fin de facilitarlo. Al igual que nuestro Código Penal, el argentino declara que no es punible el aborto «si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto».[39] Con un criterio que no considera el derecho a la vida del nasciturus, y que lee la norma de forma absolutamente contraria a su tenor literal, la Corte Suprema de Justicia argentina en un reciente fallo ha manifestado que el caso previsto en el Art. 86, inc. 2, debe interpretarse como comprendiendo toda violación, ya sea que se trate de una mujer idiota o demente o de cualquier mujer.[40] Esta doctrina olvida que el nasciturus también tiene derecho a la vida y que el aborto no soluciona los problemas, sino que crea nuevas complicaciones y más nefastas.

---

38 Son de sobra conocidas las complicaciones físicas que se pueden sufrir después de un aborto inducido: infección, hemorragia severa, desgarramiento cervical, perforación del útero, placenta previa, parto prematuro, incremento del riesgo de un futuro embarazo ectópico y mayor probabilidad de contraer cáncer de seno. Se calcula que el 60% de las mujeres que abortan sufre algún problema emocional posterior. El más conocido es el llamado Síndrome postaborto, que implica un tipo de trastorno de estrés post-traumático caracterizado por síntomas como depresión, ansiedad, conducta agresiva, pesadillas, pensamientos o actos suicidas, bulimia, anorexia, abuso de alcohol y drogas, y ruptura de relaciones de pareja. Un estudio estadístico llevado a cabo por Anne Speckhard constató que los problemas más comunes que siguen al aborto: un aumento del consumo de alcohol (65%), pensamientos suicidas (65%), problemas sexuales (69%), incapacidad para comunicarse (77%) y lloros frecuentes (81%). Otra investigación llevada a cabo en Finlandia constató que la tasa de suicidio en el año posterior al aborto era tres veces más alta que la media femenina y siete veces más alta que la de las mujeres que habían dado a luz. Cfr. Observatorio Regional para la mujer de América Latina y el Caribe, Informe de 20-IX-2005.

39 Código Penal argentino, Art. 82§2, num. 2.

40 Corte Suprema de Justicia Argentina, sentencia de 13 de marzo de 2012.

La no punibilidad, la inimputabilidad, los eximentes, los indultos, las amnistías, etc. no son nunca una "legalización" de una conducta, como ciertos sectores han intentado dejar caer en temas de aborto. Ante un indulto o una amnistía nadie duda que la conducta ejecutada sigue siendo ilícita. Algo semejante sucede cuando el legislador, por alguna razón, excluye de pena a ciertos hechos que a priori sí encajarían dentro de algún tipo penal: la excepción del tipo penal, no es de ningún modo la consagración de un derecho.

Con todo, recalcamos que los dos supuestos previstos en el Art. 150 citado contradicen frontalmente la disposición Constitucional y no se concilian con el Código de la Niñez y Adolescencia que protegen la vida del niño desde su concepción. Por tanto, como ha resaltado la doctrina citada, no se encuentran vigentes en nuestro país.

V.5. Los diversos grados de responsabilidad

Hemos visto que el Código tipifica diversas clases de aborto, con diferentes penas, en razón del grado de gravedad, antijuridicidad y responsabilidad de los sujetos. En otro lugar fija como circunstancia agravante del delito sexual el hecho de que la víctima abortare «como consecuencia de la comisión de la infracción».[41]

Por otro lado, es manifiesto que no todos los que intervienen en la comisión de un delito de aborto tienen el mismo grado de responsabilidad. La madre joven, no casada, posiblemente está influida de muchas presiones por diferentes personas que pueden desear que ella aborte. Con gran probabilidad ella se podría encontrar incursa en varias circunstancias atenuantes previstas en el mismo Código, y aún incluso podría hallarse en un estado psicológico tan enajenado que le exima de toda culpabilidad penal. No sucede lo mismo con el médico que practica el aborto, ni con sus auxiliares, que no padecen ningún género de presión. Sin duda sobre estos últimos pesa una mayor responsabilidad, pues cometen el delito con total premeditación y alevosía. No en pocos casos estas personas que se han formado profesionalmente para salvar vidas, fundan centros —no de salud— destinados a cometer este reprobable crimen de forma oculta y sistemática.

41 Código Orgánico Integral Penal, Art. 48, num. 4.

Una autora ecuatoriana ha manifestado que «la impunidad del aborto es tan inaceptable como la criminalización absoluta de esa conducta».[42] Lo dicho tiene su parte de verdad si se considera que la mujer que aborta por primera vez muchas veces puede oponer ciertas causas de excusabilidad muy estudiadas por el derecho penal (v. gr. presiones, enajenaciones, etc.). Pero no ha de extremarse la posición al punto de que llegue justificarse todo asesinato —que eso es, en el fondo, el aborto— para evitar una supuesta "re-victimización de la mujer" o un supuesto "daño a su salud mental", que en realidad no es sino la presión psicológica que naturalmente siente quien ha cometido un grave acto ilícito. No porque la conciencia del asesino le recrimine su delito, vamos a despenalizar el asesinato.

V.6. La jurisprudencia ecuatoriana sobre el aborto

Aunque todos los días se priva de la vida de manera violenta a numerosos seres humanos que se encuentran en proceso de gestación y que no son hábiles todavía para tener vida autónoma, lamentablemente hay pocos fallos en los que se sanciona este atroz delito. ¡Los muertos no pueden reclamar! Citaremos tres de las escasas sentencias ecuatorianas que hablan del tema.

En un fallo del año 2007 la Corte Suprema[43] distinguió el delito de aborto, del de homicidio. El acusado había disparado a una mujer, con intención de matar a ambos, según las pruebas de instancia. Por eso la Corte falló que el acusado era «responsable del delito que tipifica y sanciona el Art. 441 del Código Penal (aborto no consentido) y no de homicidio; ratificando obviamente que es además autor de tentativa de asesinato a Patricia».[44] Además consideró que la mujer, «por su estado de gestación estaba indefensa, lo que configura la circunstancia de alevosía».[45]

---

42 Yépez Andrade, Mariana, *"Despenalización del aborto"*, en La Hora (revista judicial), de 9 de abril de 2008.

43 Corte Suprema de Justicia, Sala II de lo Penal, sentencia de 18-I-2007 dictada dentro del proceso penal N° 19-2007 (R.O. 367 de 25-VI-2008).

44 Ibid., parte resolutiva.

45 Ibid., considerando 5°.

En otro fallo dictado por el Tribunal del Azuay de 1994[46] y mantenido por la Corte Suprema[47], mencionó que el aborto que «es incriminado en todos los Códigos Penales y con raras excepciones», definiéndolo como «el uso voluntario y consciente de medios idóneos para producir un mal parto o la arriesgada anticipación de él, con el fin inmediato o mediato de que perezca el feto, o para producir su destrucción. Es la expulsión del feto antes de que sea viable. *Puede ser ovular, embrionario o fetal según la época en que ocurra*»[48].

Además tenemos el fallo de 1981 de la Corte Suprema[49] que condena a MTM por haber practicado un aborto sobre una chica, que luego tuvo gravísimas complicaciones de salud. Los magistrados notan la gravedad de la conducta de MTM, que ya había sido condenada por el mismo delito y aún «se dedica a actividades de esta índole, lo cual patentiza la reincidencia de la procesada y su peligrosidad» .

46 Tribunal III del Azuay, sentencia de 19-X-1994.

47 La anterior sentencia fue conocida en casación por la Sala I de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia de 30-V-1997 mantuvo lo dictaminado (Gaceta Judicial, año XCVII, serie XVI, 9. p. 2331).

48 Ibid., punto 2°. Las cursivas son nuestras.

49 Corte Suprema de Justicia, Sala II de lo Penal, sentencia de 27-VIII-1981. Ibid.

REFERENCIAS

Bernal Pulido, Carlos (2005). *El Derecho de los derechos.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bidart Campos, Germán (1998). *Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos.* En Memorias del VI Congreso Iberoamericano de derecho constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 1435-1488.

Congregación para la Doctrina de la Fe, Decl. Iura et bona, sobre la eutanasia (5-V-1980), II: AAS 72 (1980).

García-Valdés, Carmina (27-II-2005). ACI Prensa. Madrid.

Herdenson, H. (2004). *Los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución ecuatoriana y la Corte Penal Internacional.* Revista IIDH 39.

Juan Pablo II (25-III-1995). Encíclica Evangelium Vitae.

Larrea Holguín, Juan (17-XII-2005). *Informe sobre la constitucionalidad de los Proyectos de Ley* 26-757 y 26-918.

Larrea Holguín, Juan (2000). *Derecho constitucional,* 6ª ed., v. 1. Quito; CEP.

Maggiore, Giuseppe (1977). *Derecho penal, parte especial,* t. IV. Bogotá: Temis.

Muñoz Conde, Francisco (2009). *Derecho penal.* Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch.

Observatorio Regional para la mujer de América Latina y el Caribe, Informe de 20 de septiembre de 2005.

Ranieri, Silvio (1975). *Manual de Derecho Penal, parte especial.* Bogotá: Temis.

Riofrío Martínez-Villaba, J.C. (2012). El Fin Último de la Constitución. Novedades Jurídicas, IX 73, pp. 22-27.

Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2007). *¿Prevalecen los tratados internacionales sobre la Constitución? Propuesta de una doctrina no extremista.* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, I, pp. 259-281.

Rosatti, Horacio (2003). *La jerarquía de los derechos humanos en la Constitución Nacional.* En Defensa de la Constitución, Garantismo y controles. Buenos Aires: Ediar.

Salgado, M.J. (2002). *Los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución ecuatoriana y la Corte Penal Internacional.* Revista Aportes Andinos, No. 1, enero.

Yépez Andrade, Mariana (2008). *Despenalización del aborto.* La Hora. Revista judicial.

JURISPRUDENCIA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Baby Boy vs. Estados Unidos, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981).

Corte Constitucional, Resolución 13 (en R.O. Supl. 250 de 4-VIII-2010).

Corte Constitucional, Resolución 28 (en R.O. Supl. 656 de 8-III-2012).

Corte Constitucional, Resolución 9 (en R.O. Supl. 601 de 21-XII-2011).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artavia Murillo et al. vs. Costa Rica, Caso 12.361, Sentencia de 28-XI-2012.

Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Penal, sentencia de 12-VII-2011.

Corte Suprema de Justicia argentina, sentencia de 13 de marzo de 2012.

Corte Suprema de Justicia, Sala II de lo Penal, sentencia de 18-I-2007 dictada dentro del proceso penal N° 19-2007 (R.O. 367 de 25-VI-2008).

Corte Suprema de Justicia, Sala II de lo Penal, sentencia de 27-VIII-1981.

Gaceta Judicial, año XCVII, serie XVI, N° 9, p. 2331 (Quito, 30 de mayo de 1997).

Sala 3ª, caso 0014-2005-RA (R.O. Supl. 297 de 22-VI-2006).

Sala I de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 30-V-1997 (Gaceta Judicial, año XCVII, serie XVI, 9).

Tribunal III del Azuay, sentencia de 19-X-1994.

NORMAS

Código de Derecho Canónico

Código de Ética Médica.

Código de la Niñez y Adolescencia

Código Orgánico Integral Penal.

Código Penal ecuatoriano (hoy no vigente).

Código Penal argentino.

Constitución de la República del Ecuador.

Convenio suscrito en Nueva York en 1968 (ratificado por el Ecuador mediante Decreto 37 (R.O. 101 24-I-1969)).

Declaraciones de Derechos Humanos de la ONU en 1948.

Decreto Ejecutivo 1441, publicado el R.O. 288, de 9 de junio del 2006.

Ley Orgánica de Salud

Ley que regula las empresas privadas de salud y medicina prepagada (R.O. 12 de 26-VIII-1998).

C.

DERECHO CIVIL, MERCANTIL Y DE COMPETENCIA

ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA, LA COMPETENCIA DESLEAL Y SU EVOLUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA; REFERENCIA FINAL A LA "NEGATIVA DE VENTA" EN ESTE MISMO CONTEXTO

Manuel Fernández de Córdoba[1]

Resumen: *Tal como sugiere el título, se aborda con brevedad las diferencias básicas existentes entre dos conceptos -cada cual con su propia relevancia jurídica y económica- que a menudo se entreveran y confunden antitécnicamente: la "libre competencia" y la "competencia desleal". Hecha esta precisión, se ha realizado un sencillo análisis de su tratamiento en la legislación vigente del Ecuador y su proyección hacia otro concepto, la "negativa de venta", que no les es ajeno, pero cuya regulación positiva resulta todavía insuficiente.*

1) Las diferencias conceptuales entre "libre competencia" y "competencia desleal"

El ordenamiento positivo ecuatoriano no contiene una definición objetiva de la "libre competencia" ni alusiones concretas al bien jurídico que esta tutela, existiendo sólo referencias puntuales dispersas en algunos contenidos normativos nacionales y supranacionales. Es entonces oportuno intentar una delimitación conceptual compatible con su realidad multidisciplinaria -política, económica y jurídica.

---

1 Abogado y Doctor en Jurisprudencia, PUCE,1992. Ludwig Maximilian Universität, Munich: postgrado en derecho de propiedad intelectual e industrial comparado, y derecho de la competencia, 1992-1995. Instituto Max Planck, Munich: investigador invitado (Gastwissenschaftler), 1993-1995. Profesor de Propiedad Intelectual en pregrado y postgrado en la PUCE, USFQ y UDLA.

1.1) La libre competencia

La libre competencia es, en sí misma, un bien jurídico de orden público, tutelado por el derecho positivo, y dirigido a estructurar un orden para el ejercicio de la libertad comercial individual. Luego, la "libre competencia" y los derechos subjetivos inherentes a la "libertad comercial" son dos realidades distintas, en la medida que la primera es el bien jurídico del que brotan los segundos, a los que transfiere sus limitaciones naturales pero, al mismo tiempo, la obligación de protegerlos. El autor chileno Domingo Valdés Prieto dice acerca de la libre competencia:

> "....Es un bien jurídico tutelado que armoniza la multitud de libertades de competencia mercantil existentes en una sociedad civil por la vía de limitarlas para hacerlas operativas y así ordenarlas al bien común....es más que una mera suma de derechos subjetivos cuyo objeto es el ejercicio de la libertad de competencia mercantil, puesto que aquel bien jurídico tutelado es la armonización de tales derechos subjetivos con miras a su ordenación para realizar el bien común político o temporal de la sociedad civil....De allí que la noción de libre competencia es diversa de la libertad de competencia mercantil; aquélla corresponde a un bien jurídico tutelado que presupone multitud de estas libertades formuladas, individualmente consideradas bajo la estructura de un Derecho subjetivo. La diferencia radica en que la libre competencia es un bien jurídico tutelado que armoniza la multitud de libertades de competencia mercantil existentes en una sociedad civil por la vía de limitarlas para hacerlas operativas y así ordenarlas al bien común político. El bien jurídico libre competencia exhibe un fundamento objetivo y preexistente a la formulación positiva del sistema tutelar del mismo...."
>
> "....no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. **En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado....".**[2]

2 Resolución Nº 368, considerando 2º, Comisión Resolutiva, citada por DomingoValdés Prieto.

Por otro lado, la Superintendencia de Industrias y Comercio de Colombia (SIC) en su Resolución Nro. 11090 del 29 de abril de 2003 reconoce que la libre competencia es un derecho público, protector del interés general, y no un derecho privado dirigido a proteger exclusivamente el interés particular del empresario.

Luego, la libre competencia –bien jurídico– determina el ejercicio ordenado de la libertad comercial individual –derecho subjetivo–. Su esencia concierne al interés general de todos los operadores del mercado y, sobre todo, al bien común, representado en último término por los consumidores, verdaderos beneficiarios de una competencia libre y vigorosa y de su defensa efectiva. Puede decirse, finalmente, que su titularidad corresponde a todos los ciudadanos.

1.2) La Competencia Desleal

En un sentido ontológico, la competencia desleal es un ejercicio del derecho subjetivo de la libertad comercial individual por fuera de sus límites. Por ello, su verificación termina siempre repercutiendo negativamente sobre otro u otros competidores. Su esencia concierne entonces a la esfera particular. Aquí radica, por tanto, su diferencia fundamental y más relevante con la libre competencia. Sebastián García Menéndez lo explica de la siguiente manera:

> "....mientras que la defensa de la competencia lucha contra aquellos fenómenos que intentan limitar la competencia y poner en peligro el interés económico en general, a través de la protección contra la competencia desleal se pone el acento sobre el amparo de los intereses privados del competidor contra los actos de su propio competidor, reprochando aquellas prácticas desleales que logran que los consumidores se vean atraídos no por el mejor empresario, sino por aquel que utilizo medios que escapan a los parámetros socialmente aceptados. A grandes rasgos, la defensa de la competencia protege al orden publico económico de la acción de los competidores, mientras que la protección contra la competencia desleal sanciona a los actos desleales de los competidores entre sí....".[3]

3 García Menéndez, Sebastián, (2004), *Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor,* Lexis Nexis, Buenos Aires.

La competencia comercial, strictu sensu, implica la disputa de un espacio en las preferencias del consumidor. Así, cada operador compite para conseguir el favor del público.

El tratadista argentino Jorge Otamendi nos dice lo siguiente:

> "....La competencia en un mercado es la lucha por la clientela. Hay competencia cuando se puja por ofrecer lo mismo o algo que lo puede reemplazar....".[4]

Pero la posibilidad objetiva de competir, según los presupuestos esenciales del estado de derecho, está sometida a ciertas pautas definidas objetivamente por la ley y, con más subjetividad, por los denominados "usos honestos" reconocidos como tales por la sociedad del lugar donde se la ejerce. Si se ciñe a tales pautas, se la califica como leal. Si no, se configura el vicio que ahora se analiza: la deslealtad.

La lealtad comercial fue definida por Corte Suprema de Justicia de Colombia[5] en los siguientes términos:

> "....Obrar lealmente es actuar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas prácticas mercantiles....".

Por su lado, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia[6] recordaba que:

> "....El respeto a las sanas costumbres mercantiles, genera para los competidores en el mercado, un cuidado mayor que el que conlleva simplemente la actitud de no violar la ley o la costumbre jurídica, pues además de estar obligados a respetar estas últimas, deben ser lo

4 Otamendi, Jorge, (2009), *La Competencia Desleal,* Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, p.1.

5 Sentencia 005, 3 de abril de 2006, citada por Natalia Tobón, Sanciones por revelar los secretos comerciales en Colombia, p. 3.

6 Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Resolución 31714, 19 de noviembre de 2003, citada por Natalia Tobón, Sanciones por revelar los secretos comerciales en Colombia, p. 3.

> suficientemente cuidadosos para que sus conductas sean éticamente acordes con la práctica honesta del comercio, esté o no esté reconocida en una ley o en una costumbre mercantil....".

Para el catedrático español Alberto Bercovitz[7], se compite lealmente cuando existe "....claridad y diferenciación de las ofertas; actuación de los oferentes en el mercado basada en su propio esfuerzo; respeto de la legalidad; prohibición de la arbitrariedad, y libertad de decisión de los consumidores....".

Por su parte, Jorge Jaekckel Kovakcs[8] deja claro que la buena fe en el ámbito de la competencia desleal no debe evaluarse de acuerdo con la doctrina de buena fe en general, sino "la buena fe que impera entre los comerciantes.". Lo que constituye usos o costumbres honestos en el comercio nacional es una cuestión de hecho. Siendo así, las partes deben probar que tales usos o costumbres han sido contrariados.

Así, la competencia desleal es una realidad que se explicita en hechos concretos –no presuntos ni sobrentendidos– que arrojan un resultado, que tiene su propio sentido finalista (relación de medios a fin), orientado a la consecución de un propósito u objetivo último que se cumple en todos los casos en que esta se produce: **desviar la clientela ajena en provecho propio.** Este es, como digo, el fin último de la competencia desleal y el común denominador de los actos a través de los que se la consuma. La conducta desleal (medios) procura el desvío de la clientela ajena en provecho propio (fin).

Valdés-Prieto dice al respecto lo siguiente:

> "....De conformidad con la moderna teoría de la competencia desleal, ésta , tiene lugar toda vez que un competidor, directamente o por interpósita persona, realiza una conducta caracterizable como un acto de competencia mercantil (apto para obtener desplazamientos de demanda en favor de quien los realiza), que sea indebida (contraria a la lealtad, a los usos

---

7 Bercovitz, Alberto, (1992), *Competencia desleal, Código de Comercio, evaluación y perspectivas,* Cámara de Comercio de Bogotá.

8 Jaeckel Kovakcs, Jorge, *Apuntes sobre Competencia Desleal,* Seminarios 8, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Universidad Javeriana, Bogotá, p. 45.

> honestos, a la corrección profesional, a las costumbres mercantiles, entre otras fórmulas acuñadas al efecto) e idónea para producir un perjuicio respecto de otro competidor de su mismo mercado relevante. Se ha dicho que la expresión "falsear" la competencia conviene más a los actos de competencia desleal que a los de restricción de la libre competencia, v. gr., confusión en la identificación de los productos o denigración de una marca....".[9]

Sin perjuicio de lo anterior, el daño producido por el acto de competencia desleal debe ser también observado dentro del marco de la responsabilidad extracontractual, donde la doctrina es unánime en reconocer la obligación de probar los hechos que se aleguen como fuente de cualquier pretensión reparatoria de orden pecuniario.

El catedrático chileno Hernán Corral Talciani[10] lo plantea de la siguiente manera:

> "....En general, el que invoca la existencia de la obligación de indemnizar debe probar sus presupuestos, entre ellos la causalidad entre el hecho y el daño. [....] Aun a falta de disposición que presuma la relación, en cursos causales complejos bastará que el demandante acredite que la actuación del demandado puede ser razonablemente considerada causa de la lesión. Corresponderá en tal caso al demandado acreditar las circunstancias que determinen la inexistencia de la relación de causalidad entre su obrar y el resultado lesivo....".

En síntesis, se puede afirmar que los actos de competencia desleal se estructuran bajo un patrón general que lo resumimos de la siguiente manera:

-Nacen de un acto de competencia comercial que la distorsiona: el comportamiento del operador mercantil desleal es irregular en sí mismo;

-Son contrarios a los usos honestos: siendo irregulares, se apartan de las costumbres, prácticas, principios y preceptos comerciales; del stan-

---

9 Domingo Valdés Prieto, ob.cit., p. 88.

10 Corral Talciani, Hernán, (2004), *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 206.

dard al que voluntariamente están sometidos sus pares del mercado, y del marco regulatorio de las leyes;

-Afectan a otro competidor dentro de un mismo mercado: la competencia desleal no busca dañar al mercado como realidad económico-jurídica plural donde convergen oferentes (pares comerciales) y demandantes (clientes-consumidores), sino a un destinatario en particular que es el otro competidor;

-Tienen un sentido finalista (de medios a fin) asociado siempre a la consecución de un resultado: desviar la clientela ajena en provecho propio.

-El acto desleal y el perjuicio irrogado en consecuencia deben traducirse en un hecho concreto que deberá estar probado conforme a la ley; ni uno ni otro operan bajo un supuesto o presunción.

-Responden, por regla general, a un animus o factor intencional[11] **vinculado a su sentido finalista:** dado que hay un objetivo previsto de antemano, la conducta desleal es un acto de conciencia hacia su consumación. No obstante, en situaciones muy excepcionales la competencia desleal puede producirse al margen de este factor.

Vale añadir que debido a sus propósitos distintos, es posible que surjan conflictos entre la "libre competencia" y la "competencia desleal", especialmente alrededor de los intereses que cada una busca proteger. Toda afectación contra la libre competencia requiere que las partes en conflicto se perjudiquen de una manera tal que su actuación repercuta directa y negativamente sobre todo el mercado, afectando con ello el interés público y el bien común.

Por el contrario, los efectos de la competencia desleal se limitan siempre, independientemente de su magnitud, al ámbito particular del com-

---

11 Esto lo ha confirmado Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al concluir que los actos de competencia desleal son actos deshonestos que "se producen cuando se actúa con intención de causar daño...". Sentencia de 4 de octubre de 2006.- Interpretación prejudicial de oficio de los artículos 258, 259, 267, 268 y 269 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, con fundamento en la consulta formulada por el Tribunal Contencioso Administrativo No. 2 del Distrito de Guayaquil, Ecuador. Expediente No. 604-04-02. Actor: Compañías de Cervezas Nacionales C.A. juicio de competencia desleal por uso de botellas.

petidor perjudicado con ella, quien representa un interés de menor rango, distinto al del mercado.

1.3) Libre competencia y libre concurrencia

El ya citado tratadista chileno Domingo Valdés Prieto manifiesta lo siguiente:

> "....Desde una óptica doctrinaria, existe un matiz entre libre competencia y libre concurrencia. La libre concurrencia requiere una estructura de mercado en la que participen pluralidad de oferentes, en tanto que la libre competencia opera toda vez que existe disputa entre dos o más personas que aspiran a obtener la misma cosa. De esta forma, si todas las personas que compiten en un determinado mercado relevante se conciertan para no competir entre sí, deja de haber libre competencia pero subsiste la libre concurrencia. Así, la concurrencia es el sustrato básico sobre el cual se desarrolla la competencia....".[12]

El concepto "concurrencia" sugiere entonces pluralidad de sujetos, presencia de múltiples operadores mercantiles en una determinada jurisdicción. Así, aquello que afecte a la concurrencia afecta directamente al mercado considerado como un todo, y no a un operador en concreto como sucede en la competencia desleal.

2) El tratamiento de la "libre competencia" y la "competencia desleal" en la legislación del Ecuador

En la actualidad, la legislación ecuatoriana regula la libre competencia y la competencia desleal a través de normas distintas, pudiendo decirse que las principales son: la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM, expedida el 13 de octubre de 2011) y la Decisión 608 con su normativa vinculada. Esto explica que las diferencias derivadas de su tratamiento en el sistema positivo también se produzcan en el plano conceptual, donde pueden ser identificadas –o al menos deducidas con razonable certeza– a partir de determinados enunciados

12 Domingo Valdés Prieto, ob.cit., pp. 80-81.

recogidos en una misma norma o en normas diferentes. Por ejemplo, la tutela de la libre competencia está implícita en las regulaciones sobre el "poder de mercado" de la LORCPM, o en la cláusula general prohibitiva que trae su Art. 9; o la descripción que sobre deslealtad competitiva hace el Art. 27; o las disposiciones del Art. 7 de la Decisión 608, entre otras.

Antes de 2011, la libre competencia estaba contemplada en dos normas fundamentales: la Constitución de 1998, que promovía su impulso dentro del sistema social de mercado propugnado para la organización y funcionamiento de la economía (Art. 244-3)[13]; y, la Decisión 285 de la Comunidad Andina –norma de escasísima eficacia práctica– que establecía el régimen comunitario andino para "prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia", según su propia nomenclatura. Por su parte, la competencia desleal estaba regulada expresamente en tres normas: la Ley de Propiedad Intelectual promulgada en 1997; el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (CUP) vigente tras el ingreso del Ecuador a la OMC; la Decisión 486 de la Comunidad Andina, vigente desde 2001, que contiene el régimen comunitario andino sobre propiedad industrial.

No obstante, había alusiones concretas a la competencia desleal en la Ley Especial de Telecomunicaciones (Art. 28-g), vigente desde el 10 de agosto de 1992; en el Art. 38 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, vigente desde el 10 de octubre de 1996; en la Ley de Comercio Electrónico (Art. 39), vigente desde el 17 de abril de 2002. De cualquier manera, el concepto como tal estaba, obviamente, limitado al ámbito regulatorio particular de cada una de estas normas.

Esto, sin embargo, nos lleva a una conclusión muy importante: el tratamiento legislativo de la competencia desleal se limitaba al ámbito específico de la propiedad industrial y condicionaba su verificación a la vulneración de este derecho. Por tanto, dentro de ese marco, cualquier acto de deslealtad competitiva debía llevar implícita la afectación a un

13 "....Art. 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: ...3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen...".

derecho de propiedad industrial y su reparación estaba sujeta a los procedimientos judiciales previstos para tal situación.

La LORCPM introduce en el marco legislativo nacional una regulación expresa para la libre competencia y para las prácticas desleales, asociadas, eso sí, a un hecho que define su propia finalidad: el abuso de los operadores económicos con poder de mercado (Art. 1). Como una novedad relevante de sus fines tutelares, esta ley reconoce la posibilidad de iniciar acción judicial privada por daños derivados de una violación a la libre competencia o por un acto de deslealtad competitiva. En el primer caso el demandante debe acreditar que existe una resolución administrativa que reconoce la violación de la libre competencia como resultado del abuso del poder de mercado y la consiguiente afectación contra este; y que, como consecuencia de esa violación, el demandante, a título singular, haya sufrido un daño económico. Por contraste, para poder iniciar una acción privada por daños derivados de un acto de deslealtad competitiva, el demandante debe establecer que el demandado tuvo una conducta contraria a los usos o costumbres honestos, tal como quedan definidos por las costumbres comerciales nacionales, con la intención específica de desviar la clientela ajena en beneficio propio.

2.1) Un antecedente normativo cercano: la promoción de la libre competencia y el requisito de tipicidad en la Constitución de 1998

El numeral 3 del Art. 244 de la Constitución de 1998 consagraba como política y obligación de Estado la promoción de la libre competencia, cuyo "impedimento o distorsión" serían sancionados conforme a la Ley. No contemplaba, pues, una prohibición de ejecución inmediata. En su lugar, sería(n) la(s) ley(es) la(s) que debía(n) dar forma a la política y obligación del Estado, incluidos los mecanismos procesales para su tutela efectiva.

Por otro lado, el Art. 24 numeral 1 estipulaba que "....nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley...". La Constitución de 2008, recoge este principio, en idénticos términos, en el numeral 3 del Art. 76.

Así, diremos que el juzgamiento y sanción de los actos contrarios a la libre competencia, vista la ratio del Art. 244-3 de la Constitución de 1998, y su reparación patrimonial al amparo de los Arts. 2214 y 2229 del Código Civil, podían verificarse sólo en la medida que la conducta lesiva estuviera descrita y suficientemente tipificada por una norma legal.

Por razones que atañen a la seguridad jurídica más elemental y a la indiscutible necesidad de concretar los actos sancionados por la Ley, la aplicación rigurosa del principio de tipicidad consagrado en las citadas normas constitucionales, es un aspecto cardinal en la lógica del Estado de Derecho y condición necesaria para la correcta interpretación de toda norma jurídica en cualquier contexto.

La doctrina española[14] da testimonio de esta realidad cuando pone de relieve la línea adoptada por el Tribunal Supremo con relación al principio de tipicidad en el ámbito de la libre competencia y la deslealtad competitiva:

> "....De acuerdo con la totalmente consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental del artículo 25.1 de la Constitución implica una garantía de alcance material ("y absoluto", insiste el Tribunal Constitucional), que "se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa)que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (lex certa) dichas conductas, de tal modo que se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción". El Tribunal Constitucional ha dejado claro que este mandato de certeza no se dirige tan sólo al Poder legislativo y a la Administración en cuanto colabora con aquél en tareas normativas mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, sino también "a los aplicadores del Derecho", esto es, a la Administración en ejercicio de sus funciones ejecutivas y a los Tribunales.[...] Esta proyección a los aplicadores del Derecho de las exigencias del principio de tipicidad resulta necesariamente del carácter abstracto de las normas y de " la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje" (por emplear las palabras del propio Tribunal Constitucional),

14 García-Villarrubia, Manuel; Magide Herrero, Mariano, *El control de la aplicación del Derecho de la Competencia a través de las categorías generales del Derecho Administrativo;* la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (Asunto Planes Claros), p. 33.

> al tiempo que viene impuesta, entre otras razones, por el principio también constitucional de seguridad jurídica. Y resulta especialmente trascendente cuando se aplican tipos sancionadores particularmente abiertos, como puede ser el artículo 6 de la LDC, que contiene una lista de conductas constitutivas de abuso de posición dominante en su apartado 2º de carácter ejemplificativo, que abre la puerta a la inclusión en el tipo de otras conductas no descritas en dicho apartado. Supuestos como éste exigen al aplicador del Derecho un especial esfuerzo de interpretación destinado a "cerrar" el tipo, a interpretarlo de acuerdo con las exigencias del principio de tipicidad. En este sentido, la STS de 20 de junio de 2006 marca una pauta del máximo interés....".

Desde esta óptica, puede decirse que el Art. 244-3 de la Constitución de 1998 establecía, ante todo, una política de Estado –la promoción de la libre competencia–; y, al mismo tiempo, su obligación de sancionar toda práctica monopólica[15] y "otras" (se entiende que equiparables, equivalentes o afines al monopolio) que la impidan o distorsionen. El bien jurídico protegido por el Art. 244-3era indiscutiblemente la "libre competencia", siendo claro que su objetivo tutelar se dirigía al interés general, en contrapartida al interés particular.

Así, si analizamos detenidamente el texto de este artículo, bien podemos concluir que la competencia desleal estaba excluida de su ámbito regulatorio, en la medida que:

(i) Su objeto de protección era la libre competencia –como bien jurídico cuya titularidad ostenta la sociedad en su conjunto–, y no el interés individual de cada competidor.

(ii) Asimilaba los actos contrarios a la competencia con el monopolio y, de cualquier manera, limitaba su alcance a aquellos otros que la afectaban en su dimensión de bien jurídico colectivo, a diferencia de lo que sucede con el sistema tutelar contra la deslealtad competitiva que tiene en el operador comercial particular –el competidor– a su destinatario natural.

---

15 Puede decirse que sus rasgos comunes más característicos son: una sola voluntad -o varias concertadas y/o concentradas- que domina(n) la oferta sin sustitutos aceptables, bajo un esquema de proporcionalidad inversa frente a la competencia, y expuesta de forma latente ala eventualidad de abusar de ella.

(iii) El principio de tipicidad recogido en su Art. 24 exigía que la conducta lesiva o dañosa estuviera expresamente establecida, lo cual, además, explica el reenvío expreso a la Ley ("....conforme a la ley....") como fuente sancionatoria de tales conductas, lo que por cierto impedía iniciar acciones directas a partir del Art. 244-3. Conviene enfatizar en que esta misma norma constitucional no correspondería a lo que en derecho de competencia se define como una "cláusula general prohibitiva", dado que esta, amén de que por definición no puede ser taxativa, sí debe sujetarse a la condición necesaria de enumerar, al menos referencial pero de forma suficientemente explícita, los "....supuestos concretos de los comportamientos sancionables....".[16] Una revisión de la jurisprudencia ecuatoriana sobre competencia reafirma esta opinión, pues a excepción de alguna decisión de los juzgados y cortes de instancia, ningún tribunal ha reconocido la existencia de responsabilidades civiles que surjan del artículo 244-3 de la Constitución de 1998 por impedimento o distorsión de la libre competencia ni menos aún por competencia desleal.

2.2) La Decisión 608 de la Comunidad Andina y el régimen de la LORCPM

La Decisión 608 fue promulgada en 2005 y en el Ecuador entró en vigor operativo en 2009, a través de la Decisión 616 y del Decreto Ejecutivo 1614. Es oportuno reconocer que esta norma comunitaria introdujo de manera general estándares internacionales ampliamente aceptados sobre las prácticas que restringen la libre competencia y, por consiguiente, brindó el debido sustento normativo a dichos principios.

Sus Arts. 7 y 8 describen dos categorías de prácticas restrictivas de la libre competencia: los tipos de acuerdo entre operadores del mercado que "....[s]e presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia....", que incluyen acuerdos para fijar precios, restringir el suministro o la demanda y obstaculizar el acceso de otros competidores al mercado, entre otras conductas.

16 Marín Sevilla, Marcelo y otros, *Régimen de Competencia-Digesto Ecuatoriano*, Universidad de los Hemisferios - CEP, 1ra. edición, p. 219.

El artículo 8 identifica las prácticas que violan la libre competencia cuando son tomadas por un actor del mercado con una "posición de dominio", que incluyen lo siguiente:

a) La fijación de precios predatorios;

b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;

c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;

e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;

f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,

g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

El Art. 8 no deja dudas en cuanto a que dichos actos constituyen, ante todo, violaciones a la libre competencia, es decir, la afectan como bien jurídico colectivo; pero, los condiciona además a la concurrencia de un factor que para sus efectos resulta determinante: la "posición de dominio". Esto nos permite concluir que esos mismos actos descritos en el Art. 8, cuando son llevados a cabo por operadores del mercado que no ostentan posición de dominio, no afectan a la competencia y, por consiguiente, se consideran prácticas legítimas entre dos competidores.

El Art. 9 por su parte define que un operador tendrá una posición de dominio en el mercado cuando "....tenga [ ] la posibilidad de restringir,

afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad....". En la práctica, para determinar si un operador del mercado ocupa una posición de dominio, es indispensable establecer el mercado en cuestión; su cuota o participación en el mismo; su facultad de fijar precios al margen de presiones competitivas dentro de ese mercado; y, la capacidad de excluir a sus competidores.

En 2009 se expidió el Decreto Ejecutivo 1614, que estableció para la autoridad nacional sobre competencia un procedimiento ex oficio para la investigación, enjuiciamiento y aplicación de sanciones administrativas contra las prácticas anticompetitivas definidas por la Decisión 608. Sin embargo, este Decreto no facultó a que las partes que afirmaran haber sido perjudicadas por prácticas anticompetitivas pudieran interponer acciones para reclamar una reparación patrimonial ante el fuero civil como medida directa.

Lo que ahora cabe enfatizar es que los procedimientos administrativos establecidos por el Decreto 1614 para resolver sobre las violaciones a la libre competencia, reflejan su naturaleza como bien jurídico de orden público y los consiguientes propósitos tutelares del régimen correspondiente, orientado a la protección del mercado como realidad colectiva y, por su intermedio, a salvaguardar el bien común.

Este mismo principio se mantiene en la LORCPM –que evidentemente coexiste con la Decisión 608– cuando determina que las prácticas contra la libre competencia deben ser reconocidas y declaradas como tales por la autoridad administrativa sobre competencia –la Superintendencia de Control del Poder del Mercado–. Esto sintoniza con lo ocurrido en la mayoría de los países de América Latina, que han optado por establecer una entidad de la administración pública para investigar y decidir sobre las violaciones a la libre competencia. Es el caso de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Panamá, Perú y Venezuela. Según estos regímenes, la acción judicial privada derivada de una violación a la libre competencia procede únicamente luego de que la autoridad administrativa haya resuelto en su misma sede que la violación se ha producido. En ese momento, un operador

del mercado puede presentar una demanda civil en la que alegue que las prácticas anticompetitivas reconocidas y declaradas en la vía gubernativa le ocasionaron perjuicios. En el Ecuador, el demandante debe demostrar únicamente que sufrió perjuicios económicos generales ocasionados por los actos del demandado. No es necesario demostrar que el demandado actuó con la intención de perjudicar.

2.3) La Competencia desleal en la legislación del Ecuador

Antes de la expedición de la LORCPM, la competencia desleal en el Ecuador estaba regulada positivamente, de forma exclusiva, por los Arts. 284 a 287 de la Ley de Propiedad Intelectual; por los Arts. 258 a 269 de la Decisión 486; y por el Art. 10 bis del Convenio de París. Los ADPIC traían una norma respecto a las prácticas anticompetitivas en el ámbito de las licencias contractuales.

Nótese entonces un aspecto que resulta definitivo: en la legislación ecuatoriana, la competencia desleal estaba asociada exclusivamente a la propiedad industrial y su vulneración. Dicho de otra manera, estaba limitada al contexto exclusivo de este derecho.

Por otro lado, tenemos el Art. 244-3 de la Constitución de 1998 que ya hemos analizado. Se ha visto que su propósito era promover la libre competencia, lo cual no admite ninguna duda, y se ha dicho también que esta norma establecía la obligación estatal de sancionar "...conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen....". El Estado, como parte de su misión regulatoria, debía entonces sancionar todo acto contrario a la libre competencia. Pero, siguiendo el principio de tipicidad recogido en el Art. 24-1, debía, paralelamente, establecer tales actos por medio de una ley, así como las respectivas sanciones. Si llegásemos al supuesto no consentido de aceptar que en virtud de una forzada interpretación extensiva de su espíritu el pasaje del Art. 244-3 referente a "...las prácticas monopólicas y otras..." incluía a la competencia desleal, la expresión "...conforme a la ley..." nos limita inexorablemente a aquellas leyes que regulaban en ese momento los actos monopólicos y también aquellos "otros" que impidieran y distorsionaran la libre competencia, incluidos, supuestamente, los que pudieran tenerse por desleales. Ciñéndonos a esta lógica, antes de 2011, las únicas leyes que establecían

el carácter lesivo de la competencia desleal, eran precisamente aquellas que limitaban la verificación de los actos "desleales" al ámbito específico de la propiedad industrial y que por tanto estaban condicionadas necesariamente a una afectación de este derecho.

Esto explicaría en buena parte que, a excepción de la sentencia dictada por la CNJ en el caso NIFA vs. MSDIA[17], ninguna autoridad judicial ecuatoriana haya llegado a concluir que el artículo 244-3 de la Constitución de 1998 abarcaba el concepto "competencia desleal", ni que creaba un derecho para reclamar judicialmente la reparación indemnizatoria por un acto de esa naturaleza, según principios jurídicos sustantivos y procesales universalmente reconocidos.

Antes de la expedición de la LORCPM no existía ningún procedimiento administrativo para investigar y sancionar violaciones a las normas sobre competencia desleal. En su lugar, el Art. 287 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador –ahora ya derogado por la misma LORCPM–, reconocía un derecho particular para iniciar acciones judiciales a quienes hubieran sido perjudicados por el acto desleal. Por su parte, el Art. 267 de la Decisión 486 entregaba a la autoridad nacional competente en materia de propiedad industrial, la posibilidad de pronunciarse sobre la licitud de algún acto o práctica comercial regulada según sus términos.

Luego, dado que las normas sobre competencia desleal estaban limitadas al ámbito específico de la propiedad industrial, cualquier acción para impedirla o sancionarla dependía, primero, de que su realización comprometiera un derecho reconocido por la Ley de Propiedad Intelectual, quedando sujeta a los requisitos que en el orden procesal y jurisdiccional determinaba dicha ley, que a la sazón sometía a la jurisdicción exclusiva del Tribunal de lo Contencioso Administrativo todas las controversias sobre los derechos que protegía. Esto permite señalar, salvo error u omisión, que a excepción de la sentencia de la CNJ dictada en el caso NIFA vs. MSDIA, no se haya presentado ningún reclamo por competencia desleal que hubiera prosperado al margen de su tramitación ante el fuero contencioso administrativo.

---

17 Sentencia dictada por la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador el 24 de septiembre de 2012, dentro del juicio iniciado por la sociedad ecuatoriana Nueva Industria Farmacéutica Asociada NIFA S.A. contra Merck Sharp &Dohme (Inter American) Corp. de los Estados Unidos de América (MSDIA).

3) La doctrina de la "negativa de venta" como acto de desorganización empresarial. Su tratamiento en la legislación ecuatoriana sobre la libre competencia

3.1) Los actos de desorganización empresarial

La legislación ecuatoriana vigente no recoge el concepto "actos de desorganización empresarial", ni como acto contrario a la libre competencia ni menos aún como acto de deslealtad competitiva. No obstante, es oportuno realizar algunas precisiones acerca de sus orígenes y efectos.

El autor colombiano Delio Gómez Leyva[18], delimita el ámbito de los actos de desorganización empresarial de la siguiente manera:

> "....se habla de actos de desorganización cuando el competidor desleal promueve la ruptura de relaciones laborales entre un empleador y sus empleados, cuando alienta la realización de paros o huelgas; cuando para desorganizar una empresa sustrae sus dependientes, cuando promueve el incumplimiento de contratos de proveedores; cuando estimula la apertura de procesos concursales y, finalmente, cuando facilita la divulgación de secretos.[ ]...**Además... es necesario que los actos de desorganización efectivamente desordenen en sumo grado, cortando o rompiendo las relaciones existentes entre las diferentes partes de un todo...".**

La doctrina de la Superintendencia de Industrias y Comercio de Colombia añade que para que se produzca competencia desleal por actos de desorganización se requiere "....que la conducta esté encaminada a causar la desorganización empresarial....".

Luego, la negativa de venta no constituye en sí misma y por sí misma un acto de desorganización empresarial. Para que ello suceda es necesario que se verifiquen las condiciones advertidas:

---

18 Gómez Leyva, Delio, De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica, Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, p. 403. Citado en Resolución SIC Nro.11090 de 29 de abril 2003, citada por Natalia Tobón, Sanciones por revelar los secretos comerciales en Colombia, p. 8.

(i) Que la negativa de venta tenga como finalidad producir la desorganización empresarial del competidor. Debe haber un factor intencional previo, orientado a la consecución de un objetivo, característico de los actos de deslealtad comercial;

(ii) Que desordene en sumo grado, cortando o rompiendo la estructura de la empresa donde se produce.

3.2) El contexto objetivo de la "negativa de venta" y el abuso de posición de dominio como condición necesaria

3.2.1 La "negativa de venta"

El contexto en que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia comparadas ubican a la "negativa de venta" es el de los "actos o conductas restrictivas de la libre competencia". Siendo así, sus efectos son de aquellos que afectan de forma directa al mercado en su conjunto y no a un operador en particular.

En la realidad objetiva del mercado, la "negativa de venta" como acto contrario a la libre competencia puede resumirse en estos cinco aspectos:

(i) Está limitada a un ámbito particular de bienes y servicios, según la naturaleza misma de cada operador y de su actividad comercial o industrial;

(ii) El ámbito particular de los bienes y servicios coloca a los operadores en situación de competidores, uno de los cuales ostenta posición de dominio;

(iii) Debe ser injustificada.

(iv) La relación de los competidores en el mercado se estructura de tal manera que la negativa de venta injustificada incide directa, negativa e irreversiblemente sobre la oferta y la demanda de tales bienes o servicios, afectando al conjunto de sus consumidores.

(v) Debe ser contraria a los usos y costumbres mercantiles.

Antes de la expedición de la Decisión 285 en 1991, la legislación vigente en el Ecuador no incluía ninguna referencia concreta a la "negativa de

venta" en el marco de la protección a la libre competencia. El Art. 5 de esta norma comunitaria andina lo introdujo como un caso de abuso de posición de dominio, en el contexto que se ha explicado.

Ni la Constitución de 1998 (incluido el propio Art. 244-3) ni la actual Constitución la incorporaron en ninguno de sus contenidos.

La Decisión 608 (Arts. 7 y 8) también la reconoce como una conducta relativa al abuso de posición de dominio en el marco de los actos contrarios a la libre competencia, en los siguientes términos: "....la negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios" y "la incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios....".

3.2.2 Negativa de venta y posición de dominio en el mercado

La negativa de venta depende necesariamente de una condición: quien la lleva a cabo, abusa de la posición de dominio que ostenta en el mercado. Luego, la negativa de venta es resultado directo de esta circunstancia.

Para comprender mejor en qué consiste, conviene conocer el criterio de la doctrina y la jurisprudencia.

La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea[19] en 1983 dentro del caso Michelin vs. Comisión Europea definió la posición dominante como:

> "....una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y en definitiva de los consumidores....".

19 Sentencia TJCE asunto 322/81, citado por Christopher Bellamy y Graham Child, Derecho de la Competencia en el Mercado Común, Editorial Civitas, Madrid 1992, p. 507.

Varios autores[20] la definen como:

> "....la posibilidad de impedir la competencia efectiva, lo que probablemente significa el poder de comportarse con independencia en el mercado....".

Y según sus efectos, la doctrina[21] clasifica al abuso de posición de dominio en dos grandes grupos: "....conductas exclusorias y conductas explotativas. Las primeras se encuentran destinadas básicamente a excluir a los competidores reduciendo o impidiendo la competencia, mientras las segundas se encuentran dirigidas a explotar a los consumidores....".

En la práctica, la negativa de venta vinculada a la posición de dominio puede tomar matices más singulares todavía, como cuando el potencial vendedor está en posesión de un "recurso esencial" en el sector específico de su actividad.

Según la doctrina del INDECOPI peruano,[22] "....un recurso esencial es aquella infraestructura que es indispensable para la producción de un determinado producto....". Para ser un "recurso esencial", debe estar bajo el control de quien tiene la posición de dominio; debe constituir un medio sin el cual otras empresas no podrían competir con él; y, su reproducción debe ser impracticable por motivos técnicos o financieros.

Con todo, la posición de dominio no lleva implícita la negativa de venta. Es, por definición, una posición privilegiada que da lugar a una ubicación asimétrica de los competidores en su mercado. Pero para que la negativa de venta surta su efecto negativo sobre los consumidores (titulares natos del bien jurídico de la libre competencia), quien tiene la posición dominante debe abusar de ella.

Para explicar en qué consiste, citaremos la sentencia Continental Can dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea el 23 de febrero de 1973:

---

20 Wish, Korah, Sharpe, citados por Bellamy y Child, ob. cit., p. 508.

21 Marín Sevilla, Marcelo, ob. cit., p. 224.

22 Falla, Alejandro, Facilidades esenciales y negativa injustificada a negociar, pp. 4-5.

> "....existe abuso de posición de dominio si el operador económico que ya posee una posición de dominio en el mercado relevante, busca reforzarla entorpeciendo el accionar de los competidores siendo el objetivo que sólo permanezcan en el mercado aquellas empresas dependientes del operador económico con posición de dominio....".[23]

Según el connotado catedrático español don Joaquín Garrigues:[24]

> "....hay abuso de posición de dominio cuando la empresa dominante, atenta solo a su propio lucro, impone su poder a los participantes en el mercado, obligando a los consumidores a pasar por condiciones contractuales no equitativas, privando a los competidores indirectamente de la posibilidad de vender (como sería el caso, por ejemplo, de una cláusula exclusiva de compra a favor del vendedor que impidiese a los compradores comprar en otro lugar distinto)... .".

Finalmente, García-Villarrubia y Magide-Herrero[25] explican así la relación condicional entre abuso de posición dominante y conductas restrictivas a la libre competencia:

> "....De este modo, la noción de abuso de posición dominante se ha de configurar a partir del elemento común compartido por los supuestos contemplados en el artículo 6.2 de la LDC. Y es que si se examinan las conductas expresamente prohibidas en el apartado 2 del artículo 6 de la LDC, se concluye que ese ilegítimo prevalimiento de una posición de dominio es el elemento común de esas conductas. Sólo quien goza de esa posición puede, con perjuicio de la libre competencia, imponer precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativas (apartado 2.a); negarse injustificadamente a satisfacer la demanda de compra de productos o de prestación de servicio (apartado 2.c); o subordinar la celebración de contratos a la adquisición de prestaciones suplementarias que no guarden relación con los contratos principales (apartado 2.e), por ejemplo...".

---

23 Marín Sevilla, Marcelo, ob. cit., p. 223.

24 Garrigues, Joaquín, La Defensa de la Competencia Mercantil: Cuatro Conferencias sobre la Ley Española de 20-VII-1963 contra Prácticas Restrictivas de la Competencia, Madrid, 1964, p. 193.

25 García-Villarrubia, Manuel; Magide Herrero, Mariano, ob. cit., pp. 34 y ss.

En conclusión, de acuerdo con lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia, la posición de dominio en sí misma no es lo que proscribe el derecho sobre la competencia, sino el abuso que en los mercados se haga de ella, produciendo un daño o afectación contra la competencia y el mercado.

3.4) Negativa de venta según la LORCPM

La LORCPM ubica a la negativa de venta como un acto contrario a la competencia, entre aquellos que afectan negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general (Art. 11 numeral 13), en el marco de los "acuerdos y prácticas prohibidas". Por consiguiente, tampoco constituye un acto de competencia desleal bajo esta ley.

3.5) La negativa de venta y la libertad de contratación garantizada por la Constitución

La Constitución vigente consagra la libertad de contratación (Art. 66 No. 16), asegurando así el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual de las partes del Derecho Civil.

Respecto a esta garantía constitucional, García Menéndez[26] dice:

> "...la negativa a entablar relaciones es concebida como un derecho que, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, tiene todo operador de mercado a decidir con quien contrata y como establece las relaciones de negocio.... [ ]....***el negarse a contratar es en principio lícito y permitido salvo que*** dicha conducta, analizada restrictivamente y de acuerdo con las circunstancias del caso, no esté comercialmente justificada o tienda objetivamente a causar un perjuicio a un competidor, ***contrario a la buena fe y a los usos y costumbres mercantiles....".***

Por consiguiente, la negativa de venta como acto contrario a la libre competencia debería analizarse, a nuestro parecer, siempre bajo el contexto analizado en el acápite 3.2.1 anterior. Si no se ajusta a esas condiciones, resultaría irrelevante para el derecho de la competencia.

---

26 García Menéndez, Sebastián, ob. cit., pp. 168-169.

BIBLIOGRAFÍA

Bercovitz, Alberto (1991), *Competencia desleal,* Código de Comercio, evaluación y perspectivas, Cámara de Comercio de Bogotá, 1992.

Corral Talciani, Hernán (2004), *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2004.

Falla, Alejandro, *Facilidades esenciales y negativa injustificada a negociar.*

García Menéndez, Sebastián (2004), *Competencia Desleal: Actos de Desorganización del Competidor,* Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

García Menéndez, Sebastián.

García-Villarrubia, Manuel; Magide Herrero, Mariano, *El control de la aplicación del Derecho de la Competencia a través de las categorías generales del Derecho Administrativo;* la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (Asunto Planes Claros).

García-Villarrubia, Manuel; Magide Herrero, Mariano.

Garrigues, Joaquín, *La Defensa de la Competencia Mercantil:* Cuatro Conferencias sobre la Ley Española de 20-VII-1963 contra Prácticas Restrictivas de la Competencia, Madrid, 1964.

Gómez Leyva, Delio, *De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica,* Cámara de Comercio de Bogotá, 1998. Citado en Resolución SIC Nro.11090 de 29 de abril 2003, citada por Natalia Tobón, Sanciones por revelar los secretos comerciales en Colombia.

Jaeckel Kovakcs, Jorge, *Apuntes sobre Competencia Desleal,* Seminarios 8, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Universidad Javeriana, Bogotá.

Marín Sevilla, Marcelo y otros, *Régimen de Competencia-Digesto Ecuatoriano,* Universidad de los Hemisferios - CEP, 1ra. edición.

Otamendi, Jorge, (2009), *La Competencia Desleal,* Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires.

Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por DomingoValdés Prieto.

Sentencia 005, 3 de abril de 2006, citada por Natalia Tobón, Sanciones por revelar los secretos comerciales en Colombia.

Sentencia TJCE asunto 322/81, citado por Christopher Bellamy y Graham Child, Derecho de la Competencia en el Mercado Común, Editorial Civitas, Madrid. 1992.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Resolución 31714, 19 de noviembre de 2003, citada por Natalia Tobón, Sanciones por revelar los secretos comerciales en Colombia.

Valdés Prieto, Domingo, (2009), *Libre Competencia y Monopolio,* Editorial Jurídica de Chile.

Wish, Korah, Sharpe, citados por Bellamy y Child.

LEGITIMACIONES PROCESALES EN EL COGEP, ACTUALIZACIÓN Y REFORMAS

Ricardo Hernández González[1]

RESUMEN: *El presente artículo va más allá de ser una actualización del artículo intitulado "Legitimaciones Procesales" publicado en la revista "RUPTURA" No. 56 (2012) de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador -PUCE pues con la vigencia a plenitud del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), si bien las instituciones referentes a los sujetos procesales se mantienen, su aplicación y alcance tienen modificaciones respecto de las normas del Código de Procedimiento Civil (CPC), las cuales serán el objeto principal de este análisis. Además, el COGEP también regula otras materias como laboral, familia y las contenciosas (tanto administrativa como tributaria), por lo cual resulta indispensable su estudio. La legitimación en la causa y la legitimación en el proceso son requisitos indispensables para la conformación de un proceso judicial, y su ausencia permite al demandado plantear una oposición a través de la formulación de excepciones. A estas excepciones el COGEP las ha catalogado como excepciones previas o de previo pronunciamiento a fin de que sean discutidas y resueltas en la etapa de saneamiento y convalidación del proceso. Por ello, al tratarse de excepciones que atacan aspectos formales del proceso, ya no deberán resolverse apenas en la sentencia como sucedía en el sistema procesal anterior.*

La capacidad procesal sigue siendo considerada una solemnidad sustancial de todos los procesos que podrá ser analizada en cualquier momento, salvo que haya sido planteada y discutida como excepción previa. Sobre la capacidad procesal tenemos reglas novedosas en materia de niñez y adolescencia. Es así que ahora los adolescentes podrán comparecer como

---

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Especialista Superior en "Contratación Pública y Modernización del Estado" y en "Derecho Procesal" por la Universidad Andina Simón Bolívar, candidato a Magister en "Derecho Procesal" por la misma universidad, Licenciado en Ciencias de la Educación, mención en Lengua y Literatura por la UTPL. Expositor y capacitador sobre el Código Orgánico General de Procesos. Abogado Asociado del Estudio Jurídico Quevedo & Ponce (ricardo.hernandez@quevedo-ponce.com)

actores de un proceso judicial en aquellos casos encaminados al ejercicio y protección de sus derechos y garantías. No se aplica esta disposición cuando los adolescentes sean los sujetos pasivos de la relación jurídica procesal, ya que en ese caso se seguirá la regla establecida en el Art. 32 del COGEP. A través de los mandatos, las personas aún pueden ser representadas en un proceso judicial. La procuración judicial dejó de seguir aquella regla obsoleta que establecía en qué casos un procurador no necesitaba ser abogado (Art. 40 del CPC) empero ahora no establece de forma expresa que dicho encargo solo lo realizamos nosotros, los abogados en libre ejercicio de la profesión. Las formas de constituirla han sumado a que pueda existir el llamado "acceso gratuito a la justicia" ya que no solo se la podrá hacer a través de un Notario. Cambios importantes, unos dignos de aplausos y otros indignantes, como para no perder la costumbre de las leyes que caracterizan a nuestra Asamblea Nacional. Cabe señalar que el presente artículo contiene un análisis estrictamente jurídico de dichas instituciones procesales.

1. Parte procesal

Según el tratadista Jaime Guasp, parte procesal es aquella persona (sea natural o jurídica) quien pretende y frente a quien se pretende o, más ampliamente, quien reclama o frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión jurídica (2003, p.170).

La palabra parte quiere decir, participar, ser partícipe de algo. El término partes está limitado a quién demanda o a quien se defiende de él, es decir actor y demandado o bien sus procuradores quienes los representan en el proceso. Cabe señalar que si bien también interviene el juez como condición *sine qua nom* en esta relación jurídica procesal, él no es un contendor sino la persona encargada de examinar imparcialmente la contienda sin ser parte interesada.[2]

2 El juez, al no ser parte procesal, no tiene la carga de la prueba ya que aquello está relacionado con el principio dispositivo que es exclusivo de las partes. De ahí que sea un acierto del legislador denominar prueba para mejor resolver la facultad del juez de solicitar, de forma motivada, prueba sobre hechos controvertidos que aún no han quedado demostrados. Denominarla prueba de oficio hacia ver a un juez inquisidor, cual si fuera su función buscar la verdad de los hechos. Más aún, el Art. 160 del COGEP establece que la prueba estará orientada a esclarecer la **verdad procesal.**

Es necesario poder definir quiénes son partes procesales dentro de un proceso judicial; por ejemplo, para la identificación de las acciones, también para declarar si está o no sujeta a la cosa juzgada, si existe o no litispendencia, para establecer si la relación con una determinada persona hace al juez sujeto de excusa o recusación, para saber quién puede intervenir como tercero en un pleito, quien puede declarar como testigo en el juicio, quien está sujeto a costas, etc. (Chiovenda, 1980, p.5).

Lino Enrique Palacio señala que la noción de parte se halla circunscripta al área del proceso: por ello, es parte quién reclama o frente a quién se reclama la protección jurisdiccional, o sea, quienes de hecho intervienen o figuran en el proceso como sujetos activos y pasivos de una determinada pretensión, con prescindencia de que revistan o no el carácter de sujetos legitimados, porque la legitimación constituye un requisito de la pretensión y no de la calidad de parte. En otras palabras, si una parte no se encuentra legitimada, ocurrirá que su pretensión será rechazada, pero esta contingencia no la privará de aquella calidad y tampoco se impedirá. Por consiguiente, no reviste tal calidad quien, como el representante (legal o convencional), actúa en el proceso en nombre y por derecho o un interés ajeno (1997, p. 222).

El Art. 30 del COGEP señala que son partes en el proceso el sujeto procesal que propone la demanda –denominado actor– y aquel contra quien se la intenta –denominado demandado–, en virtud del principio de dualidad. El mismo artículo establece que pueden ser parte de un proceso: 1) Personas naturales, 2) Personas jurídicas, 3) Comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos y; 4) La naturaleza.[3]

Lo dicho hasta ahora aplica exclusivamente en los procesos contenciosos, sean estos de conocimiento o de ejecución, pues solo en estos procesos se puede hablar de partes procesales. En los procedimientos voluntarios el concepto de "partes" se remplaza por el de "peticionarios" o "solicitantes" quienes en nombre e interés propio, o en cuyo nombre e interés se reclama, solicitan ante el órgano jurisdiccional la emisión de un pronunciamiento que autorice o ratifique la eficacia de un determinado acto o relación jurídica. Por ello, su acto de pro-

3 Los Arts. 10, 71 y 72 de la Constitución de la República reconocen a la naturaleza como sujeto de derechos.

posición no es una demanda como tal sino una solicitud conforme lo determina el Art. 335 del COGEP.

El ser parte procesal dentro de un proceso judicial, además, faculta la interposición de recursos sobre determinada providencia, sean horizontales o verticales tal como lo reconoce el Art. 250 del COGEP. Este mismo artículo también concede esta facultad, a pesar de no ser parte procesal, al Procurador General del Estado o su delegado siempre y cuando el proceso esté relacionado con los intereses patrimoniales del Estado. En materia de apelación, por disposición del Art. 256 segundo inciso del COGEP, las sentencias adversas al sector público se elevan a consulta[4] a la Corte Provincial.

Requisito similar establece el Art. 277 del COGEP respecto al recurso extraordinario de casación, en el cual se señalan como exigencias indispensables para poder interponer dicho recurso, el haber sido parte procesal y haber recibido un agravio en la providencia cuya impugnación se persigue, entre otros.

> *"Art. 277.- Legitimación para interponer el recurso. El recurso solo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto. No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución de la o del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquella.*
>
> *En ningún caso cabe la adhesión al recurso de casación deducido por otro".*

2. La legitimación

La legitimación, en términos generales, es la titularidad del derecho respecto al objeto del proceso. Es la institución procesal esencial para tener

4 La institución de la consulta fue creada para proteger los intereses del Estado y sus instituciones en todos los casos en los que un fallo condene a sus entidades. Sin embargo, ¿es justa? ¿garantiza la igualdad de las partes procesales?. Personalmente considero que es una norma que genera desigualdad procesal ya que las instituciones del Estado están debidamente representadas por sus abogados y procuradores, por lo tanto, mal puede la Ley "litigar a su nombre" y suplir la omisión de interponer el recurso de apelación. Considero que la regla general del Art. 250 del COGEP es suficiente para garantizar la protección del interés patrimonial del Estado.

éxito en la pretensión, pues su ausencia impide el desarrollo del proceso y la consecuente expedición del fallo.

Con frecuencia se confunden dos expresiones usuales a la calidad en la que comparecen las partes dentro de un proceso judicial, estas expresiones son: a) falta de legítimo contradictor o *legitimatio ad causam* y; b) ilegitimidad de personería o *legitimatio ad processum*. Ambas son mecanismos de defensa frente a la demanda que presenta una persona ya que al configurarse, permiten al demandado su alegación a través de una oposición llamada excepción.

2.1. Legitimación en la causa

Alejandro Abal Oliú la considera como una aptitud que debe tener el sujeto para que se le puedan imputar los efectos de los actos procesales, y que existe cuando se presenta cierta circunstancia extrínseca a su persona, consistente en un vínculo entre ella y el objeto del proceso al que corresponde el acto procesal concreto y que se demanda (2004, p.188).

La legitimación *ad causam* (o legitimación en el derecho sustancial), implica la presunción de titularidad del derecho que se cuestiona, así el poseedor de la acción posesoria, el acreedor en la acción por cobro, o la víctima en la acción de responsabilidad civil presumen, ciertamente, estar legitimados para reclamar su derecho sustancial. No importa, en cuanto a esa aptitud, que se actué como demandado o como actor ya que el requisito es esencial en ambas situaciones (Couture, 2001-1972).

> La demanda judicial de un derecho es una forma de su ejercicio. No puede, por ello, tener resultado más que cuando se ejercita por la persona a quien la ley concede facultad para ello, y precisamente contra la persona frente a la cual la acción de que se trate tiene que ser ejercitada. La cualidad en virtud de la que una acción o derecho puede y debe ser ejercitado por o contra una persona en nombre propio, se llama legitimación en causa, o facultad de llevar, gestionar o conducir el proceso; activa para aquel que puede perseguir judicialmente el derecho, y pasiva para aquel contra el cual este se ha de hacer pasar (Kisch, 1932).

En otras palabras, la legitimidad en la causa consiste en que el actor (o sujeto activo de un proceso) sea aquella persona que presume ser titular

del derecho sustancial cuya tutela se busca y que pretende que sea declarado o reconocido como el titular del mismo por el órgano jurisdiccional que se encuentra conociéndolo y, el demandado, (o sujeto pasivo) el llamado por la ley a contestar la demanda propuesta en su contra.

Algunos doctrinarios sostienen que la legitimación en causa, (llamada cualidad para obrar por el maestro Ugo Rocco) es un presupuesto procesal de la acción, de ahí que la titularidad del derecho no se debe presumir sino que se debe demostrar al ejercer el derecho de acción a través de la demanda. Por ello, consideran que cuando falta la legitimación no hay acción y, consecuentemente, esto genera una sentencia absolutoria incluso con efectos de cosa juzgada material.

> En efecto, los presupuestos procesales no son otra cosa que las condiciones necesarias para que se forme válidamente la relación jurídico-procesal, de modo que se encuentren surtidos los requisitos previos que permitan al juzgador resolver el litigio en forma bien sea favorable o bien sea desfavorable a las súplicas del libelo inicial del procedimiento. Mientras que la legitimación en causa atiende a que el sentenciador pueda proveer en sentido favorable a lo pedido en la demanda, por ser el actor titular verdadero de la acción propuesta, y el demandado la propia persona contra la cual es concedida la acción por las normas jurídicas. Sin la titularidad así entendida, nunca es posible que la acción prospere (*legitimatio ad causam*), aunque para el fallo adverso se entienden plenamente reunidos los presupuestos procesales, esto es: a) demanda formalmente admisible, b) competencia del juzgado, c) capacidad para ser parte, esto es, capacidad general en derecho; y d) capacidad para obrar procesalmente, o sea, capacidad de ejercicio (*legitimatio ad procesum*) (Ramírez Arcila, 1969, p. 231).

No obstante, el Art. 142 del COGEP, no establece como requisitos de la demanda la prueba de la titularidad del derecho, ya que la legitimación no es una condición del ejercicio del derecho de acción o un elemento de ésta, sino más bien es una condición del éxito de la pretensión en la sentencia de fondo. Lo que si debe probar (ya sea anunciando o acompañado el medio de prueba) es, justamente, la falta de legitimación cuando se alega dicha excepción tal como dispone el Art. 152 del referido cuerpo legal. Enrico Allorio y Ugo Rocco concuerdan al señalar que la simple afirmación de ser titular de un interés jurídico sustancial es suficiente para estar legitimados y poder actuar dentro de un juicio.

Lo dicho tiene mucha lógica y relación con las teorías abstractas del derecho de acción, las cuales defendían la posición de que el solo ejercicio del derecho de acción a través de la presentación de la demanda no conlleva la obligación de que se expida una sentencia favorable, sino que el juez, luego del desarrollo del proceso y de la valoración de los medios de pruebas sobre las proposiciones fácticas, determina si al actor le corresponde una sentencia favorable que declare o ratifique la titularidad del derecho controvertido.

Por su parte, la legitimación de la parte demandada se verifica cuando una persona es la llamada a responder por el daño ocasionado o la persona correcta a la que se le debe exigir el cumplimiento de la obligación. Cuando la persona demandada considera que no es quien debe responder o satisfacer la pretensión, por la razón que considere, en ejercicio de su derecho de contradicción, se opone a través de la formulación de excepciones para así desvirtuar y atacar las pretensiones del actor.

El error que siempre se ha hecho notar es que varios demandados, quienes consideran no ser las personas que deben cumplir las pretensiones, indistintamente plantean la excepción de *ilegitimidad de personería* –llamada legitimación en el proceso la cual, como veremos más adelante, está relacionada con la capacidad de la persona–, cuando lo correcto es plantear la excepción de *falta de legítimo contradictor* o ilegitimidad en la causa pasiva, pues su fundamento radica en considerar que no es quien debe cumplir con esa obligación y, por lo tanto, no debe contradecirla.

Carlos Ramírez Arcila considera que la legitimación en la causa o cualidad para obrar es un elemento estructural de la acción ejercitada en cada caso y requisito indispensable para obtener una sentencia favorable; mientras que la legitimación en el proceso es un presupuesto procesal que consiste en la capacidad para estar en el juicio por sí mismos o por medio de otros y, que al ser una solemnidad sustancial, resulta una condición indispensable para que el juez puede dictar sentencia de fondo, en sentido favorable o desfavorable a las pretensiones del actor (1969, p. 234).

Por su parte Hernando Devis Echandía explica que esta legitimación determina quienes deben obrar en el proceso con derecho a obtener sentencia de mérito, pero, además, determina quienes deben estar presentes en el proceso para que sea posible esa decisión de fondo. Por lo tanto, son dos los casos en los que se configura la ilegitimidad en la causa: 1)

Cuando actor o demandado no son las personas correctas para formular pretensiones o contradecirlas y; 2) Cuando aquellas personas debían ser partes en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso (1978, p. 234).

En este último caso, cuando la demanda no es presentada por todos los peticionarios o no se demanda a todos los contradictores, también se presenta un defecto de legitimación en la causa, el cual impide que se pueda dictar una sentencia de fondo ya que de hacerlo, se habrá imposibilitado el cumplimiento de una sentencia y, además, se habrá vulnerado el derecho a la defensa. Esta institución se denomina *litis consorcio*.[5]

2.1.1. Litis consorcio

Esta institución se configura cuando existe cotitularidad, ya sea activa o pasiva, dentro de un proceso judicial con respecto de una pretensión única, o un vínculo de conexión entre distintas pretensiones y por tal, el proceso se desarrolla con la participación de más de una persona en la misma posición de parte procesal.

> Es la situación procesal originada en la circunstancia de que varias personas actúan (colitigantes) en la relación que crea el proceso entre las partes, ya como actoras, ya como demandadas, en una misma dirección. Están asistidos de acciones comunes y de intereses comunes. Por razones de economía procesal y con el fin de no obstaculizar el pleito con peticiones o excepciones individualmente articuladas, la ley, o la práctica, dispone que se unifiquen en una sola representación; si no lo hacen voluntariamente y por su cuenta. Si existe mayoría de demandantes, la "litisconsorcio" se denomina activa; pasiva, si el mayor número de intervinientes se verifica en la contraparte (Enciclopedia Jurídica OMEBA, 1979, p. 758).

Existen dos clases de *litis consorcio*: facultativo y necesario.

El *litis consorcio facultativo* es aquel en que las personas (*litis consortes*) de alguna manera se relacionan con una de las partes como litigantes

---

5 Art. 151 COGEP.- Litis consorcio. Dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso en forma conjunta, activa o pasivamente, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto o cuando la sentencia que se expida con respecto a una podría afectar a la otra.

separados y cuyo propósito puede ser coadyuvante al accionar del actor. Esta agrupación de personas puede hacerse voluntariamente por el simple acuerdo de los interesados, sin necesidad de exigencia legal o judicial. Es decir, la presencia de todos los interesados en una parte procesal no es indispensable para el desarrollo del proceso, pudiendo el juez resolver sobre el fondo de la controversia sin problema alguno.

Su formación puede obedecer a dos situaciones: 1) A la existencia de un vínculo de conexión entre distintas pretensiones; 2) A la adhesión que un tercero puede formular respecto de una pretensión ya deducida, o de la oposición a ella, en el supuesto de que, según las normas de derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio en el que la pretensión se hizo valer (Palacio, 1997, p. 279).

Por su parte, el *litisconsorcio necesario* es aquel que se configura cuando cualquiera de las partes procesales, sea actor o demandado, obligatoriamente requiere estar compuesta por más de una persona pues la presencia conjunta resulta indispensable dentro del proceso, tal es el caso de la demanda que formulan todos los copropietarios de un inmueble o la formulada contra los cónyuges cuando es la sociedad conyugal quien debe responder por la obligación. Estos litis consortes necesarios se verán en algún modo, afectados por la decisión que tome el juez o tribunal, de ahí la necesidad imperiosa de que se les permita ejercer ya sea su derecho de acción o de contradicción.

A diferencia de lo que ocurre en el caso del litis consorcio facultativo, en el litisconsorcio necesario existe siempre una pretensión única, cuya característica esencial reside en la circunstancia de que sólo puede ser interpuesta por o contra varios legitimados, y no por o contra alguno de ellos solamente, por cuanto la legitimación corresponde en forma conjunta a un grupo de personas y no independientemente a cada una de ellas.

Aunque uno solo de los cointeresados figure como demandante o solo uno de los cointeresados sea el demandado, Devis Echendía asegura que podrían estar legitimados por encontrarse en una correcta condición y posición, pero no tienen ellos solos el derecho a formular la pretensión o de controvertir la demanda. En este caso la legitimación en la causa

estará incompleta y tampoco será posible la sentencia sobre el fondo de la controversia (1978, p. 234).

2.1.2. Excepción previa de falta de legitimación en la causa:

El Art. 153 del COGEP establece taxativamente 13 excepciones previas recogidas en diez numerales. Entre ellas se encuentra recogida en el numeral 3:

> *"Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda".*

Es preciso señalar que el alcance de esta excepción está dirigido a la formación de la relación jurídico procesal a través de la legitimación de las partes procesales y no sobre la discusión de la existencia o preexistencia del derecho que es el tema principal en un proceso de conocimiento. Es decir, a través de esta alegación no se puede discutir en forma preliminar sobre la existencia o no del derecho del actor, sino que, en este momento procesal, solo se discute si esa persona es la legitimada a reclamar el derecho discutido. Por ello, ésta es una de las tres excepciones subsanables del Art. 153 del COGEP ya que si el juez acepta esta excepción deberá disponer que se subsane la omisión y no el archivo de la causa.

El juez, una vez que haya aceptado esta excepción, concederá el término de diez días para que el actor subsane el vicio[6] y comparezca a proponer la demanda o se proceda a demandar a la persona correcta; que comparezcan todos quienes debían haber propuesta la demanda (litis consorcio activo) o quienes debían contestarla (litis consorcio pasivo). Si no se da cumplimiento dentro del término establecido en la Ley, se entenderá como no presentada la demanda y se impondrán las sanciones pertinentes como la imposición de costas procesales.

El Art. 295 del COGEP no establece expresamente la obligatoriedad de citar a los nuevos intervinientes en el proceso. Sin embargo, a fin de

---

6 El término de diez días únicamente sirve para que el actor señalé los nombres completos y dirección de citación del o los demandados en caso de ilegitimidad en la causa pasiva o, por otro lado, para que comparezca en la demanda quien debió haberla presentado inicialmente, individual o en conjunto con el actual actor.

garantizar el derecho a la defensa de aquellas personas, una vez que la parte demandada esté debidamente conformada, se deberá disponer su citación a fin de que puedan contestar la demanda y anunciar los medios de prueba que deseen practicar.

2.2. La legitimación en el proceso

La legitimación *ad procesum*, como Alejandro Abal Oliú lo explica, es la capacidad procesal o potestad suficiente que tienen las personas para comparecer al proceso a través de los actos de proposición y formar parte del mismo. La capacidad procesal, por su parte, es una aptitud que debe tener el sujeto que realiza un acto procesal correspondiente a una clase de sujeto (como tribunal, actor, demandado, testigo, etc.), y que existe cuando se presentan ciertas circunstancias intrínsecas a su calidad de persona (2004, p. 190).

Hernando Devis Echandia señala que la capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquier relación jurídica material, es decir, para ser sujeto de derechos y obligaciones (1978). Se puede concluir señalando que la capacidad para ser parte debe ir acompañada de la capacidad para comparecer a juicio.

> Capacidad para ser parte.- Esta capacidad no es sino la capacidad jurídica llevada al proceso civil, la capacidad para ser sujeto de una relación jurídica procesal [...]
>
> Capacidad para comparecer en juicio (capacidad procesal).- Del mismo modo que se puede ser sujeto de derechos y no tener el ejercicio de los derechos, o tenerlo limitado, así también puede tenerse la capacidad para ser parte en juicio, y no el ejercicio de los derechos procesales (Chiovenda, 1980, p.12 y 18).

Así pues, lo que en el derecho civil se llama capacidad (aptitud jurídica para realizar actos o negocios jurídicos validos), en el derecho procesal civil se llama "legitimación en el proceso" (aptitud jurídica para realizar actos procesales validos), en el derecho mercantil se llama "calidad de comerciante" (facultad de ejercer actos comerciales), en el derecho administrativo se llama "competencia" (conjunto de facultades de los funcionarios públicos de ejercer una atribución publica que nace de la ley).

Procesalmente, una persona capaz es aquella que tiene una aptitud suficiente como para ejercer por sí mismo la defensa de sus intereses, ya sea proponiendo la demanda o contestándola. Esta aptitud procesal de actuar como parte por sí mismo, es algo que puede desvincularse del requisito de ser el titular del derecho pues si demanda en juicio quien no es titular del derecho, conforme se ha señalado, su pretensión será rechazada.

Existen casos en los cuales una persona puede ser capaz y, sin embargo, a pesar de ser titular del derecho, no tiene la capacidad para ser parte de un juicio por lo que requiere que alguien lo represente. Cabe señalar que su representante no ostentará la calidad de parte ya que tal calidad siempre la tendrá el representado. La representación tiene dos modos de constituirse: por mandato de la ley (representación legal) o por acuerdo de las partes (representación convencional).

2.2.1. La representación legal

Esta figura jurídica surge en razón de la imposibilidad de que todas las personas puedan ejercer directamente sus derechos u obligaciones por lo cual requieren de un representante que realice actos jurídicos en su nombre como si hubieran sido realizados directamente por ellas (incapaces). Es la ley quien determina la relación de representación entre los sujetos tal como lo realiza, entre otras, la norma del Art. 28 del Código Civil (C.C.).[7]

El Art. 31 del COGEP contiene reglas innovadoras respecto a los incapaces relativos. Los adolescentes pueden ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías, conforme con la ley, con lo cual ahora podrán presentar demandas que tiendan a tutelar sus derechos. Se excluye la posibilidad de que sean demandados ya que en caso de que contraigan obligaciones se deberá contar con sus representantes legales.

Quienes se hallen bajo patria potestad, serán representadas por la madre o el padre que la ejerza y en caso de ausencia serán representados por un curador designado para la controversia específica. En caso de producirse

7 Art. 28.- Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 570.

conflicto de intereses entre padres e hijos que imposibilite la aplicación de esta regla, el juez debe designar un curador *ad litem* o curador especial para la representación de los niños y adolescentes.[8]

Las niñas, niños y adolescentes deberán ser escuchados en los procesos en los que se discuta acerca de sus derechos, ya que son sujetos de derechos. Este reconocimiento ya se encontraba establecido en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia como una aplicación de la Doctrina de la Protección Integral.[9]

Cuando la parte procesal este conformada por comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos, deberán comparecer al proceso a través de su *representante legal* –en caso de que posean personería jurídico, o *voluntario* –en caso de que se haya designado un representante para el efecto–. La naturaleza solo podrá ser parte actora en un proceso judicial y podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quien, además, podrá actuar por iniciativa propia y responderá conforme con la ley.

2.2.2. La representación convencional

Es un acto jurídico que nace de la voluntad de quien desea ser representado y que, en muchos casos, se perfecciona con la aceptación del representante. Esta institución se origina en virtud del mandato o poder que es el contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. (Art. 2020 C.C.)

---

8 La Disposición Derogatoria Única de la Ley Reformatoria al Código Civil, publicada en el Registro Oficial No. 526, segundo suplemento, del viernes 19 de junio de 2015 derogó el Art. 11 del Código Civil, el cual disponía: *"Art. 111.- En los juicios de divorcio el menor de dieciocho años deberá estar representado por su curador general o por un curador especial"*. En base a esta derogatoria, los jueces consideraron que ya no era necesario, en los juicios de divorcio, designar un curador *ad litem*, sin embargo, la norma derogada se refería a la curaduría de los cónyuges adolescentes que querían disolver su vínculo matrimonial, la cual guarda coherencia con las demás reformas y derogatorias del Código Civil, pues se estableció que la edad mínima para contraer matrimonio es dieciocho años. Fue la Corte Provincial de Justicia de Pichincha quien aclaró este asunto y ratificó la necesidad de nombrar curador *ad litem* a favor de los niños y adolescentes en los juicios de divorcios de sus padres.

9 La Doctrina de la Protección Integral es un conjunto de ideas filosóficas, éticas, jurídicas y políticas que determinan cómo se deberían comprender, asumir, reconocer y garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Cuando el mandante faculta al apoderado a realizar cualquier actividad o negocio jurídico a nombre de éste, se lo denomina poder especial o general según la amplitud de las facultades. En cambio, si el mandato tiene como finalidad la de facultar al mandatario para que comparezca a juicio a nombre del mandante, se denomina procuración judicial.

Procurador judicial es el mandatario que tiene poder para comparecer al proceso por la parte actora o demandada (Art. 41 COGEP) cuando ha precedido: 1) Oficio, en el caso de entidades públicas, 2) Escrito reconocido conforme con la ley, ante la o el juzgador del proceso, 3) Poder otorgado en el Ecuador o en el extranjero ante autoridad competente, 4) Mandato verbal en la audiencia respectiva.

Sobre la procuración judicial han surgido dos inquietudes en el gremio de abogados, debido al actuar de las autoridades judiciales, pues el Art. 42 del COGEP[10] establece que esta procuración se constituirá a favor de *una o un defensor que no se encuentre inmerso en las prohibiciones establecidas en la ley*[11].

La primera respecto a las palabras "una o un" pues se cree que restringe la posibilidad a que exista únicamente un mandatario por cada mandante lo cual es incorrecto. Considero que la intención del legislador al establecer dichos términos es de índole *cualitativo y no cuantitativo*, pues la norma se refiere a que ningún abogado puede actuar como procurador judicial si está inmerso en prohibiciones legales, razón por la cual, no existe límite de procuradores que una persona pueda designar, más aún si se toma en cuenta que el Art. 334 del Código Orgánico de la Función Judicial reconoce a los Estudios Jurídicos Colectivos y el Art. 2030 del Código Civil[12] expresamente permite la existencia del *mandato pluripersonal.*

La segunda inquietud es si la procuración se debe conferir exclusivamente a abogados ya que de la redacción de los Arts. 41 al 45 del COGEP solo se enuncian los términos "mandatario", "defensor" y "profesional",

10 Art. 42.- Constitución de la procuración judicial. La procuración judicial se constituirá únicamente a favor de una o un defensor que no se encuentre inserto en alguna de las prohibiciones previstas en la ley.

11 Dichas prohibiciones se encuentran recogidas en los Arts. 328 y 329 del COFJ.

12 Art. 2030.- Puede haber uno o más mandantes, y uno o más mandatarios.

sin establecer claramente la obligatoriedad de que el procurador judicial sea abogado como si lo hacía el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, la naturaleza de la institución y las facultades establecidas por la ley son propias de los abogados, pues es un derecho fundamental de todo ciudadano contar con una defensa técnica[13]. Además se debe destacar que el Art. 49 de la Ley de Federación de Abogados[14] si establece esa obligatoriedad.

2.2.3. Legitimación abierta

En materia de niñez y adolescencia, existe legitimación abierta *activa*, por ejemplo, cuando se trate de limitar, privar o suspender la patria potestad conforme lo establece el Art. 115 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, o cuando se ejerza la acción judicial de protección contemplada en el Art. 265 del referido cuerpo normativo.

> *"Art. 115.- Legitimación activa.- Disponen de acción para solicitar la limitación, suspensión o privación de la patria potestad:*
>
> *1. El padre o la madre que no se encuentre afectado por alguna de las causales que justifique dichas medidas;*
>
> *2. Los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad;*
>
> *3. La Defensoría del Pueblo, de oficio o a petición de parte;*
>
> *4. La Junta Cantonal de Protección de Derechos, de oficio o a petición de parte; y,*
>
> *5. Los representantes legales o directores de las entidades de atención en que se encuentra un niño, niña o adolescente.*
>
> *"Art. 265.- Legitimación activa.- Pueden proponer la acción judicial de protección:*

13 Véase al respecto el Art. 8.2 literales d) y e) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

14 Art. 49 LFA.- Solo los abogados en el ejercicio de su profesión podrán comparecer en juicio como procuradores judiciales y asistir a las juntas, audiencias y otras diligencias, en representación de las partes, cuando éstas no puedan concurrir personalmente.

a) Las Juntas de Protección de Derechos, en casos de amenazas o violaciones de derechos producidos en su respectiva jurisdicción;

b) La Defensoría del Pueblo; y,

c) Cualquier persona mayor de quince años que tenga interés en ello"

En materia laboral, se configura una legitimación abierta *pasiva* en la posibilidad de dirigir la demanda no solo contra el representante legal de la entidad empleadora sino contra cualquier persona que, a nombre de sus principales, ejerza funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente, conforme lo determina el Art. 33 inciso segundo del COGEP.

"Art. 33.- Representación de personas jurídicas en el proceso.
Cuando la parte sea una persona jurídica, deberá ser representada en el proceso por su representante legal o judicial.

En el caso de las acciones laborales estas podrán dirigirse contra cualquier persona que a nombre de sus principales ejerza funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común."

2.2.4. Legitimación en materia contenciosa administrativa y tributaria

El Art. 303 del COGEP enumera a las personas e instituciones que se encuentran legitimadas en la causa para ejercer el derecho de acción a través de la demanda, sea en materia contencioso administrativa o tributaria y son:

1. La persona natural o jurídica que tenga interés directo en demandar la nulidad o ilegalidad de los actos administrativos o los actos normativos de la administración pública,

2. Las instituciones y corporaciones de derecho público y las empresas públicas que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la acción tenga como objeto la impugnación directa de las disposiciones tributarias o administrativas, por afectar a sus intereses,

3. La o el titular de un derecho subjetivo derivado del ordenamiento jurídico, que se considere lesionado por el acto o disposición impugnados y pretenda el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o su restablecimiento,

4. La máxima autoridad de la administración autora de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pueda anularlo o revocarlo por sí misma,

5. La persona natural o jurídica que pretenda la reparación del Estado cuando considere lesionados sus derechos ante la existencia de detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado, inadecuada administración de justicia o violación del derecho a la tutela judicial efectiva por violaciones al principio y reglas del debido proceso,

6. La persona natural o jurídica que se considere lesionada por hechos, actos o contratos de la administración pública y,

7. Las sociedades en los términos previstos en la ley de la materia.

Por su parte, el Art. 304 del citado cuerpo legal, determina contra quien o quienes se deberá presentar la acción en este tipo de materias, a fin de configurar adecuadamente la legitimación pasiva:

1. La autoridad o las instituciones y entidades del sector público de quien provenga el acto o disposición a que se refiere la demanda,

2. La o el director, delegado o jefe de la oficina u órgano emisor del título de crédito, cuando se demande su nulidad o la prescripción de la obligación tributaria o se proponga excepciones al procedimiento coactivo,

3. La o el funcionario recaudador o el ejecutor, cuando se demande el pago por consignación o la nulidad del procedimiento de ejecución,

4. Las personas naturales o jurídicas a cuyo favor deriven derechos del acto o disposición en los casos de la acción de lesividad y,

5. Las personas naturales o jurídicas que hayan celebrado contratos con el Estado.

La legitimación procesal de las instituciones del Estado, en estos casos la ejercerá la máxima autoridad de la entidad, quien podrá delegar esta facultad a otro funcionario, mediante un acto administrativo. Ambos podrán designar, mediante oficio, a un defensor a fin de que intervenga hasta el final del proceso.

No obstante, en aquellas acciones o procedimientos en los que deba intervenir directamente la o el Procurador General del Estado, se procederá conforme con el Art. 6 de la Ley de la Procuraduría General del Estado.

2.2.5. Excepción previa de ilegitimidad de personería

Como se señaló ut supra, el Art. 153 del COGEP establece las excepciones previas de todo procedimiento, entre ellas en su numeral 2 se señala: *"Incapacidad de la parte actora o de su representante"*.

Nótese que el legislador ha limitado la oposición a la ilegitimad de personería de la parte actora. Es cuestionable que el legislador haya establecido como excepción previa la ilegitimidad de personería del actor, excluyendo la ilegitimidad de personería del demandado. En la práctica, cuando un incapaz sea demandado por sus propios derechos, su representante, si desea comparecer al juicio y contestar a la demanda, tendrá dos opciones: la primera –la cual seguramente concibieron los legisladores– es subsanar la omisión y darse por citado como representante del incapaz aplicando los principios de buena fe y lealtad procesal y, la segunda, señalar y solicitar la declaración de nulidad por la omisión a una solemnidad sustancial.[15] Esto último, al no ser posible alegarlo como excepción previo, imposibilitaría al juez a conceder diez días al actor para que subsane la omisión y, más bien, lo obligaría a declarar directamente la nulidad del procedimiento y ordenar su archivo.

Al igual que sucede cuando el juez acepte la excepción previa de falta de legitimación en la causa, deberá conceder el término de diez días para que el actor subsane el vicio y comparezca a proponer la acción quien tenga capacidad procesal para hacerlo. Si no se da cumplimiento dentro del término establecido en la ley, conforme lo establece el Art. 295 numeral 3, se entenderá como no presentada la demanda y se impondrán las sanciones pertinentes.

---

15 Art. 107 numeral 3.

BIBLIOGRAFÍA

Abal Oliú, A. (2004). *Derecho Procesal.* Montevideo: Ed. Fundación de Cultura Universitaria

Couture, E. (2001). *Estudios, Ensayos y Lecciones de Derecho Procesal Civil.* Montevideo: Ed. Jurídica Universitaria.

Chiovenda, G. (1980). *Principios de Derecho Procesal* Civil. México D.F.: Cárdenas Editor y Distribuidor.

Devis Echandía, H. (1978). *Compendio de Derecho Procesal.* Bogotá: Editorial ABC.

Guasp, J. (2003). *Derecho Procesal Civil.* Madrid: S. L. Civitas Ediciones.

Kisch, W. (1932). *Elementos de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Enciclopedia Jurídica OMEBA. (1979). Buenos Aires: Driskill S.A.

Palacio, L. (1997). *Manual de Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Ramírez Arcila, C. (1969). *Teoría de la acción.* Bogotá: Editorial Temis.

LÍMITES Y REDEFINICIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA EN MATERIA PROCESAL CIVIL. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL, HISTÓRICO-CIVIL Y PROCESAL

Pedro Gabriel Carrillo Miniguano[1]

Resumen: *El principio Iura Novit Curia o Ius Novit Curia –como se lo trata en este artículo– aplicado en el Derecho Civil además de buscar la óptima aplicación de normas jurídicas en un proceso jurisdiccional a través del juez, busca la prevalencia del Derecho. De aquella forma se analiza que cada norma debe responder positivamente a la Constitución que es su condición de validez y de unidad; esto no significa que la constitución no deba justificarse materialmente en el respeto a la dignidad humana que a su vez se hallará contextualizada y condicionada por la naturaleza gregaria del ser humano.*

I. Introducción

Para desarrollar cualquier tesis o propuesta de tema es de absoluta necesidad exponer los fundamentos que sostendrán aquel tema. Iniciamos por la cuestión relacionada a los derechos fundamentales que será enfocada desde la perspectiva del Derecho Constitucional; segundo, se revisarán las características primordiales del Derecho Civil, aquí, asimismo, se abordará la separación que tuvo el Derecho Objetivo y el Derecho Sustantivo; tercero, redefinir e indicar los límites que propongo para el Principio Iura Novit Curia en el Derecho Procesal Civil en relación a dos principios fundamentales del procedimiento: el Principio Dispositivo y el Principio de Congruencia, todo aquello, obviamente, desde la panorámica procesal; cuarto, se señalará los puntos de convergencia que se da entre las ramas del Derecho señaladas a través de las conclusiones.

---

1 Estudiante de quinto semestre de la Carrera de Derecho en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE. Estudiante de primer semestre de la Carrera de Ciencias de la Educación con Mención en Lengua y Literatura de la Universidad Técnica Particular de Loja, UTPL. Egresado de la Unidad Educativa Salesiana "Cardenal Spellman".

II. Derechos Fundamentales y Derecho Constitucional. Relación Necesaria

El profesor Hernán Salgado (1995) dice: "La expresión 'derechos fundamentales' hace referencia a aquellas cualidades o valores esenciales o valores esenciales y permanentes del ser humano que son objeto de protección jurídica." (p.15). Aquella protección debe tener mecanismos, desde la norma jerárquicamente superior –constitución– y desde la doctrina. Por aquel motivo el texto constitucional, es el mecanismo idóneo para dicho fin realizado por el poder constituyente, este, como todo poder jurídico debe tener sus límites y limitaciones, considerando la protección del ser humano y de sus derechos como finalidad primordial.

Los derechos fundamentales sin garantías o sin medios de protección serían una mera enunciación para legitimar un sistema totalmente antijurídico, como bien lo señalan:

> Si el constituyente vulnera los derechos fundamentales o la dignidad de la persona humana, así como las demás limitaciones a dicho poder, la carta política se torna antijurídica –lo jurídico no es lo que arbitrariamente determine el legislador o el constituyente, sino lo apegado a Derecho en sentido amplio– y regirá por la fuerza de los hechos y no por fuerza del Derecho (Oyarte, 2014, p.69).

Debemos poner especial atención a la disyuntiva que el autor, recientemente citado, realiza. El Derecho no es lo que se ha plasmado en codificaciones o cualquier producto del Poder Legislativo, sino lo que se crea y se va adaptando para dar protección, regulación y promoción de los derechos fundamentales. Dicha idea la ha desarrollado el profesor argentino, Rodolfo Luis Vigo, quien incluso la categoriza como una de las notas características de lo que fue el Estado Legal de Derecho (de aquí en adelante: ELD) –la sinonimia entre Derecho y ley– luego la contrasta con el actual –al menos en teoría, porque la práctica es muy cuestionable– paradigma jurídico-político llamado Estado de Derecho Constitucional (desde aquí: EDC) y finalmente nos recuerda que estos cambios de paradigma obligan a realizar nuevos planteamientos en tres temas: "formular diferentes concepciones acerca del Derecho, del Estado y el perfil del jurista funcional" (Vigo, 2016, p. 1).

En este cuadro de resumen las veintiocho características que dicho autor establece para el ELD. Tratamos este tema para ver la nueva fundamentación y enfoque que se le da a la dignidad humana dentro de cualquier ámbito, ya sea público o privado. Se desarrollan doce, siempre comparándolas con su actual tratamiento en el ECD[2]

Tabla I, Características del Estado Legal de Derecho y del Estado de Derecho Constitucional:

	Estado Legal de Derecho (ELD)	Estado Constitucional de Derecho (ECD)
1.	Sinonimia entre Derecho y Ley	Ruptura de la identificación entre Derecho y Ley
2.	Definición del Estado desde la ley	Dispersión del Poder estatal
3.	El Derecho en las normas o reglas	El Derecho en los principios o valores
4.	La teoría de la fuente del Derecho	El desbordamiento de las fuentes del Derecho
5.	La seguridad jurídica	La equidad
6.	La constitución como programa político	La constitución como fuente de Derecho
7.	La relevancia del Derecho Civil	La publicización del Derecho
8.	Lógica formal	Retórica
9.	Insularismo Jurídico	Las impurezas en el Derecho
10.	Una teoría positivista	Una teoría no positivista
11.	Los métodos interpretativos	La nómina de los argumentos
12.	Los Derechos Humanos	La eficacia de los Derechos Humanos

De la misma forma se debe hacer una aproximación práctica de aquel enfoque jurídico-político. No hay mejor forma que desde, la actual Carta Política del Ecuador, que en su Art. 1 se proclama como "Estado constitucional de derechos y justicia". Lo que significaría que en nuestro país ya se cambió el paradigma jurídico-político. La presente "innovación" se debe tratar desde dos posiciones: de respaldo y otra de crítica; la primera es dada por la Corte Constitucional en transición en la Resolución N° 001-08-SI-CC:

---

2 Si se desea revisar todas las características, con su definición y explicación léase el siguiente libro: *Vigo, Rodolfo Luis, El Estado de Derecho Constitucional y Democrático*, Capítulo I: "Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional", p. 1-33.

> El Estado de Derecho en su versión francesa, conocido también como Estado de legalidad o Estado legicéntrico, se identifica por ser un Estado legislativo, lo que implica la supremacía del Parlamento sobre los otros poderes del Estado; la reducción de todo el Derecho a la ley; la supremacía de la ley sobre el resto de los actos normativos del Estado (principio de legalidad); la subordinación a la ley, de los derechos de los ciudadanos; la limitación del poder judicial a la aplicación subsuntiva de la ley; y a la conversión de la Constitución en una simple ley de organización del poder, que puede ser modificada por el procedimiento ordinario de expedición de las leyes. En definitiva, en el modelo de Estado de Derecho francés, la Constitución queda reducida a una declaraciónpolítica de principios y se asiste a la formación de una cultura jurídica basada en la supremacía de la ley. (...)

En el Ecuador, la tradición jurídica francesa fue dominante hasta la promulgación de la actual Constitución. Efectivamente, la nueva Constitución establece por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana, una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que tiene como rasgos básicos los siguientes: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional.

¿Cuál es la consecuencia jurídica de la transformación a sistema normativo de la Constitución?

Esta transformación progresiva de la Constitución hasta llegar a ser una norma, implica por lo menos, en su fórmula pura, que todos los ciudadanos y operadores jurídicos habrán de tomar el texto íntegro de la Constitución como una premisa de decisión, igual que cualquier otra norma. Lo anterior, como bien señala Ignacio de Otto, trae sustanciales secuelas frente a la interpretación de la Constitución; a saber: a) Habrá

de interpretarse todo el ordenamiento jurídico, conforme al texto constitucional; b) Habrán de examinarse, a la luz del texto constitucional, todas las normas del ordenamiento jurídico, para comprobar si son o no conformes con el texto constitucional y con el llamado doctrinariamente bloque de constitucionalidad; c) En la aplicación concreta del Derecho por los diversos operadores jurídicos, deberán aplicar, en primer lugar, la Constitución y las normas que tengan su misma jerarquía, a fin de extraer de ella la solución a cualquier litigio o problema jurídico; y solo si ésta no dice nada, se aplicarán las normas secundarias; y, d) La condición normativa de la Constitución tiene un efecto derogatorio general y automático para las normas preconstitucionales (ipso costitutione) y general, previa petición de parte, para las normas infra constitucionales posteriores a la Constitución. La consecuencia práctica de la adopción de este modelo constitucional, es que todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad con lo que dice el texto de la Carta Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional (2008, p. 25-26).

Una primera aproximación nos haría suponer que la Constitución del 2008 es una total innovación, pero como bien lo señala Oyarte (2014), que es la voz crítica:

> A despecho de lo que se pretende indicar en este fallo, ninguno de esos elementos es novedoso y deben encontrarse presentes en cualquier Estado de Derecho [además] que el "Estado constitucional de los derechos y justicia es a su vez, una forma particular de expresión del Estado de Derecho, caracterizada por la existencia de una Constitución material y rígida, el carácter normativo y vinculante de la misma; y, el control judicial de la constitucionalidad en cabeza de un órgano especializado, que tiene la potestad de interpretar en última instancia la Constitución", indicando que una Constitución es material cuando contiene normativamente un conjunto de principio, valores y derechos, que definen normativamente los fines del Estado". Nada novedoso, si se tiene presente que estas indicaciones son condición de cualquier Estado de Derecho profundo y que no se inauguran con la Constitución de 2008 (p. 67).

Dando un breve análisis de aquellos enfoques, lo que si se debe rescatar es la gran carga de principios y desarrollo de parte dogmática, haciendo

que la parte orgánica se someta ante esta. La actual Constitución, además ordena es su Art. 11 N°3: "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación" (Constitución 2008, de aquí en adelante: Cons 2008). Así mismo en su Art. 426 manda:

> Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, **aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación**. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos." (Cons 2008) [El resaltado me pertenece].

Así se puede determinar que la parte orgánica (Estructura del Estado, regulación del poder y actividades administrativas) se encuentra al servicio de la parte dogmática (principios, valores y derechos) con el fin de proteger la dignidad humana y los derechos fundamentales que se derivan de esta, además de ser la materia principal de la ciencia jurídica ya que una finalidad que nadie podría discutir y que es propia del Derecho es aquella de permitir la vida en colectividad, a través de la creación de normas positivas, que en su mayoría deberían lograr el criterio de eficacia, que según Bobbio (2012): "El problema de la eficacia es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se las dirige" (p.22).

Para que resulte más fácil y eficiente crear normas, la doctrina ha clasificado los derechos fundamentales en base a distintos sucesos históricos. Antes de presentar dicha división, desarrollaremos una definición de derechos fundamentales, que nos servirá de aquí en adelante. Entendemos que: los derechos fundamentales son las prerrogativas que pertenecen a las personas, ya sea en forma individual o colectiva, por el simple hecho de existir; estas serán y son inalienables, imprescriptible e inembargables; aunque eso no les quita su calidad de condicionables[2], siempre y cuando se busque el respeto al otro –que es un semejante– y no exceda el mínimo necesario

para alcanzar el bienestar; todas las funciones anteriores, en su mayoría, deben ser realizadas por el Derecho, que en su manifestación estatal tendrá como límite el respeto a la integridad, desarrollo y dignidad de la persona; de aquella forma, la ciencia jurídica no debe encerrarse en sí mismo, evitar el *Insularismo jurídico,* sino ser una ciencia multidisciplinaria e inter disciplinaria que aporte al desarrollo de la sociedad y la entienda desde sus manifestaciones: sociales, políticas, geográficas, económicas y culturales.

De aquella forma la constitución que es un elemento de protección de los derechos fundamentales deberá ser creada en base a las características de cada uno de los colectivos y circunstancias que se tenga en un país, siempre y cuando se busque el bienestar y llegar a lo que [Carlos Pereira Menaut (citado por Rafael Oyarte, 2014, p.56)] llama *conciencia constitucional.* Aquella característica se define como: la realidad [que] se produce [cuando] la sociedad acepta como válida a la norma que la rige, y por añadidura la respeta. (Rafael Oyarte, p. 56) [El texto de los corchetes me pertenece].

Observados de manera crítica los derechos fundamentales, su clasificación, según Hernán Salgado (1995) es:

> Los derechos fundamentales han sido clasificados en tres grupos siguiendo un criterio cronológico e histórico[3] en cuanto a su aparición y reconocimiento. Por ello se habla de generaciones de derechos.
>
> A la primera generación –que es la de los más antiguos– corresponde los derechos civiles o individuales y los políticos; en la segunda, están los derechos económicos, sociales y culturales; y en la tercera generación –los más recientes– constan el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sano: estos últimos son los derechos denominados de solidaridad y corresponden a los pueblos de la Tierra.

Los que nos interesan, en este ensayo debido a nuestro enfoque procesal civil y civil son los derechos de primera generación, específicamente los que esbozan el derecho a la propiedad y las relaciones de familia, como

---

3 Los eventos históricos más simbólicos para esta clasificación son: La revolución francesa; el proceso de industrialización dado entre los siglos XVIII, XIX y el final del siglo XIX, la primera guerra mundial; la segunda guerra mundial y los procedimientos de Núremberg.

bien lo hace notar la definición de Derecho Civil dada por el Monseñor Juan Larrea Holguín (1983):

> es aquella rama del Derecho Privado Interno que regula los requisitos generales de las relaciones jurídicas entre particulares, y el régimen de la familia y la propiedad.
>
> Se entiende que el Derecho Civil al tratar de la familia se refiere a su constitución, formas, variaciones y derechos que derivan de las relaciones familiares, e igualmente al abordar el tema de la propiedad regula con amplitud todo lo referente a su adquisición, sus formas, su transmisión, pérdida, repercusiones, derechos anexos, etc." (p 14).

Cabe recordar que la Constitución en la actualidad "es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico." (Art. 424 Cons 2008) y que además corresponden a las características de publicización del Derecho y eficacia de los Derechos Humanos –propios del ECD– :

> Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. **Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales** y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos. [El resaltado me pertenece].

Como consecuencia de aquella, *intromisión* del Derecho Constitucional en las demás ramas, en especial las de Derecho Privado, así se produce la constitucionalización, que según Vigo debe ser entendida como la *humanización* del Derecho, y por consecuencia del ordenamiento jurídico; y, en este caso, del Derecho Civil, que a pesar de ser rama simbólica del Derecho Privado debe acoplarse a la constitución ya que allí encontrará su condición de validez y unidad.

Asimismo, las normas constitucionales –Constitución del 2008– que desarrollan la propiedad, la familia y las relaciones entre particulares –elementos distintivos del Derecho Civil– son de lo más variadas, pero citaremos las más relevantes:

Propiedad:

> *Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 26.* ***El derecho a la propiedad en todas sus formas,*** *con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.*
>
> Art. 321.- *El Estado reconoce y garantiza* ***el derecho a la propiedad en sus formas*** *pública,* ***privada,*** *comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental. [El resaltado me pertenece]*
>
> *Art. 324.- El Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a la propiedad y* ***en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal.*** *[El resaltado me pertenece]*

Familia:

> *Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos.* ***El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.*** *Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. [El resaltado me pertenece]*

Relación entre particulares:

> *Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:*
> *29. Los derechos de libertad también incluyen: c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley. [Como violaciones a los Derechos Fundamentales]. [El texto de los corchetes me pertenece].*

Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

III. Derecho Romano, Derecho Civil Romano y Derecho Procesal Romano. Separación definitiva del Derecho Adjetivo de la Rama Civil.

Aunque esas características que ahora le damos al Derecho Civil, no siempre fueron así e incluso uno de los elementos que poseía el derecho de los cives romanos (Ius civile) era el derecho adjetivo, según el romanista Romero Gross, el Ius civile era:

> El nombre que los Jurisconsultos Romanos dieron al conjunto de normas, típicamente romano, propio de su pueblo, es decir al que nació de la entraña misma de este conglomerado social, conformándose a su auténtico carácter, a su tradición y costumbres jurídicas; al que desde sus principios rigieron los derechos subjetivos, la convivencia y las relaciones extrínsecas de los propios cives o ciudadanos de Roma. Obviamente el contenido y amplitud de este Derecho se fue incrementando y transformando conforme al avance del tiempo (p. 14).

Aquella evolución (cambio) es relevante debido a que inicia lo que se conocería como Derecho Procesal, en su primera manifestación, específicamente, Derecho Procesal Civil, que como bien lo señala Juan Larrea Holguín (1983) es:

> Para los romanos lo fundamental consistía en la *actio,* esto es, en la posibilidad de mover la maquinaria del Estado o de la sociedad para obtener la debida protección de un interés justo. Por eso Gayo clasificaba las partes del Derecho Civil en las que tratan de las "personas", las "cosas" y las acciones. [además] Hoy en día, no admitiríamos la inclusión

de las "acciones en el Derecho Civil, puesto que lo llamamos" derecho adjetivo", o sea el modo de hacer valer los "derechos sustantivos ante los jueces y tribunales (p.13). [El texto de los corchetes me pertenece]

Actualmente se considera al derecho de acción como un derecho subjetivo; esta concepción nace desde Roma en donde primero se la llama *Ius actiones o derecho de acción* para, en un futuro tratarlo como la *actio* que como se señala en la cita anterior aún conserva su unión al Derecho Civil. La sociedad romana al desarrollarse social, política y sobre todo jurídicamente comienza a darle un tratamiento diferenciado a las acciones de las cuestiones relacionadas con las personas (cives o gentium) y de las cosas (*res o rem*). Esta idea se analiza de mejor forma a través de las clases de acción que poseían y su fundamento, lo primordial fue el hecho de acudir a un tercero para la resolución de conflictos pasando a un sistema heterocompositivo desde uno autocompositivo. En el caso romano, en sus inicios, muy ritualista:

Tabla II, Tipos de acción:

	Clases de acción	**Definición**
	Vindicationes o acciones reales	Buscaban la protección o reivindicación de un derecho real que se halla obstruido o violado
	Condictiones o acciones personales	Su objetivo era mantener la certeza o el efectivo cumplimiento de una obligación.
	Tam in rem quam in personam o acciones mixtas	Buscaban dar seguridad a cualquier derecho real en el cual se halle, de igual forma, el compromiso de cumplir una obligación.
	Stricti iuris o accion en estricto derecho	Cuando dicho derecho subjetivo se daba con completa sujeción al ordenamiento jurídico.
	Bonae fidei o Buena fe	El juez tenía un sentido de amplia discrecionalidad para resolver las causas sometidas a su conocimiento.
	Reipersecutorias	Se daba cuando las personas deseaban la adjudicación o restitución de una cosa determinada.
	Penales	Se realizaba en el momento en que se deseaba un pago a título de indemnización por daños sufridos en consecuencia de hurto, injuria, etc.
	Perpetuas	El derecho de acción no se extinguía por el transcurso del tiempo.
	Temporales	Sucedía que el derecho de acción caducaba o se extinguía por el transcurso del tiempo señalado por la ley.
	Directas	La misma persona afectada o acreedora ejercía dicho derecho.

	Contrarias	Podían ser ejercidas por las partes obligadas o deudoras.
	Populares	Las podía ejercer cualquier ciudadano en defensa de un derecho de interés público.
	Privadas	Las ejercitaba cada uno de los ciudadanos en defensa de sus propios intereses.
	Simplicia o acción simple	Ocurre en el instante en que las acciones se desarrollaban de manera individual.
	Duplicia o acción doble	Hubo ocasiones en que simultáneamente una de las partes asumía el papel de actor y demandado en un mismo proceso, actualmente se entiende aquella situación como: reconvención.

Como se ve, el Derecho Procesal en Roma ya tenía un gran desarrollo debido a la cultura jurídica que ellos ejercían. Con aquella influencia y el desarrollo del Derecho, en la actualidad el Derecho Procesal:

> regula la declaración, constitución, ejecución, reglamentación o tutela de los derechos, y de la libertad y de la dignidad del hombre [que es inherente a este y que es la base de los derechos fundamentales], y la realización de formalidades necesarias para ciertos actos jurídicos, no solamente en las relaciones de los ciudadanos entre sí, sino también con el Estado e inclusive entre las diversas entidades en que se divide (Devis Echandía, 2012, p.11) [El texto de los corchetes me pertenece]

De esta forma al ya desvincularse el Derecho Procesal del Derecho Civil, se han manejo diversas teorías; actualmente se concibe a la Rama Procesal como parte del Derecho público, aquella situación se la concibe como:

> La rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que, por tanto, fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla.
>
> La actuación del derecho positivo puede ocurrir en la solución de un conflicto, en la investigación y sanción de un hecho ilícito, en su prevención, en la defensa contra su posible repetición, en el cumplimiento de una formalidad o declaración y en la satisfacción coactiva [asimismo coercitiva] de un derecho. (Devis, Echandía, 2012, p. 5). [El texto de los corchetes me pertenece].

Por medio de aquella constitución pública del Derecho Procesal, se comienza a determinar cuáles serán los elementos indispensables, así se ha determinado que dentro de la rama procesal del Derecho son: La acción, de la que ya se ha hablado; la jurisdicción y el proceso. Se continuará analizando las dos que restan.

Jurisdicción: Una de las definiciones que se puede dar a la jurisdicción se halla en el Código Orgánico de la Función Judicial (De aquí en adelante COFJ):

> *Art. 150.- JURISDICCIÓN. - La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia (p. 48).*

La presente definición contiene todos los elementos señalados por Devis Echandía (2012):

> [...] la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humana, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar o sancionar los delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias (p. 69).

Proceso: Cabe señalar que el proceso es aquel mecanismo otorgado por el Estado para la protección de las personas y sus derechos fundamentales. Dentro de este se hallan diversos procedimientos, es decir forman parte del proceso, pero tienen características específicas y dependerán de la realidad social que pretendan regular, como de la rama jurídica donde se halle. Es así que con mucha propiedad Devis Echandía (2012) señala: "denominamos procedimientos a los distintos métodos que la ley establece para su regulación. [Entiéndase que se refiere al proceso] (p.138). [El texto de los corchetes me pertenece].

Un ejemplo puede ser el procedimiento sumario para tramitar los divorcios contenciosos (Art 332 N°4 Código Orgánico General de Procesos, de aquí en adelante: COGEP) Una vez revisado la acción, jurisdicción y el proceso se revisará uno de sus principios transversales: el Iura Novit Curia.

IV. Redefinición del Principio Iura Novit Curia

De suma importancia es acudir a la definición etimológica de cada una de las palabras que forman dicho principio para construir una idea de lo que estas significan.

Iura: En forma plural, derechos; mientras que, conjugado en su forma singular, *Ius* significa Derecho.

Novit: Conoce, conocer. Y su raíz, latina que es *nosco, noscis, noscere* (dependiendo del tiempo y la conjugación que se desee).

Curia: Tribunal, corte, juzgado.[4] Declinación respectiva de *curiae.*

Entonces, podemos actualizar la enunciación de dicho principio a: *Ius Novit Curia.* Pero esta variación se debe entender de una adecuada manera, debido a que el Derecho o *Ius*, que es lo que conoce el juez es decir aquella ciencia que contiene los lineamientos de protección, regulación[5]y promoción de los derechos o *Iura.* Esta disyuntiva es posible debido a la aplicación de los principios del ECD.

Bajo aquella perspectiva, de aquí en adelante aquel principio será tratado como *Ius Novit Curia;* ya que así se ve que el conocimiento del juez no solo es de derechos, sino de garantías, principios y demás herramientas, como el mismo Estado, que utiliza el juez para dirimir un conflicto a través del Derecho.

Esta tarea que tiene el juez de arreglar los conflictos, o reconocer derechos se puede visualizar en tres etapas: inicio del proceso, desarrollo del proceso, cierre o conclusión del proceso.

---

4 Entiéndase como cualquier órgano, pluripersonal o unipersonal que es designado como tercero imparcial. Representante del Estado y tiene como finalidad, dirimir un conflicto, sujetando su actividad a los límites jurídico-positivos (constitución, leyes, etc.); jurídico no-positivos (moral, ética, dignidad humana, etc.); académicos (doctrina) y fácticos (hechos).

5 En el momento de referirme a regulación no se debe entender como sinónimo de concesión, debido a que los derechos fundamentales son la condición *sine qua non* de existencia de la constitución en sentido material, además de ser el requisito fundamental para el establecimiento del Estado de Constitucional de Derecho o su variante ecuatoriana: Estado constitucional de derechos y justicia. Y no concesiones del aparataje estatal.

1. INICIO DEL PROCESO[6]:

El juez[7] muestra su conocimiento del derecho a través de la aceptación de la demanda; en nuestra legislación se establece requisitos que debe cumplir una demanda que apenas presentada habilita el inicio del proceso. Pero si se desea que nuestra pretensión prospere es necesario que los fundamentos de hecho y de derecho se hallen lo mejor detallado en la demanda.[8]

Aquella calificación puede ser positiva o negativa.

Así, en caso de calificar la demanda como positiva, la tramitará y dispondrá que se realicen las diligencias solicitadas (Art. 146 COGEP). Ejemplo de aquellas diligencias, y que quizá es una de las más fundamentales, es la citación, debido a que allí se plasma, en una primera etapa, el Principio de Contradicción.

Como segundo paso se procede a citar al demandado para que presente sus excepciones o la presentación de una reconvención para que así mismo el juez la califique, ya que ésta deberá tener, en la medida de lo que sea posible, los mismos requisitos que la demanda (Art. 151 COGEP) y en caso de ser positiva la calificación se forma un proceso en donde existen *dos demandas*, una del demandante y otra del demandado que para diferenciarla, se la llama reconvención; pero que en su mayoría se la aplica las reglas de la demanda; cabe recordar que como existe contestación a la demanda, asimismo, basado en el principio de contradicción, existe la contestación a la reconvención (Art. 155 COGEP) además de la respectiva calificación (Art. 156 COGEP).

---

6 Existen varias posiciones para definir el inicio del proceso; parte de la doctrina señala que el proceso inicia una vez admita la demanda otra, en cambio señala que el proceso inicia una vez que se ha presentado la demanda sin que sea requisito admitir la demanda, ya sea en la primera oportunidad o después de aclararla o completarla. Nuestro actual Código Procesal, ordena que el proceso iniciará con la presentación de la demanda (Art. 141 COGEP).

7 De aquí en adelante utilizaré la palabra juez como un término genérico para referirme a cualquier órgano colegiado que sea el encargado de administrar justicia a nombre del Estado.

8 Nuestra actual legislación prevé 26 requisitos en general (Art. 142; Art. 143 & Art.144 COGEP) habrá ocasiones en donde sean más o sean menos, todo depende de la materia y del tipo de procedimiento que se esté realizando.

Una de las particularidades que se halla en la reconvención es que en materia de alimentos, esta no procede (Art. 154 COGEP).

Así, se observa que el Principio Ius Novit Curia es utilizado desde el inicio, debido a que al no cumplir con los requisitos que establece nuestro actual Código Procesal inadmite la demanda y la manda a corregir. Lo interesante se plasma en dos preguntas:

¿QUÉ PASARÍA SI EL JUEZ ADMITE LA DEMANDA, **A PESAR DE QUE EXISTAN ERRORES?**

Se puede esbozar, una respuesta general y que solamente se sustentaría en el Principio de Supremacía Constitucional. Como respuesta está el artículo 169 de la Constitución:

> El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. **No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.** [El resaltado me pertenece].

Por aquella razón la respuesta sería que, a través del arreglo de la demanda presentada, que en un primer término debería ser rechazada pero no se lo hizo, el juez estaría acatando lo dispuesto por mandato constitucional, además de cumplir con los Principios de Eficacia y Celeridad. Entonces podríamos caer en la tentación de presentar demandas o contestaciones a la demanda sin basarnos en las normas correctas, porque el juez deberá aplicar el Derecho y así admitirá y solucionará los defectos que esta presenta; cuestión sumamente errónea a nivel profesional y jurídico.

La Corte Suprema de Justicia (de aquí en adelante: CSJ), en el año 2004, específicamente a través de la resolución N° 216-2004, señala:

> "los aforismos latinos «*iura novit curia*» y «*da mihi factum dabo tibi ius*», que expresan que la causa petendi está constituida únicamente por los hechos alegados, el acaecimiento histórico, la relación de hechos que, al propio tiempo que la delimitan, sirve de fundamento a la pretensión que se actúa, y es el juez quien ha de señalar el derecho que

> corresponde aplicar a tal fundamentación fáctica; los tribunales no tienen la obligación, **y tampoco la necesidad de ajustar los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, y bien pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, puesto que ello significa, precisamente, el antes señalado aforismo «*iura novit curia*», porque es suficiente que las partes le den los hechos para que el juez les dé el derecho: «*da mihi factum dabo tibi ius*».** Nuestro ordenamiento jurídico recoge el principio *iura novit curia*, en el artículo 284 del Código de Procedimiento Civil, y por ello los jueces y tribunales están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, siempre y cuando los fundamentos de hecho relatados por la parte actora en su demanda sean pormenorizados y explícitos, y su petición clara y concreta; lo propio cabe decir de la contestación a la demanda; de tal manera que el juzgador pueda establecer con certeza cuál es la norma legal aplicable al caso específico. [El resaltado me pertenece].

Esta resolución nos da paso a responder la segunda pregunta planteada, además de aclarar que el principio Ius Novit Curia –en un primer momento– se plasma en la aceptación de la demanda y se limita a través de lo expresado en la causa petendi y en base a las hechos y medios probatorios presentados.

¿QUÉ TIPO DE ERRORES SON SUSCEPTIBLES DE CORRECCIÓN?

Basados en lo expuesto por la CSJ, lo que se podrá resolver son las normas bajo las cuales se amparan las pretensiones, dadas por el accionante o el accionado, ya sea a través de la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención, que en nuestro actual Código Procesal se los llama actos de proposición y se desarrollan en el Libro III: Disposiciones comunes a todos los procesos.

Al hablar de las normas que aplicaremos para la fundamentación de nuestros actos de proposición, hablamos de los Fundamentos de Derecho que darán soporte para que se evalúen y juzguen los actos que consideramos lesivos y contrarios a nuestros derechos. En nuestra legislación se prevé que dichos fundamentos deben hallarse, como uno de los requisitos, en los actos de proposición para así justificar mi derecho de acción, en caso de la demanda (Art. 142 N°6 COGEP) y la reconvención (Art. 154

COGEP) y; mi derecho de contradicción a través de la contestación a la demanda (Art. 151 COGEP) y la contestación a la reconvención (Art. 155 COGEP).

En definitiva, al inicio del proceso y a lo largo de este, los errores susceptibles de corrección, son solamente los errores de derecho, siempre y cuando los hechos hayan sido expuestos de forma clara, así lo ordena nuestro actual Código Procesal:

> *Art. 91.- Omisiones sobre puntos de derecho. La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes. (COGEP).*

Podríamos referirnos a un posible error con lo dicho y lo ordenado en el Art. 142 N° 6 del COGEP (siempre y cuando no se interprete de la manera correcta: "Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá: 6. Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, **expuestos con claridad y precisión**" [El resaltado me pertenece].

Basado en lo anterior, los jueces podrían justificar la inaplicación del Principio Ius Novit Curia, alegando que el demandado o demandante no propuso con claridad y precisión los Fundamentos de Derecho; aunque, repito, es un problema aparente debido a que la solución se halla en nuestro mismo ordenamiento jurídico a través de la aplicación de las siguientes normas constitucionales:

> *Art. 424: La Constitución es la **norma suprema** y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán **mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.** [El resaltado me pertenece].*

> *Art. 425: **El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias;** las normas regionales y las*

ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

***En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía,** la Corte Constitucional, **las juezas y jueces,** autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, **lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.** [El resaltado me pertenece].*

*Art. 169: El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. **No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.** [El resaltado me pertenece].*

De esta forma, cerramos el aparente problema con lo conocido, en la doctrina como una derogación tácita del Art. 142 N°6 y que como consecuencia cae en la obligación de los jueces de enmendar los errores de Derecho en que incurran las partes ya que no se sacrifica la justicia por el olvido de solemnidades. Además de aplicar una interpretación sistemática del COGEP por medio del artículo 91, anteriormente citado.

2. DESARROLLO DEL PROCESO:

Una vez, realizadas las diligencias necesarias se dispone a realizar, dependiendo del procedimiento, una audiencia preliminar (procedimiento ordinario, contencioso tributario y contencioso administrativo) o una fase de saneamiento, que se da en procedimientos que tienen audiencia única (procedimiento sumario, procedimiento ejecutivo y procedimiento monitorio).

Dicha fase o audiencia, de forma general busca resolver todos los conflictos que, a la hora de juzgar puedan entorpecer el procedimiento. Entre las diligencias que se deben practicar están: pronunciamiento de las excepciones de las cuales se creen asistidas las partes (se fija los puntos de debate); validez del proceso; anunciar la totalidad de pruebas de las cuales se hallen asistidos y que vayan a presentar en la audiencia de juicio; **la práctica –en lo posible de la prueba de oficio** (también conocida

como prueba para mejor resolver; potestad exclusiva del juez); resolución de la admisibilidad de los medios probatorios basado en los criterios de conducencia, pertinencia, necesidad, idoneidad y utilidad; fijación de la fecha de la audiencia de juicio y la respectiva notificación que se da en audiencia. (Art 294 N° 1, 2, 3, 4, 5, 6 & 7 COGEP). Algo similar ocurre en los procedimientos de audiencia única, pero con dos fases, en la primera, llamada fase de saneamiento, en ella se fija los puntos del debate y se practica las diligencias necesarias para llegar una posible conciliación (Art. 354 COGEP). Mientras que en la otra fase, la de resolución del conflicto principal y de los conflictos accesorios, una vez fijado los puntos del debate o mejor dicho: trabada la *litis*.

El simple hecho de que la potestad de dirección del proceso esté dada al juez es una muestra del Principio Ius Novit Curia, debido a que este principio no solo se limita a la aplicación de normas que no hayan sido utilizadas por las partes. Como bien se muestra en el Código Procesal el juez tiene control en las actividades de las partes procesales, el encausamiento del debate y la prevención de dilaciones innecesarias (Art. 3 COGEP).

Todas aquellas facultades muestran la capacidad del juez de aplicar el mejor Derecho disponible. La única forma de hacerlo es el conocimiento del mismo. De especial forma ésto se halla en la práctica de la prueba de oficio (Art. 294 N°7 Literal b COGEP); debido a que es prueba busca el esclarecimiento de los puntos de controversia, para que así el juez aplique el Derecho ya que no podría excusarse de oscuridad, de ausencia de norma (laguna) o antinomia. (Art. 18 N° Código Civil) y además sería una violación al Principio de Tutela Judicial Efectiva (Art. 11 N°9 Cons, Art 75 Cons & Art. 303 N° 5 COGEP) Lo mismo ocurre en la audiencia de juicio, en caso de los procedimientos con doble audiencia. Así se inicia dicha etapa, con la lectura de lo determinado en la audiencia preliminar; la parte actora formula su alegato inicial, se ordena la práctica de pruebas, la parte demandada hace lo mismo y una vez terminada la audiencia el juez la puede suspender hasta formar su convicción. (Art. 297 COGEP). Lo mismo –en su gran mayoría– se aplica en los procedimientos con audiencia única pero con dos fases; donde la primera toma el nombre de fase de saneamiento y la segunda fase de resolución –aquí se introduce las pruebas y los alegatos, como en la audiencia de juicio del procedimiento ordinario–. (Art. 333 N° 4 COGEP).

Una vez resuelta la controversia se expide una sentencia que pondrá fin al proceso. Esto nos da paso a la tercera etapa. (No discutiremos acerca de las posiciones doctrinarias de fin del proceso).

3. CIERRE O CONCLUSIÓN DEL PROCESO:

La sentencia, en la doctrina, se encuentra dentro de los actos decisorios del juez, junto a los autos[9]. O en términos genéricos se les da el tratamiento de providencias judiciales (Art. 88 COGEP & Devis Echandía, 2012, p. 409).

El autor inmediatamente citado hace una definición precisa de la sentencia, entendiendo que:

> Es el acto por el cual el juez cumple **la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción**, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado [principio de congruencia]. [El texto añadido y el resaltado me pertenecen].
>
> Mediante la sentencia se convierte, para cada caso, en voluntad concreta la voluntad abstracta del legislador que la ley contiene.
>
> Toda sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del juez, en el cual existen las premisas y la conclusión. Pero al mismo tiempo contiene un mandato pues tiene fuerza impositiva, ya que vincula y obliga (Devis Echandía, 2012, p. 411).

Mientras que en nuestra legislación se hace una exposición no tan detallada de la sentencia; solo se limita a señalar que: "La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso" (Art. 88 COGEP).

---

9 En nuestra legislación se detalla cuáles son los autos que se utilizará en el proceso civil: Art. 88.- Clases de providencias. Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos. (...) El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento. El auto de sustanciación es la providencia de trámite para la prosecución de la causa. (COGEP)

El puente necesario entre el Principio Ius Novit Curia y su aplicación en la sentencia, es, el Principio de Congruencia y el Principio Dispositivo. Expliquemos la naturaleza de estos dos últimos principio iniciando por el último.

Principio Dispositivo: Halla su consagración en la Constitución del 2008, como principio fundamental para el cumplimiento de deberes y el ejercicio de atribuciones que tienen los órganos jurisdiccionales en todas las materias (Art. 168 N°6 Cons). Su desarrollo, por obvias razones, se halla en el COFJ:

> *Art. 19.- Principios dispositivo, de inmediación y concentración.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de] conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas [como la prueba de oficio] y actuadas de conformidad con la ley. [El texto de los corchetes me pertenece].*
>
> *Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.*
>
> *Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.*

De manera similar lo explican los maestros[10] de la Universidad Nacional Autónoma de México (De aquí en adelante UNAM) en su Guía de Estudio de Derecho Procesal Civil para los estudiantes de la modalidad abierta:

> Por otro lado, el principio dispositivo establece que el proceso civil se inicia a instancia de parte, denominada "parte actora", lo que significa

10 Gervasio Villeda María Soledad, Ibarra Vázquez Brenda, López Faugier Irene y Alcaraz Hernández Silvia.

> que el objeto del proceso es determinado inicialmente por el demandante, exponiendo los hechos y fundamentos de derechos en que se basa y el pronunciamiento o resolución que solicita del juez. Con las alegaciones que pueda hacer el demandado en su defensa, se termina por concretar el objeto del proceso, es decir, aquello sobre lo que se discutirá a lo largo del juicio y que concluirá con una sentencia (p. 6).

Consecuentemente podemos señalar que el principio dispositivo se puede mostrar en dos etapas. Primera: Todo proceso dentro del Derecho Procesal Civil inicia a petición de parte legitimada en el momento de presentar su demanda; situación que va en conjunto con el derecho de acción (Art. 142 N°6 COGEP) y el derecho de acceso a la tutela efectiva de derechos e intereses (Art. 11 N°9 Cons, Art 75 Cons & Art. 303 N° 5 COGEP). Segundo: Su manifestación en el desarrollo del proceso debido a que en base a las pruebas aportadas por las partes y las ordenadas por el juez se irá desarrollando el proceso para que el juez muestre su conocimiento del Derecho a través de la sentencia y que se relacionen con los hechos aportados y probados.

Una muestra de aquella disposición que las partes, en especial el demandante tiene del proceso, ya sea al inicio o en desarrollo del mismo se muestra en el contrato de transacción. Entendido como un "contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. (Art. 2348 Código Civil). Además el COGEP lo regula como una forma extraordinaria de conclusión del proceso (Art. 235 COGEP); junto a la conciliación, el retiro de la demanda, desistimiento, allanamiento y abandono.

Así podemos proseguir al segundo principio, entendiendo que el Principio Ius Novit Curia tiene como límite el Principio Dispositivo, pero no de forma total ya que si se trata de garantías jurisdiccionales que hayan aparecidos durante el proceso, los jueces podrán separarse y, obviamente aplicar su conocimiento del Derecho y la segunda excepción se presenta por el mismo principio dispositivo, ya que el Derecho se seguirá aplicando siempre y cuando las partes continúen aportando los requisitos para continuar el desarrollo del proceso y no se lo abandone o desista porque se entendería que ya no desean un proceso jurisdiccional o incluso han llegado a un proceso auto compositivo, en donde las partes llegan a un arreglo sin necesidad de un tercero imparcial como el juez.

Por otro lado, si las partes deciden continuar con el proceso en sede jurisdiccional, deberán someterse a la sentencia expedida por el juez y esta deberá ser congruente.

Principio de Congruencia: Nuestra Corte Nacional de Justicia como mucha propiedad ha definido y ha dividido al principio de congruencia en dos aspectos: interno y externo.

> El principio de congruencia, que consiste en la concordancia que debe haber entre las pretensiones de la demanda, los medios de defensa o contrademanda deducidos por la parte demanda, y la resolución del juez, a lo que la doctrina y jurisprudencia llama congruencia externa; y, la interna, que consiste en la concordancia entre la parte motiva y la resolutiva de la sentencia. El principio de la congruencia delimita el contenido de la sentencia en cuanto esta debe pronunciarse de acuerdo con el alcance de las pretensiones, impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a fin de que exista identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. (Juicio No. 660-2011, Jueza ponente: Dra. Paulina Aguirre Suárez).

El COGEP lo regula solo en el aspecto interno: Congruencia de las sentencias. Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso (Art. 92 COGEP). Mientras que el aspecto interno se lo plasma en la debida motivación que debe tener cualquier acto público (Art 76 N°7 Lit. L Cons 2008) y en la normativa inferior se regula de la siguiente forma:

> Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación (Art.89 COGEP).

Por aquella razón el principio Ius Novit Curia, que es la aplicación del Derecho debe ser coherente y en materia civil debe aplicarse en base a

los conflictos que se hayan determinado en la audiencia preliminar o la fase de saneamiento y siempre respetando los derechos fundamentales de todos los integrantes del proceso. Para finalmente mostrarse en la sentencia.

Desde aquella perspectiva, el Principio de Congruencia se plasma en la motivación que se haga a la sentencia en la que el juez aplica sus conocimientos.

Hasta ahora hemos desarrollado el Principio de Congruencia suponiendo que el juez es infalible; por obvias razones sabemos que el juez es un ser susceptible de tener errores y de desapegarse del conocimiento del Derecho, generando *incongruencia* entre los puntos o controversias fijadas por el litigio y lo ordenado en la sentencia.

La doctrina ha clasificado ese tipo de sentencias incongruentes en tres tipos:

Tabla III, Sentencias incongruentes:

N°	Tipos	Definición
1	*Plus petita o ultra petita*	Cuando se otorga más de lo pedido
2	*Extra petita*	Cuando se otorga algo distinto a lo pedido, se resuelve de puntos ajenos al litigio
3	*Citra o mínima petita*	Cuando se deja de resolver algo pedido

Es así que una incongruencia es una falta, ausencia o descuido del Principio Ius Novit Curia. Nuestro ordenamiento jurídico ordena que la congruencia debe tener las sentencias a través de su legislación adjetiva civil: "Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso" (Art. 92 COGEP). Bajo ese argumento la congruencia es la muestra más clara del Derecho, caso contrario, de presentarse la incongruencia se presenta la falla, o desconocimiento del Derecho, es decir de la parte sustancial del Ius Novit Curia.

V. Conclusiones

I) La persona y con esta, su dignidad es el principal objeto de protección de las ciencias jurídicas. Así, los derechos fundamentales como expresión de lo humano, deben ser resguardados por el Estado, sin una intromisión excesiva, sino solo cuando estos se hallen en conflictos, sin importar que estos se hallan plasmados en derechos reales o derecho de propiedad, como en derechos de orden familiar.

II) La constitucionalización del Derecho aporta a la coherencia y evita –o al menos ese es su objetivo– los abusos que se podrían originar por la relación entre particulares y entre parientes, ya sean consanguíneos o afines.

III) La separación del Derecho Procesal del Derecho Romano, marcó su clara vertiente pública, debido a que a esta rama se le encomendó la tarea jurisdiccional o de solución de conflictos –en su mayoría, ya que también puede ocurrir situaciones de jurisdicción voluntaria– entre los seres humanos. Ora, su finalidad será la protección del Derecho.

IV) El actual sistema procesal, implícitamente trae instituciones del Derecho Procesal Romano, que tiene un carácter mixto (público-privado), como es el caso de la duplicia, que actualmente es la situación de un actor que es reconvenido.

V) Nuestro actual sistema **procesal** opta por un proceso que inicia con la presentación de la demanda con los requisitos necesarios para tener un conocimiento de los hechos para, aplicar el Derecho e incluso subsanar los errores en los Fundamentos de Derecho.

VI) Al inicio del proceso, el primer límite del principio Ius Novit Curia se da en: la causa petendi; ya que el juez deberá evaluar lo presentado y ver si es jurídicamente posible subsanar o no las deficiencias de el acto de proposición.

VII) El principio Ius Novit Curia, se encuentra implícitamente en la Constitución ecuatoriana, como deber de todos los jueces en su tarea jurisdiccional.

VIII) En el desarrollo del proceso, el límite del Ius Novit Curia es el Principio de Inmediación, debido a que el juez deberá conducir el procedimiento con la mayor probidad posible. Sin descuidar la independencia e imparcialidad que debe tener en cualquier etapa del procedimiento.

IX) La aplicación del conocimiento del Derecho, en caso de ser insuficiente, lo aportado por las partes. Se otorga al juez la facultad de ordenar una prueba de forma oficiosa o para mejor resolver con el objetivo de conocer de manera adecuada los hechos y así aplicar Derecho, ya que las actuaciones son otro de los límites que se presenta al Ius Novit Curia.

X) No importa en qué fase o en qué audiencia estemos, siempre será fundamental la aplicación del Derecho, para cumplir con el respeto a los Derecho Fundamentales.

XI) Durante todo el proceso, las partes disponen de este, debido a que mientras las partes deseen o mientras estas no lleguen a un acuerdo se están sometiendo al Juez. Es así que la aplicación del Derecho, también se limita por la voluntad, explícita o implícita de mantenerse en el proceso y que este termine con una sentencia, que es la forma regular y no otro medio excepcional, como la transacción, allanamiento, etc.

XII) El juez puede desapegarse de la causa petendi, de manera oficiosa si se tratare de garantías jurisdiccionales. Esta situación es otra aplicación del Ius Novit Curia.

XII) Al cierre del proceso, el Ius Novit Curia, se limita a través del Principio de Congruencia, que debe hallarse específicamente en la sentencia, con un adecuado razonamiento y motivación, caso contrario se violaría el debido proceso (Art. 76 N°7 Literal Cons 2008).

XIII) La sentencia congruente es el documento más evidente, para plasmar el Ius Novit Curia.

XIV) El Ius Novit Curia, como se ha revisado es un principio fundamental durante todo el proceso, que no debe limitarse solamente a la

aplicación de la norma, sino, a la protección y resguardo de los derechos fundamentales, concibiendo estos como la condición necesaria para la existencia del Estado.

XV) El cambio de paradigma jurídico-político del ELD al ECD es la condición necesaria para que exista el Ius Novit Curia. Partiendo desde la reflexión fundamental de que el Derecho no es solamente lo que se halla en la ley, sino todo lo que proteja la dignidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, N. (2012). *Teoría General del Derecho.* Colombia: Temis.

Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Roque de Palma.

Devis Echandía, H. (2012). *Compendio de Derecho Procesal.* Bogotá: Editorial Temis.

Gozaini, O. (2011). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional.* México: Porrúa.

Kafka, F. (2016). *Cartas al padre y En la colonia penitenciaria.* Quito: Campaña de lectura Eugenio Espejo.

Nino, C. (2014). *Introducción al análisis del Derecho.* España: Ariel Derecho.

Oyarte, R. (2014). *Derecho Constitucional.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones

Pimentel Álvarez, J. (2004). *Diccionario Latín-Español/Español- Latín.* México: Editorial Porrúa.

Romero Gross, M. (2008). *Compendio de Derecho Romano.* Quito: Centro de publicaciones PUCE.

Salgado Pesantes, H. (2014). *Introducción al Derecho.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Salgado Pesantes, H. & Zambrano, G. (1995). *Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana.* Quito: ILDIS.

Troya Cevallos, Alfonso. (2002). *Elementos de Derecho Procesal Civil.* Ecuador: PUDELECO EDITORES.

Vigo, R. (2016). *El Estado de Derecho Constitucional y Democrático.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Normativa:

Código Orgánico General de Procesos. (2015). Quito: Centro de Estudios y Publicaciones.

Constitución de la República del Ecuador. (2015). Quito: Centro de Estudios y Publicaciones.

Código Civil. (2015). Quito: Centro de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico de la Función Judicial, recuperado de https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int- text-cofj.pdf

Constitución del Ecuador recuperada de http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

Sentencias y resoluciones

Resolución N° 001-08-SI- CC, Corte Constitucional del Ecuador para el periodo en transición.

Sentencia N°001-16-PJO-CC. Corte Constitucional del Ecuador.

Juicio N°. 265-2013. Corte Nacional de Justicia.

Juicio N° 660-2011. Corte Nacional de Justicia.

Resolución N° 216-2004. Corte Suprema de Justicia.

Resolución N° 123-2003. Corte Suprema de Justicia.

D.

ARBITRAJE

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS EN LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL

Xavier Palacios Abad[1]

Resumen: *El arbitraje se ha convertido, cada vez más, en el medio genérico de resolución de controversias en el Ecuador, dejando como la excepción a la justicia ordinaria, claro está, en las materias que son susceptibles de ser transigibles, puesto que de otra manera no opera el arbitraje. En este sentido, con el continuo desarrollo de los procesos arbitrales se han venido dando una serie de interrogantes que no necesariamente se encuentran regladas en la Ley de Arbitraje y Mediación, ni mucho menos en el antiguo Código de Procedimiento Civil, o en el actual sistema procesal ecuatoriano bajo el Código Orgánico General de Procesos. Uno de los principales puntos de inflexión ha sido la interposición de recursos, cuando uno de los justiciables dentro del proceso arbitral ha propuesto una acción de nulidad de laudo arbitral, donde la pregunta es ¿cabe la interposición de apelación, o recurso extraordinario de casación, o proponer acción extraordinaria de protección de la sentencia que declare la nulidad o la validez del laudo? El presente artículo intentará responder a estas interrogantes desde un análisis del sistema arbitral, su legislación especial y por supuesto la regulación del Código Orgánico General de Procesos.*

El Arbitraje como método alternativo de solución de conflictos

El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos que busca que las controversias sean resueltas, de manera general, por verdaderos tribunales independientes, y con un alto nivel de probidad. Cabe señalar, que puede darse la situación que el arbitraje no sea administrado sino independiente, en cuyo caso será solo una persona la que esté a cargo de sustanciar la controversia.

---

1 Estudiante de Octavo semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Miembro de la Comisión Académica de la Asociación Escuela de Derecho PUCE; xavypa@live.com

La Constitución del Ecuador del año 2008 reconoce al arbitraje en su Art. 190 donde prevé que:

> *Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.*
>
> *En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.*

Del artículo citado, se desprende como el arbitraje se sujetará a la Ley, y además operará de manera exclusiva solo en las materias que por su naturaleza sean susceptibles de transigir, con lo que el arbitraje, a la luz de la norma constitucional, en principio tiene dos limitaciones puntuales: 1. Debe ser sobre materias transigibles y 2. Se debe sujetar a la Ley.

En cuanto a la primera limitación, esto es, la materia transigible cabe señalar que la Constitución del año 2008 recogió lo que ya estaba previsto en el Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)[2], donde ya se disponía esto. Es necesario indicar, que esta disposición, que a primera vista no genera dificultad, en la práctica resulta tener una serie de connotaciones muy significativas, dado que no existe en la legislación ecuatoriana un catálogo de materias que la Ley prevea expresamente que son por su naturaleza transigible.

Bajo esta línea argumentativa, consideramos apropiado el criterio del profesor Juan Manuel Marchán, quien sostiene que el concepto o determinación de "materia transigible" debe ser tomado del Código Civil en lo que se refiere al contrato de transacción[3]. Sin embargo, dentro del acápite que regula la transacción en el Código Civil advertimos que tampoco existe una disposición que nos otorgue el catálogo de materias que son

2 LAM. Art. 1 El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

3 Marchán, Juan M (2012). *El Tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución.* Iuris Dictio, Volumen 14, Universidad San Francisco de Quito, p. 204.

susceptibles de ser "transables"; de hecho, la única prohibición que pone en consideración la normativa, es la referente al derecho de alimentos que se debe por mandato de la Ley.[4]

En cuanto a la segunda limitación, que el arbitraje deberá sujetarse a la Ley, consideramos que esto conlleva implícitamente un concepto, este es, el debido proceso. Así, al ser un método alternativo de solución de conflictos, siendo la excepción a la regla que es acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado, debe sujetarse aun más a las disposiciones normativas referentes al debido proceso, consagradas de forma mas o menos general en el Art. 76 de la Constitución, y evidentemente a las regulaciones en la Ley especial, es decir, la Ley de Arbitraje y Mediación.

El Arbitraje y el Debido Proceso

El Arbitraje es un proceso que busca ser eficaz y ágil con el fin de que los justiciables puedan resolver sus controversias de la manera más pronta y oportuna posible. En este sentido, el arbitraje, no por ser un procedimiento "expedito", significa que puede obviar las reglas del debido proceso, ya que por el contrario deben respetarlas aún más. En efecto, al ser el arbitraje un método alternativo de solución de conflictos debe ofrecer todas las garantías procesales que los justiciables poseen dentro de la justicia ordinaria, es decir, las garantías del debido proceso.

El arbitraje evidentemente cumple con las reglas del debido proceso, pues es un procedimiento reglado con normas muy claras que deben ser acatadas. Así, en primer lugar, solo podrán acudir a arbitrar aquellas personas que estén vinculadas a partir de una cláusula compromisoria o convenio arbitral[5], respetando de esta manera la garantía constitucional de ser "juzgado" por un juez competente, en este caso un árbitro competente. Por otro lado, en lo que hace relación al principio de contradicción e inmediación procesal, son aspectos que se cumplen a cabalidad dentro de los procedimientos arbitrales.

---

4 Código Civil. Art. 2353.- La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los Arts. 362 y 363.

5 LAM. Art. 7.- El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Quizá, uno de los aspectos más cuestionados dentro de un procedimiento arbitral, es la garantía del debido proceso referente a la impugnación de las decisiones donde se discutan sobre los derechos, que se encuentra consagrada en el Art. 76 literal m de la Constitución, donde se dispone que:

> *Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*
>
> ***m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.*** *(el énfasis es añadido).*

En este sentido, la LAM trae una disposición que es contraria a esta garantía, puesto que expresamente el Art. 30 advierte que no cabrá recurso alguno sobre el laudo arbitral, es decir, que es inapelable. De hecho, uno de los principios rectores en el arbitraje es la inapelabilidad e inimpugnabilidad de los laudos, a lo que las partes se comprometen a cumplir mediante el convenio arbitral.

A primera vista parecería que la disposición normativa de la LAM es inconstitucional de plano, sin embargo, esto no es del todo correcto, ya que la garantía constitucional de recurrir de los fallos en los que se discutan sobre los derechos no es una garantía absoluta; por el contrario, debe ser entendida bajo *el principio del recurso legalmente previsto.*

Esto es de suma importancia, ya que muchas personas de formación jurídica confunden el alcance verdadero del Art. 76 literal m de la Constitución, al interpretarlo como un derecho absoluto e ilimitado, cuando en realidad es un derecho de configuración legal[6], lo que quiere decir que sólo se podrá recurrir de aquellas resoluciones o fallos de los cuales el legislador ha previsto un recurso para hacerlo, y no procederá cuando éste niegue expresamente esa posibilidad.

Adicionalmente, otro aspecto del debido proceso a tener en consideración dentro del arbitraje es la garantía de motivación, bajo la cual la re-

---

6 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 092-14-SEP-CC. Caso N° 0125-12-EP. Del 28 de mayo de 2014.

solución expedida por él o los árbitros debe estar debidamente motivada *so pena* de nulidad según lo dispone el Art. 76 literal l de la Constitución.

En este punto, es necesario señalar que la vía para reclamar la nulidad no es la acción de nulidad de laudo arbitral en tanto y cuanto el Art. 31 de la LAM no prevé esta causal para anular el laudo[7]; por lo que quedaría como única opción la acción extraordinaria de protección, en la medida que se estaría violando un derecho constitucional; esto es, el derecho a la motivación como una garantía del debido proceso.

Medios de Impugnación del Laudo Arbitral

El laudo arbitral es el documento escrito mediante el cual se materializa la resolución del tribunal arbitral o árbitro en particular, al cual fue sometido una determinada controversia en virtud de la voluntad de los justiciables.

Como quedó señalado, en principio, toda persona tiene el derecho a recurrir de los fallos en donde se discutan sobre sus derechos, siendo claramente uno de estos el laudo arbitral. No obstante, como se advirtió, este principio constitucional ha de entenderse como un derecho de configuración legal, y al serlo, el legislador en lo concerniente al arbitraje vetó la posibilidad de que se pueda impugnar la resolución mediante recurso de apelación, puesto que una característica medular del laudo es su inapelabilidad al tenor del Art. 30 de la Ley de la materia que prevé lo siguiente:

> *"Art. 30.- Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje* ***son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes.*** *Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.*

7 Existen criterios divididos respecto al tema, pues la otra postura es que las causales previstas en el Art. 31 de la LAM son ejemplificativas, y no taxativas.

> ***Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley."*** *(el resaltado nos pertenece).*

De la disposición citada se desprende que el propio legislador limitó los medios de impugnación intraprocesales del arbitraje, siendo estos los recursos de aclaración y el de ampliación, los cuales deberán interponerse en el término de 3 días. Asimismo, la propia norma prohíbe cualquier otro recurso que la Ley especial no lo prevea, por lo cual en principio no cabría apelación, ni tampoco el recurso extraordinario de casación del laudo arbitral.

No obstante lo señalado, cabe precisar que existe otro medio de impugnación del laudo arbitral, pero éste es, valga la redundancia, un medio de impugnación fuera del proceso arbitral, ya que se trata de la acción de nulidad del laudo arbitral que no buscará conocer el fondo del conflicto subyacente.

Por otro lado, el último mecanismo de impugnación del laudo arbitral es la acción extraordinaria de protección, y aunque la Corte Constitucional ha tenido criterios divergentes respecto al tema, finalmente ha optado por decir que cabe esta garantía jurisdiccional constitucional sobre los laudos arbitrales.

A manera de conclusión, en el Ecuador los laudos arbitrales tienen cuatro medios de impugnación, los intraprocesales que son la aclaración y la ampliación; y por otra parte, las acciones autónomas de impugnación, siendo estas, la acción de nulidad de laudo arbitral y la acción extraordinaria de protección, la primera ante la justicia ordinaria y ésta última ante la justicia constitucional.

Nulidad de Laudo Arbitral; ¿Recurso o Acción?

La acción de nulidad de laudo arbitral es el medio a través del cual el Estado, mediante sus órganos jurisdiccionales, puede verificar a petición de parte que el procedimiento arbitral se haya realizado en apego a la Ley y al debido proceso.

Resulta necesario e indispensable determinar con claridad cuál es la verdadera naturaleza procesal de la acción de nulidad de laudo arbitral, pues

pese a la nomenclatura que esta pueda tener, se debe analizar que tipo de mecanismo de impugnación es, dado que procesalmente hablando no es lo mismo un recurso de nulidad que una acción autónoma de impugnación.

Lamentablemente, en la legislación ecuatoriana no existe una clara distinción entre recursos procesales y acciones autónomas de impugnación; de hecho esta es la razón por la cual el legislador usa indiscriminadamente las palabras recurso y acción como si se tratasen de sinónimos, cuando en realidad no lo son.[8] El Art. 31 de la LAM trae esta confusión conceptual, pues de la redacción inicial de la disposición normativa se infiere cómo el legislador se refiere, en un comienzo, a una acción de nulidad de laudo arbitral, pero líneas después, en los incisos séptimo y octavo, lo denomina como el recurso de nulidad confundiendo claramente estos dos conceptos.

Es elemental conocer cuál es la diferencia conceptual entre recurso procesal y acción autónoma de impugnación. De manera general, se puede partir de una distinción básica en material procesal, la cual responde a en qué órgano radica la competencia para conocer la acción o recurso, es decir, ante quien se plantea el medio de impugnación ya que mientras los recursos se plantean comúnmente en contra del mismo órgano emisor del acto o su superior, las acciones autónomas se proponen ante un nuevo órgano –que no funge como jerárquicamente superior ni inferior al emisor– con otras partes procesales y con una pretensión distinta a la del conflicto que le subyace.[9]

Al respecto, el profesor Juan Francisco Guerrero del Pozo advierte con mucha precisión que:

> "Estas acciones o recursos excepcionales se caracterizan porque son una verdadera excepción al principio de cosa juzgada; implican el inicio de un nuevo proceso, generalmente con nuevas partes procesales —en muchos de los casos una parte procesal es el órgano jurisdiccional que dictó la

8 Para poder ejemplificar la situación podemos recurrir inclusive a la Constitución del 2008, donde el legislador en el Art. 94 respecto a la acción extraordinaria de protección usó la palabra recurso como sinónimo de acción.

9 Existen autores que consideran a las acciones autónomas como una tercera categoría de recursos, los excepcionales, que son completamente distintos a los tradicionales recursos ordinarios y extraordinarios.

> providencia que se impugna—, y tienen una pretensión distinta a la del proceso original en la cual se dictó la decisión objeto de impugnación."[10]

Bajo esta misma línea, concluimos que este mecanismo de impugnación de los laudos arbitrales es una verdadera acción autónoma y no un recurso, puesto que se propone ante el Presidente de la Corte Provincial –un órgano diferente al emisor del acto–, con una pretensión completamente distinta a la disputa sometida al arbitraje, y además con otras partes procesales , que en este caso son el accionante y el tribunal arbitral que emitió la resolución, dado que lo que se cuestiona es la validez del laudo, respecto a las causales descritas por la Ley, y más no el fondo de la controversia.

Es necesario advertir que estas acciones autónomas se caracterizan porque son excepcionales por lo que solo caben bajo las circunstancias descritas expresamente por la Ley, en este caso, la causales previstas en el Art. 31 de la LAM, y esta restricción es fundamental ya que esto impide que el órgano sustanciador de la acción de nulidad pueda pasar a conocer el fondo de la disputa y solo analice las causales que fueron invocadas, por el o los justiciables, respecto a los posibles vicios que lleguen a afectar la validez de la resolución.

Proceso y Procedimiento de la Acción de Nulidad de Laudo Arbitral

En la Ley de Arbitraje y Medición lamentablemente no se establece cual será el trámite bajo el cual debe sustanciarse la acción de nulidad de laudo arbitral, y esto ha dado paso a que las Cortes del país bajo el argumento de que "cuando la Ley no prevé un trámite especial para un proceso, se sustanciará bajo el trámite ordinario" tal cual lo disponía el antiguo Código de Procedimiento Civil –en adelante CPC–, y el actual Código Orgánico General de Procesos –en adelante COGEP–, lo sustancien de tal manera que la acción de nulidad se podría tornar inacabable.

Si bien, como hemos señalado, ni la Ley de la materia ni el CPC –ni

---

10 Guerrero del Pozo, Juan F (2014). *La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación como presupuesto material para obtener una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección.* Tesis publicada. UASB. Sede Ecuador. p. 20.

ahora el COGEP– regulan el procedimiento que tendrá la acción de nulidad de laudo arbitral; no obstante, consideramos que sería ajeno a toda razón jurídica pretender sustanciar a la misma bajo un procedimiento ordinario, dado que atentaría contra la celeridad que se pretende tenga el arbitraje; en este contexto, ya se pronunció la Corte Constitucional al sostener que:

> "La ley de la materia ha previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez del laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil, pues el Presidente de la Corte Provincial, facultado para el efecto, debe resolverlo en el término de 30 días, siendo únicamente este trámite el que debe ser observado en estas causas [...] sin que para estas pueda aplicarse en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, ya que este precepto es aplicable a aquellos casos en que la ley no ha determinado un procedimiento especial."[11]

De lo expuesto se desprende que se trata de un procedimiento sumario, no ordinario, que en aras de garantizar la agilidad y celeridad que posee el sistema arbitral. Este criterio ha sido recogido de igual forma por la Corte Provincial de Justicia en el caso VSMAR c. Fanny Yolanda Jiménez, al indicar que: "...esta Presidencia mantiene el criterio de que el trámite que debe darse **a la acción de nulidad de laudo arbitral es especialísimo (...) por lo cual, es equivocado el disponer el trámite ordinario,** en tanto este es supletorio cuando no exista un trámite especial..."[12] (el énfasis es añadido).

En otro orden de ideas, y a fin de esclarecer la situación sobre el procedimiento de la acción de nulidad de laudo arbitral, resulta importante señalar que la anulación del laudo arbitral es un verdadero proceso de conocimiento en la medida que se discute el derecho vulnerado acusado por el accionante. En este sentido, compartimos el criterio de FAUSTO ALBUJA, quien considera que es un proceso de conocimiento en tanto que:

> "En la acción de nulidad se discute el derecho para que el laudo arbitral sea declarado nulo. En efecto, por un lado estará la parte que argumenta que

11 Corte Constitucional. Caso No. 0008-2008-DI. Registro Oficial Suplemento de 4 de junio del 2009.

12 Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Caso No. 125-07 de 30 de septiembre de 2009.

> el laudo arbitral está viciado de nulidad por haberse cumplido cualquiera de las causales establecidas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación y por otro, la parte que considera que el laudo es válido en tanto en cuanto no se cumple ninguno de los requisitos contemplados en dichas causales. Estas posiciones son puestas en conocimiento del juez para que éste declare quién tiene el derecho en relación a la nulidad o validez del laudo arbitral. Es decir, existe un proceso judicial en que el juez decide y determina quién tiene la razón con base en los argumentos de las partes."[13]

Como corolario de lo expuesto, consideramos que la acción de nulidad de laudo arbitral es un nuevo proceso, diametralmente distinto al conflicto subyacente, y que constituye un proceso de conocimiento –en el que se discutirá un derecho–, y que debe ser sustanciado bajo un procedimiento sumario para garantizar la celeridad del arbitraje.

Interposición de Recursos dentro de la Acción de Nulidad de Laudo Arbitral.

Como quedó señalado, la acción de nulidad de laudo arbitral da inicio a un nuevo proceso, en el cual se discutirán las causales invocadas por el accionante, a fin de corroborar la existencia, o no, de vicios que puedan afectar a la validez del laudo arbitral.

Este procedimiento concluye con una sentencia, en la cual el juzgador decretará la nulidad o validez del laudo. En este aspecto, surge una primera interrogante, ¿es impugnable esta decisión jurisdiccional?

La realidad jurídica ecuatoriana respecto al tema no nos da una respuesta uniforme. De hecho, las Cortes del país han estado *"bailando"* entre aceptar y denegar la posibilidad de impugnar la sentencia de la acción de nulidad de laudo arbitral, ya sea mediante recurso de apelación, o en su defecto a través del recurso extraordinario de casación.

Es necesario advertir, que respecto a la posibilidad de recurrir de esta

13 Albuja Guarderas, Fausto (2014). *La acción de nulidad de un laudo arbitral: ¿un proceso de conocimiento?* Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 6. Quito-Ecuador.

providencia mediante el recurso de apelación se debe tener en cuenta un aspecto importante, que es la competencia del órgano jurisdiccional que conoce de la misma, ya que quien tramita esta acción es el Presidente de la Corte Provincial y muchas veces se ha usado el argumento que se trata de una acción de una única instancia, y por eso lo sustancia el Presidente de la Corte Provincial, por lo que no cabe recurso de apelación.

En cambio, para denegar el recurso de casación, además del argumento de que retrasa el procedimiento arbitral –también usado para negar el recurso de apelación–, se ha dicho que este proceso no es de conocimiento, y por lo tanto no cabe este recurso extraordinario. Asimismo, se hacía referencia a que en el Ecuador, la Ley de Casación –ya derogada por el COGEP– no permitía la posibilidad de que se interponga recurso de casación sobre la sentencia que emite el Presidente de la Corte Provincial, lo que, dicho sea de paso, no consideramos del todo correcto e intentaremos aclarar a lo largo del presente trabajo.

El Recurso de Apelación en la Acción de Nulidad de Laudo Arbitral

Una de las primeras interrogantes que surgió cuando se empezaron a plantear las acciones de nulidad frente a los laudos arbitrales, era si la decisiones que emite el Presidente de la Corte Provincial podían ser recurridas mediante recurso ordinario de apelación. Desafortunadamente, la legislación ecuatoriana vigente cuando comenzó a darse la problemática, poco o nada tenia reglado al respecto, y ahora, el actual Código Orgánico General de Procesos tampoco se ha referido de manera expresa al tema.

Vale señalar que el procedimiento de anulación de los laudos arbitrales estaba sujeto a las normas del CPC –ahora COGEP– , y por lo tanto no es un argumento válido para argüir la improcedencia de este recurso hablar de la inapelabilidad del laudo arbitral consagrada en la LAM, pues en esta acción procesal no se discutirá el fondo del asunto sino las cuestiones formales que derivan en la validez de la resolución.

Ahora bien, para poder analizar de mejor manera la procedencia del recurso ordinario de apelación respecto a la sentencia de acción de nulidad del laudo, es indispensable analizar tanto las disposiciones del CPC,

como del recién entrado en vigencia COGEP. En este sentido, en primer lugar nos referiremos a como se vino llevando la situación con el antiguo CPC, para en un segundo momento advertir que prevé el COGEP respecto a la problemática.

El Recurso de Apelación en el Código de Procedimiento Civil (CPC)

Dentro del Código de Procedimiento Civil no existe limitación alguna para que los justiciables puedan interponer el recurso de apelación, de hecho, el mencionado cuerpo normativo traía una verdadera falencia al respecto, en tanto y cuanto ni siquiera se establecía cual era el procedimiento que debía darse a la acción de nulidad del laudo arbitral.

La jurisprudencia ecuatoriana sobre el tema tiene fallos muy interesantes, pero al mismo tiempo muy heterogéneos al respecto manteniendo criterios realmente antagónicos en unos y otros fallos. En definitiva, existe un verdadero limbo jurídico en el Ecuador respecto al tema, en la medida en que no existe una regulación expresa en la normativa, y las Cortes ecuatorianas *"bailan"* constantemente con sus criterios sobre el tópico.

La Corte Nacional de Justicia, ya en el año 2010, intentó solucionar el problema sobre la interposición del recurso de apelación respecto de la sentencia que resuelva la anulación del laudo en los siguientes términos:

> "Si admitiéramos como válido que se puede interponer recursos de apelación respecto del fallo del Presidente de la Corte Provincial, **estaríamos atentando contra dicho principio [el de celeridad] que inspira al arbitraje, y estaríamos llevando a la "judicialización" del arbitraje** a niveles que en realidad riñen con los principios que inspiran dicho método alternativo de solución de conflictos."[14] (el énfasis es añadido).

Conforme se desprende del criterio de la Corte Nacional, se usa como argumento para negar el recurso de apelación la celeridad que impone el arbitraje, pero no se hace relación a ninguna norma jurídica que impida la interposición de este recurso; más aún, cuando la Ley de la materia

14 Corte Nacional de Justicia. Juicio No. 124-2008 ER. 02 de marzo de 2010.

solo restringe la interposición de recursos del laudo arbitral, más no de la sentencia que se emite en la acción de nulidad del laudo.

Aún cuando el argumento de la Corte Nacional fuere del todo valedero, se debe indicar que el CPC no negaba la posibilidad de interposición de este recurso. Por el contrario, el CPC en su Art. 321 preveía que: "Art. 321.- Siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso se entenderá que lo concede.", con lo que dicha disposición jurídica abría la puerta para que sea viable interponer el recurso de apelación de dicha resolución, en tanto no existía prohibición expresa de la Ley para interponerlo, y al no existir esta prohibición se debía recurrir a la máxima en derecho que dispone que "donde el legislador no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir."

No obstante lo señalado, se debe anotar que el otro argumento para sostener que no era recurrible la decisión del Presidente de la Corte Provincial consistía en que el procedimiento de nulidad no se sustanciaba bajo la vía ordinaria, y no era un proceso de conocimiento, sino por el contrario se trataba de un proceso de única instancia, que debía ser sustanciado de manera rápida[15]; y por lo tanto, al ser de única instancia quedaba vetada la posibilidad de recurrir mediante apelación.

Si bien estamos de acuerdo en que el trámite que debía darse a la acción de nulidad de laudo arbitral no podía ser el ordinario, en tanto y cuanto atentaría de sobremanera con la esencia del arbitraje mismo, que es la celeridad; empero, no se podría argüir tal motivo para sustentar que no es recurrible la resolución que resuelva la acción, ya que como quedó señalado la normativa vigente a la época no restringía dicha posibilidad, y además se trata de un verdadero proceso de conocimiento conforme lo hemos analizado con anterioridad.[16]

Es oportuno mencionar, que recurriendo a uno de los métodos de interpretación legislativos, esto es, el espíritu del legislador en cuanto al

---

15 Criterio sostenido por la Corte Constitucional del Ecuador, en el Caso No. 0008-2008-DI. Registro Oficial Suplemento de 4 de junio del 2009.

16 Criterio sostenido en: DINEAGROS vs GRUPEXPORT publicado en el Registro Oficial, Suplemento 14, febrero 1, 2008; TELECOM vs PACIFICTEL publicado en el Registro Oficial, Suplemento 542, marzo 6, 2009; SENATEL y Procurador General del Estado vs OTECEL y CONECEL publicado en el Registro Oficial, Suplemento 356, octubre 31, 2012); y NEDETEL vs CONATEL, Corte Nacional de Justicia, Caso No. 0626-2013, de 6 de agosto de 2013.

arbitraje se refiere, es evidente que este no pretendía dilatar innecesariamente el procedimiento arbitral; por lo que en ese contexto, y al darle la competencia para conocer estas acciones al Presidente de la Corte Provincial, consideramos que, lejos de hablar de un principio de celeridad el argumento idóneo sobre la no procedencia del recurso de apelación de dicha sentencia radica en que esta impugnación procesal busca un revisión judicial de una única y exclusiva instancia –ya que es un acción autónoma y excepcional de impugnación– en un proceso de conocimiento en el cual se discutirá, por un lado el argumento de una de las partes por anular el laudo, y por otro, el alegato de la contraparte que sostendrá que el laudo es válido en toda regla, y será finalmente el juzgador quien analice las circunstancias y declare la validez o no del laudo arbitral.[17]

Con base en lo expuesto, resulta lógico que no proceda el recurso de apelación de la sentencia que declare la validez o no del laudo, ya que es una única y exclusiva instancia que no permite que un superior revise lo actuado, en tanto no existe una instancia superior al Presidente de la Corte Provincial, dado que la Corte Nacional de Justicia no funge como un tribunal de alzada. Se debe mencionar, además, que hay quienes sostenían que el órgano competente para conocer el recurso de apelación, en este caso, era una de las Salas de la Corte Provincial, lo cual, a nuestro criterio, es del todo forzado ya que estamos inmersos en esta cuestión al derecho público, en donde la competencia nace por la Ley, y solo en virtud de ella podrán las Salas resolver alguna controversia.

Así, el Código Orgánico de la Función Judicial –norma especial que regula la competencia de los órganos jurisdiccionales– no prevé como competencia de las Salas de la Corte Provincial resolver el recurso de apelación de la sentencia de nulidad de laudo arbitral[18]. Al respecto, resulta oportuno advertir que la anterior Ley Orgánica de la Función Judicial, en su Art. 24 si preveía esta situación al disponer que "Cuando la primera instancia corresponda al Presidente de la Corte Superior, a

17 Este criterio fue sostenido por la Corte Provincial del Ecuador, en la sentencia que resolvió el caso Jr. Security Cia. Ltda. vs. Productos Avon del Ecuador S.A. del 30 de junio de 2010, donde advirtió que: "Las características principales de la acción de nulidad es que es una acción extraordinaria y limitada por decisión del legislador, que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral, más no como una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo..."

18 Ver Art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador.

segunda instancia será de competencia de la Sala a la que no pertenece el Presidente."; con lo que, muchos interponían recurso de apelación basados en el Art. 321 del CPC y en la disposición jurídica antes mencionada.

Sin embargo, dicha disposición fue derogada en octubre de 2009 con la entrada en vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual ya no otorgó dicha competencia a las Salas de la Corte Provincial, y además, dicho sea de paso, no se trata de un procedimiento con dos instancias, ya que como quedó expuesto, es un procedimiento sumarísimo con una única instancia en la cual se resolverá sobre los vicios acusados en el laudo arbitral.

Ahora bien, se debe mencionar que esta discusión no ha quedado resuelta en el Ecuador, pues la Corte Constitucional en el año 2015 dictó una sentencia en la cual sostuvo que es posible la apelación en la acción de nulidad de laudos arbitrales de la siguiente manera:

> "...Por esta razón, debe distinguirse entre la apelación del laudo arbitral y la apelación de la sentencia de nulidad de laudo arbitral. **Como ya se ha dicho, existe una limitación normativa para formular un recurso de apelación frente a un laudo arbitral, pero aquello no implica que la sentencia de nulidad del laudo arbitral no sea apelable, tomando en cuenta que el legislador no ha establecido una restricción específica o exclusiva a tal posibilidad**. En tal sentido, de conformidad con la garantía del debido proceso establecida en el articulo 76 numeral 7 literal m de la Constitución de la República que establece entre el derecho de las personas a la defensa: "Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos", **debe entenderse que este derecho no está limitado cuando se trata de una acción de nulidad de laudo arbitral.** Sin embargo de lo indicado, conviene precisar que el recurso de apelación que se llegue a formular de la sentencia dictada por el presidente de la Corte Provincial, debe referirse estrictamente a la actuación del juez presidente como autoridad judicial de primera instancia al momento de resolver la acción de nulidad, más no a aspectos de fondo que fueron resueltos por el tribunal arbitral y que constan en el laudo arbitral."[19] (el énfasis es añadido).

19 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 325-15-SEP-CC. Dentro del caso N° 1139-13-EP. Del 30 de septiembre de 2015.

En base a la sentencia invocada podemos apreciar como el juzgador constitucional advirtió que restringir el derecho a recurrir mediante recurso de apelación a la sentencia dictada en la acción de nulidad de laudo arbitral, al no existir prohibición expresa, conlleva una violación a la garantía del debido proceso consagrada en el Art. 76 numeral 7 literal m de la Constitución.[20] Además, contrario a nuestro criterio, la Corte asevera que el Presidente de la Corte Provincial actúa en calidad de juzgador de primera instancia al conocer las acciones de nulidad de laudos arbitrales, lo que bajo nuestra concepción es un error, ya que se trata de una acción especialísima y extraordinaria que pretende que un solo juzgador revise el laudo arbitral en lo referente a la validez del mismo sin pasar a evaluar las cuestiones de fondo, sino puramente las causales descritas en el Art. 31 de la LAM. Con lo que, de permitir que sea recurrible mediante apelación se estaría atentando contra la esencia misma del arbitraje, y de hecho contra el espíritu del legislador, pues por eso se le concomitó la labor de sustanciar esta cuestión al Presidente de la Corte Provincial, para evitar dilaciones y que sea un órgano unipersonal, de única instancia, quien revise la validez de la resolución emitida dentro de un procedimiento arbitral.

A modo de conclusión, consideramos que si bien el CPC preveía que cuando la Ley no deniegue la posibilidad de apelar de una sentencia, se entiende que concedía dicho recurso, es evidente que no se podía argüir de dicha disposición para plantear recurso de apelación de la resolución emitida por el Presidente de la Corte Provincial, ya que la acción de nulidad de laudo arbitral supone un proceso de revisión judicial de una única y exclusiva instancia, y por esa razón el espíritu del legislador fue otorgarle la competencia al Presidente de la Corte Provincial, caso contrario

20 Es importante señalar que la Corte Constitucional no ha mantenido un criterio uniforme al respecto, pues ha venido variando constantemente sobre si cabe o no apelación y recurso extraordinario de casación respecto a la sentencia de nulidad de laudo arbitral. De esta manera en estos fallos, sentencia N° 173-14-SEP-SEP-CC, caso N° 1114-12-EP, y en la sentencia N° 018-16-SEP-CC, dentro del caso N° 0932-15-EP, la Corte Constitucional ha sostenido que: "(...) la acción de nulidad surge como consecuencia de las causales previstas en el artículo 31 respecto del laudo arbitral, lo cual no genera ni da lugar a considerar que la acción de nulidad es una acción independiente del laudo que tiene un trámite adicional al previsto en el artículo mencionado, ya que por el contrario surge de este, conforme lo determinado en la ley. Siendo así, la restricción impuesta en el artículo 30 –inapelabilidad laudo arbitral– genera un efecto directo también en la acción de nulidad, ya que caso contrario la Ley hubiera establecido la facultad de recurrencia de la sentencia que resuelva dicha acción."

hubiese otorgado la facultad a los juzgadores de primera instancia, como sucede en el caso de la acción de nulidad de sentencia. De igual manera, conforme lo hemos expuesto, las Salas de la Corte Provincial, al estar bajo el imperio del Derecho Público, solo pueden resolver aquello que la Ley les haya facultado, y en este caso, el Código Orgánico de la Función Judicial no prevé dicha posibilidad.[21]

El Recurso de Apelación en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP)

Una vez que ya nos hemos referido a la situación del recurso de apelación respecto a la sentencias de nulidad de laudos arbitrales bajo el régimen del CPC, y toda vez que este cuerpo normativo ya está derogado, es necesario referirnos a la regulación del COGEP para poder contrastar los cambios que puedan suscitarse con este nuevo código procesal.

Ciertamente el COGEP no trae muchas innovaciones respecto al recurso de apelación concebido en el CPC. Quizá, una de las particularidades que más llamó la atención del COGEP, es que derogó el Art. 321 del CPC referente a la posibilidad de plantear un recurso, cuando la Ley no deniegue esa posibilidad; y en sustitución al mismo, introdujo el Art. 250 que dispone lo siguiente:

> *"Art. 205: ...Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad."*

Con base en lo expuesto podemos contrastar como el COGEP eliminó el argumento usado para poder recurrir las sentencias de nulidad de laudo arbitral, ya que el nuevo Código procesal no regula la posibilidad de apelar dichas providencias, y al no hacerlo, por disposición del mismo cuerpo normativo se entiende que no procede, *contrario sensu* a lo regulado por antiguo el CPC. En consecuencia, podríamos sostener que ya no habría duda de si cabe o no apelación en este procedimiento –nulidad de laudos arbitrales– en virtud de la norma antes señalada.

---

21 Debemos recordar que la competencia nace de la Ley, y esta no ha previsto esta posibilidad a las Salas Especializadas de la Corte Provincial.

No obstante aquello, consideramos que el COGEP no solucionó la problemática aún, puesto que no reguló tampoco el procedimiento que debe darse a las acciones de nulidad de laudos arbitrales, lo cual dificulta en mucho la solución de la controversia, puesto que no se aprovechó la oportunidad para decir si se trataba de un procedimiento de conocimiento o no, o si es uno de una única instancia o no, y los demás vacíos existentes sobre el tópico.

Inclusive, el mismo COGEP en su Art. 256, respecto al recurso de apelación, nos introduce de nuevo el problema, pues dispone que: "El recurso de apelación **procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia** así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso." (el énfasis es añadido). Con lo que podemos apreciar, que si bien restringió la posibilidad de recurrir a los fallos si la ley no lo prevé, con esta disposición normativa habilita la apelación en todos los fallos de primera instancia, sin restricción alguna.

En este orden de ideas, es lógico que lo idóneo para solucionar el conflicto es dilucidar que tipo de proceso es la acción de nulidad de laudo arbitral, puesto que de considerarla como un proceso de conocimiento de una única instancia no cabría la posibilidad de plantear recurso de apelación; pero de tenerlo como un proceso de conocimiento de doble instancia, es evidente que por disposición legal procede dicho recurso, aunque atente contra la naturaleza misma del arbitraje.

De todos modos, consideramos que no podría hablarse de un proceso de conocimiento con doble instancia en tanto, como hemos venido sosteniendo, resultaría ilógico y atentatorio contra la naturaleza misma del arbitraje, que supone excluir a la justicia ordinaria del conflicto subyacente, y de manera extraordinaria acudir ante el órgano jurisdiccional para una única y exclusiva revisión, de los posibles vicios descritos en el Art. 31 de la LAM, que será efectuada por el Presidente de la Corte Provincial.

El Recurso de Casación en la Acción de Nulidad de Laudo Arbitral

El recurso de casación es el más importante control de legalidad que posee el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Este es un recurso extraordi-

nario y técnico que busca realizar una evaluación sobre posibles normas –sustantivas y adjetivas– infringidas, indebidamente aplicadas o erróneamente interpretadas en las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento.

Conforme se ha venido señalando en el presente artículo, ni la LAM, ni la antigua Ley de Casación, ni el COGEP han regulado expresamente la posibilidad o no de interponer el recurso extraordinario de casación dentro de la acción de nulidad de laudo arbitral. Incluso, hay cierto sector de la doctrina que considera que aceptar la tesis que se permita interponer este recurso acarrearía indiscutiblemente a la judicialización del arbitraje, sometiéndolo a las indebidas dilaciones que han sido características de la justicia ordinaria.

Ciertamente el interponer recurso de casación alargará un poco la contienda, sin embargo hay que recordar que no se trata de una nueva instancia procesal, sino de un control de legalidad extraordinario. Por esta razón, no compartimos el criterio que de permitir interponer este recurro conlleva atentar contra el arbitraje, por el contrario sostenemos que es necesario, y apegado a derecho, que los justiciables tengan la posibilidad de interponer este remedio procesal. Continuando con la línea argumentativa resulta indispensable señalar que esta revisión de legalidad que se efectúa mediante el recurso de casación no va en contra de lo antes sostenido, esto es, que la acción de nulidad de laudo arbitral es un proceso de conocimiento de una única y exclusiva instancia, pues como se ha mencionado este recurso procesal no apertura una nueva instancia procesal, y la Corte Nacional no pasará a examinar el fondo del asunto, sino sólo las causales –que dicho sean de paso son taxativas– invocadas por los justiciables en dicho recurso, sin examinar el conflicto que le subyace.

La Corte Constitucional del Ecuador, en un fallo del 2015, mencionó que si es posible interponer recurso extraordinario de casación respecto a la sentencia que se dicta en la acción de nulidad de laudo arbitral. Así, la parte pertinente de dicho fallo advierte que:

> "**No existe por tanto justificación para que los jueces provinciales hayan pretendido argumentar la inapelabilidad del laudo arbitral como razón suficiente para negar el recurso de casación planteado en contra de una providencia judicial expedida por una Sala de la**

pretende realizar un control de legalidad de la sentencia o auto que ponga fin al proceso, y no busca conocer el fondo del asunto, sino más bien verificar que la sentencia o auto se hayan dictado con el debido respeto de las normas –adjetivas o sustantivas– que el recurrente alegue en su recurso.

A modo de conclusión diremos, aún a riesgo de ser reiterativos, que bajo nuestra perspectiva dentro de la acción de nulidad de laudo arbitral –al ser un nuevo proceso, independiente al arbitraje– si cabe que se interponga recurso extraordinario de casación, pues este proceso supone uno de conocimiento de única y exclusiva instancia que solo puede ser recurrido mediante casación en tanto la misma no implica que se dé paso a un conocimiento del fondo de la controversia, sino un control de legalidad en el cual se determinará si la sentencia fue dictada con apego a la normativa material y formal vigente; es claro que este control no versará sobre la controversia que fue de conocimiento del tribunal arbitral, sino que se revisará la labor del órgano jurisdiccional que ventiló la acción de nulidad de laudo arbitral, es decir, si dicho juez dictó sentencia con apego a las disposiciones legales vigentes y aplicables al caso en particular.

La Acción Extraordinaria de Protección frente a los Laudos Arbitrales

La acción extraordinaria fue concebida como aquella garantía mediante la cual una decisión jurisdiccional podrá ser sometida a una verificación constitucional en lo que se refiere a la existencia o no de violaciones a los derechos constitucionales en sentencias firmes, autos que ponen fin al proceso.[24] En este sentido, debemos advertir que si bien en nuestra definición usamos el término "decisión jurisdiccional", lo cual a simple vista podría incurrir en equívocos puesto que se podría pensar que los árbitros no ejercen funciones jurisdiccionales, lo cual –fuera de la discusión doctrinaria que se pueda entablar– es un error ya que en el Ecuador los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales al tenor del Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial[25].

---

24 Palacios Abad, Xavier (2015). *El Alcance de la Reparación Integral en la Acción Extraordinaria de Protección.* Revista Jurídica Ruptura. Asociación Escuela de Derecho PUCE, pp. 186-187.

25 Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 7 "...Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la Ley..."

se interponga recurso de casación va en contra de la naturaleza del arbitraje. Bajo esta línea argumentativa el profesor XAVIER ANDRADE CADENA se ha manifestado en los siguientes términos:

> "El hecho de que la acción de nulidad pueda ventilarse por la vía ordinaria preocupa sobremanera. Los jueces eventualmente podrían entrar a examinar el fondo de la causa arbitral, la aplicación de las normas sustantivas que realizó el juez y el grado de acierto en sus apreciaciones y juicios de valor; y las partes tendrían la posibilidad de intervenir en un juicio que ya fue juzgado por la justicia convencional. Pero el problema es aún más serio, pues la sentencia de la Corte Superior podría ser impugnada por la parte agraviada, mediante un recurso extraordinario de casación, ya que dicha sentencia provendría de una Corte Superior y de un proceso que puede ser considerado de conocimiento; lo cual repugnaría a la naturaleza del arbitraje..."[23]

De la cita que antecede, debemos indicar dos cosas puntuales: primero, compartimos la preocupación del autor de que la acción de nulidad de laudo arbitral se ventile mediante la vía ordinaria, aunque debemos decir que ya la jurisprudencia ha sido reiterativa en que se trata de un trámite especialísimo y por lo tanto no cabe que se sustancie esta acción mediante el procedimiento ordinario, más aún cuando si bien no se establece un trámite especial en la Ley, en la LAM si se establece un término especial de 10 días, distinto a las acciones ordinarias –que es de 10 años–. Ahora, en cuanto a que la casación va en contra de la naturaleza del arbitraje, no compartimos el criterio del respetadísimo tratadista pues desde nuestra concepción la acción de nulidad de laudo al ser una acción autónoma de impugnación da inicio a nuevo proceso, diametralmente independiente del conflicto sometido a arbitraje, pues mediante este proceso se busca que se realice un control sobre la validez del laudo y más no sobre el fondo del asunto, pues si bien el arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos que intenta aislar a la justicia ordinaria del conflicto principal, no por ello se puede permitir que los tribunales arbitrales –o árbitros independientes– dicten laudos violando la normativa legal.

Además, debemos indicar, como lo hicimos anteriormente, que el recurso de casación se convierte en un remedio procesal extraordinario que

---

23 Andrade Cadena, Xavier (2001). *La nulidad de los laudos arbitrales*. Revista Ruptura. Asociación Escuela de Derecho PUCE, p. 13.

pretende realizar un control de legalidad de la sentencia o auto que ponga fin al proceso, y no busca conocer el fondo del asunto, sino más bien verificar que la sentencia o auto se hayan dictado con el debido respeto de las normas –adjetivas o sustantivas– que el recurrente alegue en su recurso.

A modo de conclusión diremos, aún a riesgo de ser reiterativos, que bajo nuestra perspectiva dentro de la acción de nulidad de laudo arbitral –al ser un nuevo proceso, independiente al arbitraje– si cabe que se interponga recurso extraordinario de casación, pues este proceso supone uno de conocimiento de única y exclusiva instancia que solo puede ser recurrido mediante casación en tanto la misma no implica que se dé paso a un conocimiento del fondo de la controversia, sino un control de legalidad en el cual se determinará si la sentencia fue dictada con apego a la normativa material y formal vigente; es claro que este control no versará sobre la controversia que fue de conocimiento del tribunal arbitral, sino que se revisará la labor del órgano jurisdiccional que ventiló la acción de nulidad de laudo arbitral, es decir, si dicho juez dictó sentencia con apego a las disposiciones legales vigentes y aplicables al caso en particular.

La Acción Extraordinaria de Protección frente a los Laudos Arbitrales

La acción extraordinaria fue concebida como aquella garantía mediante la cual una decisión jurisdiccional podrá ser sometida a una verificación constitucional en lo que se refiere a la existencia o no de violaciones a los derechos constitucionales en sentencias firmes, autos que ponen fin al proceso.[24] En este sentido, debemos advertir que si bien en nuestra definición usamos el término "decisión jurisdiccional", lo cual a simple vista podría incurrir en equívocos puesto que se podría pensar que los árbitros no ejercen funciones jurisdiccionales, lo cual –fuera de la discusión doctrinaria que se pueda entablar– es un error ya que en el Ecuador los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales al tenor del Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial[25].

24 Palacios Abad, Xavier (2015). *El Alcance de la Reparación Integral en la Acción Extraordinaria de Protección.* Revista Jurídica Ruptura. Asociación Escuela de Derecho PUCE, pp. 186-187.

25 Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 7 "...Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la Ley..."

Es importante indicar que la Corte Constitucional del Ecuador no ha sido unánime en sus criterios al momento de admitir que mediante acción extraordinaria de protección se podría impugnar un laudo arbitral; de hecho, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es muy cambiante al respecto. Es por esta razón que en el país se vive en una constante inseguridad jurídica en cuanto al tema, que ha implicado que prácticamente cada año la Corte varíe en su criterio.

En nuestro modo de pensar, es posible proponer acción extraordinaria de protección contra los laudos arbitrales en tanto y cuanto toda decisión en ejercicio de las funciones jurisdiccionales puede ser sometida a un control constitucional en cuanto a violaciones de derechos se refiere, pues de aceptar que no se podría proponer esta garantía jurisdiccional se estaría permitiendo que en virtud de un acuerdo de voluntades –convenio arbitral– las partes renuncien a sus derechos constitucionales, uno de ellos el derecho a una tutela judicial efectiva mediante la proposición de la acción extraordinaria de protección. En este escenario, es necesario advertir que esta tesis no tendría fundamento alguno por cuanto al tenor de lo dispuesto por el Art. 11 numeral 6to, de la Constitución del Ecuador[26], los derechos constitucionales son irrenunciables, y además, conforme lo hemos expuesto en el presente trabajo, el arbitraje debe someterse al debido proceso, y en caso de que exista una violación a alguna garantía del debido proceso, de aceptar que no se pueda impugnar mediante la garantía jurisdiccional adecuada se estaría aceptando que el arbitraje se lleve con una verdadera *"arbitrariedad"*, lo cual evidentemente no procede.

Bajo esta línea argumentativa se ha pronunciado la Corte Constitucional del Ecuador al señalar que:

> "En otras palabras, los convenios arbitrales, el proceso de arbitraje y su conclusión, están limitados y vinculados por las normas constitucionales, al igual que todas las relaciones jurídicas y actos públicos y privados, más allá de que su origen pueda considerarse convencional. Es por ello que no puede ser admisible la aplicación de un convenio que verse sobre renuncia de derechos constitucionales, o un proceso arbitral que vulnere

26 Constitución del Ecuador. Art. 11, numeral 6: Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

> el debido proceso constitucional, o un laudo arbitral que falle en franca contradicción con la Constitución"[27]

Con lo que demostramos que bajo ningún punto de vista puede considerarse a un válido a un procedimiento arbitral que de manera deliberad incumpla con las disposiciones constitucionales –con especial énfasis al debido proceso– pues se estaría permitiendo procesos francamente ilegales e inconstitucionales en desmedro de la justicia. Cualquier tipo de disputa, aún las referentes a las materias transigibles, deben desarrollarse con apego a la Constitución y la Ley ya que de no hacerlo carecería de valor alguno.

Ahora, nuestra postura al respecto es clara, resulta lógico que se deba permitir proponer acción extraordinaria de protección cuando se vulneren derechos constitucionales en el laudo arbitral, el punto que nos queda por dilucidar es bajo que condiciones, pues como sabemos esta garantía jurisdiccional constitucional es residual, por lo que es necesario agotar los recursos ordinarios y extraordinarios en la justicia ordinaria para poder proponer la acción referida. En esta línea, la Corte Constitucional ha advertido que la vía que se debe agotar es la acción de nulidad de laudo arbitral siempre que con ella se logre subsanar el vicio que se demanda, pero si no se puede a través de este medio de impugnación se podrá proponer directamente.

En la acción de nulidad de laudo arbitral es evidente que proceda la acción extraordinaria de protección, pues es una decisión jurisdiccional en toda regla, y que en el caso de que se vulneren derechos constitucionales dentro de la sustanciación o resolución del procedimiento de anulación del laudo los justiciables están plenamente habilitados para proponer dicha garantía jurisdiccional constitucional pues este procedimiento debe ceñirse al debido proceso, y en caso de no hacerlo y violar algún derecho constitucional de los justiciables resulta imprescindible la proposición de este remedio procesal. De hecho, muchas han sido las acciones extraordinarias de protección respecto al tema, y muchas de ellas han sido cuestionando la negativa de las Cortes ecuatorianas para dar paso al recurso de casación en este procedimiento.

---

27 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.° 173-14-SEP-CC. Dentro del caso N° 1114-12-EP. Del 15 de octubre de 2014.

Finalmente, resulta necesario indicar que una cosa será la acción extraordinaria de protección en contra del laudo arbitral –en la que medie la acción de nulidad de laudo–, y otra será la acción extraordinaria de protección entablada en contra de la sentencia que ponga fin al procedimiento de anulación de laudo, pues si bien es la misma garantía constitucional ésta será propuesta en dos procedimientos diferentes, con dos pretensiones distintas y, dicho sea de paso, con efectos completamente distintos.

Conclusiones

I. El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos que debe someterse al debido proceso, por lo tanto no se podrá so pretexto de la celeridad, llevar procedimiento arbitrales que desatiendan las garantías de un debido proceso.

II. La acción de nulidad de sentencia es una acción autónoma de impugnación, lo que implica que da inicio a un nuevo proceso, con nuevas partes procesales, y con una nueva pretensión distinta a la del procedimiento arbitral. Es por esta razón que no se puede invocar como argumento para denegar los recursos procesales dentro de esta acción, la existencia de la inapelabilidad del laudo arbitral constante en la LAM, pues como se ha expuesto son procesos distintos regidos por distintas normas jurídicas.

III. La acción de nulidad de laudo arbitral se sustancia bajo un procedimiento especial, que tiene como objetivo una revisión judicial excepcional, que se la lleva en un procedimiento de única y exclusiva instancia, por lo que no cabe interponer recurso ordinario de apelación de la sentencia que se dicte en esta causa, aún cuando se trata de un verdadero proceso de conocimiento.

IV. El recurso de casación es el control de legalidad más importante en el sistema procesal ecuatoriano, en virtud de aquello la sentencia que se dicte dentro del procedimiento de anulación de laudo arbitral debe ser recurrible a través de este medio de impugnación en tanto y cuanto es necesario que la labor del juzgador que conoce la anulación deba ser sujeta al control de legalidad, pues al ser un proceso contencioso que puede hacer caer al juez en la tentación de resolver el conflicto subyacen-

te, de no permitirse este control se podría estar dejando en indefensión a los justiciables, y que además, dicho sea de paso, no contraviene a la naturaleza misma del arbitraje pues la casación no conlleva un análisis del fondo del asunto sino del respeto a las normas contempladas en el ordenamiento jurídico dentro de la resolución.

V. El laudo arbitral y la sentencia que se dicte en la acción de nulidad de sentencia pueden ser impugnados mediante la acción extraordinaria de protección puesto que todo procedimiento en el cual se discutan los derechos de personas deben ser realizados con apego al debido proceso, esto es, garantizando todos los mecanismos de defensa que poseen los justiciables, y en caso de que se realice un procedimiento que viole este derecho constitucional, los justiciables podrán proponer acción extraordinaria de protección ante cualquiera de las resoluciones señaladas. Además, vale recordar que en virtud de un acuerdo –convenio arbitral– no es viable la renuncia de derechos constitucionales ya que los derechos constitucionales son irrenunciables –Art. 11 núm. 6 Constitución–.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

Andrade Cadena, Xavier (2001). *La nulidad de los laudos arbitrales.* Revista Ruptura. Asociación Escuela de Derecho PUCE.

Albuja Guarderas, Fausto (2014). *La acción de nulidad de un laudo arbitral: ¿un proceso de conocimiento?.* Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 6. Quito-Ecuador.

Guerrero del Pozo, Juan F (2014). *La necesidad de agotar los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación como presupuesto material para obtener una sentencia favorable en la acción extraordinaria de protección.* Tesis publicada. UASB. Sede Ecuador.

Marchán, Juan M (2012). *El Tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución.* Iuris Dictio, Volumen 14, Universidad San Francisco de Quito.

Palacios Abad, Xavier (2015). *El Alcance de la Reparación Integral en la Acción Extraordinaria de Protección.* Revista Jurídica Ruptura. Asociación Escuela de Derecho PUCE.

JURISPRUDENCIA NACIONAL:

Corte Constitucional:

Corte Constitucional. Caso No. 0008-2008-DI. Registro Oficial Suplemento de 4 de junio del 2009.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nº 092-14-SEP-CC. Caso Nº 0125-12-EP. Del 28 de mayo de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.° 173-14-SEP-CC. Dentro del caso N° 1114-12-EP. Del 15 de octubre de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.° 124-15-SEP-CC. Dentro del caso N.° 1279-11-EP y 1280-11-EP acumulados. Del 22 de abril de 2015

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nº 325-15-SEP-CC. Dentro del caso Nº 1139-13-EP. Del 30 de septiembre de 2015.

Corte Nacional de Justicia:

Corte Nacional de Justicia, Caso DINEAGROS vs GRUPEXPORT publicado en el Registro Oficial, Suplemento 14, febrero 1, 2008.

Corte Nacional de Justicia, Caso TELECOM vs PACIFICTEL publicado en el Registro Oficial, Suplemento 542, marzo 6, 2009.

Corte Nacional de Justicia. Juicio No. 124-2008 ER. 02 de marzo de 2010.

Corte Nacional de Justicia, Caso SENATEL y Procurador General del Estado vs OTECEL y CONECEL publicado en el Registro Oficial, Suplemento 356, octubre 31, 2012.

Corte Nacional de Justicia, Caso No. 0626-2013, de 6 de agosto de 2013.

Corte Provincial de Justicia:

Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Caso No. 125-07 de 30 de septiembre de 2009.

Corte Provincial del Ecuador, en la sentencia que resolvió el caso Jr. Security Cia. Ltda. vs. Productos Avon del Ecuador S.A. del 30 de junio de 2010.

www.pbplaw.com

PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE

PBP

100
AÑOS

Quito
Av. República de
El Salvador N36-140
Edif. Mansión Blanca
(593 2) 400-7800

Guayaquil
Av. Francisco de Orellana
Edif. Las Cámaras
Torre B, oficina 904
(593 4) 370-7960

Ecuador

www.pbplaw.com



GREENLEX

abm
derecho
ambiental

Albán Bedón Macías & Asoc.

Estudio Jurídico

Dr. René Bedón Garzón
Dra. María Amparo Albán
Dr. Luis Fernando Macías

Abg. Carlos Julián Trueba
Abg. Gabriela Bedón Garzón
Abg. Andrea Prócel Villalba
Dra. Mónica Flor Pazmiño

www.albanbedonmacias.com

Quito: Av. Coruña E25-58 y 12 de Octubre.
Edificio Altana Plaza Oficinas 106 y 107.
Teléfonos: (593)2-3230520/3230540

Bogotá: Carrera 11A # 97A-1
Oficina 506.
Teléfonos: (571)6114444

Email: info@albanbedonmacias.com

APPLICATION OF NEW METHODS OF COMMUNICATION, WHAT'S NEXT IN INTERNATIONAL ARBITRATION?

Cristina Naranjo Izurieta[1]

Summary: *On-line arbitration is an option to improve international arbitration as we know it now. Hence, the application of new methods of communication brings enormous advantages like the improvement of costs and the length of arbitration. With this in mind, although a new set of rules that regulates on-line arbitration is preferred, the New York Convention and the UNCITRAL Model Law could perfectly fit into it.*

The development of Alternative Dispute Resolutions (ADR) across the years has taken an important position around the world. International arbitration has become more and more the preferred method used by the parties in commercial relationships to solve their disputes. According to the Queen Mary's Survey (QMUL, 2015) (the Survey) 90% of the respondents answered that international arbitration is the favorite method to solve their disputes.

Then, ADR methods like arbitration were conceived as a cheap and fast option to solve disputes. Nowadays, this is not a real situation anymore. The commercial transactions have become more complex and include international factors that turned the disputes into a difficult matter that comprise several issues that increase the costs and reduce the speed of the proceedings. The Survey (QMUL, 2015) points out that the respondents qualify like the worst characteristic of arbitration the cost, following closely by the "lack of speed". This gives us an alert of what is happening.

---

1 Cristina Naranjo Izurieta, abogada admitida a la práctica en el año 2012 por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, fue Subdirectora del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito en el periodo 2012-2013. Es Master en Arbitraje y Negocios Internacionales por la Erasmus University Rotterdam en el año 2016. Su práctica profesional se centra en el área de métodos alternativos de solución de conflictos, litigio y derecho corporativo.

International arbitration needs an improvement that helps it in an efficient way. The solutions could be infinitive listed and tested, although from my point of view is time to the technology does it part. The use of technology nowadays is avoidable. The implementation of new methods of communication is mandatory in any kind of relationship. In this sense, arbitration is been affected as well and the implementation of technology in a part or in whole of the arbitration is becoming a tendency internationally. In this way, on-line arbitration is a proposal to rescue the benefits of arbitration and apply all the technological resources that could improve the development of arbitration.

On-line dispute resolution (ODR) (Yu & Nasir, 2003)[2], in a broader sense implies the utilization of electronic means of communication in part or whole of the dispute resolution (Poblet, 2011)[3]. It involves the utilization of electronic means of communication like email, videocall, teleconference and so on, in part or the whole arbitration. This kind of procedure is commonly used in small claims like consumer cases (Rabinovich-Einy & Katsh, 2014)[4]. As is stated "*...the Internet can be used to facilitate the collection transmission, and storage of information pertaining to the dispute. ODR involves dispute resolution where the parties may never meet in person but may interact solely online.*" (Yu & Nasir, 2003). Although it works perfect in those cases, the propose of this paper is showing that on-line arbitration is not limited to one topic and that it could work perfectly in any other commercial relationships as well.

---

2 For a deeper understanding: "*The term ODR has been used to include the use of the Internet and other web and computer-based technologies to facilitate alternative dispute resolution.... ODR involves dispute resolution where the parties may never meet in person but may interact online.*"

3 As was stated by Wilson-Evered: "*Online dispute resolution (ODR) is a branch of dispute resolution which uses technology to facilitate the resolution of disputes between parties. Primarily, ODR involves negotiation, mediation or arbitration, or a combination of all three. In this respect, ODR is conceivably, analogous to alternative dispute resolution (ADR).*" In this particular case, we will focus our study in arbitration.

4 This is the case of several e-commerce providers like eBay: "*The paradigmatic example of an ODR system is the eBay dispute resolution mechanism, which is well known for its high usage and impressive success rates. eBay, by studying patterns of disputes and developing a system that can handle large numbers of repetitive types of conflicts, has managed to resolve such disputes early on and at a low cost (an essential feature given the low dollar value of many, although certainly not all, eBay transactions). No less important, though, has been the contribution of eBay's ODR system to the realm of dispute prevention. By studying the data uncovered in the dispute resolution processes, eBay has managed to identify common sources of problems and to structure information and services on its site so that these problems do not recur.*"

Is hard to define on-line arbitration as such. Is not only about the using of internet merely as a tool that stimulates the process that will qualify the arbitration as on-line or not. It is essential that the terms and characteristics of on-line arbitration remains clear. First, we should start saying that internet indeed will be a primary tool, but is not the only resource. This improvement in communication clearly changes the way and development of several processes. Then it is easy to imagine that a legal process like arbitration is affected as well.

There are several alternatives: video and teleconference, email, telephone, instant messaging and any other kind of technological communication. This will for sure make the arbitration a lot more inexpensive, keeping the main advantages of traditional arbitration. Jointly we can see that the application to this kind of arbitration has the same limits as traditional arbitration like arbitrability. The purpose of this paper is to show that on-line arbitration is applicable to commercial disputes capable of settlement through arbitration and not only to those involved in e-commerce (Bjork, 2015) (Rouse, 2016)[5].

Conversely, since the legal framework applicable to arbitration is wide as to its extent, in the present paper we will focus our attention to two main sources: the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (The Convention) (Convention, 1978)[6] and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (UNCITRAL Model Law) (UNCITRAL, 2008)[7] whose main

---

5 In this sense, the main point that we try to state is that the on-line arbitration is suitable to international commercial disputes and not only to e-commerce disputes. Then is basic to have a notion of the meaning and the difference between this two business developments. First, international commercial arbitration *"is an alternative method of resolving disputes arising out of commercial transactions between private parties across national borders that allows the parties to avoid litigation in national courts"* On the other hand, e-commerce *"is the buying and selling of goods and services, or the transmitting of founds or data, over an electronic network, primarily the internet. These business transactions occur either business-to-business, business-to consumer, consumer-to-consumer or consumer-o-business."*. Therefore on-line arbitration in e-commerce will be *"suitable for the resolution of "global consumer disputes where the amount in controversy is small..."*, *the use of on-line arbitration "reflects the nature of e-business"*

6 The New York Convention 1958 has more than 150 countries signatories which means that it application is almost worldwide.

7 For this paper, the rules that will be analyzed are the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 and its 2006 Revisions. There are more than 70 countries from about 100 jurisdictions that adopted the UNCITRAL Model Law as their own Arbitration Act. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_stat

goal is to harmonize and unify the international standards in arbitration and represent the starting point of analysis to understand if on-line arbitration is compatible with the current legal framework or if there is a need to implement a new set of rules to apply it. Nowadays, several arbitral institutions contemplate the use of electronic methods of communication (ICC, 2016)[8] in some parts of the arbitral proceedings.

Keeping the main advantages of traditional arbitration like flexibility, impartiality and so on, the input of new methods of communication in arbitration brings new opportunities to improve the development of it. (Rabinovich-Einy & Katsh, 2014)[9]. These additional benefits contributed by the use of electronic means during the arbitration, just add effectiveness to the arbitral process, which makes it more attractive and a strong dispute resolution method to use.

To fully understand this, I will start pointed out the most important advantages of applying new methods of communication to arbitration, transforming it into an on-line arbitration. First we can start talking about cost. Although when arbitration started it development, the cost was one of the most attractive benefits of this alternative method of dispute resolution, nowadays the complexity of the legal relationships and the popularity of this method, this is not an advantage anymore.

The cost specially in international arbitration has increased enormously. In this sense, on-line arbitration seems to be the perfect solution to solve this problem. The application of synchronic (Lubic, 2004)[10] and asyn-

---

8 In this sense, The International Chamber of Commerce, in their set of rules 2012, Art. 3, (2) established: "...Such notification or communication may be made by delivery against receipt, registered post, courier, email, or any other means of telecommunication..."

9 The advantages that will be discussed are some traditional and general benefits that on-line arbitration shows, although according to Katash: *"Over the years additional advantages have been recognized, which extend beyond efficiency-related considerations, and relate to the potential of new technologies to overcome disputant biases and facilitate parties in reaching better, Pareto-optimal resolutions."*

10 Synchronic methods of communication are those which the transmission and the reception of the message are done at the same time. *"..occur when one party is expected to respond in real time after the other party has finished his or her comments. Telephone, instant messaging, video and audio conferencing, and face-to-face interactions are considered synchronous."*

chronic (Lubic, 2004)[11] methods of communication like email, video or teleconference, obviously represents a huge timesaving system. The counselors, Tribunal and parties do not have to move to another location in order to start or continue the arbitration. They can be at their offices, residences or any other place where they found convenient. They only need internet access.

Then the application of on-line arbitration will face less expenses in travels and accommodation and even the counselor and Tribunal fees will be reduce. And even better, the quality or the results of the arbitration using this kind of methods, will not be affected at all. This should be considered as a strong option in order to let the arbitration grow and expand worldwide again.

As well as costs, on-line arbitration will improve the length of arbitration. This will be one of the most interesting benefits. Once again, due to the parties and the Tribunal do not have to move from their places, the agenda could be more flexible and could be done in less time that traditional arbitration. The improvement of the speed in arbitration includes the theory of delocalization (Yu & Nasir, 2003).

This theory implies to apply a broader scope of the law, and then the arbitration should not be attached to a place or law in particular. This theory is applied in the enforcement and recognition of the international awards according the New York Convention. If this theory is applied to on-line arbitration that means that the control that national law (usually the place of the seat of the arbitration) imposes over the arbitration process is vanished. There is a difference between delocalizing the control of the *lex fori* and delocalizing the arbitral award.

Once we have a clear panorama about the advantages of on-line arbitration, we need to focus on the particularities. Does the arbitration agreement change? How can we introduce this methods in the arbitration proceeding? And one of the most important things, Can an on-line arbitral

---

11 Asynchronic means of communication are related to those methods that are not reproducing at the same time, the time between the beginning of the message and the reception are different. "Asynchronous transmissions take place when the parties need not communicate at the same time as in the case of the fax, e-mail or threaded discussions."

award be recognize and enforced under the New York Convention? In this sense the implementation of on-line arbitration will need the validation of several requirements that the rules require.

The validity of the on-line agreement will be expressed by the consent of the parties to arbitrate. Therefore, is essential that the parties expressly accord to solve their dispute by arbitration using other methods of communication including the conclusion of the arbitration agreement by such methods and resign their right to go to the Courts. If so, the dispute resolution clauses that include an on-line arbitration, in an early stage, are not in contradiction with traditional arbitration (Haloush, 2008) due to the fact that they are based on the consent of the parties.

Hence the on-line arbitration agreement is formed by using different methods of communication as internet therefore the existence and storage will be in an electronic way and not in a hard copy (Liyanage, 2010). The arbitration agreement could be represented in three different ways. First, the arbitration agreement could be concluded in writing and agreed by the parties to submit their differences to on-line arbitration[12]. The second option is that the arbitration agreement is concluded by electronic means submitting their disputes to on-line arbitration (Yu & Nasir, 2003). Finally, there is the option to conclude an electronic agreement submitting the dispute to traditional arbitration.[13] Furthermore, the arbitration agreement concluded by electronic means will face inconvenience related to its validity, evidence and enforceability (Schultz, 2002).

But the main issue still standing is the fulfillment of the writing (UNCTAD, 2016)[14] and signing requirements that the New York Convention and the UNCITRAL Mode Law states. In this respect, the New York

12 This kind of agreement does not represent an issue at this stage due to it fulfilling the writing requirement and could perfectly been used as evidence.

13 As we stated previously, in this first stage, the main problem will be to focus only on the case when the agreement is made by electronic means.

14 In this sense, we can take a step forward now by stating that countries like France which is arbitration friendly, does not even requires an arbitral agreement is concluded by writing. The Court of Cassation stated: *"Whereas in matters of international arbitration, and arbitral clause is valid when incorporated by reference to a document mention it, as long as the party against which it is invoked was aware of it at the moment the contract was concluded and, even if through its silence, accepted this reference."*

Convention Article II (2) and the Article 7 (2) UNCITRAL Model Law establish the writing requirement. Both have been modernizing their requirements (UNCITRAL, 2005)[15], and the writing requirement now could be satisfied by different methods of communication. Then, if an arbitral agreement is concluded by email or any other electronic means and can be interpreted as "in writing" (Yu & Nasir, 2003) consequently the arbitral agreement is entirely valid.

Regarding to the sign requirement, this is an issue that could be easily solve. Across the world, the use of electronic signatures is a tendency. In this regard, the development of technology once again has covered this issue and several countries around the world already have their own regulations about electronic signatures[16]. So this does not represent a problem anymore.

Nowadays it is common that arbitral proceedings already contain the use of new technologies like the use of email, to communicate between the parties and the Tribunal or as a way to storage electronically the whole documentation and hearings. This once again, should be done with the consent or at least the knowledge of the parties (ICC, 2016)[17] and always keeping the equality of the parties in mind. The access to internet and to other technological facilities like special software or codes are to be available for both parties.

In this case, the role of technology is to support the traditional process in order to do it more effective. Then the impact of the use of technology in several stages of or in the whole arbitration process has an effect in the speed, the cost[18] and the environment.

---

15 Un General Assembly Resolution No. 61 33, Recommendation regarding the Interpretation of Article II, paragraph 2, and Article IV paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (2006).

16 In the Ecuadorian case, the regulation of electronic signatures is regulated by the The E-Commerce, Electronic Signatures and Data Messages Law 2000 64. In Europe, the electronic signature is regulated by the Directive on Electronic Signatures 199 93 EC, 2000.

17 A clear example of this is the Art. 24 of the ICC Rules 2012 that state that the communications between the secretariat and the Tribunal must be done by "*teleconference, telephone or similar means of communication.*"

18 As we saw in the advantages of on-line arbitration, the speed and cost are the principal reasons to opt for of proceedings. In addition, the tendency to be pro environment helped to promote the use of technology instead of paper-based processes.

However the application of any on-line method will depend mainly on the parties. The autonomy of the parties principle (Lubic, 2004) is one of the main characteristics of international arbitration. Then, they are the ones that are able to choose the arbitral (Amro, 2014) procedure that they consider appropriate.

This principle is reflected in the New York Convention and the UNCITRAL Model Law. The NYC Article V (1) (d) states that the parties have the autonomy to choose the arbitral proceedings, including those that differ from the law of the seat (Lubic, 2004) when the parties agree on it and permits the non-recognition of the award if the Tribunal does not follow the agreement by the parties. The UNCITRAL Model Law contains the same provision in Article 34 (2) (a) (iv). In the case that the parties do not agree on specific arbitral proceedings, the Tribunal is the one who decide the ones to be followed.

The seat of the arbitration will be an important issue to be determined in on-line arbitration (Amro, 2014)[19]. In traditional arbitration the law of the seat of arbitration will be the most suitable to regulate the arbitral procedure (Yu & Nasir, 2003). Then, in on-line arbitration the concept of seat of arbitration is not completely defined, then if there is any kind of need to define it, we can opt to apply the traditional arbitration framework or the delocalization theory (Yu & Nasir, 2003)[20]. At this juncture, it suffices to state that there is not generally accepted theory and the existing theories raise many controversies (Kessedjian & Cahn, 1988)[21].

Although the delocalization is an option, there are some other possibilities that can allow us to define the seat of the arbitration in on-line proceedings (Kessedjian & Cahn, 1988). Once the Tribunal is composed, the seat of the arbitration could be the location of the presiding or the sole arbitrator. As

19 According to Amro: "*...the place of arbitration is a legal concept that links the arbitration proceedings to a specific legal system irrespective of where the proceedings take place.*"

20 In this case, the delocalization theory pretends to avoid the control of the *lex fori* and the local courts of the place where the arbitration is held. The ones who support this theory, state that "*... jurisdiction should be exercised by the country where the recognition or enforcement of arbitral awards is sought*"

21 According to Kessedjian and Cahn: "*We think that it is important to determine the physical place of arbitration. It carries crucial consequences such as the public policy to be followed, the possible review and enforcement of the award, the default procedural rules to be applied in case the cannot agree on specific rules, and the jurisdiction of the courts providing legal support to the arbitration.*"

a possibility, some national laws[22] adopted a direct approach and in case that the parties did not opt for a place of arbitration, the arbitral tribunal is the one that decides the place of arbitration. This avoid the application of conflict of law rules in order to determinate the place of arbitration giving the arbitral tribunal total discretion to choose the seat of the arbitration.

Another possibility is that if the arbitration is an institutional one, the place of arbitration could be the place where the institution is located (LCIA, 2016)[23], the problem here could be if the arbitration is ad-hoc (although the first option could still be applicable). In the case of a Business to Consumer e-commerce dispute, the arbitration seat will be where the consumer is domiciled, as a privilege from being considered a weak party (Amro, 2014). The last option is to define the seat of arbitration according to the place where the award was rendered. This of course, will be a solution that will be defined at the end of the arbitration.

Is necessary to remark that on-line arbitral proceedings are always flexible, as the ones in traditional arbitration. It allows the parties or the Tribunal, if not the arbitral institution itself, to decide upon the electronic methods of communication that will be implemented in the arbitral process. The key into the application of on-line proceedings in arbitration will always be the trust and fidelity in the process while new methods of communication are applied. The information requires being stored in a way that allows the long-lasting compatibility (Kallel,2008) and avoids the manipulation of the information or the possibility to change it once it was stored. The on-line proceedings will be conducted in much less time than the traditional proceedings in traditional arbitration due to the flexibility and the advantages of using modern communication.

Finally, once the arbitral proceeding is completed, the Tribunal will render an on-line award, that will be accessible to the parties by any technological method they had chosen. This award will have the same characteristics of a traditional arbitration award; will be binding and final with

---

22 This is the case of the Dutch Arbitration Act. The Dutch Code of Civil Procedure establishes: "*article 1037 (1) The place of arbitration shall be determined by agreement of the parties, or in the absence thereof, by the arbitral tribunal.*"

23 London Court of International Arbitration Rules 2014 in Article 16 (2) establish that if the parties do not determine the seat of arbitration, in default shall be London (England).

the opportunity to be enforced. Therefore, the complication that on-line awards will face is the enforcement under the New York Convention. Is this possible?

The Convention states at Article IV that the party that is looking for the enforcement of the award must submit: (a) the duly authenticated original or a duly copy of the award; (b) the original or a duly copy of the agreement to arbitrate. On the other hand the UNCITRAL Model Law at Article 32 (2) states that the award should be done in writing. Then the enforcement faces again inconveniences to apply the actual framework to on-line proceedings.

These requisites could be easily fulfilled even if the award is rendered on-line. Although that the New York Convention does not mention that the writing and signing requisites apply to the award as does the UNCITRAL Model Law, it requests an authenticated original of the award. In this regard, the authentication could be satisfied by the signature of the arbitrators in the award, since was stated previously, this could be done by an electronic signature. (Kaufmann-Kohler & Schultz, 2004)[24].

Additionally, if we take into account Article III of the New York Convention that states that the awards should be done in accordance with the procedural rules that of the place where the award was done, therefore if the rules of that particular place allowed the utilization of on-line proceedings and have an on-line award issued, then the other country could not reject the enforcement (Yu & Nasir, 2003). According to Yu: "*...as long as an arbitral award fulfills the procedural requirements of Article V the NYC, and is issued within the territory of a country party to the Convention, the winning party can be almost certain that the award will be recognized and enforced.*" (Yu & Nasir, 2003) In this way, the requirements of authentication and writing could be overcome and the award can be easily enforced (Hill, 1999)[25].

---

24 Some other scholars have argued about the possibility to use trustmarks in the awards. The trustmarks will grant qualitative standards or best business practice. The users will trust in this mark as a way of confidence and reliable. Most of these marks are used in e-commerce disputes.

25 Some other scholars like Arsic argued that the award needs to be on paper and signed by the parties in ink and by hand by the arbitrators. This tendency is not that acceptable anymore due to the technological advances and the environmental concern.

Another important issue related with the on-line award is the place where it was rendered. The New York Convention and the UNCITRAL Model Law state that the award should be done at the seat of arbitration. As we stated before, the importance of the seat of arbitration will be that is the one that determines the procedural rules that are suitable to apply to that particular arbitration. This could represent a complication if the seat of arbitration is not defined previously. Nevertheless if the parties did not agree about the seat, the Tribunal will be the one who decides, therefore the arbitral award will always have a place of issuance.

Other scholars stated that the Tribunal where the enforcement is sought need to accept first the use of technology proving that the parties were having the same treatment and access to the electronical tools. As well that the parties have been notified in a proper way giving them the chance to defense themselves and that due process has never been violated during the on-line process, otherwise the electronic award will not be recognized and enforced (Amro, 2014).

As was explained, on-line arbitration is the perfect tool to improve international arbitration. Is enough to interpret the main rules that guide international arbitration and the application of electronic methods of communication are completely compatible with traditional arbitration. Notwithstanding, I believe that a new set of international and model rules could improve the application of this methods. A specific law that regulates this issue will promote the use and the innovation of international arbitration.

The main purpose of having a specific set of rules that regulate on-line arbitration is the harmonization of the norms while this is not necessary to interpret the different legal texts and focus on the regulation of the specific features that on-line proceedings presents.

Is fair to say that on-line arbitration and ODRs in general have an enormous potential. Is just a matter of time and all the law proceedings will include at least one new method of communication. The present is just an option to improve a traditional method like arbitration, increasing the benefits and the application of it to several situations, avoiding issues like the high cost and the length of the procedure.

BIBLIOGRAFY

JOURNALS

Amro, I. (2014). *The use of online arbitration in the resolution of intrnational commercial dispues.* Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration,18, (129–148.).

Haloush, H. A. (2008). *The authenticity of Online Alternative Dispute Resolution Proceedings,* Journal of International Law, 25(3), 355-364.

Hill, R. (1999). *On-line arbitration:* Issues and solutions.Arbitration International, 15(2), 199–207.

Kallel, S. (2008). *Online arbitration.* Journal of International Arbitration, 25(3), 345–353.

Kaufmann-Kohler, G., & Schultz, T. (2004). *Online dispute resolution:* challenges the contemporary jusstice. Kluwer Law International.

Kessedjian C., & Cahn, S. (1998). *Dispute Resoution On-line.* Int'l L.,32, 977-985.

Liyanage, C. (2010). *Online arbitration compare to offline arbitration and the reception of online consumer arbitration: an overview of the literature.* Sri Lanka Journal of International Law, 173 22(1), 187.

Lubic, Robbert (2004). *Reducing costs and inconveniences in international commercial arbitration and other forms of alternative resolution though online dispute resolutions.* The American Review of International Arbitration, 15(3-4), 512.

Poblet, M. (Ed.). (2011). *Mobile technologies for conflict management: Online dispute resolution, governance, participation.* Dordrecht, Heidelberg: Springer.

Rabinovich-Einy, O., & Katsh, E. (2014). *Digital justice.*International Journal of Online Dispute Resolution, 1(1), 5–36.

Yu H-L, & Nasir, M. (2003), *Journal of International Arbitration,* 20, 455- 473.

WEBSITE

Bjork, C. (2015, August 11). Guides: International commercial arbitration research guide: Introduction. Retrieved September 29, 2016, from http://guides.ll.georgetown.edu/InternationalCommercialArbitration

Convention, N. New York convention. Retrieved September 28, 2016, from http://www.newyorkconvention.org/countries

ICC, I. (2016, September 29). ICC - international chamber of commerce. Retrieved September 28, 2016, from http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/#article_11

LCIA arbitration rules (2014). Retrieved September 29, 2016, from http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#

Rouse, M. (2016, June). What is e-commerce (electronic commerce or EC)? - definition from WhatIs.Com. Retrieved September 29, 2016, from http://searchcio.techtarget.com/definition/e-commerce

Schultz T., (2002) *Online Arbitration: Binding or Non-Binding?*, ADR online Monthly 11, online: <http://www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html>.

UNCITRAL. (2005, June 1). Retrieved September 29, 2016, from http://www.uncitral.org.

UNCITRAL. (2008, July 24). Retrieved September 28, 2016, from http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_stat

UNCTAD. Retrieved September 29, 2016, from http://unctad.org/es/Docs/edmmisc232add20_en.pdf

SURVEY

2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, Queen Mary University of London QMUL, 2015.

E.

DERECHOS HUMANOS, DERECHO SOCIAL Y AMBIENTAL

EL SISTEMA ORAL ADVERSARIAL EN EL LITIGIO AMBIENTAL EN EL ECUADOR

René Bedón Garzón[1]

Francisco Játiva Yánez.[2]

Resumen: *El artículo 30 del COGEP, reconoce cuatro sujetos procesales que pueden intervenir en procesos judiciales. Entre ellos, la naturaleza. Esta norma es el resultado de la aplicación de la disposición constitucional que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. Es importante aclarar que la naturaleza es un sujeto de derechos sui generis limitado constitucionalmente. En efecto, la Constitución reconoce a la naturaleza como sujeto pero, únicamente de aquellos que le sean reconocidos constitucionalmente. Razón por la cual, en la práctica los litigios ambientales en los que intervenga la naturaleza tienen que entablarse sólo por los derechos reconocidos. En definitiva, la naturaleza tiene una dualidad jurídica, que se refleja en el hecho de que, para cualquier relación jurídica en la que el objeto de la relación sean los derechos de la naturaleza, esta será considerada como sujeto de la relación jurídica. Mientras que, si el objeto de la relación es cualquier derecho subjetivo no correspondiente a la naturaleza, esta será considerada como objeto de la relación jurídica.*

Abreviaturas:

Código Orgánico General de Procesos	COGEP

---

1 Doctor en Jurisprudencia y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Phd (c) en Administración Pública por la Universidad de Lisboa, Master en Derecho Ambiental por la Universidad Internacional de Andalucía, Master y Especialista en Derecho Empresarial por la Universidad Técnica Particular de Loja, Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad Andina Simón Bolívar, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Hemisferios.

2 Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Tesis de Grado "La Responsabilidad del Estado por afectaciones a la Naturaleza y al Ambiente". Certificado Superior en Litigación Oral Adversarial por la Universidad de Los Hemisferios.

Ley de Gestión Ambiental	LGA
Ministerio del Ambiente	MAE
Autoridad Ambiental Nacional	AAN
Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable	AAAr
Oleoducto de Crudos Pesados	OCP

1. El Sistema Oral Adversarial en el Ecuador

Nociones básicas del Sistema Oral Adversarial

El primer paso normativo en el Ecuador para la implementación del sistema oral se dio en la Constitución de 1998, la cual, en sus artículos 192 a 195 declaró que el sistema procesal era un medio para garantizar el debido proceso y, por otro lado, estableció principios generales del proceso tales como la inmediación, la celeridad y la eficiencia. En este sentido, el artículo 194[3] dispuso que las pruebas debían llevarse a cabo mediante el sistema oral.

La Constitución de 1998 estableció, a través de una Disposición Transitoria, un plazo de cuatro años para que sea implementado el sistema oral en los procesos judiciales,[4] lo cual nunca se cumplió.

Posteriormente, con el paso de los años se dieron avances en los sistemas orales en materias no penales como las causas laborales. Sin embargo, no fue sino hasta el año 2008 que con la promulgación de la Constitución vigente se dió un paso importante hacia la real implementación de la oralidad en el sistema procesal nacional.

---

3 *Art. 194.- La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación.* Constitución del Estado – 1998.

4 *Vigésima séptima. "La implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema."* Constitución del Estado – 1998.

El artículo 168 de la Constitución planteó un cambio significativo determinando clara y expresamente como obligación del sistema de justica el garantizar que la sustanciación de los procesos sea oral para todos los procesos, para todas las instancias, etapas y diligencias.[5]

Finalmente, con la promulgación del COGEP las disposiciones constitucionales se ven efectivizadas en materias no penales y se transforma el sistema procesal ecuatoriano.

Ahora bien, "la aplicación del sistema oral adversarial en el Ecuador supone un *trasplante* jurídico. Si consideramos el término, desde la esfera médica, resulta más fácil entender su significado y su aplicación para explicar el proceso de transformación de los sistemas procesales". (Yépez Garcés, 2016).

En la medicina, el trasplante es procedente cuando una parte del cuerpo de un individuo no funciona como debe y a su vez compromete la funcionalidad del resto del organismo. En ese momento el trasplante se realiza para arrancar de raíz la parte afectada y adaptar una nueva en su reemplazo.

Lo mismo sucede en el derecho si consideramos esta analogía. El cuerpo es el ordenamiento jurídico nacional, la parte comprometida era el sistema escrito que ya no cumplía con las funciones para las cuales fue creado y en su reemplazo se arrancó de raíz el sistema y se adaptó el sistema oral.

La teoría del trasplante procesal obedece a la globalización jurídica que aumenta todos los días a causa del tráfico jurídico mundial. (Watson, 1974). En la actualidad los sistemas jurídicos buscan optimizar sus prácticas e instituciones replicando los ejemplos de otros países y en materia procesal han adoptado el sistema oral adversarial.

El término *adversarial*, que a pesar de entenderse como un sistema de adversarios, es un anglicismo proveniente del término *adversary*, sin traducción exacta al español. Aunque no resulta complicado inferir que se trata de un sistema en el que dos partes contrarias buscan hacer valer su

---

5 Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: [...] 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

posición sobre la del contrario, frente a un juez quien delibera en función de obtener la verdad del proceso.

Estos sujetos procesales (partes contrarias y juez) son los pilares dentro del proceso oral, ya que están estrechamente vinculados y no pueden proceder de manera aislada, como ocurría en el sistema escrito en dónde el juez dictaba sentencias sin llegar a conocer a la parte actora o a la demandada.

Esa distancia se rompe con el sistema oral y a su vez el principio de inmediación procesal cobra un nuevo sentido e importancia. Si se hace un símil del sistema romano germánico con el sistema oral adversarial, podemos decir que el sistema oral es la composición del principio dispositivo, que otorga a las partes poderes de impulsión y definición de la disputa y del principio de imparcialidad del juez. (López Medina, 2004).

En el caso ecuatoriano, se busca precisamente garantizar el cumplimiento del principio de inmediación, sin que esto represente desventaja de algunas de las partes procesales. La idea central del sistema oral adversarial es que el juez encuentre la verdad, haciendo una valoración racional de las actuaciones de las partes procesales, quienes se encuentran en igualdad de condiciones.

La verdad procesal es fundamental dentro del sistema oral. Todos los sistemas procesales están orientados a descubrir la verdad fáctica en relación de las pretensiones argumentadas por las partes procesales. Estos sistemas cuentan con un método que orienta al juez a discernir si los hechos son ciertos o no. (Taruffo, 2008)[6].

La búsqueda de la verdad y su relación con el derecho es una de las principales actividades que el juez debe realizar en su labor de administrar justicia, ya que "la decisión involucra la averiguación de los hechos que son relevantes para la aplicación del derecho." (Taruffo, Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos, 2013).

---

6 Michele Taruffo considera que, dentro de la verdad procesal los hechos determinan la interpretación y a su vez la aplicación del derecho, puesto que la búsqueda de la verdad sobre los supuestos fácticos argumentados dentro del proceso, constituyen condición necesaria para que la decisión sea justa, sin que esto suponga que sea una condición única o excluyente para lograr la justicia.

Finalmente, un puntal en el sistema oral adversarial es el rol que desempeñan en el proceso los abogados como el juez, que dista mucho de la práctica en el sistema escrito.

En el sistema oral el abogado deja de lado su rol pasivo y adopta una postura proactiva. (Taruffo, El proceso civil adversarial en la experiencia americana, 2008). Esta postura implica que el abogado planifique toda una estrategia jurídica para desarrollarla dentro del juicio, a través de las distintas audiencias que correspondan según el tipo de procedimiento. Para ello elaborará una Teoría del Caso sobre la cual centrará su actuación en el proceso, abordará su estrategia con un alegato de apertura, utilizará pruebas, realizará interrogatorios y contrainterrogatorios que afiancen sus argumentos, a fin de que todo sea resaltado como una unidad a través de un alegato de cierre que deje una imagen determinante en el juez que se reflejará en la sentencia que este dicte. (Association, 2016).

El rol del abogado está orientado a la confrontación, en aplicación del principio de contradicción procesal, que se garantiza a través del juez, que a pesar de ser imparcial tiene un papel fundamental, ya que al aplicar el principio de inmediación se convierte en el "dueño del proceso" o también se lo conoce a través de su actuación como "*Case Management*" (American Bar, 2016).

El sistema oral permite al juez dirigir el proceso a su antojo, sin que esto suponga arbitrariedad o abuso de sus potestades jurisdiccionales en perjuicio de alguna de las partes procesales. Las atribuciones de los jueces en este sistema deben garantizar la inmediación y la contradicción de las partes, entre otros principios procesales.

2. El Litigio Ambiental en el Ecuador

El artículo 30 del COGEP, reconoce cuatro sujetos procesales que pueden intervenir en procesos judiciales[7]. Entre ellos, la naturaleza.[8] Esta

7 *Art. 30.- Las partes. El sujeto procesal que propone la demanda y aquel contra quien se la intenta son partes en el proceso. La primera se denomina actora y la segunda demandada. Las partes pueden ser: 1. Personas naturales. 2. Personas jurídicas. 3. Comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos. 4. La naturaleza.* Código Orgánico General de Procesos

8 A partir del año 2008 la legislación ecuatoriana reconoció constitucionalmente a la Naturaleza como sujeto de la relación jurídica respecto de todos aquellos derechos que le sean reconocidos

norma es el resultado de la aplicación de la disposición constitucional que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos.[9]

Es importante aclarar que la naturaleza es un sujeto de derechos *sui generis* limitado constitucionalmente. En efecto, la Constitución reconoce a la naturaleza como sujeto pero, únicamente de aquellos que le sean reconocidos constitucionalmente. Razón por la cual, en la práctica los litigios ambientales en los que intervenga la naturaleza tienen que entablarse sólo por los derechos que le han sido reconocidos.

En definitiva, la naturaleza tiene una dualidad jurídica, que se refleja en el hecho de que, para cualquier relación jurídica en la que el objeto de la relación sean los derechos de la naturaleza, esta será considerada como sujeto de la relación jurídica. Mientras que, si el objeto de la relación es cualquier derecho subjetivo no correspondiente a la naturaleza, esta será considerada como objeto de la relación jurídica.

Entre los derechos de la naturaleza encontramos el derecho a la conservación, establecido en el artículo 71, mediante el cual se pretende garantizar la protección de los ecosistemas y los ciclos naturales del ambiente.[10] Ahora bien, el mismo cuerpo legal en su artículo 74, reconoce el derecho a las comunidades, individuos y nacionalidades a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.

A simple vista estas dos posiciones darían la apariencia de que se encuentran en conflicto, no obstante, como indicamos es solo aparente, pues para unas relaciones jurídicas la naturaleza es objeto y sólo para las relaciones previstas constitucionalmente es un sujeto.

---

en la Constitución, según el inciso segundo del artículo 10. Dichos derechos están comprendidos en los artículos 72, 73 y 74 de la misma norma, que reconocer a favor de la naturaleza el derecho a la restauración, a la reparación integral y a las medidas de protección estatal.

9 *Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.*

10 *Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.*

En el artículo 72, por su parte, se ha reconocido a favor de la naturaleza, el derecho a la restauración de los daños provocados a la naturaleza. La idea principal del reconocimiento de la restauración es justamente corregir el daño al ambiente y devolverlo al estado como se encontraban antes del evento que comprometió al ambiente.

Los artículos 73 y 74 finalmente establecen la prohibición de introducción de organismos genéticamente modificados que afecten al patrimonio genético nacional y la no apropiación de servicios ambientales.

a) Representación de la Naturaleza

A pesar de que la naturaleza para ciertas relaciones tiene la calidad de sujeto, no puede ser entendido como un sujeto de derecho pleno con capacidad de exigir sus derechos por sí mismo y a quien se le pueden exigir obligaciones.

Por ello, el COGEP, considerando esta situación particular solventa el problema en el artículo 38, estableciendo amplia representación de la naturaleza en juicio, atribuyendo legitimación material en causa a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o al Defensor del Pueblo. A su vez expresamente se dispone que la naturaleza no podrá ser demandada en juicio ni reconvenida.[11]

Con esta disposición se solventa la representación de la naturaleza como sujeto procesal, quien para el litigio ambiental únicamente puede ejercer el rol de actor en el proceso.

Esta norma es una aplicación de la Constitución que establece que, a fin de garantizar los derechos individuales y colectivos a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, cualquier persona natural o jurídica, colectivo o grupo humano pueda ejercer acciones legales para

---

11 *Art. 38.- Representación de la naturaleza. La naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quien además podrá actuar por iniciativa propia. La naturaleza no podrá ser demandada en juicio ni reconvenida. El Defensor del Pueblo responderá conforme con la ley y con este Código. Las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de este se ejercerán de forma separada e independiente.*

obtener tutela efectiva a favor de la naturaleza que permita cesar el daño ambiental materia del litigio. [12]

b) Responsabilidad Subjetiva o Clásica

Para Guillermo Cabanellas, la responsabilidad "es la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado". (Cabanellas, 1976).

Ahondando en este razonamiento se distingue el hecho de que la responsabilidad para ser considerada como tal, requiere de tres elementos esenciales.

i Un hecho (acción u omisión)

ii Una afectación

iii La reparación

Esto quiere decir que la responsabilidad consiste en la obligación de reparar un daño causado por un sujeto determinado, ocasionado por una acción o una omisión, cuyo resultado fue la afectación a un bien jurídico protegido. Esta definición resulta incompleta, considerando lo establecido en nuestro Código Civil sobre los elementos de la responsabilidad.

El Título XXXIII de nuestro Código Civil, establece que para que una persona deba reparar o resarcir los perjuicios sobre un hecho determinado, ese hecho debe ser considerado como delictual o casi delictual, y para ello deben estar presentes los siguientes elementos:

---

12 *Art. 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera 6369 inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: 1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.*

> i Un hecho ilícito: la existencia de un hecho que produzca la modificación o transformación de una situación anterior.
>
> ii Culpa: que se define como un elemento de factor subjetivo (de sujeto) que determina la relación entre el hecho y la voluntad, o lo que es lo mismo, entre el hecho y un sujeto a quien atribuirle la realización del mismo. Como más adelante se explicará, la culpa se refiere tanto al hecho doloso como al culposo.
>
> Un nexo causal (relación de causalidad): es indispensable que el demandante establezca la relación causa-efecto entre el hecho de la persona, cosa, etc., y el daño que debe ser reparado.
>
> Daño o menoscabo: es la lesión de un bien o de un patrimonio en su aspecto económico, pecuniario o material, como consecuencia directa de un hecho atribuible a un autor. (Código Civil, 2005).

Con estos elementos podemos apreciar el proceso lógico jurídico que debe realizarse siempre que exista un hecho que ha ocasionado afectaciones a un tercero y a fin de determinar la posible imputación a un sujeto determinado. Es decir, un hecho que ha causado detrimento a bienes jurídicos protegidos debe conllevar intrínsecamente un grado de culpabilidad y sí sobre este daño influyó la voluntad del sujeto para que el acto dañoso haya sido ocasionado.

Posterior a ello interviene el nexo causal comprendido como la relación causa-efecto entre el acto dañoso o culposo y el nivel de afectación ocasionado. Finalmente se determina el daño causado a bienes jurídicos protegidos.

En este sentido la legislación ecuatoriana recoge el criterio de culpa y el nexo causal, a fin de atribuir la responsabilidad de un suceso a un sujeto, pero llega un paso más que es la determinación real de la sanción en función de si existe culpa o dolo.

Este tipo de responsabilidad no es aplicable en materia de daño ambiental sino únicamente para daños civiles, es decir, para daños patrimoniales o morales.

c) Responsabilidad Objetiva

Para daño ambiental, en cambio, la responsabilidad objetiva fue establecida de manera expresa en la Constitución del 20 de octubre de 2008, en el artículo 396.

Este tipo de responsabilidad, es el resultado de la incorporación de principios y teorías ambientales que han sido desarrolladas a lo largo de los años y plasmadas en instrumentos internacionales y a su vez en las legislaciones de distintos países.

La responsabilidad objetiva recoge intrínsecamente la obligación de reparar el daño causado a la naturaleza y por tanto la lesión a los derechos de la naturaleza así como el de los derechos ambientales de los individuos y colectivos.

Para el régimen objetivo o estricto, no es preciso encontrar dolo o culpa sobre el hecho dañoso, basta la mera existencia del daño, que debe ser reparado por el sujeto imputado y quien puede eximirse de dicha responsabilidad siempre y cuando pruebe que no existió el acto ilícito, que no existió el daño o que el nexo causal se ha roto por caso fortuito o fuerza mayor o culpa de la víctima o un tercero.

Finalmente, es preciso dectacar que en materia de responsabilidad objetiva estatal, no interesa la existencia de acto lícito o ilícito pero se establece como requisito adicional que el daño sea ilegítimo e injusto.

d) Competencia para resolver los litigios ambientales

Antes de la entrada en vigencia del COGEP, los procesos ambientales los conocía el Presidente de la Corte Superior (Provincial) del lugar en que se haya producido la afectación ambiental, según la Ley de Gestión Ambiental.[13]

---

13 *Art. 42.- El Presidente de la Corte Superior del lugar en que se produzca la afectación ambiental, será el competente para conocer las acciones que se propongan a consecuencia de la misma. Si la afectación comprende varias jurisdicciones, la competencia corresponderá a cualquiera de los presidentes de las cortes superiores de esas jurisdicciones.*

Sin embargo, esta disposición fue derogada expresamente por la disposición derogatoria décima[14] del COGEP. Con esta derogatoria queda claro que la competencia para conocer los procesos ambientales la tendrán los jueces de primera instancia del lugar en que se produzcan las afectaciones ambientales y ya no la Corte Provincial.

El COGEP, por su parte, establece competencia concurrente en temas ambientales, ya que permite que además del domicilio del demandado[15] se considere el lugar donde se causaron las afectaciones ambientales.[16]

e) Tipo de Procedimiento

i. Procedimiento en contra de personas privadas

Tal como se ha hecho referencia en líneas anteriores, la competencia para conocer los procesos ambientales se establecía en el derogado artículo 72 de la LGA. No obstante, el tipo de trámite a seguir se mantiene a través del proceso verbal sumario, establecido por el artículo 43 de la misma norma. [17]

Es así que el COGEP, a manera concordante, dispone que se tramitarán por procedimiento sumario las acciones ordenadas por Ley, en este caso la Ley de Gestión Ambiental que establece que la acción sea verbal sumaria.

No obstante, esta disposición no es aplicable a todos los casos, es únicamente aplicable cuando el demandado es una persona de derecho

---

14 Disposición Derogatoria Décima.- Deróguese el artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental, publicada en el Registro Oficial No. 418 de 10 de septiembre de 2004.

15 *Art. 299.- Competencia. En las controversias en las que el Estado o las instituciones que comprenden el sector público determinadas por la Constitución, sea el demandado, la competencia se radicará en el órgano jurisdiccional del lugar del domicilio de la o del actor. Si es actor, la competencia se fijará en el lugar del domicilio del demandado.*

16 *Art. 10 Competencia concurrente. Además de la o del juzgador del domicilio de la persona demandada, serán también competentes a elección de la persona actora, la o el juzgador: 8. Del lugar donde se produzca el evento que generó el daño ambiental.*

17 *Art. 43.- Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos. Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.*

privado, puesto que el COGEP determina otra vía procesal para resolver los casos cuando intervenga en la Litis el Estado o alguno de sus estamentos.

ii. Procedimiento en contra del Estado o personas del sector privado que ejerzan potestad pública

Por otra parte, el COGEP dispone además que, las acciones contencioso administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario como regla general, por ello los litigios ambientales contra el Estado deben resolverse en estos Tribunales.

Esta norma también es aplicable al litigio ambiental de empresas que ejerzan potestad pública en razón de concesión o delegación por acciones u omisiones de sus atribuciones, esto en virtud de que el COGEP en su artículo 301 establece de manera excluyente la jurisdicción contencioso administrativa para este tipo de personas privadas.[18]

Adicionalmente, el COGEP dispone además que las acciones especiales se tramitarán en vía contencioso administrativas, dentro de ellas las de responsabilidad objetiva del Estado.

f) Acciones ambientales y civiles se ejercen de forma separada

Las acciones ambientales durante los últimos años traían consigo un problema de aplicación, que consistía en que dentro de las pretensiones de los actores se buscaba obtener indemnizaciones de carácter civil a pretexto de un daño ambiental.

Esto resultaba inconveniente para los intereses reales a favor de la naturaleza, ya que se dejaba de lado la reparación por las afectaciones ambientales y se enfocaba el proceso judicial en resolver si era procedente o no la indemnización al demandante y no se enfocaba en el daño ambiental.

---

18 *Art. 301.- "Están sujetos a la jurisdicción contencioso administrativa también las personas de derecho privado que ejerzan potestad pública en virtud de concesión o delegación a la iniciativa privada, por las acciones u omisiones que ocasionen daños en virtud del servicio concesionado o delegado."*

El daño ambiental (recursos agua, suelo y aire) para ser considerado como tal debe superar los límites permisibles correspondientes para una actividad determinada. (Guaranda, 2010) y la doctrina ambiental reconoce que no existe contaminación cero, es decir, no existe una actividad, cualquiera que esta sea, que no vaya a comprometer al ambiente en menor o mayor medida "ya que el ser humano por el solo hecho de vivir degrada su entorno". (Parkison, 2005, p. 31).

En este sentido, la Ley de Gestión Ambiental define al daño ambiental de la siguiente manera:

"toda pérdida disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes". (Ley de Gestión Ambiental, 2004).

De la interpretación de esta definición, para que un hecho o suceso se considere como daño ambiental debe ser significativo. Se entiende el término significativo, cuando el daño es cuantificable y supera un límite previamente establecido por el Estado.

Pero esta valoración no puede quedar a la interpretación de cada persona, ya que se corre el riesgo de caer en subjetividades, por lo tanto es obligación y responsabilidad del Estado crear un punto límite en el que se limiten los impactos permitidos y que cualquier evento que supere lo establecido sea considerado de manera inmediata como daño ambiental.

Por lo tanto tenemos tres tipos de impactos al ambiente:

i. Impacto Tolerable

ii. Impacto Autorizado

iii. Impacto Significativo o Daño Ambiental

Siendo este último el que ha superado los límites autorizados dentro del plan de manejo ambiental, los estándares normativos o los establecidos por la mejor técnica disponible para el operador dentro de la industria.

El problema fáctico que se presentaba surgía por las afectaciones al ambiente y a las comunidades, que terminaban afectando a la propiedad de individuos. Es decir, un evento ambiental no solamente puede afectar a la naturaleza y sus elementos, sino también puede afectar a individuos. En efecto, puede existir daño civil sin daño ambiental o por el contrario daño ambiental sin daño civil.

Frente a este escenario el COGEP dispone expresamente que las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de este, se ejercerán de forma separada e independiente.[19]

Con esta disposición el litigio ambiental se ciñe únicamente a tratar las afectaciones a la naturaleza o a las comunidades, es decir, el daño ambiental como tal. Mientras que cualquier pretensión de indemnización por una afectación derivada por un evento ambiental se lo plantea en la esfera procesal civil correspondiente.

Esta separación de acciones ha sido replicada de la legislación española en la que la Ley de Responsabilidad Medioambiental, que claramente distingue que dicha ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a personas o a daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a la responsabilidad medioambiental.[20]

---

19 *Art. 38.- Representación de la naturaleza. La naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quien además podrá actuar por iniciativa propia. La naturaleza no podrá ser demandada en juicio ni reconvenida. El Defensor del Pueblo responderá conforme con la ley y con este Código.*

20 *Art. 5.- Daños a particulares.- 1. Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación. 2. Los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley. El responsable que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda. 3. En ningún caso las reclamaciones de los particulares perjudicados en cualesquiera procesos o procedimientos exonerarán al operador responsable de la adopción plena y efectiva de las medidas de prevención, de evitación o de reparación que resulten de la aplicación de esta ley ni impedirán las actuaciones administrativas encaminadas a ello.*

La jurisprudencia ecuatoriana ya había resuelto esto en la misma forma que el COGEP, en efecto, la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja se pronunció respecto a la separación de acciones ambientales y civiles en la siguiente forma: *"La acción ambiental protege un bien común indispensable para la existencia misma de la humanidad, de ahí que tenga sentido que en la actual Constitución, no se tenga previsto un plazo para su prescripción." La acción para el resarcimiento de daños y perjuicios: "busca proteger el patrimonio de un individuo que siendo importante, no se compara con un bien que es de propiedad de todos, por esa razón, el plazo de prescripción es limitado"*[21].

La normativa ecuatoriana reconoce que un evento ambiental puede afectar a la naturaleza incluyendo a las comunidades y, por otro lado, a los individuos. Frente a esto el Ministerio del Ambiente ha desarrollado el Programa de Remediación Ambiental y Social[22]. "El trabajo del PRAS se sustenta en el Acuerdo Interministerial 001 que fue firmado en el 2012 y que señala en su artículo 2 que es deber del Estado hacer cumplir la aplicación de los lineamientos para la compensación por afectaciones socio ambientales." (Ambiente, 2015).

De esta forma el Estado ha adoptado la concepción de que las afectaciones ambientales pueden comprometer a la naturaleza, al ambiente, a las comunidades y a los individuos. El operador entonces debe restaurar las afectaciones a la naturaleza, compensar a las comunidades y colectivos y si existe un acuerdo en vía administrativa indemnizar a los individuos, sin perjuicio de que ellos puedan iniciar las acciones civiles indemnizatorias cuando no reciba o no acepte los pagos determinados como indemnización en el trámite ante el PRAS.

---

21 Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Nueva Loja. Resolución al Recurso de Apelación, dictado dentro de la causa 218-2008-S-CSJNL, el 29 de Julio de 2009, dentro del juicio por daños y perjuicios seguido por Nelson Domingo Alcívar Cadena y Ab. Ernesto García Fonseca, Procurador Judicial de los señores José Amaguay y otros; en contra de Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A.

22 El objetivo de este convenio es evitar las negociaciones poco claras y no relacionadas al daño ambiental o a las pérdidas de bienes y servicios ambientales generados. Así, es posible garantizar el pago justo de indemnizaciones a los afectados, en caso de que las medidas compensatorias emprendidas por la empresa responsable no fueran suficientes.

g) Prescripción de las acciones ambientales

La Constitución de 2008 en el artículo 396 literal i) numeral 4, señala expresamente que "las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles".[23]

Es claro que las acciones ambientales son imprescriptibles pero existía la duda respecto a si las acciones civiles derivadas por un evento ambiental son también imprescriptibles o prescriben a los cuatro años desde la perpetración del acto.[24]

En el caso Alcívar Vs. OCP la Sala de la Corte Provincial de Nueva Loja se pronunció separando las acciones ambientales de las civiles también para efectos de prescripción. En efecto, resolvió:

La acción ambiental: "protege un bien común indispensable para la existencia misma de la humanidad, de ahí que tenga sentido que en la actual Constitución, no se tenga previsto un plazo para su prescripción" La acción para el resarcimiento de daños y perjuicios: "busca proteger el patrimonio de un individuo que siendo importante, no se compara con un bien que es de propiedad de todos, por esa razón, el plazo de prescripción es limitado" (Ecuador, 2010).

h) Procedimiento según el COGEP

El COGEP establece que si es que el daño ambiental hubiera sido prevenido, remediado, restaurado o reparado ya no será necesario iniciar las acciones legales por daño ambiental y es claro en disponer que cualquier actividad o medida destinada a reparar, remediar o restaurar los daños ambientales deben estar aprobados por la AAN. Esto quiere decir, que toda actividad que busque remediar una afectación al ambiente debe estar aprobada por el Ministerio del Ambiente. [25]

---

23 *Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas. Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.*

24 *Art. 2235.- Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.*

25 *Art. 39.- Si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido prevenir, evitar, remediar, restaurar y reparar los daños ambientales, no será necesario tramitar las acciones descritas*

Las aprobaciones que la autoridad ambiental competente emite son de carácter preventivo como Planes de Manejo Ambiental o de carácter reparatorio como Programas de Remediación.

Puede entenderse entonces que los procesos ambientales se establarán cuando no exista de por medio una restauración y reparación aceptada por el Ministerio del Ambiente.

En los casos en los que no exista una remediación aceptada pueden presentarse las siguiente circunstancias procesales:

i. Primer Caso

Si un evento ambiental no ha sido reparado y el demandado es un sujeto de derecho privado, la competencia la tendrá el juez civil del domicilio del demandado o el juez del lugar donde se hayan producido las afectaciones ambientales a través de un proceso sumario.

Si este evento genera afectaciones patrimoniales y el demandado es un sujeto de derecho privado, la competencia la tendrá el juez civil del domicilio del demandado o el del lugar donde se hayan producido las afectaciones. El proceso a seguir será el ordinario.

ii. Segundo Caso:

Si un evento ambiental no ha sido reparado y el demandado es el Estado o un sujeto de derecho privado con potestad pública, la competencia la tendrá el juez contencioso administrativo del domicilio del actor en proceso ordinario.

iii. Tercer Caso:

En los casos en que no exista restauración o reparación integral aprobada o en los cuales se pretenda impugar judicialmente los actos administrativos emitidos por la AAN de aceptación, se lo hará

---

en este capítulo. Las medidas remediadoras, restauradoras y reparadoras de los daños ambientales, así como su implementación, se someterán a la aprobación de la autoridad ambiental nacional. En el caso de que no existan tales medidas, la o el juzgador las ordenará.

ante el juez de lo contencioso administrativo del domicilio del actor en juicio ordinario.

3. El litigio ambiental en el sistema oral adversarial

a) La demanda y la contestación

Empezaremos diciendo que como todo proceso judicial partimos por una demanda escrita a la que se debe acompañar la prueba incluida la prueba pericial.[26]

La obligación de acompañar la prueba no es únicamente para el actor, sino para ambas partes procesales. Es decir, que el actor en su demanda anexa la prueba que se judicializará en el momento oportuno y a su vez el demandado en su contestación acompañará la prueba que creyere oportuna para su defensa, misma que se judicializará en el momento procesal pertinente. Esta práctica procesal es el reflejo del principio de igualdad probatoria y de contradicción.

b) La prueba

El COGEP a lo largo de su articulado se refiere a la práctica en audiencia de tres tipos de pruebas, quedando a discreción de las partes procesales la práctica de cualquiera que sea oportuna, pertinente, útil y conducente para demostrar su pretensión como verdad material.

En este sentido se reconoce tres tipos de pruebas:

i. Documental
ii. Testimonial
iii. Pericial

---

26 *Art. 142.- La demanda se presentará por escrito y contendrá: 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.*

Dado que el litigio ambiental es eminentemente técnico y legal la práctica principal de pruebas es la documental y la pericial, quedando de cierta forma relegada la prueba testimonial, todo dependerá de las circunstancias del caso.

c) Prueba documental

En lo que respecta a la prueba documental en el litigio ambiental se acompañarán a la demanda informes de auditorías, monitoreos de agua, suelo, aire y demás documentos que sean conducentes para los intereses de cualquiera de las partes.

Aquí vale hacer una precisión, la Constitución vigente en su artículo 397 dispone que para los procesos ambientales la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado. [27] Esto implica que al demandado le corresponde probar que no existe daño o que a su vez la actividad no provocará en el tiempo una afectación que supere los parámetros permitidos.

En estricto sentido probar lo que no existe no resulta tarea fácil, sin embargo, en los procesos ambientales el demando puede solventar esta circunstancia a través de la gestión preventiva de su actividad, a través de monitoreos técnicos y auditorias de cumplimiento ambiental, que son herramientas de control ambiental que sirven para demostrar gestión preventiva y por otra parte pueden marcar una proyección en el tiempo de cierto grado de estabilidad y control de determinada actividad dentro de lo permitido.[28]

---

27 El espíritu de la norma está orientado a equilibrar la capacidad probatoria, ya que en la práctica el actor no dispone de la misma capacidad probatoria sobre las actividades del demandado, razón por la cual el legislador consideró preciso invertir la carga probatoria en los procesos ambientales.

28 *Art. 196.- Para la producción de la prueba documental en audiencia de juicio se procederá de la siguiente manera: 1. Los documentos se leerán y exhibirán públicamente en su parte pertinente. 2. Los objetos se exhibirán públicamente. 3. Las fotografías, grabaciones, los elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán también en su parte pertinente en la audiencia y por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes. 4. La prueba documental actuada quedará en poder de la o del juzgador para tenerla a la vista al momento de tomar su decisión sobre el fondo del asunto, dejando a salvo la facultad de las partes de volver a actuarla o usarla durante la audiencia de juicio. Cuando la sentencia haya quedado firme, se ordenará su devolución a las partes, dejando a salvo su derecho a solicitar que los documentos agregados al proceso le sean desglosados dejando en el expediente copias certificadas, sean estas digitales o no. Una*

Con este antecedente la prueba se convierte en quizá la herramienta de mayor relevancia en el litigio complejo, ya que las afectaciones ambientales se prueban a través de análisis de componentes técnicos orientados a determinar si existió daño o no. Estas pruebas técnicas son documentales, de modo que en el litio ambiental el uso de pruebas testimoniales será esporádico y sujeto a las circunstancias de cada caso.

d)La Prueba Pericial

Las pruebas periciales siempre han cumplido un rol determinante en las resoluciones de los procesos ambientales, tanto a favor del actor o del demandado. El perito en el litigio ambiental desempeña un rol estratégico.

Al ser un medio probatorio debe estar anunciada y anexada a la demanda o a la contestación dependiendo de la parte procesal a la que le interese presentar el peritaje. Aquí cabe hacer notar al lector que si bien es cierto la Constitución y el COGEP establecen que la inversión de la carga probatoria correrá a cargo del demandado cuando se trate de daño potencial o real, en la práctica no es conveniente al actor dejar que opere esta disposición.[29]

El problema real radica en que, en estricto sentido, si A demanda a B argumentando daño potencial en las mangueras de carga desde la refinería hacia los buques tanques de carga, B presentará un peritaje técnico en vida útil de la presión de carga, el espesor de la manguera y la vida útil de la manguera. En la audiencia respectiva, una vez judicializada la prueba pericial de B, se discutirá únicamente el peritaje presentado por el demandado y a falta de contradicción técnica por parte de A, las probabilidades de que B gane el proceso son más altas.

Ante este escenario es recomendable que a pesar de que por Constitución y Ley, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño correponde al demandado; el actor, por estrategia y siguiendo su Teoría del Caso,

---

vez que la sentencia haya sido ejecutada, se comunicará a las partes su obligación de retirar los documentos agregados al proceso, advirtiendo que en caso de no hacerlo en el término de treinta días, estos serán destruidos.

29 *Art. 169.- Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recae sobre el gestor de la actividad o la o el demandado.*

debería presentar un peritaje de su parte, a fin de que en la audiencia correspondiente, sean los dos peritos quienes presenten sus conclusiones ante el juez y sea este quien decida la credibilidad de cada uno.

La prueba pericial es aquella que permite en mayor medida la aplicación del sistema oral ya que conforme lo determina el COGEP el perito a más de estar obligado a asistir a la audiencia de juicio o a la audiencia única dependiendo el caso, también debe estar sujeto a rendir testimonio técnico sobre su peritaje a través de un interrogatorio directo por parte de la parte procesal a la que representa y a un contrainterrogatorio por parte de la contraparte.

En ese sentido el juez complementará su decisión sobre los supuestos fácticos del caso, valorando el testimonio del perito a través de sus credenciales profesionales que serán resaltadas a través del interrogatorio directo por parte del abogado defensor. Mientras que por otro lado la parte contraria tiene como objeto desacreditar al perito a fin de que su trabajo en el peritaje no signifique nada para el juez al momento de tomar su decisión.

Hay que resaltar el hecho de que al ser una parte fundamental dentro de la teoría del caso, el perito está en la obligación de asistir a la audiencia y a más de declarar sus conclusiones y observaciones, deberá dar contestación a las preguntas que le hagan en el contrainterrogatorio a cargo del abogado de la parte contraria. Finalmente, si a criterio del juez existieren discrepancias entre los peritajes de las partes el juez podrá abrir el debate entre peritos y una vez efectuado se abrirá un interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes, exclusivamente relacionado con las conclusiones divergentes de los informes, para generar convencimiento al juez [30]

30 *Art. 222.- La o el perito será notificado en su dirección electrónica con el señalamiento de día y hora para la audiencia de juicio, dentro de la cual sustentará su informe. Su comparecencia es obligatoria. En caso de no comparecer por caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobado y por una sola vez, se suspenderá la audiencia, después de haber practicado las demás pruebas y se determinará el término para su reanudación. En caso de inasistencia injustificada, su informe no tendrá eficacia probatoria y perderá su acreditación en el registro del Consejo de la Judicatura. En la audiencia las partes podrán interrogarlo bajo juramento, acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del informe, siguiendo las normas previstas para los testigos. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden determinado para el testimonio. En ningún caso habrá lugar a procedimiento especial de objeción del informe por error esencial, que únicamente podrá alegarse y probarse en la audiencia. Concluido el contrainterrogatorio y si existe divergencia con otro peritaje, la o el juzgador podrá abrir el debate entre peritos de acuerdo con lo previsto en este Código. Finalizado el debate entre las o los peritos, la o el juzgador, abrirá un interro-*

Como puede verse, la asistencia y preparación del perito es clave para llevar a buen término el proceso. El rol del abogado, tanto en el litigio ambiental como en cualquier otro tipo de litigio, debe cuidar de la imagen de su perito y la suya, ya que la función del abogado de la parte contraria es desacreditar a la defensa.

e) Tipos de interrogatorio al perito

Ya hemos señalado que el COGEP establece la obligatoriedad a los peritos acreditados a que expresen los resultados de su pericia a través de un examen directo de parte y un contraexamen de contraparte.

4. Herramientas de la Litigación Oral

a) El Alegato de Apertura

El Alegato es una herramienta de la Litigación Oral, el COGEP en su articulado contempla dos tipos de alegatos, el de apertura y el de cierre.

Cada alegato se presenta en diferentes etapas procesales y se maneja de distinta forma. La importancia del alegato consiste en que es una herramienta oportuna para presentar el caso e impresionar al Juez.

Dentro de sus ventajas podemos decir que facilita exponer desde una visión general el objeto del juicio y los aspectos que de acuerdo a la Teoría del Caso se pretenden abordar.

El alegato de inicio o de apertura se presente en la Audiencia Preliminar [31] o en la Audiencia de Juicio una vez saneado el proceso. Hay que distinguir que las excepciones previas no son parte del Alegato de Apertura.

---

gatorio y contrainterrogatorio de las partes, exclusivamente relacionado con las conclusiones divergentes de los informes. La o el juzgador conducirá el debate.

31 *Art. 294.- La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: 3. La o el juzgador ofrecerá la palabra a la parte actora que expondrá los fundamentos de su demanda. Luego intervendrá la parte demandada, fundamentando su contestación y reconviniendo de considerarlo pertinente. Si la parte actora es reconvenida, la o el juzgador concederá la palabra para que fundamente su contestación. Si se alegan hechos nuevos, se procederá conforme a este Código.*

El Alegato de Apertura procede cuando el objeto de la controversia ha sido fijado por el Juez, en ese momento se concede a las partes la palabra para que se pronuncien sobre:

1. Fundamentos de la demanda
2. Fundamentos de la contestación
3. Anuncio de pruebas, práctica de prueba
4. Debate exclusión de prueba

El enfoque que se maneja en este alegato está vinculado a la Teoría del Caso. Consiste en realizar una oferta probatoria que busca llamar la atención del Juez a fin de poner en contexto los puntos que la parte procesal desea resaltar.

b) El alegato de cierre

El alegato de cierre es otra herramienta de litigación oral, quizá es una de las más útiles para determinar el resultado de un proceso. Tiene su razón de ser en crear una última imagen en la mente del juez sobre todo lo actuado en las diferentes etapas procesales de la audiencia, a fin de convencerlo de la verdad procesal.[32]

A diferencia del alegato de cierre que inicia la actuación de las partes en la audiencia en la que se realiza una oferta probatoria, en el alegato de cierre se pone en énfasis todo lo que se ha logrado probar.

Podría decirse que el alegato de cierre es el resultado de la aplicación de la estrategia que cada una de las partes ha desarrollado a lo largo de la audiencia de juicio.

Al ser la etapa procesal final de la audiencia, debe enfocarse en resaltar las fortalezas del caso y las debilidades de la contraparte, sin incurrir en deslealtad procesal.

---

32 *Art. 297.- Audiencia de juicio. La audiencia de juicio se realizará en el término máximo de treinta días contados a partir de la culminación de la audiencia preliminar, conforme con las siguientes reglas: 6. Actuada la prueba, la parte actora, la parte demandada y las o los terceros de existir, en ese orden, alegarán por el tiempo que determine equitativamente la o el juzgador, con derecho a una sola réplica. La o el juzgador, de oficio o a petición de parte, podrá ampliar el tiempo del alegato según la complejidad del caso y solicitará a las partes las aclaraciones o precisiones pertinentes, durante el curso de su exposición o a su finalización.*

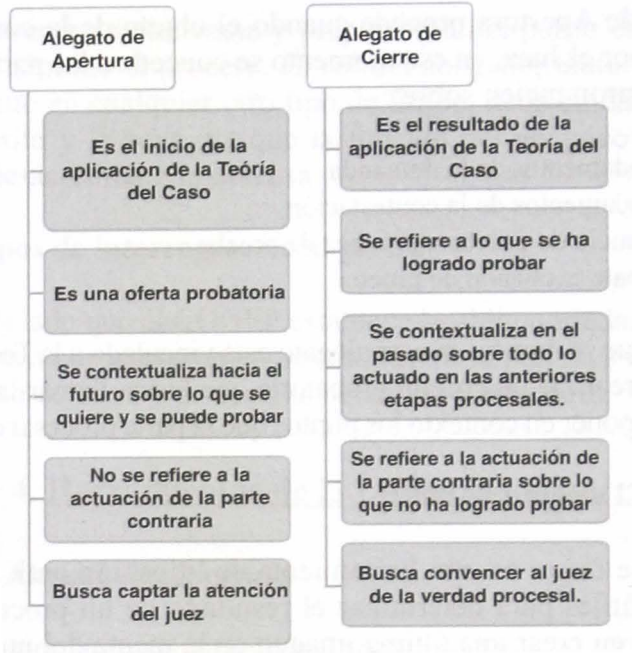


Figura 1: Diferencias entre los alegatos de apertura y de cierre
Elaboración propia.

c) El examen directo

El examen directo es una herramienta que tiene por objeto demostrar la credibilidad de su perito y acreditar su experticia y su conocimiento en el tema, a fin de que sus conclusiones generen certeza en el razonamiento del juez, y este falle a su favor.

La acreditación no tiene nada que ver con las generales de ley, porque acreditar es brindar la razón al declarante y convencimiento al juez. Existen dos esferas respecto a la acreditación:

i. Positiva.- Todo lo que permita credibilidad (remarcar fortalezas).

ii. Negativa.- Todo lo que evite que mi perito sea atacado en el contrainterrogatorio (afrontar debilidades).

En este último caso la experticia del abogado entrará en juego al considerar si es prudente atacar anticipadamente cualquier debilidad que pudiera

poner en riesgo la declaración del perito, todo dependerá de la estrategia de su Teoría del Caso.

El examen directo lo realiza el abogado a su perito a través de una serie de preguntas de tipo abiertas y cerradas. Vale decir que en este tipo de examen están prohibidas las preguntas sugestivas.

d) El contraexamen

El contraexamen es la herramienta que tiene la contraparte a fin de resaltar las debilidades del testimonio del perito de la contraparte, la idea central es desacreditar al oponente a fin de que cualquier certeza que haya generado en el juez, no sea considerada al momento de resolver.

Lo realiza el abogado de la contraparte a través de una serie de preguntas sugestivas, ya que ese tipo de preguntas dan control sobre la declaración del perito.

Generalmente, el interrogatorio se enfoca en un orden temático, resaltando los puntos débiles, contradicciones y errores.

El siguiente cuadro permite entender cómo opera la prueba pericial y las diferencias con la prueba testimonial:

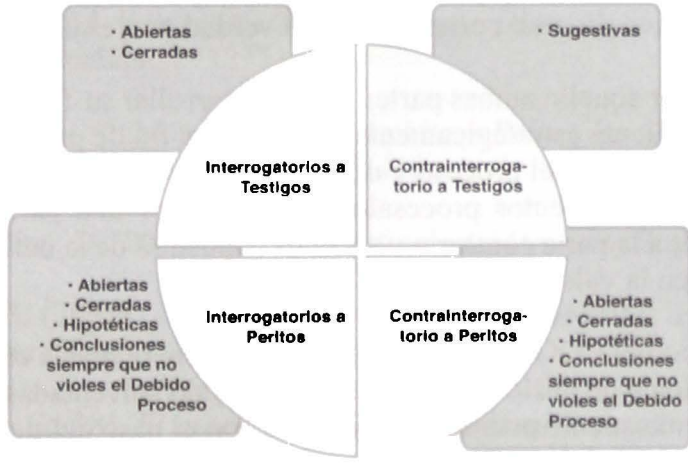


Figura 2: El examen y contraexamen en la prueba testimonial y pericial
Elaboración propia.

5. Conclusiones

a) Aún queda mucho camino por recorrer y así poder entender el sistema oral adversarial. Es deber de legisladores, jueces y abogados ahondar en los conocimientos y prácticas que este sistema permite.

b) El principio de contradicción supone la actuación procesal en igualdad de condiciones, y no por ello se debe abusar y caer en la deslealtad procesal.

c) El litigio ambiental es por demás un litigio complejo, el COGEP ha solventado algunos inconvenientes que la práctica judicial y los vacíos normativos ocasionaban. Aún quedan cosas por resolver.

d) Se ha establecido claramente que los juicios por daños ambientales se deben tramitar en vía distinta a los juicios civiles derivados de los eventos ambientales y que no será necesario iniciar un juicio ambiental si ya se han realizado labores de prevención restauración y reparación aprobadas por el Ministerio de Ambiente.

e) El litigio es la puesta en práctica del sistema oral adversarial, teniendo dos partes contrarias en igualdad de condiciones frente a un juez imparcial y ajeno a los hechos del proceso, quienes a través de pruebas documentales, testimoniales y periciales buscan convencer al juez de que su pretensión en el proceso corresponde a la verdad procesal.

f) Para lograr aquello ambas partes deben desarrollar su Teoría del Caso como herramienta estratégicamente concebida, a fin de prever las fortalezas y debilidades del proceso y definir la forma en cómo se abordarán los diferentes momentos procesales, para que por una parte se logre desacreditar a la parte contraria y a su vez la postura de la defensa sea la que prime en la valoración judicial.

g) El estudio del COGEP y sus implicaciones genera dudas en los usuarios del sistema de justicia, dudas que no han sido solventadas en la norma y que únicamente podrán ser aclaradas con el paso del tiempo a través de la actividad de los jueces con sus interpretaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Ambiente, M. d. (25 de agosto de 2015). *Ministerio del Ambiente.* Obtenido de http://www.ambiente.gob.ec/mae-aplica-lineamientos-para-compensacion-por-afectaciones-socioambientales/

American Bar, A. (26 de septiembre de 2016). *American Bar Association.* Obtenido de http://www.americanbar.org/publications/criminal_justice_section_archive/crim-just-standards_trialjudge.html

Association, A. B. (25 de septiembre de 2016). *Biblioteca Jurídica Universidad Nacional de México - UNAM.* Obtenido de http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3336/3.pdf

Cabanellas, G. (1976). *Diccionario de Derecho Usual.* Buenos Aires: Heiasta S.R.L.

Código Civil. (2005). *Libro IV.* Quito: Registro Oficial Nº46.

Ecuador, C. C. (15 de junio de 2010). *Corte Constitucional del Ecuador.* Obtenido de http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/cf3f5365-f090-4748-b05d-a849b2270bcc/1735-13-ep-sent-raz-maz.pdf?guest=true

Guaranda, W. (14 de enero de 2010). *Aporrea.* Obtenido de http://www.aporrea.org/actualidad/a93237.html

Ley de Gestiòn Ambiental. (2004). *Ámbito y Principios de la Gestión Ambiental.* Quito: Registro Oficial Nº 418.

López Medina, D. (2004). *La Teoría Impura del Derecho.* Bogotá: Legis.

Parkison, B. (2005). *Responsabilidad por daño ambiental.* Buenos Aires: Hammurabi.

Taruffo, M. (2008). *El proceso civil adversarial en la experiencia americana.* Bogotá: Temis.

Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos.* México DF: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Watson, A. (1974). *Legal transplants an approach to comparative Law.* Georgia: Atenas: The University of Georgia Press.

Yépez Garcés, D. (2016). *Litigación Oral Civil: La Contienda Adversarial.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

LOS SABERES ANCESTRALES Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO EN EL ECUADOR

Yenán Andrés Reyes Robles[1]

Resumen: *El presente artículo busca analizar la situación actual de los conocimientos tradicionales desde la perspectiva jurídica, ya que desde la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador se limitó el derecho de autodeterminación de los pueblos y nacionalidades indígenas. Esta falta de valoración y protección que ahora se ven plasmadas en normas constitucionales prohibitivas (prohibición de otorgar cualquier derecho de propiedad intelectual sobre los saberes ancestrales) son los fundamentos para el estudio detallado del tema.*

Como primer punto debemos señalar que el Ecuador es un Estado intercultural y plurinacional. En nuestro territorio conviven diferentes pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, los cuales han construido sus propias tradiciones, costumbres y han desarrollado ciencia (Reascos, 2011). La ciencia tiene como base la convivencia y las prácticas armónicas con la naturaleza dando como resultado un saber que se ha enriquecido por generaciones.

Con la Constitución del 2008 se prohibió a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en calidad de legítimos poseedores, ceder derechos de propiedad intelectual sobre sus conocimientos colectivos, es decir, la norma constitucional imposibilita a un tercero acceder a dichos saberes aunque exista autorización. Esta disposición constitucional impide a los grupos ancestrales disponer plenamente sobre sus conocimientos. El fin de esta medida era evitar la biopiratería ya que era muy común que "*empresas e instituciones privadas de investigación hayan patentado material genético y biológico o se apropien indebida-*

---

1 Sus estudios secundarios los realizó en el Colegio San Gabriel. Egresado de la carrera de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Secretario General del Movimiento Integración Universitaria por la Restauración Estudiantil (IURE) en el periodo 2015. Vicepresidente de la Asociación Escuela de Derecho para el periodo 2016. Forma parte del Estudio Jurídico *Reyes y Reyes*. yenan31reyes@hotmail.com

mente del conocimiento tradicional y los derechos de los agricultores y las comunidades locales" (Khor, 2003).

El estudio y tratamiento jurídico en torno a los conocimientos colectivos se han dado fundamentalmente bajo 3 aspectos. El primero hace referencia al sistema de protección intelectual, el segundo a la cosmovisión relativa a la propiedad y un tercer aspecto enfocado a su intangibilidad.

Sobre el primer punto se menciona que el sistema de patentes es el mecanismo idóneo para que los legitimarios puedan proteger el conocimiento intergeneracional. Con el empleo de las patentes se podría conceder licencias para su uso y sus legítimos poseedores tendrían derecho a disponer de sus conocimientos y el de percibir lo que les corresponda por concepto de regalías.

Sin embargo, doctrinarios que apoyan la cosmovisión andina se han cuestionado de la eficacia del sistema de propiedad intelectual tradicional. Sebastián Donoso plantea que el sistema jurídico de patentes fue pensado para proteger derechos individuales y nunca tuvo la finalidad de precautelar la propiedad colectiva. Para esta corriente, no resulta lógico que estemos dispuestos a aceptar que los titulares de derechos sobre patentes decidan no divulgar esa información, mientras que simultáneamente rechacemos el derecho de los pueblos a no divulgar sus conocimientos si es que así lo desean.

El segundo aspecto que se ha considerado para el tratamiento jurídico de los saberes ancestrales es sobre su uso y disposición. Existen dos concepciones, una ligada a la cultura occidental que promueve la adopción de una cultura globalizadora y otra relacionada al sumak kawsay –enfoque andino–. Las concepciones occidentales con referencia a la propiedad son distintas a las de los pueblos indígenas. Los pueblos y comunidades han concebido a la propiedad de manera colectiva, es decir, todos pueden gozar y disponer de aquello que la naturaleza les ha otorgado de manera equilibrada. Los propulsores de esta concepción aseguran que no se debe considerar al conocimiento ancestral como un bien de libre acceso y señalan que dicha práctica ha producido que en toda la Región Andina y sobre todo en nuestro país, exista una falta de interés o preocupación para otorgar protección legal a los conocimientos tradicionales por lo que

empresas, personas e incluso el Estado han podido apropiarse indebidamente sin tomar en cuenta los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, produciendo "*una pérdida cultural irreparable y la sustitución de su identidad por una cultura globalizadora, ajena y agresiva*" (Tobón, 2003).

En cambio en la cultura occidental sucede lo contrario, la propiedad debe ser preferentemente privada. "El reconocimiento de derechos a los indígenas sobre sus conocimientos tradicionales puede implicar el riesgo de que se impida la divulgación y uso de sabiduría valiosa para el resto de la humanidad" (Donoso S. , 2009). Esta postura facilita acceder a todo tipo de conocimiento justificando que frente a los intereses culturales, políticos y económicos de un determinado grupo se encuentra el bien común y la dignidad humana.

El último aspecto a considerar es la intangibilidad del saber tradicional. Sobre este tema existe una dicotomía; hay quienes expresan que el conocimiento ancestral debe ser considerado como un bien intangible, es decir, todo lo que provenga de los pueblos y nacionalidades indígenas no debe ser alterado y no puede asimilarse a una mercancía. En cambio, la otra postura manifiesta que el saber tradicional no puede simplemente considerarse intangible porque se les imposibilitaría a los legítimos poseedores exigir la justa compensación. Para quienes defienden la teoría de la tangibilidad plantean la posibilidad de recompensar el conocimiento tradicional para progreso y beneficio de los pueblos y nacionalidades creadoras. Esta teoría busca el resarcimiento por los actos ilegales e ilegítimos que han perjudicado a las nacionalidades y pueblos indígenas.

Sobre el tema se han generado varias alternativas para normar el uso de los saberes ancestrales siendo el más relevante y analizado la aplicación de un Sistema Sui Generis. La aplicación de este sistema nos permiten comprender que lo correcto no es limitar el derecho de autodeterminación de los pueblos y nacionalidades indígenas, sino crear un marco normativo que regule los saberes ancestrales permitiendo a las comunidades, pueblos y nacionalidades, en calidad de legítimos poseedores, otorgar derechos de propiedad intelectual sobre sus conocimientos, siempre y cuando exista consentimiento libre, previo e informado y a su vez puedan participar de los beneficios.

¿Qué son los Conocimientos Ancestrales?

El preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador del 2008 reconoce "nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos", eso implica, entre otros aspectos, la construcción de un Estado pluricultural y multiétnico, el cual debe garantizar derechos específicos para los pueblos y nacionalidades indígenas, entre ellos, la protección de los bienes intangibles que han sido creados y perfeccionados durante siglos. En dicho considerando se fijan dos puntos relevantes: el primero hace énfasis a un antepasado común y un segundo punto a la titularidad de los pueblos ancestrales sobre su territorio y conocimiento.

Dentro de las concepciones milenarias se encuentra el conocimiento ancestral que son aquellos "saberes que poseen los pueblos indígenas y comunidades locales transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral" y desarrollados dentro de una comunidad determinada. Cabe señalar que "se tratan de conocimientos dinámicos en constante proceso de adaptación y tienen como base valores y bagajes míticos profundamente enraizados en la vida cotidiana de los pueblos indígenas" (De la Cruz, 1999).

Cuando hablamos de conocimientos dinámicos nos referimos a la situación en la cual los pueblos indígenas modifican continuamente su cultura y adquieren conocimientos de la naturaleza para satisfacer sus necesidades primarias (alimento, techo y abrigo), siempre que dicha práctica no transgreda las características particulares de su colectivo, eso quiere decir, buscan generar conocimiento para su convivencia guardando armonía con los principios fundamentales que rigen al grupo o a la comunidad.

Varios instrumentos internacionales han aportado con definiciones que identifican otros elementos esenciales. Una definición restringida de los conocimientos tradicionales o también denominadas saberes tradicionales es la que se encuentra en el artículo 8 inciso j) del Convenio de Diversidad Biológica, el cual emplea el término conocimientos tradicionales en el sentido de "conocimiento, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida que interesan para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica" (UNEP/CBD/TKBD, 1997).

De igual manera organismos mundiales como la OMPI (Organización Mundial de Propiedad Intelectual) define a los conocimientos tradicionales como "creaciones artísticas e innovaciones científicas que han sido desarrolladas durante generaciones (de ahí el adjetivo de tradicionales), por parte de comunidades indígenas, campesinas, nativas, locales y afroamericanas" (Yánez, 2010).

Breve Reseña

Hasta antes de la década de los ochenta, el conocimiento ancestral fue considerado como un bien público, gratuito y de libre acceso (Ruiz, 2013). La biodiversidad formaba parte del patrimonio de la humanidad y por ende, cualquier sujeto, sobre todo agentes comerciales dedicados a la medicina, podían acceder de manera gratuita a los saberes tradicionales sin previa autorización. Frente a esta situación, los pueblos indígenas y comunidades generaron demandas para que sus derechos territoriales y sus conocimientos ancestrales, innovaciones, tecnologías y prácticas tradicionales sean reconocidos a nivel jurídico (Chávez, 2007).

Mientras se consolidaba la lucha social protagonizada por los pueblos indígenas, aumentaban en nuestra Región la presencia de "*recolectores de especies, con apariencia de turistas, estudiantes, buscadores de espiritualidad, que con una variedad de artimañas y ofrecimientos motivaban a los indígenas a relatar sus conocimientos sobre variedades de plantas y sus propiedades, para luego entregarlos a empresas, a quienes se les facilitaba y disminuían costos de investigación*" (Chávez, 2007).

La realidad hasta esa época era alarmante. Si bien no existen datos estadísticos sobre el uso de los conocimientos tradicionales en el mercado mundial, Posey como dato referencial menciona que la cifra estimada del mercado de medicinas constituido por plantas, cuyos principios activos fueron descubiertos y desarrollados por los pueblos indígenas, generaron ventas por un monto de 43 billones de dólares en 1985 (Posey citado en De la Cruz, 1999).

Fue evidente el abuso incontrolado que se dio por parte de diversos agentes de comercio, quienes aprovechándose del concepto de dominio público se apoderaron de manera injustificada e ilegítima de los "conocimientos tradicionales para su propio beneficio y sin respeto alguno por

las comunidades creadoras y poseedoras de esos saberes desde tiempos inmemorables" (Donoso S. , 2009).

En la década de los noventa, por los principios que se establecieron a partir de la creación del Convenio de Biodiversidad, los recursos biológicos ya no eran considerados patrimonio de la humanidad, al contrario, formaban parte de la soberanía de cada Estado, convirtiéndose en los encargados de proteger y regularizar el conocimiento existente en sus territorios. Para tal propósito fue necesario crear un marco constitucional y legal para consolidar mecanismos de tutela y control.

Debido a las exigencias históricas, políticas y jurídicas, la Constitución de 1998 reconoció y garantizó los denominados derechos colectivos o de tercera generación, entre los cuales se encontraba la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos ancestrales. El artículo 84 numeral 9 de la Constitución de 1998 indicaba:

> ***Art. 84.-*** *El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:*
>
> ***9.*** *A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.*

Como podemos observar del texto constitucional eran los pueblos y comunidades indígenas los titulares de sus conocimientos –legítimos poseedores–, incluso la norma constitucional guardaba relación con lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el Registro Oficial 320 de 19 de mayo de 1998, ley que pronto será derogada por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación. El artículo 7 del referido texto legal define el término "expresiones de folklore" de la siguiente manera:

> ***Art. 7.-*** *(...)* ***Expresiones del folklore:*** *Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio, por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se presuman nacionales del país, de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación, de manera que reflejen las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad.*

En correlación con esta disposición, el artículo 9 de la Ley de Propiedad Intelectual dispone:

> ***Art. 9.-*** *(...) Las creaciones o adaptaciones, esto es, basadas en la tradición, expresada en un grupo de individuos que reflejan las expresiones de la comunidad, su identidad, sus valores transmitidos oralmente, por imitación o por otros medios, ya sea que utilicen lenguaje literario, música, juegos, mitología, rituales, costumbres, artesanías, arquitectura u otras artes, deberán respetar los derechos de las comunidades de conformidad a la Convención que previene la exportación, importación, transferencia de la propiedad cultural y a los instrumentos acordados bajo los auspicios de la OMPI para la protección de las expresiones en contra de su explotación ilícita.*

Finalmente, el mismo texto legal contempla el reconocimiento de los derechos intelectuales colectivos de las etnias y comunidades locales que deben ser protegidos, valorados y aplicados mediante normas sui generis establecidos mediante ley especial (Art. 377). Cabe señalar que la creación de un sistema nacional que proteja los derechos intelectuales colectivos fue un compromiso adquirido por nuestro país frente a la Comunidad Andina de Naciones a partir de la suscripción del Acuerdo de Cartagena (Decisión 391); sin embargo, de todos los miembros solo Perú ha dado cumplimiento al expedir la Ley N° 27811 *Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos.*

La Ley N° 27811 de la República del Perú permite a los interesados acceder a los conocimientos colectivos. Para tal propósito se debe solicitar el consentimiento informado previo de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. Si el acceso tiene un fin comercial, además del consentimiento, es indispensable estipular las regalías o retribución que no puede ser menor al 10% del valor de las ventas brutas. El instrumento jurídico para acceder a los conocimientos ancestrales es la licencia que debe ser otorgada por el representante de la comunidad indígena.

Constitución del 2008: ¿Desarrollo o Retroceso?

El artículo 322 de la Constitución del 2008, a pesar de reconocer la propiedad intelectual, prohíbe toda forma de apropiación de conoci-

mientos colectivos en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. El artículo 402 prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional.

La Carta Política de 1998 reconocía sin ningún tipo de limitación la propiedad colectiva de los conocimientos ancestrales. A partir de la promulgación de la Constitución del 2008 este derecho fue parcialmente suprimido, ya que el constituyente prefirió buscar un tratamiento jurídico para el mantenimiento y conservación de los conocimientos tradicionales antes de otorgarles a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas la plena titularidad.

Según Ena Matos, esta supresión deja a los pueblos indígenas en un estado de indefensión respecto a sus conocimientos, por lo que se puede deducir que los derechos colectivos son limitados, con el fin de que el Estado pueda controlar y administrar estos bienes intelectuales (Matos, 2014).

Cuando hablamos de Propiedad Intelectual nos estamos refiriendo a una disciplina normativa que protege derechos sobre creaciones intelectuales provenientes de un esfuerzo, trabajo o destreza humana y que son dignos y susceptibles de reconocimiento colectivo (Grijalva, 2007). Una de las características esenciales de la Propiedad Intelectual es que la información o bienes intangibles se deben diferenciar de los bienes materiales que la soporta, por ejemplo: la propiedad intelectual no protege la planta liana *banisteriopsis caapi* sino la bebida denominada *ayahuasca*, porque es fruto de un proceso técnico desarrollado por toda una comunidad. Por lo tanto, el derecho de propiedad intelectual no protege la biodiversidad ni el material genético, sino su elemento intangible.

Adicionalmente, podemos señalar las dos características esenciales de la propiedad intelectual: la exclusividad y la transferencia. La exclusividad permite proteger los derechos sobre bienes incorporales excluyendo a otros, fuera del titular, de la posibilidad legal de explotarlos económicamente. Si lo vinculamos con el Derecho Civil, la exclusividad otorga el derecho de uso y goce. Mientras que la transferencia es el derecho que posee el titular para autorizar a un tercero el uso del bien intangible. En el ámbito civil vendría a ser el derecho de disposición.

La Constitución del 2008 permite a los pueblos indígenas ejercer el derecho de exclusividad, es decir, los titulares –la comunidad indígena– pueden utilizar y manipular sus conocimientos incluso pueden comercializar por sus propios medios sus productos derivados de los saberes ancestrales. Mientras que la Constitución no reconoce el derecho de transferencia, imposibilitando a los terceros acceder a dichos saberes aunque exista autorización previa por parte de los pueblos indígenas. Esta disposición constitucional limita el derecho de autodeterminación garantizado a favor de las nacionalidades indígenas.

La Biopiratería

> *"Imaginemos lo que le costaría a un equipo de investigación de una farmacéutica encontrar algún limpiador dental entre los miles de plantas de la Amazonia. ¿Décadas? ¿Decenas de millones de dólares? Más fácil resulta acercarse a un chamán, preguntarle con qué se limpia las caries, colectar la planta o plantas indicadas y llevarlas a un laboratorio para extraer sus principios activos, que luego se convertirán en productos con buenos réditos comerciales"* (Cuvi, 2015).

Sin importar el avance generado en torno al tema, especialmente el desarrollado por el Derecho Internacional Público, sigue existiendo limitaciones significativas en el marco legal debido a la inadecuada interpretación que se les da a los derechos étnicos-culturales, mismos que continúan siendo abordados desde parámetros tutelares y proteccionistas. A pesar de que la Constitución prohíbe toda forma de apropiación y otorgamiento de derechos sobre los conocimientos colectivos, el legislador no ha planteado mecanismo jurídico alguno para brindar las debidas garantías.

Cuando un tercero, pasando por alto la prohibición constitucional, se apropia de un saber tradicional, estamos frente a un caso de biopiratería. La biopiratería es "un fenómeno por el cual los recursos genéticos, biológicos y el comportamiento intangible asociados a ellos son accedidos de manera ilegal y generalmente transportados a otros lugares, distinto de su origen, para promover aplicación industrial, especialmente en biotecnología" (Morales, 2005).

Organizaciones ambientales, como Rural Advancement Foundation International (RAFI), define a la biopiratería como: "el uso de leyes de propiedad intelectual (patentes y derechos de obtener) para tener el control

monopólico sobre recursos genéticos que se basan en el conocimiento y la innovación de pueblos indígenas".

Antes de la expedición del Código Orgánico Integral Penal no existía ninguna figura legal para sancionar la práctica de la biopiratería, produciendo que la norma constitucional sea ineficaz. Actualmente, esta conducta se encuentra tipificada como *Delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional* dentro de la Sección Delitos contra la biodiversidad.

El artículo 248 del Código Orgánico Integral Penal establece 3 situaciones que constituyen delito:

> 1. *"Acceso no autorizado: la persona que incumpliendo la normativa nacional acceda a recursos genéticos del patrimonio nacional que incluya o no componente intangible asociado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años de prisión".* En el mismo numeral se determina una pena agravada en caso de que se demuestre que el acceso ha tenido finalidad comercial.
>
> *2. "Erosión genética: la persona que con sus acciones u omisiones ingrese, reproduzca, trafique o comercialice organismos o material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional, que incluyan o no componente intangible asociado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, tomando en consideración el valor de los perjuicios causados"*
>
> 3. *"Pérdida genética: la persona que con sus acciones u omisiones provoque pérdida del patrimonio genético nacional, que incluya o no componente intangible asociado será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años, tomando en consideración el valor de los perjuicios causados".*

Dichas conductas guardan relación con la práctica de la biopiratería; sin embargo, podemos observar que para que se configure el delito contra los recursos del patrimonio genético nacional no es suficiente que un tercero acceda y se aproveche ilegal e irregularmente de recursos biológicos y sus derivados, por cuanto se requiere además que dicho acceso altere de manera definitiva el patrimonio genético o provoque la pérdida del patrimonio genético, en pocas palabras, debe existir un uso incontrolado de los recursos para que se configure el tipo penal.

Proyecto de Enmiendas Constitucionales

En el año 2014, la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (Senescyt) presentó la propuesta de enmiendas constitucionales para la protección de saberes ancestrales y la biodiversidad del Ecuador. La iniciativa de la Senescyt pretende modificar los artículos 57, 322 y 402 de la Constitución, ya que tales normas han significado un retroceso por todos los antecedentes expuestos.

La propuesta de enmiendas relacionadas al saber ancestral tiene una relevancia a nivel cultural, sobre todo en un país en donde conviven 14 nacionalidades y 18 grupos étnicos, cada uno con su propio acervo cultural.

Con este paquete de enmiendas se pretende otorgar derechos, incluidos los de propiedad intelectual sobre procedimientos y productos obtenidos a partir de los conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad nacional siempre y cuando las comunidades, pueblos y nacionalidades lo consientan de manera libre y voluntaria. Además, se busca con las enmiendas que los legítimos poseedores, es decir las comunidades, participen de manera justa y equitativa de los beneficios obtenidos.

TABLA Nº 1: PROPUESTA DE ENMIENDAS CONSTITUCIONALES

PROPUESTA DE ENMIENDAS CONSTITUCIONALES		
Art. 57	**Art. 322**	**Art. 402**
En el numeral 12, suprímase la frase "Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas" y a continuación añádase la siguiente frase: "Se podrá acceder, usar y aprovechar el conocimiento colectivo, siempre que exista el consentimiento libre, previo e informado de sus legítimos poseedores y estos participen de manera justa y equitativa de los beneficios obtenidos".	Sustitúyase el art. 322 por: "Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo a las condiciones que señale la ley. Se prohíbe la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad".	Sustitúyase el art. 402 por: "Se podrán otorgar derechos, incluidos los de propiedad intelectual sobre procedimientos y productos derivados o sintentizados, obtenidos a partir de los conocimientos colectivos asociados a la biodiversidad nacional siempre que las comunidades, pueblos y nacionalidades, en calidad de legítimos poseedores de dicho conocimiento participen justa y equitativamente de los beneficios obtenidos de forma sostenible y sustentable".

El Conocimiento Ancestral y el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación

El proyecto del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación garantiza los derechos intelectuales comprendidos por la propiedad intelectual y por los conocimientos tradicionales. Se debe dejar señalando que este proyecto contraviene a lo dispuesto en los artículos 57, 322 y 402 de la Constitución del Ecuador, dado que al hablar de acceso, uso y aprovechamiento se está entregando a los pueblos y comunidades el derecho de disposición.

El título VI del proyecto define a los saberes tradicionales como todos aquellos conocimientos colectivos que forman parte del acervo cultural de pueblos, nacionalidades y comunidades, y que han sido desarrollados, actualizados y transmitidos de generación en generación. Según esta ley, dichos derechos son imprescriptibles, inalienables e inembargables y a su vez reconoce como legítimos poseedores a las comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas, al pueblo afro ecuatoriano, al pueblo montubio y a las comunas que habitan en el territorio nacional.

Este derecho se desarrolla bajo el efecto declarativo, es decir, nace a la vida jurídica desde el momento en que los conocimientos forman parte de una determinada colectividad (el saber colectivo se exterioriza). Su reconocimiento no está sometido a ningún tipo de registro ni al cumplimiento de formalidad alguna. La ley habla de un depósito voluntario ante la Autoridad competente (efecto meramente declarativo), cuya función sería crear una presunción de hecho a favor del depositario para efectos probatorios, esencialmente con temas relacionados a la carga de la prueba. La intervención de la autoridad es para ratificar y reconocer una situación jurídica vinculante anterior, esto es, la titularidad de los saberes ancestrales.

Como se indicó en líneas anteriores, la ley otorga el uso, goce e incluso la disposición de los conocimientos a sus legitimarios. En caso de existir un interés en el acceso, uso y aprovechamiento, el código obliga contar con el consentimiento previo, libre e informado de acuerdo a las propias formas de organización del pueblo o comunidad. El consentimiento debe establecer una repartición justa y equitativa de los beneficios monetarios y no monetarios. Si se trata de un componente intangible asociado a los recursos genéticos,

los interesados deberán presentar un plan para obtener la aprobación de los titulares ante la Secretaría de Educación Superior, Tecnología e innovación.

Posteriormente, los interesados y los legítimos poseedores deberán suscribir un contrato por escrito, en idioma castellano y si es posible en lengua materna de la comunidad contratante. El contrato debe contener: 1) Los términos y condiciones sobre el uso, acceso o aprovechamiento de los conocimientos. 2) Motivación pertinente en cuanto a los alcances y potenciales efectos internacionales que se prevén obtener. 3) La manera de distribución justa y equitativa de los beneficios monetarios y no monetarios. 4) Plan de sustentabilidad y sostenibilidad del conocimiento. 5) Posibles autorizaciones o cesiones futuras.

Finalmente los contratos se aprobarán con el criterio favorable de la Secretaría de Educación Superior, Tecnología e innovación y de las entidades pertinentes, y surtirán efectos desde su inscripción.

Conclusiones

En el presente año el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual y la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología presentaron un informe que analiza la situación actual de los conocimientos tradicionales. El informe revela que "11 países se han llevado recursos genéticos para patentarlos y tener réditos por el uso comercial". Se indica además que se han "generado 120 trámites en EE.UU., Japón, Corea y países de la Unión Europea (UE) del material genético ecuatoriano" (El Telégrafo, 2016).

Este tema se encuentra latente y refleja la constante enajenación cultural que atraviesan no solo las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sino toda nuestra Región. Estamos conviviendo en un mundo globalizado direccionado por la ley de la oferta y la demanda, por lo que hemos adoptado ordenamientos jurídicos pensados para controlar culturas con distintas concepciones. Buscar la solución utilizando los mecanismos tradicionales de Propiedad Intelectual (patentes) significaría la mercantilización del conocimiento y su desvalorización.

El Estado de ninguna manera debe pasar por alto este problema, mucho menos por la presión generada por los agentes comerciales transnacio-

nales o por las conocidas potencias que por sus intereses económicos buscarán la expropiación de cualquier modo. Eso no quiere decir que el acceso al conocimiento generado en el mundo deba ser restringido o limitado. Nos encontramos en pleno siglo XXI y el interés de la humanidad es buscar una vida digna a manera que todo avance científico, incluido el generado por los pueblos ancestrales, debe beneficiar a la colectividad. La única condición debe ser la existencia de un régimen equitativo y justo para que nadie quede excluido (inventor y beneficiario). No se puede permitir que mientras unos sigan en la extrema pobreza sin satisfacer necesidades vitales, otros se enriquezcan.

Este artículo busca dar una aproximación a una gran problemática e invito a cada uno de los lectores para que cuando adquieran un producto sobre todo farmacéutico, alimenticio o cosmético observen sus componentes. Podrán notar que la gran mayoría provienen de algún principio estudiado por las comunidades y pueblos de la Región. Las personas que tengan oportunidad de consumir té de guayusa, bebida tradicional de la Amazonía, deben conocer que hasta el momento existen dos patentes solicitadas en Estados Unidos, país donde se comercializan bebidas energizante con dicha planta. Quienes utilicen estevia para endulzar sus comidas consideren que ha sido un compuesto utilizado por hace más de 1500 años por los guaraníes. Podríamos dar miles de ejemplos pero solo queda preguntarnos ¿Cómo se han beneficiado los pueblos y comunidades?

BIBLIOGRAFÍA

Arias, E. (2010). *La propiedad intelectual: enfoques para el tratamiento económico de los conocimientos tradicionales.* Quito: Tesis: Ponficia Universidad Católica del Ecuador .

Bravo, E. (2010). *La biodiversidad y la soberanía.* Quito: Abya-Yala.

Chávez, G. (2007). *Temas de propiedad intelectual: Los derechos intelectuales de los pueblos indígenas en el Ecuador.* Quito: Corporación Editora Nacional.

Cuvi, N. (2015). Sobre las formas de apropiación de ideas y cosas: algunas reflexiones para el diálogo. En A. Acosta, *Biopiratería: La biodiversidad y los conocimientos ancestrales en la mira del capital.* Quito: Abya Yala.

De la Cruz, R. (1999). *Biodiversidad. Derechos Colectivos y Régimen Sui Generis de Propiedad Intelecual.* Quito: COICA.

Donoso, S. (2009). *Propiedad intelectual: recursos genéticos, conocimientos ancestrales y folclor.* Quito: Ediciones Legales .

Donoso, S. (2009). *Propiedad Intelectual: recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor.* Quito: Ediciones Legales.

GRAIN. (17 de diciembre de 1998). *Biopiratería en Ecuador.* Obtenido de https://www.grain.org/es/article/entries/864-biopirateria-en-ecuador

Grijalva, A. (2007). *Introducción a la propiedad intelectual.* Quito: Corporación Editora Nacional.

Kate, T. (1999). *The Comercial Use of Biodiversity. Access to Genetic Resources and Benefit Sharing Earthscan* . London: Publications Ltd.

Khor, M. (2003). *El saqueo del conocimiento.* 2003: Icaria Editorial.

Kuppe, R. (2000). *El convenio internacional sobre Biodiversidad Biologica: ¿Protección o amenaza para los guardianes de la tierra?* Arica, Chile.

Matos, E. (2014). *Problemática jurídica en torno a la pérdida del conocimiento tradicional.* Quito: Revista de Derecho UASB.

Matos, E. (2014). *Valoración y Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Reascos, N. (2011). *La cultura, las culturas y la identidad.* Quito.

Ruiz, M. (2013). *Saberes ancestrales y el componente intangible asociado: marco normativo.* Quito: Asociación Escuela de Derecho.

Secretaría General de la Comunidad Andina. (2005). *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena.* Caracas: Corporación Andina de Fomento.

Tobón, N. (2003). *Los Conocimientos Tradicionales como Propiedad Intelectual en la Comunidad Andina.* Buenos Aires: Astrea.

UNEP/CBD/TKBD. (1997). *Curso práctico sobre conocimiento tradicionales y diversidad biológica.* Madrid.

Vogel, J. (2000). *El cártel de la biodiversidad: transformación de conocimientos ancestrales en secretos comerciales.* Quito: CARE, Proyecto SUBIR.

Yánez, M. (2010). *Propuesta de Normativa de los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas.* Quito.

INOBSERVANCIA GUBERNAMENTAL DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES REFERENTES A LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA INICIATIVA YASUNÍ-ITT

Antonella Paredes Torres[1]

Resumen: *La Constitución Ecuatoriana de 2008 contempla la adopción de un neo constitucionalismo andino, que integra varios elementos propios de la cosmovisión indígena en el ordenamiento jurídico tradicional; tal es el caso del reconocimiento de los derechos de la naturaleza, significando el cambio de un paradigma antropocéntrico a uno biocéntrico[2]. En este contexto, en el año 2007 se promovió la iniciativa Yasuní-ITT liderada por el vehemente discurso conservacionista del gobierno, que lamentablemente, experimentó un cambio drástico luego del fracaso del mencionado proyecto. De este modo se pasó de una política no extractivista fundamentada en el respeto a los derechos de la naturaleza, a una política derivada de la necesidad económico-temporal, tornando a la naturaleza en mercancía y a las normas constitucionales en mera herramienta populista. Acciones gubernamentales incongruentes que han reflejado un ejemplo de desobediencia normativa y constante incertidumbre jurídica.*

La naturaleza a través de la historia

Desde tiempos inmemoriales la naturaleza ha formado parte sustancial del desarrollo humano, por lo que han surgido varios paradigmas de relacionamiento con el medio vital, comenzando desde los griegos, quienes desarrollaron dos teorías: la naturaleza como recurso (Epicúreos) y la naturaleza como sustrato de vida en el que los seres humanos son un elemento más (Estoicos).

---

1 Estudiante de quinto semestre de la Carrera de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Sede Quito-Ecuador. Asistente legal en Corral Rosales Carmigniani Pérez. antop24@hotmail.com

2 Enfoque constituido por elementos históricos y ecologistas, haciendo alusión los primeros a "un retorno/reconocimiento de los saberes ancestrales, y los segundos al despertar de la conciencia ecologista" (Prieto Méndez, 2013, pp. 30-31).

Posteriormente el debate se traslada a la relación humano-animal, manejándose una posición ambivalente, en la que si bien no se reconocían derechos a los animales, si se les atribuía cierto grado de responsabilidad y dignidad por las características comunes que compartía con el hombre. Un ejemplo de dicha posición son los juicios contra animales muy frecuentes durante la Edad Media.

En el siglo XVIII, los animales pasan a ser considerados como objetos apropiables, teoría plasmada en la tesis de René Descartes, que se refiere a los animales como máquinas sin alma.

Con el establecimiento de los Estados y las teorías contractualistas, aparece una idea más formada sobre los derechos, mismos que nacen de un contrato social entre los seres humanos, dejando fuera a los animales y la naturaleza en general. En contraposición a ello, Betham consideraba, desde su pragmatismo utilitarista, que los animales tenían derechos al igual que los humanos por la capacidad común de ser vulnerables y sensibles ante el dolor (Zaffaroni, 2011).

Cabe destacar el aporte del inglés James Lovelock, pues su hipótesis Gaia influyó mucho en la concepción de los derechos de la naturaleza, al postular que "el planeta es un ente viviente (...) un sistema que se autorregula" (Zaffaroni, 2011, p. 76).

En la actualidad la corriente animalista[3], la conciencia del cambio climático y los aportes del Derecho Ambiental[4], han ayudado al desarrollo de dos teorías básicas: el ecologismo, que considera al ser humano como un ser que representa un elemento más de la naturaleza; y, el ambientalismo, que aduce que la naturaleza fue creada para ser nuestro hábitat, pudiendo ejercer propiedad sobre ella y los recursos que otorga (Prieto Méndez, 2013).

---

3 Basadas en la búsqueda del reconocimiento de los animales como sujetos de derecho.

4 Rama del derecho que "reconoce al medio ambiente la condición de *bien jurídico* y como tal lo asocia a lo humano por la vía de los bienes colectivos o bien de los derechos humanos" (Zaffaroni, 2011, p. 64).

Naturaleza sujeto de derechos

En la actualidad solo la Constitución Ecuatoriana de 2008 reconoce expresamente[5] a la naturaleza como sujeto de derechos[6], es decir, como "ente que tiene la capacidad para ser sujeto de las normas jurídicas (activa o pasivamente)" (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2000, p. 293).

Esta concepción se ha basado en varios elementos del pensamiento andino, como el ideal del Sumak Kawsay o buen vivir, alrededor del cual gravita todo el desarrollo de las normas constitucionales y que se define como "un sistema de vida que contiene una serie de principios, normas o reglas que establecen un modelo económico, social, político de sociedad" (Simon Campaña, 2013, p. 18).

Otro elemento consustancial al desarrollo constitucional es el concepto de Pacha Mama, considerada según el pensamiento andino como:

[...]fuente principal de vida, continuación del proceso cósmico de regeneración y transformación de la relacionalidad fundamental y del orden cósmico. En este sentido la Pachamama vive, "es un ser vivo orgánico que 'tiene sed'[...], que se 'enoja', que es 'intocable' [...] que 'da recíprocamente'[...] La naturaleza (Pachamama) es un organismo vivo, y el ser humano es, en cierta medida, su criatura (Llasag Fernández, 2011, p. 85).

Siguiendo estas premisas, se ha adoptado un enfoque biocéntrico en la Constitución, pasando a ser la naturaleza un sujeto porque:

El ordenamiento jurídico le ha reconocido como titular de ciertos derechos subjetivos que nacen del deber jurídico de los demás; y por tanto, no requieren de la voluntad ni capacidad del titular (naturaleza) para su vigencia y aplicabilidad.

Presenta capacidad de gozar de los derechos que se le reconozcan, aunque no tenga la capacidad de ejercer dichas facultades, por no poder

---

5 "La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución" (Art. 10, CR).

6 La constitución Boliviana de 2009 no menciona expresamente a la naturaleza como sujeto de derechos, pero esta idea se desprende de la interpretación de artículos como el 33 y 34 (Hermosa Mantilla, 2014).

realizar actos de voluntad ni obligarse por sí misma sin necesidad de procuración ajena.

El respeto a sus derechos puede ser exigido por las personas, pueblos o comunidades (Simon Campaña, 2013).

2.1 Derechos otorgados a la naturaleza en la Constitución de 2008

La Constitución vigente conserva los derechos inspirados en la teoría antropocéntrica que ya constaban en la Constitución de 1998, y adhiere otros que nacen de la teoría biocéntrica. A continuación se exponen algunos de ellos:

2.1.1. Normativa inspirada en la Teoría Ambientalista o Antropocéntrica

La teoría antropocéntrica es aplicada por el Derecho Ambiental, que reconoce a los seres humanos como titulares de derechos, aunque especifica ciertas obligaciones del individuo con la naturaleza.

Existen varias normas constitucionales con espíritu ambientalista, así encontramos las siguientes:

> *Artículo 14.- Contempla que la población tiene derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, evidenciando que el titular del derecho es el ser humano, y si bien existe una intención de conservación de los ecosistemas, ésta es direccionada al bienestar del hombre.*
>
> *En el segundo inciso de este mismo artículo, se menciona que la biodiversidad y el patrimonio genético son propiedad del país y por ello se justifica su protección.*
>
> *Artículo 32.- Hace mención al derecho a la salud que se relaciona estrechamente con el derecho a un ambiente sano, evidenciando que se coloca la naturaleza al servicio de los intereses humanos.*
>
> *Artículo 66 numeral 27.- Expresa un carácter antropocéntrico al mencionar que se "reconoce y garantizará a las personas el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza".*

Artículo 276 inciso 4.- Prevé que uno de los objetivos del Régimen de Desarrollo es "recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable", pero con el propósito antropocentrista de garantizar a "las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural."

Artículos 395 y 397.- Hacen alusión a las garantías para el cumplimiento del derecho individual o colectivo a un medioambiente sano.

2.1.2. Normativa inspirada en la teoría biocéntrica o de ecología profunda

La teoría de la ecología profunda consiste en el reconocimiento de "personería a la naturaleza, como titular de derechos propios, con independencia del humano" (Zaffaroni, 2011, p. 67).

Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador imprime claramente una perspectiva de ecología profunda desde su Preámbulo, celebrando a la Pacha Mama (Naturaleza) y destacando que los seres humanos somos parte dependiente de la misma. Además, en el Capítulo Séptimo del Título II, se exponen los derechos de la naturaleza, mismos que se analizarán a continuación:

Análisis del Artículo 71

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

En este artículo evidenciamos que la Pacha Mama o Naturaleza, posee la titularidad del derecho a que "se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos".

Cabe enfatizar que, no cualquier ente por separado puede ser sujeto de este tipo de derechos, porque la titularidad pertenece solamente al lugar donde "se reproduce y realiza la vida", es decir a la Naturaleza en su conjunto (Prieto Méndez, 2013).

Para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos de la naturaleza, se otorga una facultad procesal o adjetiva a toda persona, pueblo o nacionalidad; legitimándolos para exigir el cumplimiento de los mencionados derechos.

En el artículo 71 se establece que para aplicar e interpretar los derechos de la naturaleza, se observarán los principios establecidos en la Constitución, como los siguientes:

Principios fundamentales para el ejercicio de los derechos en general; entre ellos, la igualdad jerárquica de los derechos, su calidad de justiciables, la obligación de las autoridades de garantizar el cumplimiento de los mismos, entre otros. (Art. 11, CR).

Principio in dubio pro natura, implica que "en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza" (Art. 395 numeral 4, CR).

Principio de garantía de participación popular en las diversas etapas de las actividades que generen impactos ambientales. (Art. 395 inciso tercero, CR).

Principios de precaución y prevención (Art. 73, CR).

Principio de presunción de culpabilidad del sujeto pasivo, es decir que en todo caso de daños ambientales el demandado deberá probar que no existe realmente daño.

Cabe mencionar además, que la forma directa de efectivizar los derechos de la naturaleza, es a través de las Garantías Jurisdiccionales, Normativas y Políticas públicas, establecidas del Art. 84 al Art. 94 de la Constitución.

Análisis del artículo 72

> *La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.*
>
> *En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.*
>
> Con respecto a la restauración, la Corte Interamericana de Derechos Humanos menciona que esta debe ser "pronta e integral y que su cumplimiento vincula a todos los poderes y órganos del Estado" (Resolución de la CIDH en el Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, 1999).
>
> Dicha restitución deberá propender a recrear la situación previa al daño y, de no ser posible, se aplicarían otras medidas como: "(...) indemnización; rehabilitación; satisfacción; garantías de no repetición". (Resolución sobre los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 2005).

Parque Nacional Yasuní

El Parque Nacional Yasuní se localiza en "en el sector centro oriental de la región amazónica ecuatoriana, en las provincias de Orellana (cantones Aguarico y Coca) y Pastaza (cantón Pastaza), entre los ríos Napo y Curaray" (Plan de Manejo del Parque Nacional Yasuní, 2011, p. 6).

Es una de las zonas más biodiversas del mundo y el área protegida más extensa del país, con 982.000 hectáreas de bosque húmedo tropical. Dentro del Parque encontramos la Reserva petrolera ITT y la Reserva étnica Huaorani (Sánchez, 2009).

Fue creado mediante Acuerdo Ministerial[7] en 1979 y, posteriormente declarado como Reserva Mundial de la Biosfera por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), debido a que "es uno de los lugares de mayor diversidad genética del planeta, ya que el número y variedad de especies que posee es superior que en cualquier otro ecosistema terrestre" (Guía sobre el Parque Nacional Yasuní, 2012, p. 10).

Es preciso mencionar además, que en el Parque Nacional Yasuní, han convivido originariamente las nacionalidades Huaoranis, y posteriormente los pueblos en aislamiento voluntario Tagaeri y Taromenane, que son clanes disgregados de la propia etnia Huaorani. También habitan en esta área, miembros de la nacionalidad Kichwa y Shuar que migraron de otras provincias desde los años setenta (Plan de Manejo del Parque Nacional Yasuní, 2011).

En la actualidad, los Tagaeri y Taromenane habitan en una Zona Intangible, es decir en un espacio protegido de gran importancia biológica y cultural en el que no se puede realizar ningún tipo de actividad extractiva. Dicha Zona se encuentra en la parte Sur del Parque Nacional Yasuní y alcanza aproximadamente 700.000 hectáreas. (Decreto Ejecutivo 552, 1999).

Lamentablemente, y a pesar de su afán de aislamiento, estas comunidades indígenas se han visto amenazados por el desarrollo petrolero, los crecientes asentamientos de colonos, evangelización y demás prácticas que afectan su cultura.

Iniciativa Yasuní-ITT

En el año 2007, el presidente de la República Rafael Correa presentó ante la Asamblea General de las Naciones Unidas la iniciativa Yasuní – Ishpingo – Tambococha – Tiputini (ITT), luego de haberse confirmado la existencia de importantes yacimientos petrolíferos en el campo ITT. Dicha propuesta consistió en mantener indefinidamente bajo tierra los 846 millones de barriles de crudo equivalentes al 20% de las reservas del

7 Acuerdo Ministerial No. 322 del 26 de julio de 1979, publicado en el Registro Oficial No. 69 del 20 de noviembre de 1979.

país. (Larrea, Iniciativa Yasuní-ITT. La Gran Popuesta de un país pequeño, 2009). A cambio de ello, la comunidad internacional debía contribuir con aproximadamente "3.600 millones de dólares, equivalentes al 50% de los recursos que percibiría el Estado en caso de optar por la explotación petrolera" (Macías, 2016).

La iniciativa se creó con cuatro objetivos principales: ofrecer una opción paralela a la explotación petrolera evitando la contaminación y el calentamiento global; proteger la biodiversidad en el Ecuador y apoyar el aislamiento voluntario de los grupos indígenas no contactados; combatir la pobreza (Sánchez, 2009); y, realizar proyectos de energía renovable, con miras a lograr el cambio de la matriz energética del país. De este modo, se podría evitar la dependencia de combustibles fósiles, "aprovechando el enorme potencial hidroeléctrico, geotérmico, eólico y solar del país" (Larrea, Yasuní-ITT: Una Iniciativa para cambiar la historia, 2011, p. 3).

Para ello, se debía conformar un fideicomiso internacional administrado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (en adelante PNUD), mismo que sería establecido a partir de contribuciones voluntarias de:

> a) países amigos y organismos multilaterales, [mediante]: aportes provenientes de las subastas de permisos de emisión o de impuestos al carbono, canje de deuda por conservación, proyectos específicos en fuentes renovables de energía, deforestación evitada, conservación y desarrollo social. b) Contribuciones de organizaciones de la sociedad civil. c) Contribuciones de empresas con responsabilidad social y ambiental. d) Contribuciones de ciudadanos de todo el planeta (Larrea, Yasuní-ITT: Una Iniciativa para cambiar la historia, 2011, p. 41).

Se esperaba recaudar el dinero en aproximadamente trece años, pero la Iniciativa desde sus inicios planteó una atmósfera de inestabilidad, llena de constantes altibajos. Dichos inconvenientes se evidenciaron desde la indecisión en cuanto al organismo que lideraría la Iniciativa. Los primeros en encargarse de ella fueron la Vicepresidencia de la República y la Cancillería, pero poco tiempo después se le atribuyó a la Secretaría Técnica de la Iniciativa Yasuní-ITT manejada por el Ministerio del Ambiente (en adelante MAE), iniciando así un constante traspaso de la responsabilidad de la Iniciativa por varios ministerios y organismos estatales (Orellana, 2012).

A lo mencionado anteriormente, se suma la perspectiva rígida y poco asequible con la que el Gobierno presentaba la Inicitiva en el ámbito internacional, exaltando la soberanía nacional y requiriendo el cumplimiento de varias condiciones por parte de los países contribuyentes, entre ellas, la no intervención de los mismos en la administración del capital otorgado. Esto, como es de esperarse, generó un ambiente de disconformidad y desconfianza en los posibles depositantes, que fueron apartándose paulatinamente de la Iniciativa (Orellana, 2012).

Mientras tanto, a nivel nacional se promocionaba la valía del Yasuní a través de medios de comunicación, festivales y presentaciones de personajes famosos nacionales y extranjeros.

Pero los ingentes gastos en publicidad no dieron resultado hasta que la propuesta pasó a ser manejada por la Secretaría Técnica de la Iniciativa Yasuní-ITT, y en junio del 2008 con intervención del Dr. Francisco Carrión, Alemania Bélgica, Francia y Suecia decidieron apoyar el proyecto. Sin embargo, y a pesar del breve éxito por el que atravesó la Inicitiva, el Presidente dispuso no firmar el fideicomiso con PNUD[8], aduciendo que violaba la soberanía del país, acción que tornó insubsistente el proceso de negociación (Orellana, 2012).

En 2010, pasó a administrar la Iniciativa María Fernanda Espinosa, Ministra Coordinadora del Patrimonio, y se conforma el equipo negociador liderado por Ivonne Baki. A su cargo se firma el fideicomiso con PNUD y empiezan a aportar "España, Chile, la región belga de Valonia, Fundación AVINA y además un canje de deuda con el gobierno de Italia por un monto de 35 millones de dólares a favor de la Iniciativa" (Orellana, 2012, p. 28).

Lamentablemente, para 2011 Alemania decide retirar su apoyo, al igual que otros países, por la inestabilidad que generaba el discurso del presidente Correa, mismo que algunas veces enfatizaba en la importancia de la Iniciativa, pero en otras ocasiones le daba primacía a la posibilidad de aplicar el Plan B, consistente en la explotación de los bloques petroleros dentro del Yasuní (Loza, 2013) (Orellana, 2012).

8 Fideicomiso en el que se depositarían las contribuciones para la Iniciativa.

En vista del eminente fracaso de la Iniciativa, el 15 de Agosto de 2013, el presidente Rafael Correa decide unilateralmente darla por terminada a través del Decreto Ejecutivo N° 74, en el que solicita que la Asamblea Nacional emita la declaratoria de interés nacional para proceder a la extracción petrolera en el Yasuní. En dicho Decreto se establecía además, la realización de una convocatoria a la Junta del *Fideicomiso Iniciativa Yasuni ITT*, para que se lleve a cabo el proceso de terminación y liquidación de capitales.

Luego de muy poco tiempo, la Asamblea decidió declarar de Interés Nacional la explotación de los Bloques 31 y 43 en una extensión no mayor al uno por mil (1/1000) del Yasuní (Decreto Ejecutivo No. 84, 2013).

Este conglomerado de acciones estatales equívocas generaron en el pueblo la necesidad de expresarse, a través de manifestaciones o creando movimientos y colectivos. Lamentablemente muchas de estas acciones sociales fueron reprimidas con violencia (YASunidos, 2012).

YASunidos fue el actor más representativo en la lucha para dejar el petróleo del Yasuní bajo tierra, fusionándose posteriormente con otros colectivos de la sociedad civil que luchaban por el mismo objetivo. Su empeño empezó presentando ante la Corte Constitucional una propuesta de pregunta para someterla a Consulta Popular, trámite que fue aceptado por el Consejo Nacional Electoral (en adelante CNE) y viabilizado a través de la entrega de los formularios para la recolección de firmas, proceso que se debía realizar en ciento ochenta días. El colectivo debía recolectar un número de firmas "no inferior al cinco por ciento de personas inscritas en el registro utilizado en el último proceso electoral" (Art. 7, Reglamento de Consultas Populares Iniciativa Revocatoria de Mandato), lo que representaba 584.116 rúbricas de respaldo (El Telégrafo, 2013). Durante el plazo establecido se emprendió una campaña mediática para desprestigiar a YASunidos, y en marzo del 2014 se entregaron "55 cajas con 757.623 firmas al CNE" (YASunidos, 2012). Luego de varias irregularidades como la realización del proceso de valoración de firmas en un inicio sin participación de miembros del Colectivo, el CNE decidió anular doscientos treinta mil firmas, con lo que el colectivo no reunió el apoyo necesario para convocar a Consulta Popular.

Es por ello que YASunidos, entabló una demanda en contra del Estado ecuatoriano por presunta violación de derechos políticos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, exigiendo que se reparen los derechos violentados de varios solicitantes de la consulta popular (El Universo, 2014).

Incongruencias discursivas Gubernamentales frente a los Derechos de la Naturaleza

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, el gobierno de la Revolución Ciudadana se ha valido de las premisas de respeto a los derechos de la naturaleza y el Sumak Kausai, como herramienta para convencer a grandes grupos poblacionales que creyeron en la transformación innovadora que se daría en el país en cuanto conservación ambiental. Este discurso progresista se vio materializado en la Iniciativa Yasuní-ITT, sin embargo, según Rasa Bihari activista de YASunidos, esta se encontraba "desde sus inicios destinada a fracasar, era la excusa perfecta para de alguna forma justificar la explotación" (Bihari D, 2015).

Lo mencionado estaría sustentado, si consideramos la actuación gubernamental contradictoria en cuanto a la promoción de la Iniciativa, pues al mismo tiempo que el Presidente impulsaba la valía de la biodiversidad contenida en el Yasuní, mencionaba constantemente el "Plan B" relacionado con la explotación petrolera; como si realmente no quisiese que funcionare. Esto generó inestabilidad y desconfianza en la comunidad internacional, pues no se tenía certeza de cuál era la posición y el real objetivo de Ecuador (Mena, 2013).

Esto, como es de esperarse, fue una de las principales causas para el fracaso de la Iniciativa, misma que terminó con la firma del Decreto Ejecutivo No. 74 publicado en el Registro Oficial Suplemento 72 del 3 de septiembre de 2013, documento en el que se evidenció una gran discordancia, pues se mencionaba que la intervención sería del uno por ciento de la superficie del Parque Nacional Yasuní, mientras el Presidente en medios y espacios de entrevista, mencionaba que la explotación sería del 1 por mil de dicha área protegida. El artículo 5 del Decreto en el que se mencionaba el porcentaje máximo de explotación, fue enmendado con la promulgación del Decreto Ejecutivo No. 84 en el Registro Oficial Suplemento 77 del 10 de Septiembre de 2013 (YASunidos, 2012).

En este punto, cabe reflexionar que la decisión de explotar el Yasuní sin consulta popular previa, es contradictoria con el concepto de Estado Constitucional de Derecho democrático que se menciona en el Art. 1 de la Constitución, pues la soberanía, y con ella el poder de decisión, le corresponde al pueblo y no al presidente de turno. Además ser "Estado Constitucional", significa que en Ecuador debería existir una verdadera primacía de la Constitución como norma política y jurídica, sin embargo, varias de sus normas han sido inobservadas, algunas de las cuales mencionaremos a continuación:

> *Artículo 424 de la Constitución: "Los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público". Este artículo ha sido trasgredido en el caso Yasuní-ITT, pues no se han respetado tratados internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas. En este instrumento, se menciona en el numeral segundo del artículo 32, que debe realizarse siempre una consulta a las poblaciones que se verían afectadas por actividades extractivistas, antes de suscribir cualquier proyecto; lo cual, evidentemente no se realizó antes de que el presidente Correa decretara la explotación del Yasuní. (Grijalva, 2012).*
>
> *Por ello, a pesar de que se hubiera cumplido con el Art. 407 de la Constitución9, la explotación nunca debió proceder porque irrespetaba el instrumento internacional anteriormente expuesto, invalidando toda acción.*
>
> *Artículo 395 de la Constitución.- Referente al principio indubio pro-natura, se inobservó pues en la decisión de explotar el Yasuní no se tomó la resolución más favorable para la naturaleza.*
>
> *Artículo 57 numeral 21 de la Constitución.- "Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva". La decisión de explotación del Yasuní además de inobservar el citado artículo, representa una incongruencia con el discurso de inclusión,*

9 Que menciona la posibilidad de explotación de recursos no renovables en áreas protegidas y zonas intangibles, solo por "petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional" (Art. 407, CR);

> *respeto a la autodeterminación y conservación de la cultura de los pueblos indígenas.*

Pero la mayor incongruencia gubernamental, ha sido la originada en la instrumentalización de las normas constitucionales que establecen los derechos de la naturaleza, expresados en los artículos 71 y 72 de la Constitución. Esto, debido a que en los primeros momentos de la Iniciativa, se utilizaron para fundamentar la importancia biológica del Yasuní; sin embargo, luego del fracaso de la Iniciativa, se inobservaron totalmente, dejándolos fuera del debate y degradándolos a 'comodines' de manejo arbitrario y circunstancial del gobierno.

La explotación del Yasuní, significa vulnerar el derecho de la naturaleza al respeto integral de su existencia y el derecho al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, tomando en cuenta que:

> (...) la tecnología de punta, es un discurso, en la práctica no existe un sistema de explotación seguro (...). Los riesgos de derrames, accidentes, incendios, explosiones y contaminación son inherentes a esta industria y están presentes todo el tiempo. Hay demasiados factores que escapan a la tecnología y a la buena voluntad (Bihari D, 2015).

Cabe mencionar también que, contrario a la política de transparencia que esgrime el discurso de la Revolución Ciudadana, han existido varias trabas y una actitud de hermeticidad ante el ingreso de ciudadanos en los bloques 31 y 43 que se encuentran en proceso de explotación por parte de Petroamazonas EP.

Como un ejemplo de ello, podemos evidenciar que el 31 de marzo de 2015, el Ministerio del Ambiente, mediante Oficio N° MAE-SCA-2015-0982, negó el requerimiento del colectivo YASunidos de ingresar conjuntamente con miembros de prensa a los bloques en proceso de explotación, para verificar las especificaciones de un sendero ecológico, fundamentándose en las siguientes razones:

-Considerar que su objetivo para ingresar al Yasuní no tenía fines de "preservación, protección, investigación, recuperación y restauración,

educación y cultura, recreación" (Art. 170, Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente).

- "No presentar las garantías que aseguren que los proponentes den cumplimiento a lo establecido en el artículo174 del Libro III del TULAS, respecto a la obligación de acatar las disposiciones de la ley" (Respuesta Petición Parque Nacional Yasuní Colectivo YASunidos, 2015, p. 3). Significando que el Ministerio presume de antemano que YASunidos no respetaría la normativa ambiental vigente que debe observarse en Áreas Protegidas.

- El ingreso de un número no definido de personas, vehículos y medios de comunicación pondría en peligro al frágil ecosistema[10].

- El requerimiento contraviene lo mencionado en "la Actualización del Plan de Manejo Ambiental correspondiente al Estudio de Impacto Ambiental para el proyecto fase de Desarrollo y Producción del Bloque 31-Campos Apaika y Neke (...), [que establece que el acceso] se encuentra restringido para actividades [fuera] del capítulo 4 del Plan de referencia" (Respuesta Petición Parque Nacional Yasuní Colectivo YASunidos, 2015, p. 3).

Al respecto, podría decirse que la decisión del MAE de negar el ingreso a YASunidos y medios de comunicación, sería correcta y fundamentada, siempre que se manejara el mismo criterio para todos los sectores, independientemente de que sean miembros del oficialismo.

Sin embargo, según YASunidos la decisión del MAE habría sido parcializada porque, como mencionan en su Carta de Respuesta al Oficio del Ministerio, se niega la entrada al Colectivo, pero "se organizan monitoreos "ciudadanos" por parte de la Secretaría de Gestión de la Política, para realizar videos de propaganda oficial, creados por la Secretaría de Comunicación" (YASunidos, 2015).

De ser así, esto vendría a significar que el derecho a participar en las decisiones trascendentales de la vida pública, a verificar y monitorear

10 Lo cual es contradictorio, si consideramos que se permite el ingreso a petroleras que lógicamente causan un mayor perjuicio que un Colectivo.

las actividades del estado y de obtener información transparentes, son exclusivos de aquellos que apoyan al oficialismo y, no pertenecen a la ciudadanía en general.

Conclusiones

Como corolario diremos que varias han sido las contradicciones entre las acciones del gobierno y lo enunciado en las normas constitucionales sobre los derechos de la naturaleza. Comenzando desde el preámbulo, en el que se establece como principio transversal de todo el accionar estatal el respeto a la Pacha Mama, lo cual no se corresponde con la decisión de explotación petrolera de la zona más biodiversa del planeta.

La forma en que actualmente está manejada la explotación del Yasuní es incongruente con el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, pues de ser así, se acogerían las diversas opiniones de sus "representantes"[11] es decir los ciudadanos, permitiendo que se involucren con mayor libertad en el tema y controlen las actividades extractivas.

La decisión de explotar el Yasuní conlleva la inobservancia de los Art. 71 y 72 de la Constitución, mismos que sirvieron de sustrato y tuvieron plena vigencia durante la campaña de promoción de la Iniciativa Yasuní-ITT. Demostrando que el respeto íntegro de la naturaleza y sus ciclos vitales tienen diferente validez dependiendo de las circunstancias.

La política incongruente del Estado, se ha reflejado en el malestar social continuo, en las marchas y movilizaciones de diversos colectivos pro naturaleza, y en la propuesta de Consulta popular que aunque fallida, evidenció muchas de las irregularidades en el manejo de la "democracia" en Ecuador.

El doble discurso del oficialismo y la política de inobservancia a las normas constitucionales, generan un ambiente de inseguridad jurídica y desvirtúan la valía de la Carta Magna, misma que debería ser íntegramente respetada en un Estado Constitucional de Derecho como se supone es Ecuador. El accionar del ejecutivo no hace más que desencadenar una

11 Tomando en cuenta que la naturaleza es titular de derechos pero necesita que alguien más la represente (ciudadanos) para garantizar el ejercicio de los mismos

serie de abusos a los preceptos constitucionales, pues si el Presidente, que al fin y al cabo es un ciudadano, puede incumplir la Constitución y valerse de ella como instrumento circunstancial, cualquier otro ciudadano estaría legitimado para hacerlo.
Con ello se estaría dando paso a un sistema incongruente y anárquico, en donde se conservaría una Constitución nominal, que realmente no rige ni ordena la vida de los ecuatorianos.

La iniciativa Yasuní-ITT pudo haber representado una gran oportunidad para la conservación ambiental con repercusiones mundiales. Lamentablemente fue desaprovechada desde sus inicios, debido a razones como: la inestabilidad en el manejo de la misma; la poca claridad en el discurso del presidente; la constante dubitación en cuanto al órgano estatal que lideraría la Iniciativa; las pretensiones "soberanas" del presidente que muchas veces resultaron ofensivas para la comunidad internacional; la crisis económica mundial del 2010; la poca claridad en el destino que se darían a los fondos; y, la inconveniencia de esta medida para las grandes potencias industrializadas, que manejan generalmente una política de hipocresía frente a los temas ambientales.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Ministerial No. 322 . (20 de noviembre de 1979). *Registro Oficial No.69* . Quito, Ecuador.

Bihari D, P. (27 de abril de 2015). Inobservancia gubernamental de las normas constitucionales en la explotación del Yasuní-ITT. (A. Paredes, Entrevistador).

Constitución de la República del Ecuador. (30 de enero de 2008). *Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008.* Obtenido de http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR

Decreo Ejecutivo N° 74. (3 de septiembre de 2013). *Registro Oficial Segundo Suplemento 72* .

Decreto Ejecutivo 552. (2 de febrero de 1999). *Registro Oficial Suplemento 121* .

Decreto Ejecutivo No. 84. (10 de septiembre de 2013). *Registro Oficial Suplemento 77.* Quito, Ecuador.

El Telégrafo. (19 de agosto de 2013). Consulta por el Yasuní requiere 584.116 firmas. *El Telégrafo.* Obtenido de http://www.telegrafo.com.ec/economia/item/consulta-por-el-yasuni-requiere-584-116-firmas.html

El Universo. (28 de octubre de 2014). YASunidos acusa a Ecuador ante la CIDH por Yasuní. *El Universo.* Obtenido de http://www.eluniverso.com/noticias/2014/10/28/nota/4160301/yasunidos-acusan-ecuador-ante-cidh-yasuni

Grijalva, A. (2012). Régimen constitucional de la biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles; y recursos naturales. En *Constitucionalismo en Ecuador* (pp. 69-90). Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

Guía sobre el Parque Nacional Yasuní. (Julio de 2012). Obtenido de Ministerio del Ambiente: http://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Parque-Nacional-Yasuni.pdf

Hermosa Mantilla, H. (2014). El neoconstitucionalismo andino.Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Universitas, Revista de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Politécnica Salesiana del Ecuador*, 151-182.

Larrea, C. (2009). *Iniciativa Yasuní-ITT. La Gran Popuesta de un país pequeño.* Quito: Consejo Administrativo y Directivo de la Iniciativa Yasuní-ITT.

Larrea, C. (2011). *Yasuní-ITT: Una Iniciativa para cambiar la historia.* Recuperado el 14 de mayo de 2015, de Capus Virtual-Universidad Andina Simón Bolívar : http://www.campusvirtual.uasb.edu.ec/uisa/images/yasuni/documentos/2011%20itt%20folleto%20esp.pdf

Llasag Fernández, R. (2011). *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus derechos.* Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Loza, H. (30 de agosto de 2013). *Biodiversidad en América Latina y el Caribe.* Obtenido de Ecuador: el fracaso del Yasuní, ITT: http://www.biodiversidadla.org/Portada_Principal/Documentos/Ecuador_el_fracaso_del_Yasuni_ITT

Macías, T. (17 de septiembre de 2016). La explotación de recursos naturales en el país se realiza con responsabilidad ambiental. *El Ciudadano.* Obtenido de http://www.elciudadano.gob.ec/la-explotacion-de-recursos-naturales-en-el-pais-se-realiza-con-responsabilidad-ambiental/

Mena , P. (16 de agosto de 2013). *¿Por qué fracasó el proyecto ambiental de Yasuní en Ecuador?* Obtenido de BBC Mundo: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/08/130816_ecuador_yasuni_causas_fracaso_lps

Orellana, P. (2012). *Implicaciones de la Iniciativa Yasuní ITT en la cooperación internacional en Temas Medio Ambienales.* Cuenca: Univer-

sidad del Azuay. Obtenido de http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/1099/1/08744.pdf

Plan de Manejo del Parque Nacional Yasuní. (2011). Quito: Ministerio del Ambiente. Obtenido de http://suia.ambiente.gob.ec/documents/10179/242256/45+PLAN+DE+MANEJO+YASUNI.pdf/8da03f55-1880-4704-800e-d5167c80089c

Prieto Méndez, J. (2013). *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional.* Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

Reglamento de Consultas Populares Iniciativa Revocatoria de Mandato. (2 de junio de 2015). *Resolución del Consejo Nacional Electoral 2. Registro Oficial Suplemento 513.* Quito, Ecuador.

Resolución de la CIDH en el Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Serie C N° 59, considerando tercero (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de noviembre de 1999).

Resolución sobre los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, N.° 60/147 (Asamblea General de Naciones Unidas 16 de diciembre de 2005). Obtenido de http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx

Respuesta Petición Parque Nacional Yasuní Colectivo YASunidos. (31 de marzo de 2015). *Oficio N° MAE-SCA-2015-0982.* Quito, Ecuador. Obtenido de http://yasunitransparente.ambiente.gob.ec/documents/348542/404427/Respuesta+Colectivo+Yasunidos.pdf/95fcbaf3-1eaa-49a3-9b3a-6fc76f97f1a3

Sánchez, J. (Octubre de 2009). LA INICIATIVA YASUNÍ – ISHPINGO – TAMBACOCHA – TIPUTINI Y SU IMPACTO EN LA ECONOMÍA ECUATORIANA. *TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN CIENCIAS SOCIALES CON MENCIÓN EN ECONOMÍA ECOLÓGICA.* Quito: FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES. SEDE ECUADOR.

Simon Campaña, F. (2013). Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político? *Iuris Dictio*, 9-38.

Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente. (31 de marzo de 2003). *Decreto Ejecutivo 3516. Registro Oficial Edición Especial 2*. Quito, Ecuador.

Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, Á. (2000). *Derecho Civil. Parte General y personas* (Vol. Tomo I). Bogotá: Temis.

YASunidos. (2012). *Yasunidos*. Recuperado el 12 de marzo de 2014, de CRONOLOGÍA DE HECHOS DESDE CANCELACIÓN DE INICIATIVA YASUNÍ-ITT: http://sitio.yasunidos.org/es/yasunidos/crononologia-de-hechos.html

YASunidos. (14 de mayo de 2015). Carta de contestación del Colectivo YASunidos dirigido a la Sra. Lorena Tapia. Ministra del Ambiente. Quito. Obtenido de http://www.agenciaecologista.info/images/stories/docs/cartayasunidos.pdf

Zaffaroni, E. (2011). La Pacha Mama y el Humano. En A. Acosta, & E. Martínez, *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política* (pp. 25-138). Quito: Abya Yala.

LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO

Antonela Cifuentes[1]

Camila Téllez[2]

Resumen: *Los bosques tropicales ocultan recursos naturales que día a día los gobiernos requieren para llegar al "progreso de las naciones". Pero, en países como Ecuador, Perú, Brasil, Paraguay, entre otros, los recursos no son lo único que se encuentra escondido en la selva. En estos lugares, también habitan pueblos y personas titulares de derechos a los que se ha denominado como pueblos indígenas en aislamiento porque no mantienen contactos regulares con la población mayoritaria y rehúyen de todo tipo de contacto con grupos que no sean parte de su comunidad (CIDH, 2013, p. 4). Para su supervivencia, se han integrado en los ecosistemas que habitan lo que ha generado una relación de interdependencia mediante la cual, estos pueblos viven de manera autosuficiente, generación tras generación, desarrollan sus formas de vida y su cultura de manera sostenible. Es decir, tienen un profundo conocimiento del entorno que habitan al punto que han condicionado su vida a los recursos que este les provee (ACNUDH, 2012, p. 7). Son pueblos que se encuentran en extrema vulnerabilidad, pues, al no conocer el funcionamiento de la sociedad mayoritaria, se encuentran en indefensión ante los diversos actores que quieran acercarse a ellos o ante las amenazas y agresiones que se hagan a sus territorios, más aún si en la zona en que habitan se explota recursos sin las debidas consideraciones (ACNUDH, 2012, p. 7).*

---

1 Denisse Antonela Cifuentes Muñoz nació el 2 de septiembre de 1994 en Quito. Inicia sus estudios superiores en el 2012 en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador de Quito. Actualmente es egresada de la carrera de Derecho de dicha institución. Fue ganadora del Concurso interno de Derechos Humanos de la PUCE (2016) y semifinalista del Concurso de Derechos Humanos Yachay de la PUCP (2016).

2 Camila Téllez Garzón, nacida en la ciudad de Quito, egresada de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Mejor Oradora del Concurso Interno de Derechos Humanos de la PUCE (2016). Semifinalista del Concurso de Derechos Humanos Yachay de la PUCP (2016).

Los derechos de los pueblos en aislamiento

Conforme ha establecido la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los derechos tienen su fundamento en los atributos de la persona humana (OEA, 1969), es decir, todas las personas son titulares de derechos por ser personas, con lo cual, los individuos pertenecientes a los pueblos en aislamiento no serían una excepción, sino que, conforme al desarrollo de los derechos, tendrían el uso y goce de derechos individuales como personas y derechos colectivos como pueblo indígena (Caso del Pueblo Indígena Kichwa Sarayacu vs Ecuador, 2012), entre ellos, el derecho a la autodeterminación (CRE, 2008).

El derecho a la autodeterminación

El derecho a la autodeterminación ha sido entendido como la materialización de las *"aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven"* (OIT, 1989). De igual manera varios elementos de este derecho han sido considerados en algunos instrumentos internacionales como la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el ámbito Nacional, la Constitución del Ecuador también se ha referido al derecho de autodeterminación de los pueblos como un derecho colectivo.

Una de las formas en que los pueblos indígenas en aislamiento ejercen su derecho a autodeterminación, es a través de su decisión de no tener contacto con la sociedad mayoritaria (CIDH, 2013, p. 10) Esta manifestación nos permite inferir que se auto identifican como un pueblo distinto a la sociedad mayoritaria y que los acercamientos con esta son considerados amenazas a su cultura y forma de vida (ACNUDH, 2012, p. 7) Con lo cual, podemos afirmar que los pueblos en aislamiento tienen instituciones propias, costumbres, tradiciones y formas propias de vida aunque no sean plenamente conocidas por la sociedad mayoritaria.

En función de lo anterior, sería comprensible que se los denomine como pueblos indígenas en aislamiento voluntario, pues, con esta denomina-

ción se remarca la importancia del derecho de autodeterminación que ejercen estos pueblos al decidir no tener contacto con la sociedad mayoritaria, a pesar de que esta decisión haya sido generada por presiones de la sociedad envolvente sobre sus territorios, y no un ejercicio libre de su voluntad (CIDH, 2013, p. 4).

El principio de no contacto

Los principios son mandatos de optimización de los derechos, es decir, deben ser utilizadas para dar contenido a los derechos (Alexy, 1993). Esto es fundamental porque el principio de no contacto también es la manifestación del derecho de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario a autodeterminación (CIDH, 2013, p. 10). En función de este principio, la garantía de derechos toma matices diferentes y delimita un marco de acción del Estado como garante de los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario, es decir, cada derecho debe ser entendido conforme al principio de no contacto. Esta misma idea se aplica para las obligaciones de garantizar, proteger y respetar los derechos que tienen los Estados (OEA, 1969).

Acciones de identificación de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario

Una vez que se sabe las características principales de estos pueblos, es fundamental encontrar pruebas que permitan ratificar su existencia dentro de un Estado con el fin de adoptar mecanismos para la protección específica de sus derechos (ACNUDH, 2012, p. 6). Para lograr este objetivo, el Estado, como garante de derechos, no puede mantenerse inactivo, sino que debe realizar acciones específicas enmarcadas en el respeto al no contacto y considerando la extrema vulnerabilidad de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario (o PIAV) dada por sus características y las injerencias externas.

Para esto, el ACNUDH propone el uso de diversos mecanismos que permitan obtener información, pero, que no lleguen a causar un contacto forzado. Es decir, el Estado a través de acciones indirectas, entendidas como:

> fotografías aéreas de sus campamentos, visitas a campamentos abandonados, pruebas de pasos, artilugios abandonados, relatos de contactos contados por pueblos cercanos y/o testimonios de indígenas que por una u otra razón abandonaron la condición de aislamiento o las series históricas de informaciones georeferenciales (ACNUDH, 2012, p. 6).

Cuando se realicen estas acciones, el Estado debe considerar que existen posibilidades de que no se obtengan resultados en cada una de estas pesquisas, es decir, estas acciones no son taxativas ni garantizan su efectividad, pero no por ello deben ser obviadas al momento de determinar la existencia de los PIAV.

Formas de ejercicio de los derechos

Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario son titulares de derechos humanos pero, por sus características propias, no los pueden exigir ante las autoridades correspondientes. (CIDH, 2013, p. 12) Claramente, esto no puede ser un limitante para la protección de sus derechos, sino que se convierte en un principio rector de las acciones estatales para garantizar su ejercicio.

Es por esto que la defensa de los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario recae sobre los Estados, organismos internacionales, integrantes de la sociedad civil, y otros actores que velen por su respeto y garantía (CIDH, 2013, p. 1). Es decir, que los Estados deberían proveer acciones judiciales o administrativas que contemplen una amplia legitimación activa que permita que actores distintos a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario defiendan los derechos de estos pueblos y que velen por su igualdad (ACNUDH, 2012, p. 21).

El reconocimiento de su personalidad jurídica

La Corte Interamericana (o Corte IDH) ha determinado que el reconocimiento de la personalidad jurídica de un pueblo indígena es fundamental para que sea reconocido en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones. También ha establecido que la violación de este derecho supone reconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de derechos. (Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay, 2010)

En el caso de los pueblos en aislamiento voluntario, es fundamental que se realicen de forma expedita estudios de reconocimiento que permitan que se les reconozca su personalidad jurídica y con ello que se les garantice el ejercicio de sus derechos.

Para lograr esto, en las Directrices del ACNUDH se ha establecido que se deben realizar estudios previos de reconocimiento que deberán contar con la siguiente información:

1. Análisis antropológico que tenga:
   a) Estudios previos sobre la tradición oral de la zona de influencia.
   b) Las relaciones de parentesco con posibles comunidades cercanas.
   c) Evidencias físicas con un periodo de registro no mayor de tres años encontradas por un equipo técnico de trabajo de campo.

2. Se debe identificar al pueblo e indicar un estimado de su población y de las tierras que habitan.

Estos estudios deberán realizarse con la participación de las organizaciones indígenas nacionales y regionales y locales y de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan por la protección de los pueblos en aislamiento. (ACNUDH, 2012).

El reconocimiento que realicen las autoridades es fundamental, pues, desconocer la existencia de un pueblo es incrementar su situación de vulnerabilidad frente a injerencias del Estado o de particulares. De igual manera, no solo se requiere de un reconocimiento, sino también del cumplimiento de la obligación especifica del Estado de procurar los medios y condiciones necesarias para que este y todos los derechos del pueblo puedan ser ejercidos libre y plenamente. (Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay, 2010). Es decir, el deber del Estado no acaba con el reconocimiento, sino que es el primer paso para protección de los demás derechos de los pueblos en aislamiento voluntario.

El derecho al territorio

Los pueblos indígenas tienen derechos con dimensión individual y colectiva, el territorio es un derecho colectivo que a pesar de haber existido

siempre, ha sido reconocido recientemente en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT en el Art. 14, en el cual se hace especial referencia a los territorios que tradicionalmente han ocupado y a la situación de los pueblos nómadas y a la necesidad de reconocer estos territorios. (OIT, 1989).

El derecho a la propiedad colectiva es fundamental para los pueblos indígenas puesto que su concepto de propiedad no es el mismo que el de la población mayoritaria, de tal modo que la Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia que la Convención protege la estrecha vinculación de los pueblos con su territorio, con sus recursos y los elementos incorporales que se desprenden de ellos. (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, 2001) Dentro de los pueblos indígenas existe una tradición ancestral sobre propiedad colectiva de la tierra, y por tanto la pertenencia se centra en la comunidad y no en el individuo, y desconocer esta forma del ejercicio de sus derechos significa hacer ilusoria la protección a estos derechos. (Caso de la Comunidad Garifuna Punta Piedra vs. Honduras, 2015).

Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario a pesar de su condición de nómadas o seminómadas tienen derecho a un territorio específico que cobra una especial significación debido a que la interdependencia con el medio ambiente es total y esta les permite mantener su vida y cultura (ACNUDH, 2012) esto, por todos los conocimientos que tienen sobre los usos y aplicaciones de los recursos de su entorno. Con lo cual, se entiende que su territorio es una de las principales expresiones de su decisión de mantenerse en aislamiento, debido a que estos pueblos eligen un territorio en específico en el que van a desarrollarse alejados de la población mayoritaria y de la sociedad envolvente, libres de cualquier injerencia externa; es en base a lo expuesto que dentro de las Directrices del Alto Comisionado de Naciones Unidas por los Derechos Humanos una obligación de los Estados en los que existe un pueblo en aislamiento voluntario es la garantía y respeto de sus derechos territoriales porque cualquier injerencia o agresión al medio ambiente puede ser devastadora y poner en riesgo su decisión de mantenerse en aislamiento o incluso provocar la extinción del pueblo. (ACNUDH, 2012, p. 9).

El derecho al territorio de los pueblos indígenas en aislamiento debe ser reconocido por los Estados de manera oportuna y expedita en el momen-

to en que el Estado conoce de la existencia del pueblo, y en base a esto se deben tomar las medidas necesarias para la delimitación y demarcación del territorio del pueblo. A pesar de que en líneas anteriores se hizo referencia a la importancia del reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo, esto no debe ser una excusa para la inacción del Estado, lo que quiere decir que como ya ha mencionado la Corte IDH en varias de sus sentencias de pueblos indígenas, el mero reconocimiento formal no es suficiente sino se ha demarcado y delimitado un territorio (Caso de la Comunidad Kaliña y Lokono vs. Surinam, 2015). Por lo que, reconocer a un pueblo indígena en aislamiento voluntario no es suficiente si el Estado no toma medidas para hacer efectivos sus derechos y para garantizar la protección de su propiedad, de modo que dentro de esta los pueblos en aislamiento puedan ejercer plenamente su derecho de autodeterminación, entendido como su decisión voluntaria de mantenerse en aislamiento.

Dificultades para delimitar y demarcar el territorio

El principio de no contacto, no permite que los Estados ejerzan actuaciones directas sobre el territorio ocupado por un pueblo en aislamiento voluntario para poder determinar cuáles son los límites del mismo, como son las acciones indirectas que guían a los agentes del Estado para determinar un estimado del número de la población y los territorios que habitan.

En este punto es necesario recordar que se trata de pueblos que tienen tendencia a ser nómadas, seminómadas o agricultores itinerantes. En el caso de Ecuador, por ejemplo, el pueblo Tagaeri Taromenane no permanece en una determinada zona, sino que tiene ciclos de vida de la comunidad, en base a los cuales se alimenta y se traslada por su territorio de acuerdo con sus necesidades.

Se entiende por esto, que los pueblos en aislamiento voluntario mantienen patrones ancestrales de movimiento en busca de recursos y elementos de subsistencia que varían según la época del año, lo que hace que los territorios por donde transitan sean extensos y tengan delimitaciones cambiantes. Como parte de sus patrones migratorios, es común que dejen de ocupar un territorio por un tiempo, y regresen al cabo de varios meses (CIDH, 2014, p. 50), es por esto que el Estado debe realizar un monito-

reo previo para conocer cuáles son las zonas que habita el pueblo y se debe tomar en cuenta que este no será restringido y que por lo tanto debe ser delimitado en base al concepto de uso y goce que manejan estos pueblos, que no es el mismo de la población mayoritaria y tampoco de las comunidades indígenas contactadas o en contacto inicial. Este concepto de uso y goce se define por las costumbres del pueblo, por los movimientos que realiza y por las fronteras naturales que el pueblo encuentra que como es evidente no son fronteras entre países, sino ríos, lagos y demás componentes del ecosistema, que el pueblo llega a considerar sus límites.

Cabe recalcar que el principio de no contacto no debe entenderse en ningún momento como una excusa para no reconocer la existencia del pueblo y de su territorio (ACNUDH, 2012, p. 6), este principio debe ser un parámetro fundamental para que el Estado garantice el territorio del pueblo y tome las acciones expeditas y oportunas para delimitar un territorio.

¿Qué territorios deben delimitarse?

Los territorios de un pueblo indígena en aislamiento voluntario al momento de ser demarcados y delimitados no pueden ser titulados en la forma convencional y por consiguiente el titulo legal no puede ser entregado al pueblo por lo que existen zonas específicas que deben ser delimitadas en función del uso que van a tener para el pueblo. Las Directrices de ACNUDH establecen que para estos pueblos se debe establecer una zona intangible y una zona de amortiguamiento.

La zona intangible son aquellas tierras donde habitan y tienen asegurado el mantenimiento de sus formas de vida y que han utilizado o transitado históricamente. Dentro de estas tierras, debe establecerse una prohibición de entrada, así como de realizar cualquier tipo de acto. Este conjunto de tierras en algunos países se denomina como reservas naturales, pero siempre que este conformado por territorios intangibles. Esta zona debe ser establecida a partir a partir de la identificación de las tierras y territorios por los que se realizan sus patrones de movimiento ancestrales los pueblos en aislamiento voluntario. Estas áreas, una vez delimitadas deben ser declaradas de intangibilidad transitoria a favor de estos pueblos hasta que decidan su titulación voluntaria. (ACNUDH, 2012, p. 16).

La zona de amortiguamiento está conformada por tierras que rodean las de los pueblos indígenas en aislamiento, es decir la zona intangible. La principal función que cumple esta zona es evitar contactos accidentales, por lo que se deben establecer medidas específicas de protección que limiten dichas posibilidades de contacto. Estas zonas deben tener acceso limitado, las actividades económicas deben establecer mecanismos y barreras físicas para evitar contacto y deben controlarse las actividades que se lleven a cabo en su interior (ACNUDH, 2012, p. 16). Lo que quiere decir que esta zona está conformada por las tierras colindantes a las que habitan los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y dentro de esta deben establecerse medidas especiales de protección para evitar contactos accidentales.

Esta limitación de la zona intangible y zona de amortiguamiento tiene varios componentes de carácter fundamental según las Directrices, los cuales son la delimitación y titulación legal de las tierras necesarias para la supervivencia de los pueblos indígenas en aislamiento y el establecimiento de los límites de las zonas de amortiguamiento, que son fundamentales para evitar contactos que pueden ser devastadores; la prohibición de implementar cualquier tipo de actividad no autorizada, en sus tierras; prohibición de acceso apersonas ajenas a sus tierras y territorios, salvo en situaciones de excepción que estarán debidamente reguladas por el organismo técnico especializado; limitación del acceso y protección especial a las tierras de amortiguamiento que permiten evitar el contacto directo; y el establecimiento de mecanismos efectivos para garantizar las prohibiciones anteriormente mencionadas; estos mecanismos deben incluir la tipificación penal del delito de contacto forzado con pueblos indígenas en aislamiento y mecanismos que instauren también sistemas efectivos de monitoreo que no puedan forzar contactos, y en los que se impliquen activamente los pueblos indígenas que vivan alrededor de las tierras de los pueblos en aislamiento voluntario. (ACNUDH, 2012, p. 16).

En algunos países se establecen áreas naturales protegidas en los territorios que ocupan los pueblos en aislamiento voluntario, de ser el caso, el establecimiento de esta área no debe por ningún motivo, suponer una limitación al principio de intangibilidad de estos territorios ni desconocer sus derechos de propiedad sobre su territorio.

Generalmente los territorios de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario están ocupados por otras comunidades indígenas, en este caso

las Directrices establecen que la intangibilidad no debe conllevar la salida de estas comunidades del territorio, pero que si implica que deben tomarse medidas para fomentar que la relación de estos pueblos con los grupos en aislamiento sea lo más pacífica y respetuosa con sus derechos. Para esto, los Estados tienen la obligación de implementar políticas de prevención como son medidas en seguridad y salud para garantizar su convivencia.

Las comunidades vecinas de los pueblos en aislamiento suelen ser en algunos casos pueblos en contacto inicial, en nuestro país, por ejemplo, el pueblo Tagaeri Taromenane es vecino de la comunidad Waorani que por sus características podría ser considerado un pueblo en contacto inicial[3], y que es evidente que no ha existido una convivencia pacífica entre estos pueblos, de modo que han existido conflictos desde 1993, con el más reciente y polémico en marzo del 2013, por lo que podemos concluir que los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, en la actualidad merecen de especial atención y protección, tomando como base el garantizar y respetar su derecho a la propiedad colectiva para tomar las medidas necesarias para protegerlos de los agentes externos que puedan afectar su supervivencia.

Como sabemos el pueblo Tagaeri Taromenane es el único pueblo en aislamiento voluntario en el Ecuador, el mismo que ha provocado que existan cambios importantes y también debates y conflictos importantes dentro del Ecuador, el Estado a nivel legislativo cuenta con una norma específica en la Constitución de la República, en el artículo 57 que establece:

> Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. (Asamblea Nacional, 2008).

3 Son pueblos que mantienen un contacto reciente con la población mayoritaria; pueden ser también pueblos que a pesar de mantener contacto desde tiempo atrás, nunca han llegado a conocer con exactitud los patrones y códigos de relación de la población mayoritaria. Esto puede deberse a que estos pueblos mantienen una situación de semi aislamiento, o a que las relaciones con la población mayoritaria no son permanentes, sino intermitentes. (ACNUDH, 2012, p. 3).

Este artículo consagra la obligación del Estado de la creación de las zonas antes mencionadas. La zona intangible ya ha sido delimitada dentro del territorio ecuatoriano, no se tiene certeza de si su delimitación corresponda en verdad al área que el pueblo habita y transita, sin embargo, formalmente el pueblo cuenta con una zona intangible.

Dificultades en la efectividad del derecho al territorio

Existen pueblos indígenas en aislamiento voluntario en varios países de Sudamérica que son Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, Bolivia, Brasil y Paraguay. En cada uno de estos países existen problemáticas en el tratamiento que se da a estos pueblos, a tal punto que en Ecuador y Paraguay se han solicitado medidas cautelares a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en Perú, Bolivia y Brasil, han existido varios contactos forzados y afectaciones directas a la vida y salud de estos pueblos.

En este punto es importante resaltar la importancia del territorio para la supervivencia del pueblo en aislamiento voluntario, varios estudios antropológicos y sociológicos han determinado que para la protección de estos pueblos es fundamental la protección y respeto de sus territorios ancestrales y la CIDH en su informe considera que la protección territorial es una condición fundamental para proteger la integridad física, cultural y psicológica de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario. (CIDH, 2014, p. 48).

A pesar de que se conoce que una zona intangible entendida como un territorio libre de injerencias externas es fundamental para el correcto desarrollo de un pueblo en aislamiento voluntario y para el libre ejercicio de sus derechos, en la realidad la implementación de estas zonas, generalmente se manifiesta únicamente en la delimitación de la zona y no en medidas efectivas para proteger sus derechos.

La Comisión Interamericana en su informe sobre pueblos en aislamiento voluntario reconoce que existen varias presiones sobre las tierras y territorios de estos pueblos indígenas, las que han afectado, y siguen haciéndolo, a la vida e integridad de estos pueblos. A pesar de que varios países han establecido zonas intangibles o áreas de reserva para la protección de los territorios donde habitan y transitan los pueblos en aislamiento

voluntario, en la práctica las prohibiciones de acceso a dichas áreas no siempre son respetadas plenamente, ni se realizan acciones para hacerlas cumplir (CIDH, 2014, p. 49).

El problema inicia desde la delimitación de sus territorios porque para realizarla es necesario tomar en cuenta el concepto de uso de estos pueblos y que las fronteras para ellos son concebidas de manera distinta, por lo tanto, hay varios pueblos que traspasan las fronteras como algo usual porque su territorio ocupa más de un país. Por tanto, la delimitación debe estar sujeta a cambios y no debe ser restringida, considerando que estos pueblos ocupan extensas áreas de territorio.

Las presiones al territorio no solo se dan por la incorrecta delimitación del territorio, sino también por la presencia de actividades madereras, en algunos casos ilegales, y actividades hidrocarburíferas, un ejemplo de esto es el caso de Perú, en mayo de 2011, el un grupo de indígenas del pueblo Mashco Piro en aislamiento apareció en la ribera del río alto Madre de Dios. Ante estos hechos, el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado ("SERNANP") resaltó la alta vulnerabilidad y la susceptibilidad de estos pueblos a enfermedades comunes, y anunció una serie de acciones preventivas de emergencia. En más de una ocasión, este grupo habría rechazado el acercamiento de personas ajenas, mostrado a través del lanzamiento de flechas. (Castillo, 2012, p. 72).

Otra de las presiones directas sobre el territorio de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario es la construcción de infraestructura, carreteras y proyectos hidroeléctricos, las carreteras son un problema grave puesto que no solo que alteran el ecosistema del pueblo sino que también aumentan la presencia de personas extrañas en su territorio poniendo en riesgo su condición de aislamiento y su integridad, y también se prevé que las carreteras pueden fomentar las actividades ilegales de extracción de madera y metales en la zona. Podemos citar varios ejemplos al respecto, en Perú la ruta donde se planea construir la carretera entre Puerto Esperanza e Iñapari, se ha constatado la presencia de pueblos en aislamiento, puesto que la construcción de esta carretera de 270 kilómetros de largo atraviesa dos áreas naturales protegidas, pero el gobierno declara que es de absoluta necesidad y de interés público, que pueden encajar dentro de una excepción. Otro ejemplo que incluye a dos países es uno de los proyectos de interconexión terrestre contemplados en la Iniciativa

para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana es la interconexión terrestre vial entre Pucallpa, en Perú, y Cruzeiro do Sul, en Brasil, en la selva amazónica a pesar de que existen indicios de que en esta zona hay presencia de pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial. (CIDH, 2014, p. 52).

Por último, las actividades directas afectan gravemente a la integridad de estos pueblos y en la mayoría de casos estas continúan a pesar de que exista un área protegida o una zona intangible, por lo que como es evidente el derecho a la propiedad de los pueblos en aislamiento voluntario carece de efectividad en la mayoría de los casos, porque el territorio les pertenece a todas las actividades que ahí se dan y no a los indígenas, una de las actividades que ejerce mayor influencia en la actualidad es la extracción de recursos naturales, puesto que generalmente estos pueblos habitan en lugares que contienen gran cantidad de recursos como son el petróleo o los metales.

Las actividades indirectas también afectan directamente a los pueblos en aislamiento, por ejemplo, las actividades que contaminan ríos y otros cauces hídricos pueden afectar seriamente el hábitat de los pueblos en aislamiento, aun si éstas se realizan fuera de sus territorios. Asimismo, las actividades de exploración y prospección sísmica en áreas cercanas a los territorios donde habitan o transitan pueblos en aislamiento puede generar ruidos y otras afectaciones que, por ejemplo, ahuyentan a la fauna de la zona, de la que dependen estos pueblos para su alimentación y sustento.

Derecho a la consulta previa

Este derecho es de fundamental importancia para las decisiones que se tomen dentro de los Estados que puedan afectar a los pueblos indígenas, este derecho se encuentra establecido en el Convenio No. 169 de la OIT sobre derechos de los pueblos indígenas en los Arts. 6, 15, 17, 22 y 27, que se refieren a los casos en los que se debe consultar a un pueblo indígena, que incluyen la extracción de recursos, la enajenación de tierras o cualquier decisión sobre sus tierras, las medidas legislativas, el sistema educativo y la salud, entre otros. Como podemos ver, lo que se pretende es que los pueblos indígenas participen activamente en todas las decisiones con las que puedan verse afectados o en las que puedan ser incluidos.

La Corte IDH ha establecido que *"cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar al [pueblo indígena], sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de este, según sus costumbres y tradiciones"* (Corte IDH, 2007).

El primer caso en el que se desarrollaron los parámetros para una consulta previa, fue el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador del 2012, en el cual la Corte determinó que la consulta debe ser realizada con carácter previo, debe existir buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo, debe ser adecuada y accesible, debe existir un estudio del impacto ambiental y por ultimo debe ser informada. (Corte IDH, 2012).

Con respecto al tercer requisito, es decir que debe ser adecuada y accesible, se establece que se deben tener en cuenta las costumbres y parámetros culturales del pueblo y que esta debe ser realizada en su idioma, este punto es importante para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario puesto que su la característica fundamental de su cultura es justamente su situación de aislamiento y es en base a esto que han surgido varias controversias en torno a cómo se debe efectuar una consulta a un pueblo indígena en aislamiento voluntario. Se podría entender que por su condición de aislamiento este pueblo no tiene derecho a la consulta, sin embargo, eso es totalmente erróneo y no debe ser una justificación para los Estados para efectuar actividades, ignorando su presencia y sus derechos.

Es por esto que dentro de la misma jurisprudencia, específicamente de la sentencia antes mencionada se ha determinado una relación fundamental entre la consulta, el territorio y el derecho a la identidad cultural, los cuales también se encuentran íntimamente entrelazados en el caso de un pueblo indígena en aislamiento voluntario, por lo que la Corte ha establecido que bajo el principio de no discriminación, instaurado en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas.

El reconocimiento de la identidad cultural en este caso implica el respeto del principio de no contacto y garantizar que no se den contactos forza-

dos, por lo tanto, la consulta sigue presentando una incógnita difícil de resolver, sin embargo, las Directrices de ACNUDH, han planteado una solución a este problema:

> En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, el derecho de consulta con el fin de obtener su consentimiento previo, libre e informado debe interpretarse teniendo en cuenta su decisión de mantenerse en aislamiento y la necesidad de mayor protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario dada su situación de vulnerabilidad, **lo que se puede ver reflejado en su decisión de no usar este tipo de mecanismos de participación y consulta** (ACNUDH, 2012, p. 19).

Por lo que se puede determinar que los pueblos tienen este derecho, pero se entiende que optan por no ejercerlo directamente en base al principio de no contacto, sin embargo esto no quiere decir que no se debe realizar una consulta, dentro del Convenio No. 169 de la OIT y de la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas determinan que la consulta debe ser llevada a cabo a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas. Sin embargo, esta no debe ser tomada como única opción y es deber del Estado encontrar los mecanismos adecuados para tomar decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, tomando en cuenta que existe una obligación reforzada de protección puesto que estos pueblos se encuentran en grave peligro de extinción.

Implicaciones del contacto

Las principales amenazas hacia los pueblos indígenas en aislamiento son resultado de los contactos, sean estos directos y deliberados o no. La CIDH ha considerado que los más devastadores se dan cuando el contacto es directo y deliberado como ha ocurrido con misiones religiosas que han ingresado al territorio de pueblos en aislamiento voluntario y que en algunos casos han tenido éxito, como por ejemplo la Misión Nuevas Tribus o el Instituto Lingüístico de verano que hicieron contacto con pueblos de varios países y que según varios testimonios, prohibían sus prácticas religiosas ancestrales tildándolas de demoniacas, han existido también contactos con fines científicos, e incluso contactos con la finali-

dad de alertar a la población sobre amenazas a su territorio o con la finalidad de probar que el contacto es la solución, sin embargo estos intentos no han tenido frutos, puesto que a pesar de que han existido intentos de contacto sumamente preparados en los que se contaba con equipo médico y personal capacitado, los pueblos indígenas son extremadamente vulnerables en cuanto a su salud y en la mayoría de los casos una gran cantidad de los integrantes del pueblo murió.

Los contactos incidentales e incluso indirectos también traen consigo consecuencias devastadoras para el pueblo, por ejemplo en Paraguay en el 2004 existió un incidente de contacto con 17 miembros del pueblo Ayoreo Totobiegosode, y se generó una situación de emergencia de tal magnitud que el gobierno tuvo que crear un plan de contingencia con apoyo de representantes del poder Judicial, de los Ministerios y miembros del poder ejecutivo, así como organizaciones de la sociedad civil, para cautelar la integridad psicofísica, cultural y clínica de los indígenas contactados. Otro incidente que si bien fue deliberado por otra comunidad indígena conllevo un contacto que no era esperado por parte de la población mayoritaria es el ocurrido en Ecuador en marzo del 2013, en la que el enfrentamiento entre Waoranis y Tagaeris trae como consecuencia que dos niñas posiblemente pertenecientes al pueblo Tagaeri Taromenane fueron alejadas de su comunidad y se les realizaron varios estudios médicos para determinar su Estado de salud.

Es evidente que en los dos escenarios antes mencionados, ya sea contacto deliberado o incidental, este no permite que los pueblos vuelvan a su situación de no contacto y en algunas ocasiones, como es el caso de las niñas no permiten que ellas puedan volver con su comunidad, por lo que representa una pérdida cultural irreparable. (ACNUDH, 2012, p. 47).

Una vez establecido el contacto, es primordial garantizar la vida, integridad y bienestar físico y psicológico de las personas contactadas, pero la condición de aislamiento en que se encontraban antes del contacto se ha perdido para siempre. Es importante entender que incluso las personas que transitan por sus territorios significan un peligro por las enfermedades infectocontagiosas que pueden transmitir y el pueblo a consecuencia de esto podría desaparecer.

Existe también una grave afectación psicológica, puesto que el contacto puede provocar conmoción psicológica, depresión y sobre todo es nece-

sario tomar en cuenta que los pueblos en aislamiento voluntario viven en autosuficiencia de los recursos de sus territorios, pero al establecerse el contacto empiezan a depender totalmente de quien les proporcione los elementos básicos para vivir, como son agua, alimento y medicinas, por lo que esto significa un grave efecto desmoralizante en la identidad cultural del pueblo. Un ejemplo de las afectaciones psicológicas que puede experimentar un pueblo por el contacto es el caso del pueblo indígena Akiruyo que fue contactado en Surinam a finales de la década de 1960, el impacto en su cosmovisión fue tal que muchos cayeron en cuadros depresivos o mostraron síntomas de conmoción psicológica, algunos simplemente se rehusaban a vivir, y algunas mujeres incluso no menstruaron por más de un año. (CIDH, 2014, p. 48).

Conclusiones

Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario por sus características propias se encuentran en una clara situación de vulnerabilidad, por lo cual, los Estados adquieren una obligación reforzada de garantía, respeto y protección de los derechos de estos pueblos por lo que también requerirá de la participación de varios actores, ya sean pueblos en contacto inicial u organizaciones de defensa de derechos.

Cada acción que se realice, siempre debe considerar el principio de no contacto como forma de expresión del derecho de autodeterminación de los pueblos. Las dificultades que la aplicación de este principio presente para los Estados no serán excusa para no garantizar derechos, en la medida en que se tomen acciones encaminadas a cumplir con las obligaciones del Estado.

Por último, es fundamental que los Estados realicen el reconocimiento del pueblo y que a la par le otorguen un territorio, porque la vida de los PIAV se encuentra claramente ligada a su entorno. Por ello, este artículo se ha centrado en mostrar las dificultades y ofrecer soluciones para las actuaciones estatales, con miras a aportar de forma positiva al cuidado de los pueblos en aislamiento voluntario.

BIBLIOGRAFÍA

OIT. (1989). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales. *Convenio 169.* Ginebra.

ACNUDH. (Febrero de 2012). *Directrices de Protección para los Pueblos Indigenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay.* Ginebra.

CIDH. (2013). *Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre derechos de los Pueblos Indígenas de la CIDH.

OEA. (Noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* San José, Costa Rica.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

CRE. (2008). *Constitución de la República del Ecuador* . Montecristi, Manabí, Ecuador.

OIT. (1989). *Convenio No. 169 sobre derechos de los pueblos indígenas.* R.O. No. 176.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, Serie C 79 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2001).

Caso de la Comunidad Garifuna Punta Piedra vs. Honduras, Serie C 304 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 8 de octubre de 2015).

Caso de la Comunidad Kaliña y Lokono vs. Surinam, Serie C 309 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2015).

Castillo, B. H. (2012). *Perú: Despojo territorial, conflicto social y exterminio en "Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial".*

Caso de la Comunidad indígena Saramaka vs. Surinam, Serie C 172 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2007).

Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Serie C 245 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de junio de 2012).

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay (Corte IDH 24 de agosto de 2010).

LA PARTICIPACIÓN LABORAL EN LAS EMPRESAS Y LA JUSTICIA SOCIAL

Víctor Augusto Espinosa Jácome[1]

Resumen: *El presente artículo es un análisis de la institución de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas. El tema es abordado desde su justificación doctrinaria como un mecanismo que procura el reparto equitativo entre capital y trabajo de los réditos del proceso productivo. En este contexto se realiza una crítica al sistema de distribución de este rubro en la legislación ecuatoriana, se identifica en base a indicadores macroeconómicos las distorsiones que genera y se establece la necesidad de reformarlo para convertirlo en un instrumento que contribuya más efectivamente a la justicia social.*

La participación de los trabajadores en distintas instancias de las empresas es una alternativa al modo de producción capitalista liberal clásico y al socialismo real. Este planteamiento de las relaciones laborales, surgido a finales del siglo XIX, ha sido a lo largo de la historia un instrumento utilizado para intentar equilibrar los beneficios de la producción entre capital y trabajo con la finalidad de mantener la armonía entre empleadores y proletarios *Cfr*: (Navarro, 2000). Dado este contexto, es pertinente identificar que políticas de este tipo se han implementado en el Ecuador, evaluar su efectividad y plantear nuevos objetivos con la intención de realizar a una proyección a futuro de las mismas. A continuación, se analizará el fundamento teórico de este tipo de modelos productivos, su incidencia en la legislación nacional, los efectos en la realidad y los problemas sociales a los que se podría dar solución aplicando medidas en este sentido.

La participación de los trabajadores se da en el marco del sistema fabril surgido a raíz de la Revolución Industrial y que concibe a la empre-

---

1 Nació el 18 de enero de 1994 en Quito. La educación primaria y secundaria las realizó en el colegio Martim Cereré. El año 2016 egresa de la carrera de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador de la ciudad de Quito. Actualmente labora en la Asesoría Jurídica General del Rectorado de la PUCE. victoraugusto94@hotmail.com

sa privada como la unidad económica típica del sistema capitalista *Cfr.* (Landes, 1974). Este modelo económico se basa en dos componentes fundamentales que son el capital y el trabajo. El capital está representado por el empleador que es el dueño de los medios de producción, entendidos como los bienes necesarios para el desarrollo del ciclo productivo; el trabajo es la fuerza física y el conocimiento del ser humano necesarios para operarlos *Cfr.* (Monsalve, 2012). Para producir un bien se requiere de los dos componentes. En los sistemas liberales tradicionales, el empresario en ejercicio del derecho de propiedad sobre los medios de producción, se queda con toda la ganancia generada por el intercambio de los bienes producidos. El trabajador, por su parte, se ve obligado a vender su mano de obra como una mercancía más lo que implica que su valor monetario, que vendría a ser la remuneración, es un componente adicional del costo de producción por lo que está sujeto a las fuerzas del mercado. Desde el liberalismo se rechaza toda regulación legislativa a los sueldos y salarios *Cfr.* (Ricardo, 1821).

El fenómeno descrito en el párrafo anterior se explica desde el marxismo por medio de la teoría de la plusvalía. La plusvalía es la diferencia que existe entre el valor de uso y el valor de cambio de un determinado bien *Cfr.* (Deville, El Capital, 1998). El valor de uso es la utilidad que tiene un producto, mientras que el valor de cambio es el precio en dinero que adquiere al momento de intercambiarlo en el mercado. Adam Smith en su libro *La Riqueza de las Naciones* argumenta al respecto sosteniendo que el valor real de un bien son las penas y las fatigas que se sufren para adquirirlo y una vez adquirido lo que realmente vale son las penas y fatigas de las que el dueño del mismo se libera. El cansancio generado es producto del trabajo, por lo tanto, éste es la medida real del valor de todos los bienes, empero, al ser una noción abstracta, es más común que el valor de un artículo sea cuantificado en razón de medidas tangibles como la cantidad de otras mercancías *Cfr.* (Smith, 1776). El profesor Monsalve ejemplifica estos conceptos de la siguiente forma: *''La utilidad de un traje (valor de uso) es la de vestir a una persona, su valor económico es la posibilidad de intercambiarlo por otros bienes (valor de cambio)''* (Monsalve, 2012). El valor de uso de un bien lo da el trabajo, siguiendo el ejemplo de Monsalve, un pedazo de tela como materia prima no puede utilizarse para vestir a una persona, es necesario la intervención de la mano de obra para convertirlo en un traje que cumpla el fin que persigue el comprador al momento de adquirirlo. Pese a que la utilidad del

producto la genera la labor realizada por el trabajador, este solo recibe a cambio de ella una compensación mínima en comparación con la ganancia del empleador. Desde los postulados marxistas esto genera procesos de acumulación en favor de los propietarios de los medios de producción que perpetúan la desigualdad y restringen el derecho de dominio de la clase obrera a lo mínimo necesario para la supervivencia. Por los motivos expuestos, el marxismo considera ilegítima la apropiación de la plusvalía por parte del empresariado *Cfr.* (Engels & Marx, 1848).

En contraposición a la teoría del marxista, las tendencias liberales argumentan que la plusvalía le corresponde totalmente al empleador por el riesgo que asume al invertir su capital. Desde esta postura, el trabajador tiene asegurada su remuneración, independientemente de los resultados económicos de la empresa, mientras que el empresario únicamente percibirá ganancias cuando el negocio tenga éxito *Cfr.* (Benítez de Castro, 1979). Adicionalmente se sostiene que las rentas al capital permiten el desarrollo de infraestructura y maquinaria lo que amplían la demanda de trabajo generando, desde la lógica del mercado, un incremento en sueldos y salarios *Cfr.* (Ricardo, 1821). A esto habría que sumarle, que actualmente las relaciones laborales ya no se regulan en su totalidad por las reglas de mercado como planteaba originalmente el liberalismo. Las organizaciones clasistas de trabajadores consiguieron que en la legislación se prevean límites a la libertad contractual dando origen al Derecho Laboral *Cfr.* (De la Cueva, 1954). Por ejemplo, la remuneración ya no se fija exclusivamente mediante la ley de oferta y demanda, existen salarios mínimos que procuran que empleados y obreros tengan ingresos suficientes para la subsistencia. De igual forma, se pretende garantizar la estabilidad prohibiéndose el despido intempestivo o disponiéndose el pago de indemnizaciones en compensación por el mismo. Estas conquistas sociales refuerzan el criterio de que el sector laboral tiene seguridad sobre sus futuros ingresos, mientras que los del empresario están condicionados a los resultados económicos de la empresa.

Es indudable que las conquistas sociales del siglo XX mejoraron las condiciones laborales de la clase obrera, sin embargo, para muchos sectores fueron insuficientes, por lo que se plantearon diversos mecanismos para garantizar un reparto más equitativo de los beneficios de la producción. En este contexto surgen las teorías que defienden la participación de los trabajadores en instancias de las empresas que en el sistema capitalistas

están reservadas únicamente para los empresarios. El jurista ecuatoriano Julio Cesar Trujillo concuerda con estas doctrinas. Para Trujillo, mediante el contrato individual de trabajo, los empleados y obreros ceden en favor del empleador los derechos que le podrían corresponder por concepto de plusvalía a cambio de una remuneración que la percibe independientemente del éxito económico de la empresa. Como se mencionó anteriormente, el empresario se queda con la totalidad de las utilidades en compensación por el riesgo que asume al invertir su capital. Además de este rubro, para el autor es pertinente que el empleador sea recompensado por la actividad empresarial que realiza en favor de la buena marcha del negocio, lo cual debe imputarse al costo de producción y deducirse antes de calcular las ganancias netas totales. Julio Cesar Trujillo reconoce que también debe reservarse un porcentaje de las utilidades como ahorro para afrontar situaciones económicamente desfavorables. Teniendo en cuenta estas previsiones, para el jurista ecuatoriano es justo que los saldos que queden, después de descontar los costos producción, remuneración por riesgo de capital, actividad empresarial y reservas, deban repartirse equitativamente entre capital y trabajo ya que ambos contribuyeron en el proceso de producción. De esta forma se rechaza la tesis de que la totalidad de las ganancias le corresponde al empleador ya que, realizando las deducciones señaladas, el riesgo puede ser amortizado. Adicionalmente, existe la posibilidad de que el trabajador pierda su empleo en caso de un fracaso económico de la empresa, lo que también es un riesgo que se asume desde el lado del trabajo *Cfr.* (Trujillo, 1986).

En la misma línea de Julio César Trujillo, el jurista Mario de la Cueva defiende la participación de los trabajadores en las empresas. Para el autor mexicano, estos postulados implican la superación del sistema capitalista tradicional en el cual todo giraba alrededor del capital. Esto conlleva a entender que el proceso productivo tiene dos componentes que se necesitan recíprocamente, por lo tanto, no es justo limitar la retribución del trabajo a una remuneración, que muchas veces ni si quiera es suficiente para la subsistencia, mientras todo lo restante se lo adjudica al capital. Lo razonable es lograr un reparto equitativo entre ambos, mediante el cual el capital pueda generar reservas suficientes para su reparación y ganar un interés razonable, mientras que los empleados y obreros pueden asegurarse una existencia digna. De la Cueva considera que estas políticas son un paso necesario para darle un alcance aún mayor al proceso de democratización del sistema fabril en el contexto de las conquistas

sociales logradas. Para el autor, el avance del derecho del trabajo ha ido modificando el concepto de empresa, ahora el trabajador no tiene solo derechos contra el empresario, sino que tiene derechos en la empresa. Esto se expresa primeramente en el derecho laboral colectivo, en instituciones tales como la libertad de asociación, el contrato colectivo y la huelga, lo que implica según el autor un equilibrio de fuerzas entre capital y trabajo, dándoles igual rango. Haciendo un símil con criterios políticos, las empresas van dejando de ser monarquías, para convertirse en comunidades constitucionales *Cfr*: (De la Cueva, 1954).

La doctrina social de la Iglesia también ha defendido la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, en la Encíclica Papal Quadragesimo Anno del Papa Pio XI, se defiende el derecho a la propiedad privada, pero se rechaza la libre disposición exacerbada de los réditos económicos. Se prevé como un deber moral de todo cristiano la caridad y la solidaridad en el marco de su liberalidad individual y la posibilidad de que la legislación establezca limitaciones al dominio acordes al contexto económico, al bien común y a la función social de la propiedad *Cfr*: (Pio XI, 1931). En la citada Encíclica se argumenta que la riqueza es producto de la combinación efectiva de trabajo y capital por lo que se considera injusto que se pretenda atribuir a uno solo de ellos la ganancia sobre lo que fue producido por ambos. En este contexto Pio XI considera que: ''Durante mucho tiempo, en efecto, las riquezas o "capital" se atribuyeron demasiado a sí mismos. El capital reivindicaba para sí todo el rendimiento, la totalidad del producto, dejando al trabajador apenas lo necesario para reparar y restituir sus fuerzas'' (Pio XI, 1931). Adicionalmente, la Quadragesimo Anno menciona en sus acápites 64 y 65 de forma expresa la participación laboral en la empresa. De esta forma los empleados y obreros pueden participar democráticamente en ciertas decisiones o al menos beneficiarse en alguna medida de las ganancias, siendo esto un incentivo adicional que no implique que dejen de recibir una remuneración fija y suficiente para procurarse una vida digna para ellos y su familia *Cfr*: (Pio XI, 1931).

A manera de conclusión, en base a lo expuesto en los párrafos precedentes, es evidente que la participación de los trabajadores en las empresas tiene como objetivo fundamental ampliar la justicia social mediante un reparto más equitativo de la plusvalía entre capital y trabajo, esto trae consigo otros objetivos accesorios como por ejemplo la armonía en las relaciones laborales e incentivar una mayor producción. Para evaluar

este tipo de políticas en un contexto determinado y plantear su proyección a futuro es necesario tener en cuenta su fin primordial.

La participación laboral puede darse en varios niveles. Uno de ellos es el derecho a percibir, además de su remuneración, un porcentaje de las ganancias netas anuales de la empresa en la que prestan sus servicios. El siguiente nivel implica que los trabajadores inviertan lo que perciben por concepto de utilidad en acciones de la empresa en la que trabajan, convirtiéndose en copropietarios. En un tercer escenario, se pretende que empleados y obreros sean parte de la administración de la compañía mediante la institucionalización de consejos directivos obrero-patronales o como parte de la asamblea de socios.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas desde el primer Código de Trabajo promulgado en 1938. El artículo 374 del mencionado código, obligaba a las empresas a contribuir con al menos el 5% de sus utilidades líquidas anuales en favor de su respectivo Comité de Empresa[2]. Como inicialmente se planteó esta institución respondía a un sistema colectivista. Este tipo de sistemas son aquellos en los cuales el porcentaje de las ganancias correspondientes al sector laboral, lo administran las organizaciones clasistas. En contraste, en los sistemas individualistas los titulares de este derecho son personalmente los trabajadores.

El artículo 374 del primer Código de Trabajo ecuatoriano requería un desarrollo normativo de rango inferior para su efectiva aplicación. El 28 de abril de 1941 se publica en el Registro Oficial el Decreto 391, mediante cual no solo que se regula la disposición legal, sino que la reforma reemplazando el sistema colectivista por un sistema mixto. El artículo 1 del mencionado reglamento disponía que el porcentaje correspondiente a los trabajadores por concepto de utilidades se divida en dos partes, la una debía destinarse al Comité de Empresa y la otra se repartiría individualmente entre los empleados y obreros[3].

El Decreto 391 es relevante ya que es la primera norma jurídica en el Ecuador que prevé la distribución individualista de una parte del porcen-

2 Código del Trabajo del Ecuador, Decreto No. 2010, R.O. 78 al 81, 14 de noviembre de 1938.

3 Decreto 391, artículo 1, R.O. 200, 28 de abril de 1941.

taje de participación laboral en las ganancias de las empresas, pero en la práctica jamás se aplicó. En el sector sindical se argumentaba que la disposición normativa en mención ponía en riesgo la unidad de la clase obrera y atentaba al fortalecimiento de las organizaciones gremiales. Por este motivo se expide el Decreto 583 del 3 de julio de 1941 que reemplazó el Decreto 391. Esta norma no reforma el sistema mixto de distribución de las utilidades sino que restringe la participación en la parte individual a los empleados y obreros que sean parte del Comité de Empresa[4].

La participación laboral en las ganancias de sus empleadores adquiere un rango constitucional con la Carta Magna de 1945, la cual en su artículo 148 literal s) preveía que los trabajadores participarían de las utilidades de las empresas en la forma y proporción que determine la ley[5]. La Constitución de 1946 mantiene este mismo derecho y la da una mayor protección al disponer que el porcentaje de participación no podía ser menor al 5%[6].

En 1948 mediante Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial 825 del 5 de marzo de ese año, el sistema mixto es finalmente reemplazado por uno de tipo totalmente individualista eliminándose todo vestigio de colectivismo[7]. Adicionalmente se eleva el porcentaje de participación laboral en las utilidades de las empresas a un 7%.

El Decreto 2490 publicado en el Registro Oficial 365 del 2 de noviembre de 1964 aumenta aún más el porcentaje de participación laboral al 10% y por primera vez se toma en cuenta las cargas familiares para la repartición de este rubro. La mencionada norma disponía que el 7% de este beneficio sea repartido de forma individual a todos los trabajadores de cada empresa en proporción a la suma total de las remuneraciones percibidas a lo largo del año. El 3% restante era distribuido únicamente entre los empleados y obreros que tenían hijos menores de 18 años[8].

---

4 Decreto 538, artículo 1, R.O. 254, 3 de julio 1941.

5 Constitución Política año 1945, 148 literal s, R.O.228, 6 de marzo de 1945.

6 Constitución Política año 1946, artículo 189, literal n, R.O. 773, 31 de diciembre 1946.

7 Decreto Legislativo 5 de noviembre de 1948, artículos 1 y 2, R.O.825, 5 de marzo de 1948.

8 Decreto 2490, artículo 29 y 30, R.O.365, 2 de noviembre de 1964.

El artículo 64 numeral 8 de la Constitución Política del año 1967 acoge el aumento progresivo del porcentaje de participación laboral en las utilidades de las empresas, previsto en las normas mencionadas en los párrafos precedentes y lo eleva a un mínimo 10%[9]. Posteriormente, el artículo 2 de la Ley 70-05 reforma el artículo 90 del Código de Trabajo aumentando el porcentaje al 15%. El 10% lo percibían directamente los trabajadores en proporción a su remuneración mientras que el 5% se distribuía en razón de las cargas familiares[10].

El Decreto Supremo 1429 publicado en el Registro Oficial 211 del 26 de diciembre de 1972 cambia la forma de distribución del 10% en proporción a las remuneraciones percibidas durante el año[11]. Esta reforma tenía la finalidad de procurar un sistema más equitativo, acorde a los objetivos de este tipo de políticas, ya que la forma de distribución prevista hasta entonces traía como consecuencia que el que más gane por sueldo y salario, también tenga ingresos mayores por concepto de utilidades. En su lugar instituye la repartición en relación a las jornadas trabajadas.

El artículo 31, literal g) de la Constitución de 1979 prevé el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas aunque no dispone un porcentaje mínimo, aspecto que deja al desarrollo de la normativa de rango inferior[12]. Esta Carta Magna en su artículo 49 incorpora un elemento interesante en el contexto de los niveles de participación señalados en párrafos anteriores. Esta disposición constitucional obligaba al Estado a estimular la propiedad y gestión del sector laboral en las empresas por medio de la transferencia de acciones o participaciones en favor de estos. Como se puede apreciar, esta norma pretendía que el nivel de influencia de la clase obrera en las actividades empresariales vaya más allá de beneficiarse de un porcentaje de las ganancias anuales[13]. El artículo 31 de la Constitución de 1998 está redactado en el mismo sentido que el artículo 49 de su antecesora[14], mientras que, en la norma fundamental de 2008 ya no existe una disposición similar.

---

9 Constitución Política de 1967, artículo 64 numeral 8, R.O.133, 25 de mayo 1967.

10 Ley 70 – 05, artículo 2, R.O. 420, 28 de abril 1970.

11 Código del Trabajo, artículo 96, R.O. 239, 7 de junio de 1971.

12 Constitución Política 1979, artículo 31 literal g, R.O.800, 27 de marzo de 1979.

13 Constitución Política 1979, artículo 49, R.O.800, 27 de marzo de 1979.

14 Constitución de la República del Ecuador 1998, artículo 35 numeral 8, R.O. 1, 11 de agosto de 1998.

Actualmente la Constitución en su artículo 328 inciso sexto[15] consagra la participación laboral en las ganancias de las empresas. Esta disposición constitucional incluye dos limitaciones al ejercicio de este derecho. El jurista Robert Alexy sostiene que las restricciones a derechos fundamentales únicamente pueden ser directa o indirectamente constitucionales. Las primeras se dan cuando se encuentran ordenadas en la propia Norma Fundamental *Cfr.* (Alexy, 2008). Existe una limitación de este tipo al preverse que únicamente se beneficiarán de las ganancias de las empresas los trabajadores del sector privado. Las restricciones indirectamente constitucionales se producen cuando la Carta Magna de forma expresa autoriza a que se las impongan mediante una norma de rango inferior. El artículo 328 inciso sexto de la Constitución, ordena que en la ley se fijen límites a las utilidades de los trabajadores de las empresas privadas que explotan recursos naturales no renovables.

En concordancia con la disposición constitucional, en el Ecuador existen tres regímenes de participación laboral en las utilidades de las empresas. El primero es el del sector privado en general, normado por el Código del Trabajo. El segundo es el de las empresas privadas de explotación de recursos no renovables que se encuentre previsto en las leyes de Hidrocarburos y Minería. Por último, se contempla el de los trabajadores de empresas públicas o mixtas en los que tenga participación mayoritaria el Estado, los cuales no acceden a este derecho.

El artículo 94 de la Ley de Hidrocarburos prevé que los trabajadores vinculados a actividades hidrocarburíferas tendrán derecho al 3% de las utilidades líquidas de las empresas, mientras que el 12% restante les corresponderá a los Gobiernos Autónomos Descentralizados para proyectos de inversión social y de desarrollo territorial en los sectores donde se realizan dichas actividades[16]. De este 3 %, el 2% se reparte proporcionalmente únicamente en razón a las jornadas trabajadas mientras que el 1% se lo divide tomando en cuenta dicho factor y las cargas familiares[17].

---

15 Constitución de la República del Ecuador, artículo 328 inciso tercero, R.O. 449, 20 de octubre del 2008.

16 Ley de Hidrocarburos, artículo 94, R.O. 711, 15 de noviembre de 1978.

17 Acuerdo Ministerial 80 del Ministerio de Relaciones Laborales, artículo 1, R.O. 428, 15 de abril del 2011.

El sistema de participación en las utilidades de las empresas de los trabajadores privados en general se encuentra desarrollado en el Código de Trabajo. El artículo 97 de dicha norma prevé que las empresas deberán reconocer a sus empleados y obreros el 15% de las utilidades anuales. A este porcentaje se lo divide en dos rubros: el 10% se lo reparte en razón de las jornadas trabajadas a lo largo de todo el año y el 5% restante de acuerdo con dicho factor y las cargas familiares de cada trabajador[18]. Las ganancias anuales de las empresas se fijan para este cálculo en relación a la declaración del Impuesto a la Renta de cada empleador.

La revisión en retrospectiva de la institución de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas lleva a la conclusión de que el objetivo del legislador fue siempre lograr una mayor justicia social mediante una distribución más equitativa de la plusvalía. Este postulado se ve reflejado en los sucesivos aumentos de porcentajes mínimos correspondientes al sector laboral en las ganancias anuales de las empresas, en la inclusión de las cargas familiares como criterio de distribución de este rubro y la repartición en proporción a las jornadas trabajadas y no de la remuneración. Aunque desde una interpretación histórica el espíritu del ordenamiento jurídico en cuanto a esta materia es claro, también es pertinente anotar que decisiones como reemplazar el sistema colectivo por el individual, evidencia que ciertas reformas han estado orientadas a fomentar el gasto suntuario desde una lógica consumista, lo cual ha impedido que se consolide una mayor influencia de empleados y obreros en los otros niveles de la actividad empresarial. En la práctica, el ordenamiento jurídico ecuatoriano únicamente ha desarrollado la participación laboral en las empresas en el nivel del derecho a un porcentaje de las utilidades de las mismas. La copropiedad ha sido un ámbito en el que se ha avanzado muy poco en la legislación nacional.

En términos generales, el Ecuador es un país inequitativo. El Coeficiente de Gini, indicador macroeconómico que mide hasta qué punto la distribución del ingreso de los hogares se aleja de una distribución perfectamente equitativa, en diciembre del 2015 era del 0.476 en un rango de 0 (perfecta igualdad) al 1 (perfecta desigualdad) *Cfr.* (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2015). Aunque desde el año 2007 el indicador ha ido mejorando (ver Gráfico 1), aún nos encontramos sobre la línea internacional de alerta de desigualdad que es de 0,4 *Cfr.* (Comisión Económica Para Latinoamérica y el

18 Código de Trabajo, artículo 97, R.O.157, 18 de diciembre 2005.

Caribe, 2015). Para cuantificar la desigualdad, que para el presente artículo se la presenta a través del ingreso de los hogares por deciles (ver Tabla I), se determina que el 10% de los hogares más ricos de la población viven con un ingreso mensual promedio de 2946,31 dólares, mientras que, el 10% de los hogares más pobres percibe apenas 155,86 dólares cada mes[19] *Cfr.* (Banco Central del Ecuador, 2015). En este mismo sentido, según la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos 2011- 2012, realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), los 3 deciles más ricos de la población acaparan el 53,3% del ingreso total (ver Gráfico 2) *Cfr.* (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2011-2012). Estadísticamente queda demostrado que la desigualdad es un problema crónico en el Ecuador, donde muy pocos hogares tienen ingresos extraordinarios frente a muchos otros cuyos ingresos mensuales son insuficientes para garantizarse de forma autónoma la subsistencia. Por ello, es indispensable el rol del Estado en la desconcentración y redistribución del ingreso, así como en su calidad garante de servicios que permitan la vida digna a los hogares más pobres.

Las cifras expuestas en los párrafos precedentes revelan un panorama general acerca de la desigualdad en el Ecuador. Aunque la inequitativa distribución de la plusvalía es una de las causas de estos indicadores, existen otras cifras que se asocian más directamente a ella. La medición del Producto Interno Bruto por Enfoque de Ingresos del año 2013 elaborada por el Banco Central (BCE), nos revela que el 36% del PIB corresponde a remuneraciones de los trabajadores, mientras que el 26,2% se lo imputa a pagos al capital, lo restante se distribuye el 32, 3% entre el ingreso mixto que representa a los comerciantes autónomos o trabajo por cuenta propia y el 5,5% a impuestos. Si contrastamos esta información con el porcentaje de empleadores y de trabajadores nos encontramos con que solo el 3,7 % de la población económicamente activa son empleadores, los cuales acaparan el 26,2% de los ingresos, mientras los trabajadores que son 58,1% perciben el 36% del PIB *Cfr.* (Banco Central del Ecuador, 2014). La brecha social es aún más alarmante si se toma en cuenta que en el sector laboral hay remuneraciones exorbitantes y otras mínimas. La conclusión de los datos expuestos es que, a pesar de las políticas de participación obrera en las utilidades de las empresas prevista en el ordenamiento jurídico nacional, la distribución de la plusvalía es aún inequitativa.

---

19 Los deciles se calculan ordenando a los individuos de menor a mayor de acuerdos a los ingresos del hogar y dividiendo a cada uno en grupos de 10 que contiene al 10% de la población.

La participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, si bien contribuye para mejorar la distribución primaria del ingreso, el sistema individualista genera ciertas distorsiones que ocasionan desigualdad a la interna de esta clase social. De acuerdo con información de la Superintendencia de Compañías del año 2012 y el INEC, los sectores productivos que más utilidades reportaron fueron el comercio al por mayor, las manufacturas y las comunicaciones, los cuales empleaban al 19,9 %, al 10,6%; y al 1,2 % de los trabajadores respectivamente. Esto implica que aproximadamente el 31,60 % de los trabajadores se beneficia del 72% del total del monto que le corresponde percibir al sector laboral por concepto de utilidades. Si abstraemos únicamente el dato de las comunicaciones nos encontramos con que solo el 1,2% de los trabajadores se beneficia del 17% de la totalidad de este rubro. La inequidad es mucho mayor si se toma en cuenta que la distribución de utilidades se da por empresa, por lo tanto, dentro de cada sector productivo existente compañías que abarcan una porción mayor de mercado, por ende, la concentración de la participación en las ganancias del total nacional será mucho mayor por parte de sus empleados y obreros. Por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, Conecel S.A, dueños de la marca Claro, controla el 62,5% del mercado *Cfr.* (Ramírez, 2016). Con esta argumentación se pretendió justificar el artículo 15 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar que prevé una reforma al Código del Trabajo mediante la cual se añade el artículo 97.1 que dispone que ningún trabajador podrá ganar de forma individual más de veinticuatro Salarios Básicos Unificados del trabajador general por este concepto[20]. Los excedentes a estos topes deben depositarse en el régimen de prestaciones solidarias del Seguro Social. Además de los cuestionamientos acerca de la constitucionalidad de la reforma legislativa[21], resulta evidente que la misma no reporta ningún beneficio directo para los sectores de la clase obrera que perciben montos menores o nulos por este concepto, por lo que no soluciona el problema de fondo.

---

20 Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, artículo 15, R.O. 483, 20 de abril del 2015.

21 Un grupo de trabajadores de la empresa de telefonía Claro presentaron el 25 de noviembre del 2015 una demanda por inconstitucionalidad al artículo 15 de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Diario El Universo. *Trabajadores Privados Demanda a la Ley de Justicia Laboral en Corte Constitucional.* 25 de noviembre del 2015, http://www.eluniverso.com/noticias/2015/11/25/nota/5261382/trabajadores-privados-demandan-ley-justicia-laboral-corte, consultado el: 18 de agosto del 2016.

El escenario macroeconómico descrito en los párrafos anteriores revela la necesidad de fortalecer medidas que procuren un reparto más equitativo de los beneficios de la producción entre capital y trabajo. Como se ha venido planteando, uno de los mecanismos es la profundización de la participación de los trabajadores en las empresas. Anteriormente se hizo referencia a que uno de los niveles de participación es la copropiedad de acciones por parte del sector laboral. En el caso ecuatoriano, el artículo 105.1 del Código del Trabajo prevé la posibilidad de que previo acuerdo entre el trabajador y el empleador las utilidades puedan pagarse en acciones de la misma empresa siempre que esta se encuentre registrada en una Bolsa de Valores[22]. Aunque la norma abre la puerta al accionariado obrero, este mecanismo es muy poco utilizado. Esto refleja otro de los grandes problemas nacionales como es la alta concentración de la propiedad sobre los medios de producción.

De acuerdo con información del año 2015, de las 73 880 compañías activas en el Ecuador, un 95% son de tipo familiar por lo que sus propietarios no suelen estar dispuestos a abrir capitales *Cfr* (Tapia, 2015). En este mismo sentido, de acuerdo con el registro del Servicio de Rentas Internas (SRI), existen 200 grupos económicos que representan apenas a 6 384 personas, de las cuales 694 son personas naturales nacionales, 280 extranjeras, 4 165 sociedades nacionales, 1 245 sociedades extranjeras y reportaron ingresos por 57.622.802.022 dólares en el año 2015 *Cfr* (Servicio de Rentas Internas, 2015) . Otro dato relevante es que de acuerdo con información del INEC del año 2012, únicamente el 2,6% del ingreso corriente de los hogares provenía de rentas al capital y a la propiedad. Si esta información se desglosa por deciles, nos revela que en los tres deciles más pobres este rubro representa el 0% de su ingreso corriente promedio, mientras que en los deciles 4, 5 y 6 apenas el 1% *Cfr* (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2011-2012).

Independientemente de la perspectiva ideológica desde la que se aborde, es evidente la importancia económica de lograr una mejor distribución de la propiedad de los medios de producción, incluso para modernizar el sistema capitalista. En los Estados Unidos, por ejemplo, según información de septiembre del 2014, el 60% de la población invierte en acciones *Cfr* (El Economista, 2014). Es importante recalcar que la de-

22 Código de Trabajo, artículo 105, numeral 1, R.O.157, 18 de diciembre 2005.

mocratización de la propiedad mediante el fortalecimiento del mercado de valores es excluyente a la coadministración obrera de las empresas. El desarrollo del mercado accionario implica necesariamente una separación entre la propiedad y la administración ya que, sin este requisito, la dinámica del mercado bursátil que conlleva la posibilidad de cambios constantes de propietario, generaría inestabilidad en la dirección de las compañías.

El fortalecimiento del mercado bursátil resultaría insuficiente si lo que se pretende es ir más allá de una adaptación del modelo capitalista a las tendencias económicas globales actuales. Desde el contexto del ideal de la justicia social y la redistribución equitativa de la riqueza, es necesario plantear alternativas que cuestionen incluso las políticas de distribución de la plusvalía que se han venido aplicando.

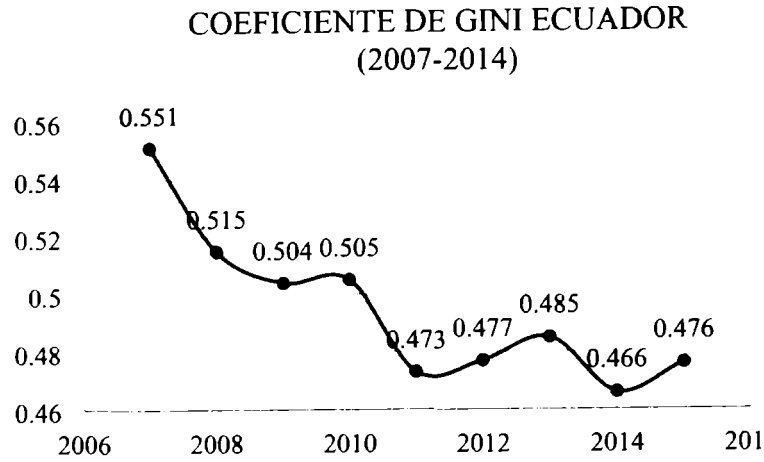
En el presente artículo hemos identificado ciertas distorsiones generadas por la forma en la que se reparten las utilidades que les corresponden a los trabajadores, también, se ha argumentado que las soluciones planteadas desde el Gobierno reportan beneficios directos únicamente para entidades del Estado y no para la clase obrera. En este contexto es necesario cuestionarse si el sistema individualista de repartición del porcentaje de las ganancias de las empresas a los que el sector laboral tiene derecho es el más adecuado para lograr los objetivos de igualdad que buscan este tipo de medidas. Probablemente dicho sistema sea un incentivo para que los empleados y obreros tengan una mayor productividad, no obstante, es notorio que la asimetría en el acceso real a este derecho denota que las mayores utilidades no las gana quién más produce, sino que hay otros factores asociados con las características del mercado que causan que algunos sectores productivos sean más rentables.

En contradicción con lo argumentado en el párrafo anterior podría decirse que el sistema colectivista ya fue planteado en la legislación nacional y que no tuvo éxito. Es necesario, por lo tanto, debatir acerca de nuevos mecanismos de distribución que corrijan las distorsiones de los actuales. El sistema individualista ha generado desigualdad entre la propia clase obrera, además que ha sido una de las causas de que los recursos que perciben los trabajadores por concepto de utilidades sean destinados a gasto corriente dentro de una lógica consumista.

Esto no es justificación para que el Estado imponga límites a ese rubro y disponga de sus excedentes. Una alternativa, en el contexto de los principios de autonomía sindical y libertad de asociación, probablemente podría surgir de la revisión ciertas estructuras del sector de la economía popular y solidaria. Por ejemplo, se puede debatir un modelo en el que además de un monto que premie de forma individual la productividad del sector laboral, se retomen ciertos aspectos del sistema mixto con innovaciones propias de sistemas cooperativos, creando un órgano democrático nacional que coordine iniciativas laborales de este tipo, financiadas con recursos provenientes de las utilidades y cuya estructura sea discutida por la propia clase obrera de forma democrática. Estos ingresos podrían destinarse entre otras cosas, a la compra de acciones que pasen a ser propiedad colectiva de todos los empleados y obreros del país, dando paso a un nivel mayor de participación. Como contraparte se requeriría la apertura de capitales por parte del sector empresarial lo cual se debe lograr por medio de estímulos estatales.

Este nuevo sistema se diferencia de los aplicados anteriormente en el Ecuador ya que históricamente se han planteado los sistemas colectivos desde las organizaciones sindicales de cada empresa sin mayor incidencia en la calidad de vida de los trabajadores. Nunca se ha concebido este tipo de modelos desde una estrategia nacional destinada al desarrollo de proyectos productivos enfocados en la democratización del acceso al derecho a la propiedad. De esta forma se garantizaría que la totalidad de los rubros correspondientes a los trabajadores por concepto de utilidades lo perciban los titulares de este derecho de manera individual y colectiva logrando una distribución más equitativa de los mismos, sin la necesidad de una apropiación estatal. En la coyuntura actual la idea puede sonar utópica, sin embargo, es pertinente tomar en cuenta que el sector popular y solidario se encuentra en crecimiento hasta el punto de representar ya el 25% de los activos nacionales *Cfr.* (Redacción Revista Líderes, 2015). Es indudable que su aplicación requerirá adaptaciones acordes al momento histórico, pero en la academia es necesario pensar, desde lo estructural, en mecanismos que permitan que gradualmente los movimientos sociales vayan siendo capaces de auto tutelar sus derechos. Es posible, a largo plazo, una clase obrera madura y autónoma apta para dirigir el destino de la mayoría social a la que representa.

Gráfico 1: Coeficiente de Gini Ecuador 2007 – 2015



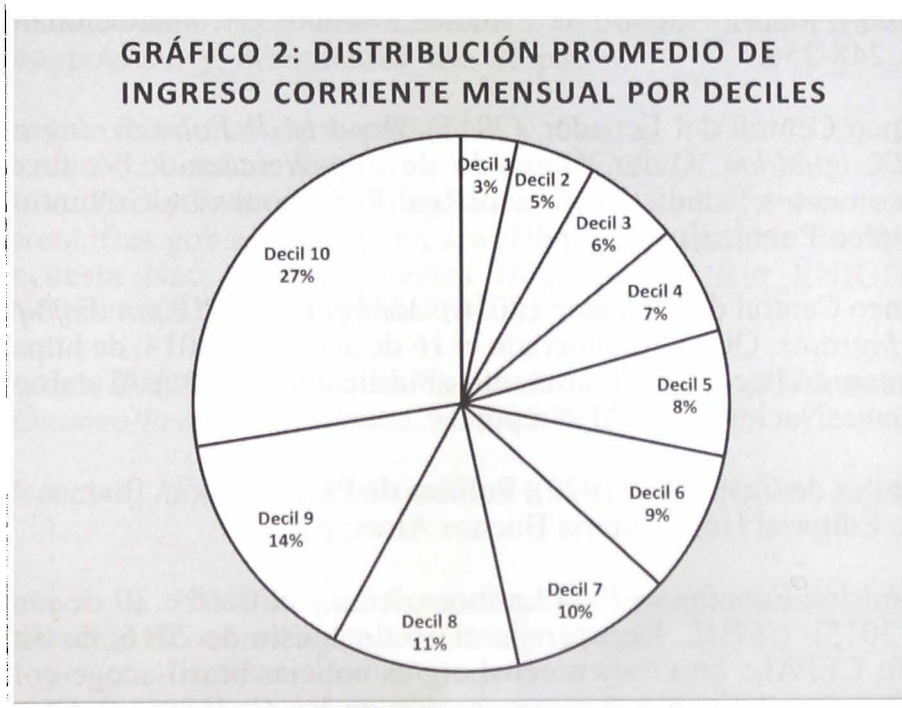
Elaborado por: Víctor Augusto Espinosa.
Fuente: INEC – Encuesta Nacional empleo, desempleo, subempleo, indicadores de pobreza y desigualdad – diciembre 2015.
*Los valores anuales corresponden al mes de diciembre.

Tabla I: Promedio de ingreso mensual de cada hogar por deciles

Decil	Ingreso Mensual por Hogar en dólares (Media)	Ingreso Mensual por Hogar en dólares (Mediana)
Decil 1	155.86	166.00
Decil 2	293.97	300.00
Decil 3	399.47	400.00
Decil 4	489.70	490.00
Decil 5	591.96	592.00
Decil 6	730.49	730.00
Decil 7	884.12	882.00
Decil 8	1089.55	1084.00
Decil 9	1462.45	1443.00
Decil 10	2946.31	2424.31

Elaborado por: Víctor Augusto Espinosa
Fuente: Reporte pobreza, ingreso y desigualdad, Banco Central del Ecuador, junio 2015.

Gráfico 2: Distribución del promedio del ingreso corriente mensual por deciles



Elaborado por: Víctor Augusto Espinosa
Fuente: Encuesta Nacional de ingresos y gastos (ENIGHUR) 2011 - 2012

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (2008). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Segunda ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; pp. 248-256.

Banco Central del Ecuador. (2015). *Reporte de Pobreza, Ingreso y Desigualdad.* Quito. Obtenido de https://contenido.bce.fin.ec/documentos/Estadisticas/SectorReal/Previsiones/IndCoyuntura/Empleo/PobrezaJun2015.pdf

Banco Central del Ecuador. (2016). *Medición del PIB por Enfoque de Ingresos.* Quito. Recuperado el 16 de agosto de 2014, de https://contenido.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/CuentasNacionales/DRT986.pdf

Benítez de Castro, C. (1979). Política de Participación. Buenos Aires: Editorial Universitaria Buenos Aires; p.22.

Comisión Económica Para Latinoamérica y el Caribe. (9 de junio de 2015). *CEPAL.* Recuperado el 16 de agosto de 2016, de Sitio Web CEPAL: http://www.cepal.org/es/noticias/brasil-acoge-coloquio-sobre-desigualdad-y-segregacion-en-las-ciudades

De la Cueva, M. (1954). En *Derecho Mexicano del Trabajo.* México DF.: Editorial Porrúa, p. 689.

Deville, G. (1998). El Capital. Santa Fé de Bogotá: Panamericana Editorial; pp. 59 y 60.

El Economista. (7 de septiembre de 2014). *El Economista.* Recuperado el 8 de agosto de 2016, de sitio web El Economista: http://eleconomista.com.mx/mercados-estadisticas/2014/09/07/mexicanos-invierten-poco-bolsa

Engels, F., & Marx, C. (1848). *Manifiesto Comunista.* Recuperado el 13 de marzo de 2016, de dspace.universia.net.: http://dspace.universia.net/bitstream/2024/1507/1/marxengels_manifiest

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2015). *Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo.* Quito. Recuperado el 16 de agosto de 2016, de http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2015/Diciembre_2015/Presentacion_pobreza_y_desigualdad_dic_15.pdf

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2011-2012). *Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos (ENIGHUR) 2011- 2012.* Quito. Recuperado el 26 de agosto de 2016, de http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Encuesta_Nac_Ingresos_Gastos_Hogares_Urb_Rur_ENIGHU/ENIGHU-2011-2012/EnighurPresentacionRP.pdf

Landes, D. (1974). Introducción. En *Estudios sobre el Nacimiento y Desarrollo del Capitalismo.* Madrid: Ayuso; p. 25.

Monsalve, A. (2012). Trabajadores Empresarios. Quito: Aurora; p. 31.

Navarro, G. (2000). Capitalismo Popular: Privatizaciones y Concentración Económica. Quito: Zitra; p. 17.

Pio XI, P. (1931). *Quadragesimo Anno.* Ciudad El Vaticano: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.pdf. Fecha de consulta: 26 de marzo del 2016, p. 12.

Ramírez, S. (16 de febrero de 2016). 3,7 millones de líneas menos en telefonía celular en el 2015. *El Comercio.* Recuperado el 22 de agosto de 2016, de http://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-lineas-telefoniacelular-arcotel.html

Redacción Revista Líderes. (28 de junio de 2015). La economía popular y solidaria gana participación. Revista Líderes. Recuperado el 6 de septiembre de 2016, de http://www.revistalideres.ec/lideres/economia-popular-cooperativa-gana-participacion.html

Ricardo, D. (1821). *On the Princilples of Politcial Economy and Taxation* (Tercera ed.). Londres: John Murray. Recuperado el 8 de

agosto de 2016, de http://www.econlib.org/library/Ricardo/ricP2.html#Ch.5, Of Wages

Servicio de Rentas Internas. (2015). *Catastro de grupos económicos y su evolución en los últimos 10 años.* Quito. Obtenido de http://www.sri.gob.ec/de/335

Smith, A. (1776). *Investigación sobre la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones.* (G. Franco, Trad.) Argentina: El Ortiba. Recuperado el 22 de agosto de 2016, de http://www.amawebs.com/storage/docs/n59bb37dgon.pdf

Tapia, E. (30 de junio de 2015). El mercado bursatil en el país se contrajo en 6 meses. *El Comercio.* Recuperado el 16 de agosto de 2016, de sitio web Diario El Comercio: http://www.elcomercio.com/actualidad/mercado-bursatil-bolsa-valores-empresas.html

Trujillo, J. C. (1986). *Derecho del Trabajo* TOMO I. Quito: Ediciones Pontificia Universidad Católica; pp. 182 y 183.

F.

DERECHO Y PERSPECTIVA INTERNACIONAL

'BREXIT': ESTUDIO DE LA UNIÓN EUROPEA COMO MODELO DE ORGANIZACIÓN SUPRANACIONAL, SUS CARACTERÍSTICAS PARTICULARES Y LAS RELACIONES MUTUAS CON EL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA

Alex Fernando Quevedo Morales[1]

Resumen: *La "Unión Europea", identificada principalmente por sus siglas "UE", se erige actualmente como el paradigma ideal de organización y cooperación supranacional entre estados, ya que, no existe en el mundo una reunión de países que posean las características especiales que tiene aquella organización. Sin embargo, el 23 de junio de 2016, el modelo recibe un duro golpe, cuando el Reino Unido, mediante referéndum, inicia su proceso de separación de dicha organización. Bajo estos considerandos, el presente artículo tiene como fin, realizar un estudio histórico y actual de la "UE", sus instituciones y sus principales postulados; así como, un análisis de las relaciones entre esta y la isla británica, que desembocaron en el referéndum del año 2016.*

1. La Unión Europea (UE)

1.1. Perspectiva Histórica

El primer intento de la historia para unir a los países europeos, se da el 9 de mayo de 1950, cuando, el Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, Robert Schuman, pronuncia un discurso en *el Quai d'Orsay* (Ministerio de Relaciones Exteriores francés) ubicado en París; en este discurso, Schuman, incita a Alemania Occidental y a los países europeos que lo deseen, a unir sus producciones de acero y carbón, con el principal objetivo, según Pasarín (2013: p. 67), de mantener la paz; pero, sin descuidar otros fines, como el que se produzca un dinamismo económico

---

1 Estudiante de la carrera de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Miembro del Directorio de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE-Quito para el periodo 2016. Miembro del movimiento de representación estudiantil Integración Universitaria por la Restauración Estudiantil (IURE) de la PUCE-Quito. alexquevedo93@hotmail.com.

en el continente. En su discurso, propone la creación de la llamada "Alta Autoridad"[2], ente que sería el encargado de gobernar y controlar la producción común de estos dos elementos. La declaración sería conocida después como "declaración Schuman".

Esta manifestación fue bien recibida por varios países –entre ellos Reino Unido– pues, de acuerdo a Majone (2010: p. 446-p. 447), esta, se oponía a la tradicional tendencia nacionalista de la época, además de que, con la integración, se podía subsanar las rivalidades internas que dejó el conflicto armado, y, con una organización supraestatal, Europa, estaba en condiciones de hacer frente a la potencia que estaba surgiendo en esa época, la cual amenazaba con terminar la hegemonía histórica de ese continente en el mundo: Estados Unidos.

Es así, que el canciller de Alemania Occidental, Konrad Adenauer, acoge esta propuesta, y, junto con los demás países, la impulsan, lo que deviene en la firma del instrumento conocido como "Tratado de París de 1951"; tratado por el cual, se crea la denominada "Comunidad Europea del Carbón y del Acero" o "CECA", concretando jurídicamente la "declaración Schuman". Intervienen como países fundadores de esta organización: Alemania, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Italia y Bélgica; quienes se comprometen al intercambio y producción de acero y carbón que permita el impulso económico en Europa; objetivos recogidos en el artículo dos de este tratado, el cual dice:

> *Article 2.- La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier a pour mission de contribuer, en harmonie avec l'économie générale des Etats membres et grâce à l'établissement d'un marché commun dans les conditions déunies à l'article i, à l'expansion économique, au développement de l'emploi et au relèvement du niveau de vie dans les Etats membres.*[3]

---

2 La denominada "Alta Autoridad", debía estar conformada por representantes de los gobiernos francés y alemán; este ente tenía como principal objetivo el manejo conjunto de las producciones de carbón y acero de ambos países, a través de la modernización en sus métodos de producción, el incremento de su calidad, iguales condiciones de exportación y mejoras en las condiciones laborales de los obreros.

3 "Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero" firmado en París el 18 de abril de 1951. Recuperado de http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:11951K/TXT. Citado en su idioma original, ya que, no existe una traducción oficial al español del documento.

Posteriormente, se firma en mayo de 1952, un tratado que crea la "Comunidad Europea de Defensa" o "CED", estructura ratificada por los seis países fundadores de la "CECA"; la cual estaba encargada de la defensa y seguridad de Europa, además, en este tratado se permitió el armamento a Alemania Occidental, que estaba entrando en la denominada "Guerra Fría".

Después, en 1957, se firma un nuevo tratado entre los seis países fundadores, conocido como "Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea", el cual, es el documento más importante para la organización comunitaria europea, ya que, establece los principios fundamentales que son seguidos hasta la actualidad (Van Outrive, 2001: p. 43). Este cuerpo estaba destinado principalmente a la creación de un mercado común en Europa, así:

> *Artículo 2.- La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados Miembros, un desarrollo armonioso en las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad (...)* [4]

Este tratado, a su vez, recogía por primera vez los principios de la libre circulación de personas, mercancía y capitales:

> Artículo 3.- A los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad llevará consigo, en las condiciones, y según el ritmo previsto en el presente Tratado:
>
> a) la suspensión entre los Estados miembros, de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas a la entrada y la salida de mercancías (....)
>
> c) la suspensión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales;

Todo esto se desarrollaba bajo una organización denominada "Comunidad Económica Europea" o "CEE", la misma que, según el tratado, estaba dotada de autonomía financiera y personalidad jurídica propia.

---

4 "Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea" firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Recuperado de http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=URISERV:xy0023.

> *Artículo 1.- Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Comunidad Económica Europea.*

Esta organización, así como sus principios, recogidos en el tratado de 1957, serían el principal antecedente histórico de la "Unión Europea" como la conocemos hoy en día.

En el año 1965, se firma un nuevo tratado multilateral, por el cual, se fusionan las tres organizaciones europeas existentes hasta la época, creándose dos organismos nuevos: la "Comisión Europea" o "CE" y el "Consejo de la Unión Europea" o "CUE"; posteriormente, con el fin de volver a la idea de la integración europea, ya que desde el mencionado tratado de 1965 se había dejado de lado esta empresa, se celebra en 1986 la firma del documento conocido como "Acta Única Europea", en la que se establece la libre circulación de personas, capitales y servicios –además de que– se crea un importante organismo, conocido como "Consejo Europeo", el cual tenía tendencias más políticas, reúne a los jefes de Estado y de gobierno de las naciones parte para impulsar una política exterior común.

> *Artículo 2.- El Consejo Europeo estará compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por el presidente de la Comisión de las Comunidades Europeas. Estarán asistidos por los ministros de Asuntos Exteriores y por un miembro de la Comisión. (...)*[5]

La intención de vincularse y la inclusión en la organización de nuevos países miembros, se va dando paulatinamente, en 1973, ingresan Reino Unido, Irlanda y Dinamarca; Grecia ingresa en 1981; España y Portugal forman parte en 1986; Alemania Oriental en 1990; Austria, Finlandia y Suecia en 1995 (Granell, 1995: p.120).

En 1992, se firma un nuevo cuerpo transcendental en la unión comunitaria; conocido como "Tratado de la Unión Europea", o también tratado de "Maastricht", la organización europea adquiere oficialmente el nombre de "Unión Europea".

---

5 "Acta Única Europea" firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986. Publicado en Diario Oficial L 169, 29.6.1987. Recuperado de https://europa.eu/european-union/eu-law/decision-making/treaties_es.

Artículo A.- Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Unión Europea, en lo sucesivo denominada «Unión».[6]

En este tratado, se institucionaliza una nueva estructura en la organización y se producen cambios fundamentales, introduciendo dos nuevas formas de cooperación (Terrón i Cusí, 2001: 14): una comunitaria y una de apoyo intergubernamental; la primera, comunitaria, estaba compuesta por la "Comunidad Europea", la "Comunidad Europea de la Energía Atómica" y la antigua "Comunidad Europea del Carbón y del Acero"; la segunda, intergubernamental, correspondía a política exterior, seguridad común, política policial y judicial en materia penal. Ambas, por supuesto, tenían diferentes formas de tomar decisiones.

Algo fundamental que se introduce en este tratado, es la creación de la ciudadanía europea, la libertad de circular y residir libremente en los países de la comunidad; así como, el derecho de votar y ser elegido en cualquier estado donde se tenga la residencia, ya sea para las elecciones europeas o las elecciones municipales; también, se realizan los primeros esbozos para la creación de una unidad monetaria única (que posteriormente culminaría con la creación del "euro").

Artículo B.- La Unión tendrá los siguientes objetivos:

— reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión. (...)

Después, en 1999 y en 2003 respectivamente, entran en vigor dos nuevos tratados, el primero, conocido como de "Ámsterdam"; y, el segundo, llamado de "Niza", ambos elaborados por el Consejo Europeo, eran modificatorios en materia institucional y estructural de los tratados anteriores. En 2002, finaliza el periodo de existencia de la "Comunidad Europea del Carbón y del Acero", sus funciones quedan a cargo de la "Comunidad Europea".

---

6 "Tratado de la Unión Europea" firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Publicado en Diario Oficial C 191, 29.7.1992. Recuperado de https://europa.eu/european-union/eu-law/decision-making/treaties_es.

En mayo de 2004, se da la mayor adhesión de países que ha tenido la organización, con la inclusión de diez nuevos miembros, los cuales son: Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Malta y Chipre.

El 19 de octubre de 2004, los jefes de gobierno de los países parte, firman en Roma el llamado "Tratado por el que se establece una Constitución para Europa" o "Tratado Constitucional"; este se configura como una auténtica constitución de un país, reemplazando todos los tratados existentes en Europa hasta la fecha de su aprobación. Según Papí (2004: p. 47), este instrumento busca principalmente: condensar una legislación comunitaria en un único documento jurídicamente vinculante; define a la "Unión Europea" como una unión de estados y ciudadanos con unos derechos fundamentales; establece tres órganos: el "Parlamento Europeo", la "Comisión Europea" y el "Consejo Europeo", mismo que contará con una presidencia permanente, en periodos de dos años y medio que se pueden prolongar una sola vez; la creación del cargo de ministro de Relaciones Exteriores de la Unión Europea; y, concede más poder de voto dentro del parlamento a los países con más población. Así mismo, mantiene los elementos de ciudadanía europea común, libre tránsito y libertad de residencia, libertad de trabajo y moneda única.

Este tratado constitucional, pese a recoger principios que luego se incluirían en la forma de organización europea como la conocemos en la actualidad, fracasó, principalmente, debido a que en Francia y Países Bajos, lugares donde se realizaron referéndums para decidir la adhesión, se produjo una negativa popular; esto ocasionó, que el 13 de diciembre de 2007, se celebrara en Lisboa la firma de un nuevo tratado, el cual buscaba subsanar las diferencias del tratado firmado en 2004 (Serrano, 2010: p.137-p.140).

Algunas de las reformas más importantes que introduce este, son: la reducción de las posibilidades de estancamiento en el Consejo de la Unión Europea mediante la introducción de la toma de decisiones por mayoría cualificada; un Parlamento Europeo reforzado; y, la creación de las figuras de "Presidente del Consejo Europeo" y "Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad". Este tratado, que fue el último en ser aprobado, es el que establece la estructura y funcionamiento de la "Unión Europea" como la conocemos hoy en día, por

lo tanto, sus puntos fundamentales serán estudiados con mayor precisión en el aparatado siguiente.

1.2. Características particulares, estructura y funcionamiento de la "Unión Europea"

Esta organización supranacional posee características especiales y únicas, que la diferencian totalmente de otras organizaciones de este tipo; por su nivel de institucionalización y por su estructura tan amplia; cada elemento configurativo de la "UE", merece ser estudiado y explicado por separado.

1.2.1. Estados Miembros

Actualmente, la "Unión Europea" se encuentra conformada por veintiocho países independientes (conocidos como "estados miembros"), de los cuales, veintiún estados se organizan en forma de república y siete estados se organizan como monarquía, de estos siete, existen seis reinos y un ducado.

Estos veintiocho estados miembros se han adherido a esta organización con el paso del tiempo, ya que, en un principio, esta se encontraba conformada únicamente por sus seis países fundadores: Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y Países Bajos. Además de estos seis, son miembros hoy en día: Austria, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania; y, Suecia.

1.2.2. Territorio y Geografía

El territorio geográfico, propiamente dicho, de la "Unión Europea", consiste en la combinación de los territorios de sus veintiocho estados miembros, resultando esta en una superficie física total de 4 324 782 kilómetros cuadrados; una superficie de costas, que suman 69 342 kilómetros de largo; y, una frontera común con veintiún estados no miembros y con una superficie de 12 441 kilómetros de largo (De Ayala, 2010: p.18-p.24). No se debe confundir el territorio de la "UE", con el territorio total del continente europeo, debido a que, existen países de ese continente que no forman parte de esta organización.

Esta característica, de poseer un territorio propio, resultante de la combinación de los territorios pertenecientes a los estados miembros, es un elemento especialísimo que distingue a esta organización de otras organizaciones de este tipo, las cuales no poseen espacio físico propio.

1.2.3. Naturaleza Jurídica

La "Unión Europea" se organiza en forma federal, cada estado miembro delega parte de su soberanía a esta para que tome decisiones de carácter supranacional a través de sus distintas instituciones únicas; funciona bajo un régimen de democracia representativa, en la cual, cada estado miembro toma parte en las decisiones; tiene un gobierno comunitario; y, goza de una personalidad jurídica única. Además, como cualquier otro estado, la "UE" posee los tres clásicos poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; los cuales son ejercidos independientemente por las varias instituciones que se explicarán más adelante.

1.2.4. Estructura Institucional

Su institucionalización, los procedimientos, y la efectividad estos; son los principales elementos diferenciadores de esta organización con otras, esto, debido a su altísimo nivel de complejidad y desarrollo. Esta estructura institucional, se encuentra establecida en el "Tratado de Lisboa" celebrado en el año 2007; en el que, se establece un principio conocido como de *"unicidad institucional"*, bajo el cual, se constituyen organismos, órganos e instituciones, a los cuales, los estados miembros les entregan parte de sus poderes y soberanía, para que estos, ejerzan competencias supranacionales en forma de comunidad, aplicables a todos los estados, supliendo ciertas decisiones internas; es decir, estas instituciones toman decisiones comunes para todos los estados miembros, las cuales deben ser aplicadas obligatoriamente, y de no ser así, pueden conllevar una sanción al estado miembro.

El mencionado "Tratado de Lisboa" del año 2007, crea siete instituciones que configuran la "Unión Europea", las cuales son: el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal de Cuentas y el Banco Central Europeo.

El Parlamento Europeo

Esta institución se considera el máximo poder de la "Unión Europea", ya que, es la única que representa directamente a todos los ciudadanos de la "UE", siendo el segundo mayor electorado supranacional del mundo, llegando a los trescientos ochenta millones de electores. Esta, cumple principalmente funciones legislativas: creando y examinando la legislación europea, aprueba el presupuesto de la "UE", fiscaliza a las demás instituciones de esta; además, cumple una tarea importantísima, al ser la institución de la unión que ratifica los tratados internacionales y aprueba la adhesión de nuevos estados miembros a esta.

Se encuentra conformado por 750 diputados (conocidos como "eurodiputados") y un diputado presidente, los cuales son elegidos cada cinco años, mediante sufragio directo, universal, libre y secreto de los ciudadanos pertenecientes a los estados miembros de la organización. De acuerdo al principio comunitario de la "UE", estos diputados deben actuar en sentido comunitario, es decir, velar por los intereses de todos los ciudadanos europeos en su conjunto y no únicamente por los intereses de los países a los que representan.

Los escaños de diputados, correspondientes a cada estado, se asignan en proporción al número de habitantes, por ejemplo, se asigna un número máximo de noventa y seis diputados europeos en Alemania; y, un mínimo de seis en Malta.

En cuanto a su estructura interna, el Parlamento Europeo se organiza bajo tres tipos de órganos: en primer lugar, los "órganos directivos", conformados por la Presidencia, la Mesa y la Conferencia de Presidentes. El presidente del parlamento es escogido por mayoría absoluta de este, se encarga principalmente de la dirección de los órganos y las actividades parlamentarias, ordena las deliberaciones y representa al Parlamento Europeo, tanto a nivel comunitario, como en las relaciones exteriores con estados no comunitarios u organizaciones internacionales. La Mesa, por su parte, se encarga del gobierno interno el Parlamento; esta se configura como un órgano colegiado, debido a que se encuentra compuesto por el presidente del parlamento, catorce vicepresidentes y cinco cuestores.

En segundo lugar, se encuentran los "órganos de apoyo", que reposan sobre la Secretaría General, órgano encargado de la gestión administrativa del parlamento, pero que cumple una función primordial: la traducción e interpretación de los diferentes estados miembros.

En tercer lugar, están los "órganos de trabajo", compuestos por las comisiones parlamentarias y delegaciones, que tienen las funciones principales de deliberación y análisis de los proyectos legislativos organizados de manera específica (dependiendo de la materia).

El Consejo de la Unión Europea

Este órgano apoya en las funciones legislativas al Parlamento Europeo, convirtiéndose en un *co-legislador*; además de esta función, adopta políticas de relaciones exteriores y de seguridad comunitaria. Se organiza de manera colegiada y toma sus decisiones por mayoría; está conformado por trescientos cuarenta y cinco miembros, quienes son los ministros designados por los estados parte de la "UE", estos participan con poder de voto; para determinar el número de miembros por estado, se sigue la misma regla proporcional a la población que adopta el Parlamento Europeo.

La Comisión Europea

Esta institución tiene funciones legislativas y ejecutivas; siendo la función más importante, la elaboración de proyectos de ley y la propuesta de estos para su aprobación al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea. Actúa como un gabinete de gobierno, conformándose con un miembro por cada estado parte de la "UE", teniendo veintiocho miembros permanentes. La forma en que se eligen a los miembros de la comisión, se da bajo la decisión de otra institución de la "UE", que es el Consejo Europeo, el cual, además, elige un presidente de la comisión.

El órgano principal de la Comisión Europea, es conocido como "Colegio de Comisarios", compuesto por sus veintiocho miembros, el cual es el órgano máximo en la toma de decisiones en la administración comuni-

taria del día a día de la organización, reuniéndose cada miércoles en su sede principal en Bruselas, Bélgica.

El Consejo Europeo

Esta institución tiene como función principal la ejecutiva, debido a que, toma las principales decisiones y directrices que debe adoptar la organización, así como, la orientación política de esta. Es un órgano intergubernamental, conformado por los veintiocho jefes de gobierno de los estados miembros, el presidente del la Comisión Europea, y el Presidente del Consejo de la Unión Europea; cada uno tiene poder de voto. Las decisiones son tomadas por la mayoría de sus miembros, en las reuniones trimestrales que tiene este consejo, conocidas como "*cumbres de Europa*".

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Conocido por sus siglas "TJUE", es la institución encargada de cumplir la función judicial dentro de la organización; controla el derecho europeo comunitario, emitiendo sentencias vinculantes y de cumplimiento obligatorio para sus estados miembros.

Tribunal de Cuentas

Esta institución cumple el rol de una contraloría, al fiscalizar los fondos que maneja la "UE" y sus diferentes órganos y organismos.

Banco Central Europeo

Este órgano es el encargado del control de la moneda única europea, estabilizando los precios y evitando así la inflación. Las funciones de este banco son: definir y ejecutar la política monetaria de la zona euro, dirigir las operaciones de cambio de moneda, cuidar de las reservas internacionales del Sistema Europeo y promover el buen funcionamiento de la infraestructura del mercado financiero.

Además, ejerce funciones de control sobre los bancos establecidos en la "Unión Europea".

1.2.5. Unión Económica y Monetaria - Moneda Única

Una de las características especialísimas, que distinguen a la "Unión Europea" de otras organizaciones del mismo tipo, es haber conseguido el establecimiento de una unidad monetaria común en la mayoría de sus estados miembros. Esta empresa comienza en 1993, cuando entra en vigor el "Tratado de la Unión Europea", el cual contemplaba la instauración de una moneda única:

> *Artículo B.- La Unión tendrá los siguientes objetivos:*
>
> *— promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado. (...)*

Esta instauración contenida en el tratado de 1993, se concretó el 15 de diciembre de 1995 en Madrid, cuando, la mayoría de los estados miembros, deciden la creación de una moneda europea común, denominada "euro", misma que tendría una entrada gradual en circulación, contemplando como fecha máxima de entrada en circulación el mes de enero del año 2001 (Panico, 2002: p.13).

En un principio, once países acogieron esta moneda: Alemania, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal; los cuales desde 1999, fueron sacando poco a poco sus divisas nacionales de circulación, para que el 1 de enero de 2002, debido a la demora en la fabricación de las monedas y billetes "euro", reemplacen definitivamente las monedas locales por esta. Actualmente, aparte de los once países que adoptaron en un inicio la moneda única, se sumaron: Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Grecia, Letonia, Lituania y Malta; llegando a que diecinueve de veintiocho estados parte adopten la moneda única común. Los nueve países que no han adoptado esta moneda son: Bulgaria, Croacia, Di-

namarca, Hungría, Polonia, Reino Unido, República Checa, Rumania y Suecia.

El "euro", se ha configurado como una divisa fuerte en el mercado internacional, sobrepasando permanentemente al dólar en su tasa de cambio –casi desde su entrada en circulación– además, es la segunda reserva monetaria mundial y la segunda moneda mas utilizada en el mundo, después del dólar (Panico, 2002: p.17-p.19).

2. Las Relaciones entre La Unión Europea (UE) y el Reino Unido de Gran Bretaña

2.1. Perspectiva histórica de las Relaciones entre las comunidades europeas y el Reino Unido de Gran Bretaña

Desde los primeros esbozos en conformar una organización supranacional, empezando con la "declaración Schuman", el Reino Unido y las comunidades europeas tuvieron dificultades, ya que, desde el inicio, el país no mostró intereses por sumarse a estos esfuerzos comunitarios, manteniendo cierto rechazo; no formando así parte de los seis países fundadores, que en 1951, firmaron el "Tratado de París", por el cual se creó la "CECA". De acuerdo al historiador Thomas (2013: p.56-p.59), el Reino Unido justificaba su rechazo en un fuerte sentimiento nacionalista, además de que, consideraba que esta organización carecía de perspectivas económicas y comerciales; el interés del Reino Unido más bien, se basaba, en ampliar sus relaciones con la flamante potencia: Estados Unidos de Norteamérica.

Por otro lado, en los años 1960, encontramos un precedente, en el cual, Reino Unido instituye la "Asociación Europea de Libre Comercio" o "EACT", en contrapeso a la Comunidad Económica Europea o "CEE". Esta organización que lideraba Reino Unido, se limitaba a establecer una zona de libre comercio, a la que se sumaron Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Suiza y Suecia. A medida que la "CEE", comenzó a ganar posicionamiento y un desarrollo económico notable, muchos de los países que se encontraban dentro de la "EACT", comenzaron a tratar de integrarse a la "CEE".

Posteriormente, en el año 1962 y en el año 1967, Reino Unido presentó solicitudes para ingresar a la "CEE", las cuales fueron rechazadas; el principal oponente y cabeza de estos rechazos, fue el presidente francés Charles de Gaulle, quien, debido a las relaciones que mantenía Reino Unido con Estados Unidos, consideraba que su incorporación a la comunidad, jugaría un papel negativo en la misma, al perder independencia y unidad (De Areilza Carvajal, 1996: p.58).

Es en el año de 1969, cuando De Gaulle deja el poder, se restablecen las conversaciones entre la comunidad y el Reino Unido; así, en 1972, el país abandona la "EACT", para el 1 de enero de 1973, oficialmente incorporarse en la "CEE" (Granell, 1995: p.119).

Una vez dentro de la organización, el Reino Unido, se enfocó en conservar la mayor independencia posible en los asuntos políticos y económicos más transcendentes; principalmente, no formó parte del acuerdo Schenguen en 1995, que se basaba en el cese del control de visas en las fronteras; y, tampoco formó parte de la divisa europea única[7] ("euro").

En el año 2012, durante la cumbre que se efectuó en el mes de marzo, el Reino Unido se opuso a firmar el llamado "Pacto Presupuestario", acordado por Berlín y Paris, el cual presentaba severas normas de disciplina financiera. El aporte estimado del Reino Unido a la "UE" está valorado en once mil trescientos millones de euros anuales (Thomas, 2013: p. 63).

2.2. La Salida del Reino Unido de la Unión Europea ("British Exit" o "Brexit")

2.2.1. Primer Intento: Referéndum de 1975 sobre la Permanencia del Reino Unido en las Comunidades Europeas

El Reino Unido, que el 1 de enero de 1973, se había adherido oficialmente a la "Comunidad Económica Europea" o "CEE" (predecesor de la actual "Unión Europea"); lleva a cabo dos años después de su inclusión,

7 El Parlamento del Reino Unido, negoció con la "UE" en 1996, un protocolo de nueve excepciones al tratado de la unión, entre ellas, se encuentra la excepción que le permite al país no formar parte de la moneda única común; y así, mantener la libra esterlina como moneda oficial. Existen otros países como Suecia y Dinamarca, los cuales gozan de la misma excepción que el Reino Unido sobre la moneda comunitaria.

un primer intento de desvinculación de la organización europea ("CEE" en ese momento). Esto debido a los impulsos separatistas del Partido Laborista Británico –uno de los tres principales partidos políticos del Reino Unido– que veían desventajas en esta adhesión, principalmente por las diferencias económicas que ellos veían entre su país y el resto de los estados miembros; así como, por la eventual pérdida de soberanía del país (Pasarín, 2013: p. 69).

Es así que, el 5 de junio de 1975, se celebra un referéndum en las naciones constitutivas del Reino Unido, permitiendo que el pueblo sea quien decide acerca de la permanencia o salida de la comunidad europea. En ese entonces, los resultados del pueblo fueron favorables a que el estado británico permanezca en la organización (Thomas, 2013: p. 61), con un 65% total de votos por la permanencia[8]. Este sería el primer referéndum llevado a cabo a escala nacional en el Reino Unido.

2.2.2. Etapa "entre referéndums"

Al conjunto de intentos que buscaban la salida del Reino Unido de la organización europea, tras el referéndum celebrado en 1975, se le conoció como "periodo entre referéndums"; estos intentos fueron encabezados en un inicio principalmente por el Partido Laborista, quienes en las elecciones generales de 1983, hicieron campaña para que el Reino Unido salga de la "Comunidad Económica Europea", fracasando debido a la contundente victoria del Partido Conservador en esas elecciones; abandonando así las intentonas por la salida del Reino Unido (De Areilza Carvajal, 1996: p. 52).

Posteriormente, en 1990, se funda un nuevo partido en Reino Unido, el denominado "Partido de la Independencia del Reino Unido" o "PIKU", el cual tenía, entres sus principales metas, la separación del Reino Unido de la organización europea; mismo que desde su fundación realizo presiones para que se celebrase un nuevo referéndum para la permanencia o no, intentos que en sus primeros años no dieron resultado, debido a

8 La opción por la permanencia del Reino Unido en la "Comunidad Económica Europea" del Referéndum de 1975, triunfó en las cuatro naciones constitutivas del Reino Unido; obteniendo un 68.7% de votos favorables en Inglaterra; un 58.4% en Escocia; un 52.1% en Irlanda del Norte; y, un 64.8% de votos en Gales.

su baja participación en la obtención de escaños; pero que, desde 2004, cuando empiezan a obtener más votos, y finalmente en 2014 –elecciones donde obtienen la mayor cantidad de votos a nivel nacional– (sobrepasando al Partido Laborista y al Partido Conservador), toman relevancia, logrando así, que en el 2015, el Parlamento Británico convoque a un referéndum, en el que se decidiría la permanencia o salida del Reino Unido a la "Unión Europea".

2.2.3. Segundo Intento: Referéndum de 2016 sobre la Permanencia del Reino Unido en la Unión Europea

Desde que el Reino Unido se adhiere a la organización europea supranacional, existió un rechazo, basado principalmente en la pérdida de soberanía británica, al ceder parte de esta a un tercero ("Unión Europea"); además, de la disparidad económica existente entre varios países europeos y el Reino Unido –acentuada en los últimos años por la crisis en Grecia y España–; lo que indudablemente desencadena en un problema migratorio, de personas que van de Europa continental hacia las islas británicas; así como, de migrantes de fuera de la "Unión Europea".

Bajo estas justificaciones, el "Partido de la Independencia del Reino Unido" –con mayoría de votos en las últimas elecciones generales– , logra que el Parlamento Británico, apruebe en 2015, la denominada *"European Union Referendum Act 201"*; por la que, se convoca para el 23 de junio de 2016, a un referéndum en las naciones constituyentes del Reino Unido, con el fin de decidir sobre la permanencia del país en la"Unión Europea", bajo la siguiente pregunta:

> *"Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?"*

En las votaciones de dicho referéndum celebrado el 23 de junio de 2016, el número de votos válidos ascendió a treinta y tres millones quinientos cincuenta y un mil novecientos ochenta y tres; obteniendo la opción por la permanencia en la unión, dieciséis millones ciento cuarenta y un mil doscientos cuarenta y un votos de apoyo, equivaliendo al 48.1% de votos válidos; mientras que la opción por la salida del Reino Unido, obtuvo diecisiete millones cuatrocientos diez mil setecientos cuarenta y dos vo-

tos válidos, equivalentes al 51.9% de votos válidos[9]. Los resultados, como se esperaba, fueron más cerrados que los del Referéndum de 1975, y, a diferencia de este, donde triunfó la permanencia del Reino Unido, en este nuevo referéndum, la mayoría de la población decidió la salida del Reino Unido de la "Unión Europea".

De las cuatro naciones constitutivas del Reino Unido (Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte), la opción por la permanencia en la "UE", solo triunfó en una de ellas, Escocia. Los resultados por nación se presentan en la siguiente tabla:

Nación	Permanencia en la "UE" (Número de votos)	Porcentaje	Salida de la "UE" (Número de votos)	Porcentaje
Inglaterra	13 266 996	46.6%	15 188 406	53.4%
Escocia	1 661 191	62%	1 018 322	38%
Gales	772 347	47.5%	854 572	52.5%
Irlanda del Norte	440 437	55.8%	349 442	44.2%

2.2.4. Perfeccionamiento Jurídico de la decisión por la salida del Reino Unido de la Unión Europea tomada en el Referéndum de 2016

La decisión tomada en el referéndum de 23 de junio de 2016 por la mayoría de la población británica –que apoyó la salida del Reino Unido de la "Unión Europea"– no significa que por sí sola tiene un carácter de inmediata; este, es solo un primer paso, ya que, se debe cumplir con una serie de condiciones ulteriores, tanto en el marco interno, como en el contexto jurídico internacional de la unión.

Hasta la entrada en vigor del "Tratado de la Unión Europea" en el año 1992, no se establecía una manera ni un procedimiento para que los países miembros de las comunidades europeas puedan salir de la organi-

9 Todos los datos estadísticos y cuantitativos fueron recuperados del artículo El Brexit gana el referendo: Reino Unido elige salir de la Unión Europea. ¿Qué pasa ahora?; publicado el 24 de junio de 2016 por BBC Mundo. Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-36614807

zación; con la entrada en vigor de este tratado, por lo tanto, se regula el procedimiento que debe seguir un estado miembro para desvincularse, establecido de la siguiente manera en su artículo 50:

> *Artículo 50*
>
> *1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.*
>
> *2. El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo.*
>
> *3. Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo.*
>
> *4. A efectos de los apartados 2 y 3, el miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten. La mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*
>
> *5. Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49.*

De acuerdo a este procedimiento, en primer lugar, una vez que el Gobierno del Reino Unido explícitamente tome la decisión en firme de abandonar la "UE", debe notificarla al Presidente del Consejo Europeo, momento en el cual se inicia formalmente la salida del estado miembro; tras esto, los

miembros del consejo—excepto el representante del Reino Unido— deben acordar de manera unánime las instrucciones para la Comisión Europea, institución encargada de dar comienzo al proceso de negociaciones con el pleno del Consejo Europeo, el cual debe dar el visto bueno para empezar la salida.

Con este visto bueno, Reino Unido tendría entonces dos años para negociar la salida de la "Unión Europea". Si no logra llegar a un acuerdo en ese período, el proceso de negociaciones puede ser prorrogado en dos años más por decisión del Consejo Europeo. Durante dos años desde el momento del aviso, el estado sigue siendo miembro de la unión, con la aplicación de todos los acuerdos.

El acuerdo final debe ser confirmado por ambas partes; por parte de la "UE", es necesario el apoyo de la mayoría de los votos de los países miembros (20 de los 28 estados miembros). También, es necesario el acuerdo con la mayoría de los diputados del Parlamento Europeo. Si el país y la "UE" no llegan a un acuerdo durante dos años, y algún país miembro de la Unión veta la prórroga de las negociaciones, el Reino Unido va a salir de la "UE" sin el acuerdo.

El Reino Unido podría salir perfectamente de la "Unión Europea" sin llegar a un acuerdo, pero esto implica que este país pierda ciertos beneficios, tales como las preferencias comerciales en el mercado europeo y en los mercados de los países socios de la "UE". Además, los ciudadanos británicos perderían la posibilidad de viajar libremente por Europa.

BIBLIOGRAFÍA

Araújo, J. (2012). La Unión Europea en perspectiva. *Mientras Tanto,* (118), 17-37.

De Areilza Carvajal, J. (1996). El Reino Unido en la UE. *Política Exterior, 10* (51), 49-62. Recuperado de http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/20643993

De Ayala, J. (2010). Los límites geográficos de la Unión Europea. *Política Exterior, 24* (138), 18-24.

De Ayala, J. (2010). Los límites políticos de la Unión Europea. *Política Exterior, 24* (137), 14-21. Recuperado de http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/20753547

De Castro, J. (2014). La Unión Europea en un sistema internacional cambiante. *Revista CIDOB D'Afers Internationals'*, (108), 237-239. Recuperado de http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/24364590

Erazo, J. (2007). La ampliación de la Unión Europea / The expansion of the European Union. *Estudios Internacionales, 40* (158), 29-57.

Fernández-Castaño, E. (1992). En torno al Tratado de la Unión Europea. *Política Exterior, 6* (29), 146-172.

Granell, F. (1995). Los acuerdos de adhesión de Austria, Finlandia y Suecia a la Unión Europea y los intereses españoles. *Revista CIDOB D'Afers Internacionals,* (29/30), 117-137.

López-Muñiz, J. (2003). La nueva "Constitución" de la Unión Europea. *Cuadernos de Pensamiento Político,* (1), 175-197. Recuperado de http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/25596753

Majone, G. (2010). La Unión Europea y la crisis financiera global: ¿El fracaso de la gobernanza supranacional? *Foro Internacional, 50* (2 (200)), 446-474. Recuperado de http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/29764883

Niskanen, W., & Schwartz, P. (2012). Alternativas para el futuro político y económico de Europa. *Cuadernos de Pensamiento Político,* (33), 135-149. Recuperado de

Panico, C. (2002). ¿Puede la Unión Monetaria europea favorecer el crecimiento y la ocupación? *Investigación Económica, 62* (239), 13-35. Recuperado de http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/42777569

Papí, M. (2004). Guía del Tratado de la Constitución europea. *Cuadernos de Pensamiento Político,* (4), 47-70. Recuperado de http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/25596812

Pasarín, A. (2013). el valor de la unión en contra de la secesión. *Cuadernos de Pensamiento Político,* (40), 65-73. Recuperado de http://www.jstor.org/stable/23511961

Serrano, G. (2010). La génesis del Tratado de Lisboa. *Cuadernos de Pensamiento Político,* (25), 135-162.

Terrón i Cusí, A. (2001). El debate sobre la inmigración en la Unión Europea. Marco general. *Revista CIDOB D'Afers Internacionals,* (53), 13-30. Recuperado de http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/40585852

Thomas, H. (2013). Europa en tiempos inciertos: España y el Reino Unido frente a la idea de Europa. *Cuadernos de Pensamiento Político,* (40), 53-64.

Van Outrive, L. (2001). Historia del Acuerdo y del Convenio de Schengen. *Revista CIDOB D'Afers Internacionals,* (53), 43-61. Recuperado de http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/40585854

Wortmann, M., & Stahl, M. (2016). One Size Fits Some: A Reassessment of EMU's Core-periphery Framework. *Journal of Economic Integration, 31*(2), 377-413. Recuperado de http://puceftp.puce.edu.ec:2053/stable/43783271

La respuesta justa a su necesidad de información



Productos y propuestas novedosas para nuestros clientes.

fielweb
Evolución Jurídica
fielweb.com

El único producto en el Ecuador que es actualizado diariamente.

Su equipo de especialistas sistematiza, codifica y aplica reformas a la normativa permanentemente, cuenta además con: Guías prácticas, Flujogramas, Doctrinas, Normativa Internacional, Jurisprudencia, Proyectos de Ley, Modelos de documentos jurídicos, etc., y una serie de funcionalidades que le permitirán optimizar sus recursos.





Podrá organizar sus casos, gestionar sus clientes y recibir alertas por sms o email.

Permite llevar un orden adecuado de los casos a cargo de un estudio jurídico, abogado particular o departamento jurídico, tanto públicos como privados.

OMINIUM CASOS
dominiumcasos.com

OMINIUM DATA

Proveyendo el manejo más eficiente de los datos en el Ecuador

Es una plataforma en línea que recopila gran cantidad de información estadística socio-económica en un sólo lugar, con series de datos históricamente organizadas y todas actualizadas.



/EdicionesLegalesEcuador @edle_ecuador in/edicioneslegales

CONTÁCTENOS

Ambato
Av. Rodrigo Pachano s/n y Calle Montalvo Esq. Edif. Ficoa Park Ofc. 209.
PBX: (03) 242-5697

Guayaquil
Circunvalación Sur 504 entre Ébanos y Las Monjas.
PBX: (04) 238-7265

Quito
Los Cipreses N65-149 y Los Eucaliptos.
PBX: (02) 248-0800

Cobertura a nivel nacional
Distribuidores:
PBX: (02) 248-0800
Ext. 2202

Contáctenos a: edicioneslegales@corpmyl.com

Sitio Web: edicioneslegales.com.ec


COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA
CLUB DE ABOGADOS DE QUITO
· QUITO - ECUADOR ·

LA POLARIDAD COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Galo Poveda Guerrero [1]

Resumen: *El sistema internacional contemporáneo se ha visto inmerso en un sinnúmero de transformaciones debido a los constantes cambios en las relaciones entre los Estados y tras el surgimiento de nuevos sujetos del derecho internacional y de actores internacionales; alteraciones producidas (entre otros procesos) por "la mundialización, la creciente independencia y la globalización" (Del Arenal, 2008, p. 183). Por lo tanto, es necesario para cualquier sujeto de Derecho internacional o actor internacional, comprender la estructura y funcionamiento de la nueva sociedad mundial, realizando un estudio de la misma a partir de las diferentes categorías analíticas. Tomando esta aproximación como base, se realizará el análisis correspondiente, partiendo con la exposición de los procesos que han producido dichos cambios, para introducirnos en la aclaración de los elementos y atributos de los Estados para poder abordar a la polaridad, explicando la misma desde la descripción de hechos históricos de importancia, con lo que podremos responder las siguientes interrogantes: según la polaridad ¿cómo se organiza el sistema internacional actual?; y ¿es esta categoría adecuada para un realizar un correcto estudio?*

Mucho antes de lo que hoy en día denominamos globalización, se llevó acabo lo que en doctrina se conoce como *mundialización* que como explica el profesor Celestino del Arenal (2008), se la define como aquel proceso de desarrollo que se produjo desde el siglo XV hasta mediados

---

1 Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Diplomado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid, curso realizado gracias a la obtención de una beca. Miembro electo de la Asociación Escuela de Derecho en el año 2014 y del movimiento político Nuevo Acuerdo Estudiantil (NACE) en el período 2015. Suficiencia en los idiomas inglés y francés, actualmente se encuentra realizando sus estudios de portugués. Fue asistente legal en el área de derecho regulatorio en el estudio jurídico Meythaler & Zambrano Abogados.

del siglo XX, mediante el cual se pasó de la presencia de varias sociedades regionales aisladas a la aparición de una sola sociedad internacional mundial y universal, valorado desde una perspectiva geográfica, económica, militar, política, etc., producido, entre otros factores, por "*la Cristiandad Medieval, a través de un proceso de expansión, conquista y colonización*" (Del Arenal, 2008, p. 197).

La *mundialización* hay que diferenciarla del proceso de *universalización*, pues son procesos que pueden confundirse pero que tienen ámbitos y efectos diferentes, ya que, esta última se refiere a la dinámica mediante la cual los Estados, entendidos como sujetos que gozan de mismos derechos, deberes y que gozan de igualdad soberana, pasan a formar un mundo único regido por un solo Derecho Internacional, es decir, es un cambio en el ámbito *jurídico-internacional*; el mismo que tiene como inicio la Independencia de los Estados Unidos (1776), en 1789 con la Revolución Francesa y años más tarde con la independencia de las demás colonias americanas[2], y tiene su fin con la descolonización que sigue a la II Guerra Mundial. (Del Arenal, 2008, p. 197).

Por otro lado, la interdependencia se refiere a una dependencia recíproca entre Estados o entre actores en varios estados, que implica intercambios o interacciones con coste supuestamente correlativo entre los actores partícipes, tomando en cuenta que no solo entraña un costo, sino que las partes pueden obtener algún tipo de beneficio. La interdependencia puede ser de dos tipos: simétrica o asimétrica, la segunda es la que funciona en el sistema internacional, pues conlleva un coste desproporcionado para una de los actores, lo cual es lógico (Del Arenal, 2008). Como mencionan Keohane y Nye (1988), sin tomar en cuenta el poder militar, la interdependencia es la segunda fuente más importante de poder en el momento de estudiar el funcionamiento de la sociedad internacional, "*no tanto [por ser] poder racional, sino, sobre todo en términos de po-*

2 Simón Bolívar junto a San Martín fueron reconocidos como *libertadores de América* por su lucha en la independencia de gran parte de la América Española. Entre algunas de las fechas más importantes para el Ecuador se tiene el primer grito de la independencia (10 de agosto de 1809), batalla de Pichincha (24 de mayo de 1822), la entrevista de Guayaquil (26 de julio de 1822) que fue la reunión entre los libertadores Bolívar y San Martín para decidir sobre el futuro de la Provincia Libre de Guayaquil, la unificación del departamento del sur a la Gran Colombia (1822) y la secesión de la Gran Colombia para la creación de la República del Ecuador en 1830.

der estructural[3]*, es decir, en control de los recursos o como el potencial para efectuar resultados*" (Del Arenal, 2008, pp. 208-209). Un ejemplo expresado por el autor, que es perfecto para el Ecuador, es la interdependencia que existe entre países exportadores e importadores de petróleo, pues para los primeros los ingresos de la venta del crudo son vitales para su desarrollo, pues implica un alto porcentaje del presupuesto general del Estado y de la matriz productiva, mientras que para los segundos es vital para el funcionamiento del sistema económico y social. (Del Arenal, 2008).

Finalmente, se abordará a la globalización como último fenómeno que genera un cambio en el sistema internacional, sin antes puntualizar que la interdependencia es un proceso que se da tanto en la mundialización como en la globalización pero que explicado individualmente permite un mayor entendimiento. Definir la globalización no es algo tan simple como se pudiera pensar, pues ni siquiera teóricamente se ha llegado a una unificación del concepto, sin embargo, se tiene ciertos elementos que son común denominador en la mayoría de las definiciones, un criterio tiene en cuenta la fusión del espacio temporal y geográfico pues las interrelaciones han aumentado no solamente cuantitativamente, sino cualitativamente, producto de la instantaneidad y simultaneidad de los procesos. Por otro lado, se tiene en cuenta el cambio de mentalidad de las personas, con un sentido de pertenencia mundial, como seres humanos iguales, más que un sentimiento estatal o en relación a una nación en específico (Del Arenal, 2008, p. 216).

Desde este ámbito se trata a la globalización como un proceso complejo y multidimensional reciente, situado desde los años setenta u ochenta de siglo XX hasta la actualidad, el cual es diferente a cualquier otro (como la *mundialización* o *universalización*), pues supone dejar a un lado las limitaciones de la sociedad internacional antigua donde tenían predominio los Estados con sus características propias, para pasar a la formación de un sistema mundial moderno donde las interacciones y transacciones en ámbitos políticos, económicos, sociales, culturales, científicos etc., superan las barreras del tiempo y del espacio, generado por los obstáculos que

3 El poder estructural es aquel que permite determinar la forma como se van a entablar las relaciones entre los pares, es decir, es el dominio que tiene una de las partes para disponer las reglas de juego. (Verdes-Montenegro, s.f.).

producían las fronteras de los Estados, considerando a todos los sujetos y actores internacionales, con inclusión de las personas individuales; fenómeno causado por el avance tecnológico-informático, sobre todo con la creación de la *internet* y como consecuencia del cambio del sistema capitalista que vio su esplendor después de la disolución del bloque comunista en 1991. (Del Arenal, 2008, pp. 216-219)[4]

Por lo anteriormente planteado, se tiene que precisar que los Estados son considerados como los sujetos esenciales del Derecho Internacional, debido a que son ellos los entes creadores del mismo y son los únicos que ostentan subjetividad plena (López, Carnerero, Chinchón, Iglesias, & Ruiz, 2011, pp. 22-23), es así, que la Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados (1933) dispone los elementos necesarios para poder ser considerado como tal, entre los que se encuentra que se debe tener un territorio determinado, una población permanente, un gobierno y la capacidad para entrar en relaciones con otros Estados. Para establecer relaciones es necesario el reconocimiento por parte de sus pares, que se define como aquel acto unilateral de carácter político más que jurídico, mediante el cual, ya sea de forma expresa o implícita, se reconoce a una sociedad jurídicamente organizada como Estado, atribuyéndole los derechos y obligaciones correspondientes a esta calidad (López, et al., 2011, pp. 27-29).

De la misma manera, los Estados en el ámbito internacional gozan de tres atributos: soberanía, independencia e igualdad. El primero entendido como la capacidad para auto-determinarse, el segundo se explica en que al Estado no se le puede imponer la toma de decisiones, ni intervenir en sus asuntos internos como externos, finalmente las relaciones en Derecho Internacional son relaciones entre iguales, que se desarrollan para mejor entendimiento en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1970, que dispone: "*Todos los Estados gozan de igualdad soberana, tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole* (...)" (Salvador Crespo, 2011, párr. 323).

---

4 Para un estudio pormenorizado del tema, véase Del Arenal, C. (2008). *Mundialización, Creciente Interdependencia y Globalización en las Relaciones Internacionales*. VV. AA. Cursos de Derecho Internacional Victoria-Gasteiz. Bilbao. Universidad del País Vasco. pp. 181-264; donde el autor realiza un excelente análisis del tema y el cual se ha tratado de resumir lo mejor posible.

Una vez que se realizó el estudio referente a los procesos que alteran el sistema internacional y de los elementos-atributos de los Estados que ayudarán a un mejor entendimiento del tema, se abordará lo referente a la polaridad, para lo cual, utilizaremos el texto *Multilateralismo: adaptación a un mundo con potencias emergentes* de la gran maestra Esther Barbé que a su vez emplea *Theory of International Politics* de Kenneth Waltz. Barbé desarrolla la construcción teórica de Waltz, explicando que la polaridad es una categoría analítica del sistema internacional donde los "polos" son aquellos Estados que disponen de mayores recursos en determinados ámbitos (tamaño de población, territorio, capacidad económica y militar, etc.), los mismos que son considerados indicativos de su capacidad, así, un Estado es superior a otro, dependiendo de los recursos que posea (2010), en otras palabras, la polaridad se encarga del estudio del sistema internacional enfocándose en aquellos Estados con mayores capacidades, que básicamente son dos: poder militar y económico, para luego determinar qué estado, o estados, tienen mayor poder e influencia sobre los demás, determinando la estructura y organización del sistema.

Es así, que desde la lógica de la polaridad un sistema puede ser *unipolar* cuando las capacidades de un determinado estado van a ser superiores a la de todos los demás (un solo polo), en la *bipolaridad* vamos a encontrar dos estados que relativamente tienen el mismo poder (dos polos) y en la *multipolaridad* van a existir más de dos estados en disputa. El cambio de estructura de la polaridad va a depender de la actuación de cada Estado que, en la búsqueda de mayores capacidades, va a intentar obtener mayores recursos o relacionarse con otros estados para generar alianzas y aumentar su poder, siempre en la búsqueda de convertirse en la superpotencia mundial. Hay que mencionar como lo hace Barbé, citando a Ikenberry, que: "*la unipolaridad debería distinguirse de la hegemonía y del imperio, términos que se refieren a* ***las relaciones políticas y a los grados de influencia*** más que a la ***distribución de las capacidades materiales***" (2010, p. 25). (énfasis fuera de texto).

Para poder determinar la forma en la que se organiza el sistema internacional actual se tiene que recordar algunos hechos históricos que cualquier estudiante universitario debería conocer. Como se sabe, el primero de septiembre de 1939, Alemania invade a Polonia, dando inicio a la II Guerra Mundial, considerada hasta la fecha como el peor conflicto bélico-militar de la historia de la humanidad, que tuvo como consecuencia

alrededor de 40 a 50 millones de muertos, la mitad de ellos civiles (Sahagún, 2009). Una de las causas de la guerra fue el resentimiento de Alemania por los términos del tratado de paz de Versalles, que dio fin a la I Guerra Mundial, en el que se obligaba a Alemania a disminuir su ejército a la mitad, transferir todas sus colonias, la devolución de Alsacia-Lorena a Francia y la compensación a través de extraordinarias indemnizaciones a los Estados ganadores (The History Channel, 2015).

En la II Guerra Mundial se vieron involucradas las mayores fuerzas mundiales divididas entre las Potencias del Eje conformado principalmente por Alemania, Italia, Japón y los Aliados con Estados Unidos, Reino Unido, Francia, la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (también URSS o Unión Soviética) y otros. El 2 de septiembre de 1945, alrededor de seis años después de iniciado el enfrentamiento, autoridades japonesas a bordo del buque USS Missouri en la bahía de Tokio se rinden formalmente, dando fin este conflicto con victoria de los Aliados (The Histroy Channel, 2015). Debido a las secuelas de la guerra países como Francia, Alemania, y Japón quedaron destruidos e imposibilitados de ejercer cualquier tipo de supremacía, sobre todo Reino Unido que después de la guerra perdió gran parte de su poderío, por ejemplo, en 1938 la marina Real Inglesa era seis veces más grande a la de EEUU, lo cual cambio precipitadamente en los siguientes años, de la misma manera como se puntualizó durante la explicación de la *universalización*, a partir de 1945 se observa una nueva etapa de descolonización que tuvo su inicio con la independencia de la India en 1947 (Sahagún, 2009).

A partir de este punto y debido a los problemas de la post-guerra, comienza la denominada Guerra Fría que es aquella: "*situación de hostilidad entre dos naciones o grupos de naciones, en que, sin llegar al empleo declarado de las armas, cada bando intenta minar el régimen político o las fuerzas del adversario por medio de propaganda, presión económica* (...)" (Cabanellas, 1996). En el caso puntual se trataba de una lucha principalmente ideológica entre dos bandos, el capitalista liderado por Estados Unidos y el comunista liderado por la Unión Soviética. Durante esta etapa histórica del siglo XX existió una carrera dentro de todos los campos (armamentista, ideológico, político, científico, económico, etc.), en el que Estados Unidos y la Unión Soviética competían por convertirse en la superpotencia mundial. En la misma se vivieron momentos

de gran tensión como la crisis de los misiles, caída del muro de Berlín, guerra de Vietnam, entre otros acontecimientos relevantes, la cual tuvo su desenlace con la disolución de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas el 19 de diciembre de 1991.

Desde 1945 hasta el año de 1991, según la polaridad, se entiende que vivíamos en un mundo Bipolar porque existían dos núcleos con mayor poder e influencia, lo que se refleja por la creación de La Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) por parte de EEUU y el Pacto de Varsovia (Tratado de Amistad, Colaboración y Asistencia Mutua) por la URSS. Sin embargo, Estados Unidos obtuvo la "victoria" convirtiéndose en la única e indiscutible superpotencia y a partir de este momento: "*la era bipolar desapareció, abriendo camino hacia un mundo unipolar, bajo la hegemonía imperial norteamericana*" (Sader, 2014). Estados Unidos se reafirma como superpotencia global, hecho que en los años de los noventa e inicios del siglo XXI era bastante claro, sin embargo, en la actualidad es hartamente discutible si el sistema sigue siendo *unipolar* o se ha convertido en *bipolar* o *multipolar*. Frente a esta situación existen varias posiciones, una que toma en cuenta el gran papel emergente de China (el gigante asiático), fundado en su gran capacidad económica, lo que llevaría a una nueva época de *bipolaridad*. Otros, en cambio hablan de una clara emergencia del grupo denominado BRICS[5] (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) contra a Estados Unidos y Estados de la Unión Europea, sistema claramente *multipolar*.

Encontramos innovador el análisis que realiza el Huntington y Buzan y Waever, proponiendo lo que se denomina como *uni-multipolaridad*, concepto mixto en el que se distingue entre superpotencia, gran potencia y potencia regional (Barbé, 2010). Es así que se aclara que en el mundo existe una *superpotencia* que es Estados Unidos, esto se debe a su predominio de capacidades con magnitud global, por ser observado como supremo por la mayoría de los Estados y por su idoneidad para dar un cierto orden internacional.

---

5 En el 2001, el economista Jim O'Neill, del grupo *Goldman Sachs*, nombró como BRIC a los principales Estados Emergentes, pero no fue hasta el 2008 que los Estados asumieron el término oficialmente. Sudáfrica se integró al bloque en el año 2011, dando lugar al término BRICS, que entre otros datos representan el 43 % de la población mundial, el 25 % del PIB mundial y el 20 % de la inversión extranjera es realizada por estos países. (Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, s.f.).

La *gran potencia*, al igual que la superpotencia tiene alcance global, pero se diferencia en que los otros Estados lo perciben, gracias a su potencial económico, político, etc., como un futuro contendor del título de superpotencia. China es un claro ejemplo de lo que se denomina gran potencia, gracias a que se encuentra en una etapa de crecimiento, por ejemplo, se indica que: *"el producto interno bruto (PIB) de China superaría al de los Estados Unidos antes de 2020 [además] la economía china, que ya superó a la de la Unión Europea, sobrepasaría a la estadounidense"* (Bitar, 2014, p. 23).

Por último, se tiene a las *potencias regionales*, que son aquellos Estados que en determinadas zonas ejercen un tipo de dominio sobre los demás países vecinos, motivo por el cual se habla de un tipo de polaridad regional, donde dependiendo el sector se encontrará una variación en la estructura del sistema, por ejemplo, mientras en Latinoamérica localizamos un sistema bipolar, por el papel que juega Brasil y México, en el cono sur de África se trataría con un sistema unipolar por el poderío de Sudáfrica. Es así que se: *"permite hablar de una sociedad internacional en la que existe una distribución de poder global y diversas distribuciones de poder regional"* (Barbé, 2009, p. 28).

En vista de lo explicado, se tiene que proceder a determinar los problemas de la polaridad como categoría analítica. Frente a esta cuestión se tiene tres inconvenientes. El primero se relaciona a la limitación global, que ya se analizó líneas atrás al hablar del concepto de *uni-multipolaridad*, cuando se estableció que para un correcto estudio se debería realizar una observación regional y no solamente global, involucrando a Estados que a pesar de no tener tanto poder, como los que se encuentran en la cúspide, sus acciones pueden influir considerablemente en el sistema internacional, mucho más si lo hacen en conjunto.

El segundo problema tiene que ver con la transformación constante de los sujetos y actores del sistema internacional. Como se explicó el Estado es sujeto por excelencia del Derecho Internacional, sin embargo, en los últimos años se puede observar el surgimiento de nuevos actores internacionales que poseen una configuración diferente, sobre todo de las multinacionales que como se conoce son un tipo de sociedades o empresas transnacionales cuyas acciones, procesos, ventas e intereses se encuentran en varios países (Círculo de Lectores, 1988). También exis-

te un progreso de las organizaciones internacionales (entendidas como sujetos del derecho internacional formados por Estados que son los que asignan a éstas personalidad internacional) concretamente de las denominadas organizaciones de integración en las que existe una mayor cesión de competencias por parte de los Estados Miembros; un caso claro es la Unión Europea. Si realizamos un análisis basado simplemente en la polaridad clásica de visión estatista no podríamos tomar en cuenta a actores tan importantes como los mencionados que: "*juegan un papel central junto a los Estados, con la consecuente desterritorialización del poder*" (Barbé, 2010, p. 27) y a sujetos que debido a su carácter *sui géneris* no podrían encuadrarse dentro del modelo de polaridad.

El tercer problema de la polaridad tiene que ver con la limitación: poder relativo, provocada por la diferenciación sectorial. Este dilema es bastante claro, la polaridad al enfocarse solamente en determinados elementos del sistema internacional (como es el elemento militar o económico) deja de lado piezas claves para un correcto análisis. El método de las estructuras históricas de Robert Cox (Sanahuja, 2008) permitirá entender de mejor manera este punto. El razonamiento parte, que dentro del sistema internacional existen actores que interactúan entre sí (estatales y no estatales), su comportamiento se ve condicionado por tres elementos interrelacionados:

a) Las capacidades materiales que son de dos tipos: productivas (tecnología – globalización) o destructivas (militares), además de otros componentes como territorio, población, recursos, etc., pero que actualmente no influyen considerablemente.

b) Instituciones en sentido amplio que incluyen reglas, normas o directrices de comportamiento (se relaciona con la *interdependencia*).

c) Las ideas (incluyendo identidades las cuales son construidas) que es un punto importante a pesar de que se puede pensar lo contrario, por ejemplo, el *socialismo del siglo XXI* es una idea que la polaridad no estudiaría, pero es evidentemente que ha influido en las políticas exteriores de algunos Estados Latinoamericanos como son Ecuador, Venezuela o Bolivia.

Por tanto, la supremacía, desde el punto de vista de Cox, consiste en la existencia de una estructura congruente entre los tres elementos (capaci-

dades, instituciones e ideas), contrario a la polaridad en donde el único elemento analizado es el de capacidades materiales, básicamente poder militar.

Con todo el estudio realizado, se cuenta con la información necesaria para poder responder a las preguntas inicialmente planteadas: según la polaridad ¿cómo se organiza el sistema internacional actual?; y ¿es esta categoría adecuada para un realizar un correcto estudio de la estructura del sistema internacional contemporáneo? Frente a la primera interrogante, se sigue en parte lo planteado por el profesor José Antonio Sanahuja al decir que: "*en tanto atraviesa un periodo de transición, el sistema internacional combina rasgos tanto del viejo sistema de Estados, como de un sistema multicéntrico emergente*" (2008, p. 380).

Así, el sistema es considerado *unipolar* pero solamente en el elemento de las capacidades materiales destructivas, donde es Estados Unidos la superpotencia por excelencia, debido entre otras cosas, a su gran gasto en temas relacionados a "seguridad del nacional"[6], y a pesar de que se puede considerar que la fuerza militar es lo más importante para un Estado, llegamos a deducir en líneas atrás que existen otros ámbitos igual de valiosos.

Frente a los demás elementos (capacidades productivas) pensamos que nos encontramos frente a un sistema *multipolar* debido a países como son Brasil, Rusia India, China y Sudáfrica (BRICS), que se han desarrollado últimamente ganando terreno para ser consideradas como potencias emergentes o en resurgimiento y al mejoramiento de países europeos principalmente de Alemania, Francia y Reino Unido. Con excepción de Brasil, los países mencionados tienen un gasto militar bastante alto, que aunque no superen a Estados Unidos, fusionados podrían hacerlo.

A pesar de estas consideraciones es claro que además de los Estados, existen otros actores del sistema internacional que actualmente ostentan el poder, muchas veces más importantes, con más poderío e influencia,

6 En inversión militar Estados Unidos, en el 2014, gastó alrededor de 610.000 millones de dólares, invirtiendo más que los siete Estados juntos que le siguen. China (216.000 millones), Rusia (84.000 millones), Arabia Saudita (81.000 millones), Francia (62.000 millones), Reino Unido (60.000 millones), India (50.000 millones) y Alemania (46.000 millones). (Mizrahi, 2015).

es por eso que se habla de un: "*sistema multicéntrico en transición, caracterizado por serias carencias de gobernanza para las que no existen aún instituciones y reglas representativas, legítimas y eficaces*". (Sanahuja, 2008, p. 380). Esto es claramente significativo, ya que, no tomar en cuenta a actores internacionales como las multinacionales que ejercen sus actividades en varios países alrededor del globo, no permitiría realizar un adecuado análisis del sistema internacional, pues se estaría eludiendo una realidad incuestionable como es que estas corporaciones tengan más poder e influencia que la mayoría de Estados.

En relación a la segunda pregunta, es evidente que la polaridad no es un adecuado modelo para el análisis del sistema internacional contemporáneo por todas las razones expuestas durante el desarrollo del presente capítulo, además de cómo lo menciona el profesor Celestino del Arenal (2008, p. 259) las concepciones tradicionales ya no tienen el mismo nivel de utilidad para analizar el sistema internacional, puesto que existe una mayor complejidad y multidimensionalidad para usar categorías que solo se enfocan en el poder militar o económico, cuando vemos que existen mayores elementos de estudio.

Sin embargo, no compartimos la idea del profesor Sanahuja (2008, p. 380) al considerar que:

> los términos «unipolar», «multipolar» o «apolar» obscurecen, más que aclaran, la realidad de la sociedad internacional. Parten de una concepción estatocéntrica de la sociedad internacional y de una visión parcial y limitada del poder «militar» o «económico» que impide aprehender la realidad de ese fenómeno.

Más bien se cree que se la puede considerar como un modelo que contribuye al análisis, que junto a otras categorías analíticas podría reflejar la estructura del actual sistema internacional, eso se demuestra en que a pesar de su disminución de nivel de utilidad se siga empleando y estudiando como una categoría de análisis válida, por lo menos para entender otras tesis de estudio como el método de las estructuras históricas de Robert Cox.

En conclusión, vivimos en un mundo que sufre constantes transformaciones, debido entre otros factores, a procesos como la globalización,

fenómeno cada vez más visible que se produjo debido al avance tecnológico, que modifico el mundo provocando que el actor más poderoso no sea aquel que tiene más industria, lo que sucedía a inicios del siglo XX, sino es aquel que controla la información y la tecnología (el conocimiento literalmente es poder). Un correcto análisis del sistema internacional contemporáneo implica el estudio de todos los elementos de la estructura internacional (capacidades, instituciones e ideas) relacionándolos con los nuevos sujetos y actores internacionales que ejercer un dominio evidente, es así, que se debe considerar a las organizaciones internacionales y actores internacionales conocidos como corporaciones, multinacionales o transnacionales. Para el Ecuador la única forma para convertirse en un actor relevante y poder competir contra las superpotencias, es a través de la integración regional que se logrará cuando se superen conceptos limitantes como *pueblos soberanos* o *regionalismos*, que, desde la independencia de las Colonias Americanas en el siglo XIX, han frenado una verdadera unificación; pues es imposible que las organizaciones internacionales de América Latina se conviertan en entidades geopolíticas como la Unión Europea, si hasta la fecha los Estados se niegan a ceder competencias por el escepticismo existente entre pueblos que sobre todo comparten una historia común y la mayoría un mismo idioma, pero eso es tema de otro artículo.

BIBLIOGRAFÍA

Barbé, E. (2010). *Multilateralismo: adaptación a un mundo con potencias emergentes.* Revista Española de Derecho Internacional.

Bitar, S. (2014). *Las tendencias mundiales y el futuro de América Latina.* Santiago: CEPAL.

Cabanellas, G. (1996). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (24a ed., Vol. IV). Bógota: Heliasta.

Círculo de Lectores. (1988). *Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo* (Vol. IX). Barcelona: Plaza & Janés.

Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados. (1933). *Tratados Multilaterales*. Organización de los Estados Americanos. Recuperado de http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.htm

Del Arenal, C. (2008). Mundalización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales. En *VV. AA. Cursos de Derecho Internacional Victoria-Gasteiz.* Bilbao: Universidad del País Vasco.

López, A., Carnerero, R., Chinchón, J., Iglesias, M., & Ruiz, M. D. (2011). *Temas de Derecho Internacional Público.* Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España. (s.f.). *Países BRICS.* Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Recuperado de http://www.exteriores.gob.es/PORTAL/ES/POLITICAEXTERIORCOOPERACION/PAISESBRICS/Paginas/InicioBrics.aspx

Mizrahi, D. (17 de julio de 2015). *Los diez países con mayor y menor gasto militar en el mundo.* INFOBAE. Recuperado de http://www.infobae.com/2015/07/17/1742363-los-diez-paises-mayor-y-menor-gasto-militar-el-mundo/

Real Academia Española. (1894). *Diccionario de la Lengua Española* (20a ed., Vol. IV). Madrid: Espasa Calpe.

Sader, E. (23 de marzo de 2014). *Por un mundo multipolar.* El Telégrafo. Recuperado de http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/1/por-un-mundo-multipolar

Sahagún, F. (2009). *EEUU sustituye a Europa como gran gendarme global.* El Mundo Recuperado de http://www.elmundo.es/especiales/2009/09/internacional/segunda_guerra_mundial/la_guerra/consecuencias.html

Salvador Crespo, I. (2011). *Instituciones de Derecho Internacional Público.* Quito.

Sanahuja, J. A. (2008). *¿Un mundo unipolar, multipolar o apolar? El poder estructural y las tranformaciones de la sociedad internacional contemporánea.* Bilbao: Universidad del País Vasco.

The History Channel. (2015). *Adolf Hitler.* The History Channel. Recuperado de http://ec.tuhistory.com/hoy-en-la-historia/finaliza-la-primera-guerra-mundial

The Histroy Channel. (2015). *Japón se rinde y termina la Segunda Guerra Mundial.* The Histroy Channel. Recuperado de http://ec.tuhistory.com/hoy-en-la-historia/japon-se-rinde-y-termina-la-segunda-guerra-mundial

Verdes-Montenegro, F. (s.f.). *La teoría del poder estructural y la securitización: Una propuesta teórica para el estudio de las transformaciones del poder y la seguridad.* Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración Recuperado de http://www.aecpa.es/uploads/files/modules/congress/11/papers/984.pdf

G.

FILOSOFÍA DEL DERECHO

PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD: DE SUJETOS A OBJETOS DEL DERECHO Y DEL MERCADO

Alex Valle Franco[1]

Resumen: *El artículo intenta hacer una breve revisión de las tecnologías de normalización y disciplina en el sistema penitenciario, las cuales son analizadas en detalle por Michel Foucault en sus obras: "Vigilar y Castigar", "Microfísica del Poder", "Genealogía del Poder" e "Historia de la locura". Para lograr dicho cometido he dividido el artículo en cuatro partes. Primero, analizo el origen y las causas de la normalización social, posteriormente me enfoco en la cárcel como mecanismo tecnológico de control y vigilancia. En una tercera parte, se muestra el proceso de sometimiento de las personas privadas de libertad, la apropiación de cuerpos que los transforma de sujetos en objetos del derecho. Finalmente, de la mano del autor Loïc Wacquant cierro el análisis haciendo una pequeña reflexión sobre la real "utilidad" de los centros penitenciarios y de una política policial basada en la criminalización de la pobreza y de su utilidad para el mercado de la seguridad.*

Introducción

Con ocasión de la cátedra *"Las dimensiones culturales del derecho"*, creada por el profesor Dr. Ernesto Albán Gómez años atrás en la Universidad Andina Simón Bolívar, participé como docente en un módulo, cuyo desarrollo se enfocó en el análisis del sistema penitenciario. Para dicho efecto se proyectó la película brasileña "Carandiru", que muestra de forma cruda la experiencia carcelaria de seres humanos condenados por un sistema judicial y social enmarcado en patrones clasistas y excluyentes. El análisis tanto de la película como del presente artículo, se abstraen del mundo jurídico en lo que a que a dogmática se refiere y se concentran

---

1 PHD en Derecho por la Universidad de Bremen Alemania, abril 2016. Master en Sociología, FLACSO-Ecuador, 2012. Magíster en Derechos Humanos, programa de Mecanismos de Protección, Universidad Andina 2009. Actualmente docente de Filosofía del Derecho PUCE-Quito y Docente del IAEN.

en los elementos sociopolíticos que engloban el complejo hilvanaje del sistema penitenciario y las relaciones de poder ejercidas entre aquellos designados como portadores "legítimos de la fuerza" y aquellos depositarios de la "vindicta pública."

En la película, la relación vertical de poder se puede visualizar en su punto máximo en el momento en el que los antimotines hacen uso desproporcionado de la fuerza y asesinan a aquellos que han sido extrañados de la sociedad debido a su "peligrosidad". Esta actuación es vista como legítima por parte de una sociedad normalizada en el marco del derecho penal del enemigo y de un sistema binario de disciplina que señala lo que es bueno y lo que es malo. En este contexto, el artículo analiza brevemente el origen de las técnicas y de las tecnologías funcionales al sistema penitenciario. Posteriormente, se relatan las formas de implantar la disciplina en dichos centros, y cuyo resultado es la cosificación de los sujetos condenados. En el cierre, se describen hechos a través de los cuáles los detenidos pasan a ser funcionales y útiles al mercado penitenciario y de la seguridad.

1. Normalización: ¿jugando a ser Dios?

Desde la aparición de los seres humanos en los diversos puntos del planeta se han verificado conflictos de carácter social, político, religioso o de otra índole, todos ellos basados en la diferencia de puntos de vista, ideologías, creencias, cultura y otros factores que caracterizan a una persona o a un determinado grupo social y cuyo punto de partida se inició con lo que Jacques Derrida denominó "el accidente del nacimiento" (Derrida, 2014, 13-22). Según Derrida el nacimiento de una persona es el que determina su nacionalidad, esencia cultural, religión, ideología, lenguaje y otros elementos que impregnan la personalidad de dicho ser el cual, dicho sea de paso, no escogió la ubicación geográfica o familiar en la que se desarrolla. En ese sentido, cada persona es un sujeto en construcción que termina por asimilar todo lo que se teje a su alrededor y desde la óptica de las agrupaciones sociales que lo rodean; esto es: en la familia, barrio, club, escuela, ciudad, país, etcétera. En este proceso de formación personal, pocas han sido las ocasiones en que el sujeto en formación se ha detenido a reflexionar sobre las prácticas asimiladas, pues cada hecho es mirado y repetido como natural por parte del grupo

que lo rodea. Además, el cuestionamiento a dichas prácticas es tomado como una afrenta al sistema social imperante, el cual reacciona contra el sujeto, valiéndose de medios que lo descalifiquen o lo mantengan aislado del resto de la sociedad (locos, criminales, peligrosos). Con dicho fin los estados europeos construyeron técnicas y tecnologías funcionales a esos objetivos; en el siglo XVI por ejemplo aparecieron los leprosarios y en el siglo XVIII los panópticos, estas medidas sociales y jurídicas controlarían el brote de hechos y personas que pongan en riesgo a dichas sociedades. Foucault dice que las tecnologías de control corresponden a una técnica de "vigilancia jerarquizada", la cual es sin duda una de las más efectivas técnicas creadas con el fin de imponer el poder disciplinario de un Estado (Foucault, 2003, 181). Esta técnica parte de un poder múltiple y es independiente del mismo Estado pero es fiel a él, reposa en la vigilancia que realizan todos los individuos en sus diversas relaciones sociales, tanto de manera horizontal como vertical, de tal forma que incluso los vigilantes son perpetuamente vigilados (Foucault, 1980, 182). Para Foucault, la vigilancia jerarquizada funciona como una maquinaria cuya organización piramidal provee un jefe, posteriormente el aparato produce poder que es distribuido a los individuos, quienes permiten que dicho poder esté presente en cualquier lugar a través de la ley o la tradición (Foucault, 1980, 189).

La aplicación de dichas técnicas disciplinarias se despliega de una manera inconsciente y natural desde la familia y tiene por objeto moldear a una persona "a imagen y semejanza" del estándar social establecido, haciéndolo útil (en términos económicos) y servil al sistema que lo rodea (en términos políticos). Marx al hablar de la propiedad privada dice que "el hombre produce al hombre, así mismo y al otro hombre [...] Así como la sociedad misma es la que produce al hombre en cuanto hombre, así también es producida por él (Marx, 1932, 28) ." Bajo este presupuesto se produce una suerte de alienación en la que el hombre ignora su propia esencia y da paso a una sobrepuesta esencia artificial que es prefabricada en las diversas dimensiones de las actividades humanas; social, política, religiosa, cultural, filosófica (Barrera, 2011, 124).

Las técnicas disciplinarias impuestas desde las dimensiones y postulados citados, determinan que es bueno o malo, lícito o ilícito, permitido o prohibido, moral o inmoral, ético o no ético, adecuado o inadecuado, aceptable o inaceptable, saludable o insalubre, pecaminoso o virtuoso,

etcétera. Es por eso que si un sujeto sale de la normalidad en la que está siendo estructurado, este causa inmediatamente una alarma social que es vista como una: desviación, enfermedad, degeneración, perversión; y por supuesto como un peligro. Según Foucault la historia de la exclusión se basa precisamente en este simple pero efectivo sistema binario, el cual fue inspirado en la disciplina militar y religiosa, cuyo sello particular nos encierra en el círculo de la "razón-sin razón" (Foucault, 1980, 15). Este esquema binario de disciplina se refuerza mediante premios que son entregados a las personas normalizadas, así se busca estimular la normalización a través de incentivos de todo tipo, los cuales incluyen: ascensos, condecoraciones, trofeos, diplomas, títulos, becas, y otros reconocimientos. Por otra parte, el esquema busca tener un efecto preventivo a través de castigos aplicados a quienes pretendieron abandonar el sistema normalizador, aquí se aplican: expulsiones, degradaciones, descensos, multas, destierros, y encierros en casas médicas, psiquiátricas o en prisiones. Según Foucault, "la innovación y objeto de las técnicas disciplinarias es fabricar un cuerpo a la vez útil y sometido, un cuerpo dócil (...) funcional a nivel económico y político respectivamente" (Foucault, 1980, 10). De todas estas técnicas de "reencauzamiento social" citadas, nos enfocaremos en las prisiones.

2. Expiando culpas a través de la prisión

Tal y como se manifestó en líneas anteriores, todo individuo que no encaje dentro del orden social establecido y sus reglas, deberá ser apartado de la sociedad por ser considerado como una amenaza a la seguridad colectiva. Esta historia de exclusión social comenzó en Europa con ocasión de la expansión de la lepra y los leprosarios entre los siglos XIV y XVII. En el libro "La historia de la locura" de Michel Foucault se afirma que solo en la época de Luis VIII en Francia se registraron más de 2000 leprosarios, en los cuales eran excluidos quienes necesitaban de "purificación", pues los enfermos eran considerados pecadores que habían recibido un castigo divino por sus malos actos.[2]

2 "Amigo mío —dice el ritual de la iglesia de Vienne—, le place a Nuestro Señor que hayas sido infectado con esta enfermedad, y te hace Nuestro Señor una gran gracia, al quererte castigar por los males que has hecho en este mundo." Michel Foucault, *Historia de la locura en la época clásica*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 6-9.

Años más tarde los mismos procesos de exclusión se repitieron, esta ocasión se enfocaron en los pobres, en los vagabundos, ladrones y en los alienados, todos ellos fueron considerados como un peligro para la sociedad y por tanto merecedores de una rigurosa exclusión social (Foucault, sf. , 8). De esta forma, el mundo del internamiento constituido en el contexto de la enfermedad y el pecado fue extendido a los pobres, a quienes también se los etiquetó de enfermos, delincuentes o pecadores por estar fuera del nivel de utilidad social. Foucault en su obra "Vigilar y Castigar" concluye que:

> Tratar a los "leprosos" como a "apestados", proyectar los desgloses finos de la disciplina sobre el espacio confuso del internamiento, trabajarlo con los métodos de distribución analítica del poder, individualizar a los excluidos, pero servirse de los procedimientos de individualización para marcar exclusiones –esto es lo que ha sido llevado a cabo regularmente por el poder disciplinario desde los comienzos del siglo XIX: el asilo psiquiátrico, la penitenciaría, el correccional, el establecimiento de educación vigilada, y por una parte los hospitales, de manera general todas las instancias de control individual, funcionan de doble modo: el de la división binaria y la marcación (loco-no loco; peligroso-inofensivo; normal-anormal); y el de la asignación coercitiva, de la distribución diferencial (quién es; dónde debe estar; por qué caracterizarlo, cómo reconocerlo; cómo ejercer sobre él, de manera individual, una vigilancia constante, etc.) (Foucault, 1980, 202-203).

Bajo esta idea de la vigilancia y control de los cuerpos, surge años más tarde "El *Panóptico* de Jeremy Bentham" la cual debe ser vista no solo como una figura arquitectónica sino como una tecnología del poder. Foucault en su obra "Genealogía del Poder" menciona que los diseños arquitectónicos de los hospitales presentaron una dificultad en el ejercicio de control y vigilancia de los cuerpos, pues a menudo se producían contagios, amontonamientos y mala circulación del aire. Ante ello, fue necesario crear un edificio que asegure la vigilancia tanto individual como global, que tenga una división de espacio que separe a los individuos y que a la vez tenga espacios abiertos, esta idea de mirada centralizada apareció con el diseño de Bentham (Terán, 1979, 10), y es descrito de la siguiente forma:

> En la periferia un edificio circular; en el centro una torre; esta aparece atravesada por amplias ventanas que se abren sobre la cara interior del

> círculo. El edificio periférico está dividido en celdas, cada una de las cuales ocupa todo el espesor del edificio. Estas celdas tienen dos ventanas: una abierta hacia el interior que se corresponde con las ventanas de la torre; y otra hacia el exterior que deja pasar la luz de un lado al otro de la celda. Basta pues situar un vigilante en la torre central y encerrar en cada celda un loco, un enfermo, un condenado, un obrero o un alumno (Terán, 1979, 11).

Cabe recalcar que la idea de Bentham no fue imaginada solo como una figura arquitectónica destinada a resolver un problema concreto como el de la prisión, la escuela o el hospital, sino que se trata de una verdadera invención para ejercer bien y fácilmente el poder, lo cual fue preocupación de los médicos, los industriales, los educadores y los penalistas de esa época (Terán, 1979, 11). El panoptismo se convierte también en una nueva forma de anatomía política cuyo objeto y fin son las relaciones de disciplina que se desarrolló a lo largo de los siglos XVII y XVIII y que hoy en día han multiplicado sus dispositivos y han convertido el cuerpo social en una sociedad disciplinaria (Foucault, 1980, 212). En ese sentido, la disciplina se convierte en una técnica que fabrica individuos útiles, que justifica la exclusión, la expiación, el retiro, el encierro y hasta la muerte (Foucault, 1980, 214). La disciplina es "un tipo de poder, una modalidad para ejercerlo, implicando todo un conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimientos, de niveles de aplicación, de metas; es una "física" o una "anatomía" del poder, una tecnología" (Foucault, 1980, 218). Es así como la prisión, constituye una pieza esencial del arsenal punitivo, el cual ejerce un rol importante en la historia de la justicia penal, en el apropiamiento de los cuerpos y en la colonización de la institución judicial (Foucault, 1980, 233).

3. El sometimiento de los cuerpos: de sujetos a objetos de derecho

La cadena de tecnologías del poder para el sometimiento de las personas a través de la normalización individual y colectiva basada en su sistema binario, y a través de su mecanismo de recompensas y castigos, pareciera ser suficiente en el ejercicio del control y la disciplina de los cuerpos, pero en la práctica no es así. El ejercicio de poder sobre quienes han sido considerados como "peligrosos o nocivos" no se con-

forma con disciplinarlos o controlarlos, sino que busca el dominio y la apropiación de sus cuerpos.

En la obra "Vigilar y Castigar" se aprecia que en el antiguo sistema de castigos usados por la monarquía, "los condenados pasaban a ser la cosa del rey, sobre la cual el soberano imprimía su marca y dejaba caer los efectos de su poder" (Foucault, 1980, 113). De esa forma, los sujetos pasaban a ser parte de un bien social, cuyo uso debería ser encaminado de acuerdo a los intereses del soberano, en ese sentido podían usarse como mano de obra gratuita, como soldados prescindibles o simplemente como esclavos al servicio de la comunidad (Foucault, 1980, 212). Esta idea no ha variado mucho en los Estados modernos, pues se sigue manteniendo la idea de que el "condenado/sentenciado" deja de ser un sujeto de derechos para convertirse en un objeto, cuyo destino está en manos del sistema judicial y penitenciario. En estas últimas instancias se decide la forma, el tiempo, el lugar, y las condiciones de la condena, y en los casos más extremos sobre la vida misma de la persona privada de libertad, toda su vida será dirigida y controlada bajo el amparo de un "castigo legal y justo" (Foucault, 1980, 238). Por eso, desde la perspectiva disciplinaria observada en "Vigilar y Castigar" la prisión es la maquinaria más poderosa para imponer una conducta normalizada al individuo "pervertido", por eso su modo de acción es la coacción de una reeducación total.

> En la prisión, el gobierno puede disponer de la libertad de la persona y del tiempo del detenido; entonces se concibe el poder de la educación que, no sólo en un día sino en la sucesión de los días y hasta de los años, puede regular para el hombre el tiempo de vigilia y de sueño, de la actividad y del reposo, el número y la duración de las comidas, la calidad y la ración de los alimentos, la índole y el producto del trabajo, el tiempo de la oración, el uso de la palabra, y por decirlo así hasta el del pensamiento (...) (Foucault, 1980, 238).

Este régimen de "omnipotencia disciplinaria" se ocupa de todos los aspectos del individuo, dado que la prisión no tiene exterior ni vacío como en el caso del taller, la escuela o el ejército, por eso su tarea es ininterrumpida e incesante (Foucault, 1980, 238). El poder casi absoluto sobre los detenidos guarda además un régimen de mecanismos internos de represión y de castigo que pasan a ser parte de una disciplina despótica y autoritaria que, en muchos de los casos, se aleja de los procedimientos

reglamentarios establecidos, y que tienen como origen esa microfísica del poder encarnada en quienes vigilan y controlan estos cuerpos.

Foucault con respecto de la "benignidad de las penas" dice que este arte de castigar se inscribe en una mecánica natural que es apoyada por toda una tecnología de la representación (Foucault, 1980, 108). En ese sentido, lo infamante de las penas está relacionado con la fuerza misma que ha impulsado el delito y la exigencia de la vindicta pública con relación a dicho castigo, por eso el oficio de privar a un hombre de su libertad y de vigilarlo en la prisión es un ejercicio de tiranía. "La prisión, en resumen, es incompatible con toda esta técnica de la pena-efecto, de la pena-representación, de la pena-función general, de la pena-signo y discurso" (Foucault, 1980, 118). A esta declaración se puede añadir que la prisión también es incompatible con la pena como función rehabilitadora, esta afirmación se constata al leer a Loïc Wacquant y su descripción de la filosofía penal dominante, allí se dice que el sistema penitenciario actual busca deliberadamente que "el preso huela a preso" y que, sobre esa base, se han introducido los castigos corporales, las medidas vejatorias (picado de piedras, limpiado de zanjas, grilletes, uniformes a rayas, cortes de pelo, etc.), la supresión de "privilegios" (uso de equipos de gimnasia, práctica de deportes, consumo de cigarrillos o café, visitas familiares o íntimas, etc.) (Loïc, 2004, 153) (Wesley, 1997, 25-26), y otras medidas que sirven para mermar la moral y la humanidad de los detenidos.

Dichas prácticas nos demuestran que la única variación entre la aplicación de técnicas corporales de la edad media y las modernas se identifica en su forma pero no en su esencia, pues los castigos espectaculares se han perfeccionado para ser más sutiles e imperceptibles pero a la vez más efectivos y con una consecuencia mucho más devastadora sobre el cuerpo y la mente de los condenados. Aunque Foucault afirma que el sufrimiento físico y el dolor del cuerpo, no son ya los elementos constitutivos de la pena, el cree que el sistema de coacción y privación de derechos ha pasado del arte de la sensaciones insoportables a una economía de derechos suspendidos, en la que la justicia manipula el cuerpo de los justiciables mediante reglas más austeras y a través de un ejército de técnicos que reemplazan al verdugo, tales como: vigilantes, médicos, capellanes, psiquiatras, psicólogos, educadores, etc. (Foucault, 1980, 18-19). De esta forma, la vida de los condenados no solo es controlada y disciplinada, sino que es sometida por completo a la voluntad de otros

agentes, quienes decidirán sobre su educación, su espíritu, su mente, su salud, su economía y su cuerpo.

Bajo los presupuestos analizados, las personas privadas de libertad, dejan de ser sujetos del derecho para convertirse en objetos del sistema judicial y penitenciario, y aunque mucho se diga que ellos conservan sus derechos según la Constitución y los Instrumentos Internacionales, la verdad es que el microcosmos obscuro y aislado de la prisión termina por ejercerse un "*derecho*" no escrito, no autorizado, no reglado, que depende de la microfísica del poder y de la voluntad del soberano representado en toda esa gama de funcionarios que deciden por él y sobre él.

4. De objetos del derecho a objetos del mercado

Los costos humanos, sociales y económicos que rodean el complejo sistema penitenciario y otros afines al tema de la seguridad son cada vez mayores; y sin embargo, no tienen el éxito "libertario" ofertado, más bien se verifica un aumento en las estadísticas de los delitos y en los casos de reincidencia. Tal vez sea porque el enfoque penitenciario actual muestra a las personas privadas de libertad solo como estadísticas, y en muy pocos casos se ha buscado aplicar una verdadera reintegración social o peor aún aplicar una política social estructural que cambie el contexto de desigualdades en el que viven dichas personas. El derecho penal del enemigo se ha impuesto y busca fortalecer el sistema penitenciario y sus sistemas afines, los argumentos que han esgrimido los Estados para no aplicar medidas de carácter social, principalmente han sido: 1) Falta de recursos económicos para aplicar políticas sociales o programas de apoyo a personas privadas de la libertad; y, 2) El Estado policial es más efectivo que el Estado social. Ambos argumentos desde mi punto de vista son insostenibles por las razones que presentaré a continuación.

Con relación al primer punto, la socióloga Ligia Bolívar al analizar los mitos de los derechos económicos, sociales y culturales, ha destacado que la falta de recursos financieros de los Estados o la inexistencia de recursos internacionales no es más que una falacia, ya que el problema real es que los recursos están mal distribuidos (Bolívar, 2013, 9-14). Para confirmar dicha aseveración basta con revisar las cifras de los

recursos estatales designados a políticas sociales o a programas de apoyo a personas privadas de la libertad (en caso de que existan), y en contraste revisar los ingentes montos presupuestarios destinados a la fuerza pública, a la compra de armamento y a la implementación de programas de seguridad. Lo propio sucede con los recursos de organismos internacionales destinados a otras áreas de investigación y apoyo.

Al revisar el libro, las cárceles de la miseria de Loïc Wacquant podemos verificar como los presupuestos de la policía y otros aparatos de seguridad aumentaron en detrimento de los gastos sociales.[3] El caso ecuatoriano no es una excepción, en el presupuesto para el año 2014 se destinó al Ministerio de Defensa un monto de 1,701,895,091.83, a la Policía Nacional 1,114,229,533.40, mientras que el Ministerio de Inclusión Económica y Social recibió 1,037,461,146.17.1; es decir, que los gastos en fuerza pública triplican los gastos destinados a temas sociales.[4] Del monto destinado al área social, cabe preguntarse ¿cuánto se destinará a programas de integración social y apoyo social a personas privadas de libertad o a sus familiares en caso de que se hayan previsto? Me hago esta pregunta dado que al revisar la página Web del Ministerio de Justicia en la parte pertinente al "Sistema Nacional de Rehabilitación Social", no encontré más que planes para la construcción y mejora física de los centros de "rehabilitación social" y para la capacitación de guías penitenciarios. Este hecho significa que se sigue la lógica del control, de la disciplina de los cuerpos y del derecho penal del enemigo; pero en ningún caso la pena tiene un sentido rehabilitador y menos de reintegración. Es precisamente bajo este enfoque que se manejan los recursos económicos, desde allí se construye el discurso de que es innecesario invertir dinero en personas que hicieron un mal a la sociedad, reafirmando la idea de que "el preso huela a preso". Este tipo de políticas solo contribuye a

3 El presupuesto de la administración penitenciaria solo en California escaló de menos de 200 millones de dólares en 1975 a 4,3 millardos en 1999, es decir 22 veces más, mientras que los de salud pública y educación se estancó o disminuyó. L.Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, pp. 95, 96.

4 Se debe tomar en cuenta que existen otros rubros más destinados a seguridad que no constan en el párrafo descrito y que aumentan el desequilibrio descrito. Tales como: Ministerio del Interior 307,696,452.66; Ministerio de Justicia 174,458,896.52; Dirección Nacional de Migración 1,287,040.00; Dirección de Seguridad Pública 60,599,00, entre otros.

la construcción de representaciones sociales que posteriormente son asumidas por la población,[5] la cual en primer término demoniza[6] a los privados de libertad y posteriormente justifica y apoya la vigencia de una política securitista que se enfoque en el castigo del culpable y no en su "rehabilitación".

El segundo argumento sobre la efectividad del Estado policial y la inefectividad del Estado social, se fortalece en la década de los noventa con la doctrina de la "tolerancia cero" diseñada por William Bratton (ex jefe de la policía de Nueva York) para el Manhattan Institute. Esta doctrina da carta blanca para perseguir agresivamente a la pequeña delincuencia y expulsar o detener a los mendigos, a los sin techo, a los extranjeros, bajo la retórica de la guerra contra el crimen y la reconquista del espacio público.[7] Además, esta doctrina pregona la ineficacia de la asistencia social y la demoniza, asegurando que los pobres no deben vivir más a costilla de los buenos ciudadanos. Economistas como Charles Murray y John Major en una conferencia organizada por el *Sunday Times y el Institute of Economic Affairs* en Londres en 1989, afirmaron que el Estado providencia debe archivarse con el fin de salvar a la sociedad de la *underclass* que siembra la ruina social y la desolación en las ciudades inglesas y de Estados Unidos. Incluso se advirtió sobre el peligro de un levantamiento de las clases medias, las cuales con sus impuestos pagan las ayudas sociales de familias monoparentales, de vagos y madres solteras (Wacquant, 2004, 42-43). Con ese discurso y cifras dudosas sobre la disminución de la criminalidad,

---

5 Las representaciones sociales son aquellas imágenes que construyen los medios de difusión sobre los temas que conforman la agenda pública, así una representación, es una imagen mental que tiene un individuo o comunidad acerca de una cosa, evento, acción, o proceso que percibe de alguna manera. La representación constituye una creencia o es elemento de una creencia y es la base del significado que adquiere cada nuevo estímulo relacionado con esa cosa, evento, acción, proceso. Alejandro Raiter y Zullo Julia, *Representaciones Sociales*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, p. 11.

6 Jean Paul Sartre en *Apuntes sobre la cuestión judía* mostró como la demonización del judío llevada a cabo por parte del antisemita legitimaba la violencia que recaía sobre este. Desde el discurso de la "inseguridad" se demoniza "al otro" para conculcarle sus derechos, legitimando incluso el uso de la violencia.

7 El Manhattan Institute en la década de los ochenta había diseñado la doctrina de "la ventana rota" por medio de James Wilson, la cual suponía luchar con los pequeños desordenes cotidianos antes de que se conviertan en futuras patologías criminales, resumiéndose con la frase: quien roba un huevo, roba una vaca. L.Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, pp. 28, 32.

la política de "Tolerancia Cero" fue ampliándose a varios países de Europa y Amé*rica,* con ello vino el incremento de la fuerza policial, el aumento de gastos en materia de seguridad y un sobrecogedor hacinamiento carcelario debido al aumento masivo de detenciones por delitos menores seguidos por diversos tipos de violaciones a los derechos humanos.[8]

Las detenciones masivas producidas bajo ese enfoque naturalmente estaban dirigidas a los pobres, negros y extranjeros;[9] y en la mayoría de los casos fueron ilegales, arbitrarias, no fundamentadas, y por ello se produjo su respectiva anulación.[10] Estos hechos demuestran la inefectividad del Estado policial, el cual hace más daño que bien, pues el plan de "Cero Tolerancia" tiene un doble rasero, ya que es implacable con los pobres; pero es indulgente en los delitos administrativos y financieros, el fraude comercial, la contaminación ilegal y las infracciones en contra de la salud, por eso Adam Crawford denomina a este hecho como "intolerancia selectiva" (Crawford,1998, 155). A pesar de los efectos negativos que produce dicha doctrina, su vigencia permanece en los sistemas penales de la mayoría de países, incluyendo el nuestro donde también es evidente que se castiga la pobreza. Por eso me permito sostener que no existe un real interés por parte de los Estados en "rehabilitar a las personas privadas de libertad" o de sacar de la pobreza a los grupos marginados, este deliberado desinterés se relaciona con la utilidad económica de ciertos grupos financieros regulares (directamente) e irregulares (indirectamente) que se benefician con el mantenimiento de las cárceles y el aumento de la pobreza,

---

8 La cantidad de detenciones efectuadas por las fuerzas en Nueva York se incrementó en un 24 por ciento, hasta llegar a la asombrosa cifra de 314.292 personas arrestadas en 1996 (por sí solo, el número de los detenidos por infracciones menores a la legislación sobre estupefacientes se duplicó hasta superar los 54.000 arrestos, o sea más de mil personas por semana), mientras que el volumen de las quejas contra la policía se expandió un sesenta por ciento. L. Wacquant, *Las cárceles de la miseria,* p. 31.

9 En Estados Unidos en el año de 1995, de 22 millones de adultos negros, 767.000 fueron detenidos, lo que da un índice global de tutelaje penal de 9,4 por ciento. En el caso de los blancos, una estimación elevada sugiere un índice de 1,9 por ciento para 163 millones de adultos, o sea cinco veces menos. L. Wacquant, *Las cárceles de la miseria,* pp. 99, 100.

10 En Manhattan de 45.000 arrestos 37.000 resultaron inmotivados y los cargos de la mitad de los 8.000 restantes fueron considerados nulos e inválidos por los tribunales, lo que deja un resto de apenas 4.000 detenciones justificadas, es decir una de cada 11. L. Wacquant, *Las cárceles de la miseria,* p. 37.

dado que los dos temas están vinculados de forma directa con concepto de seguridad y los múltiples negocios que los rodean.[11]

Grupos financieros regulares.- La utilidad económica que implica para las empresas privadas el mantenimiento de los sistemas penitenciarios y de los programas de seguridad y lucha contra la delincuencia sin duda es una buena razón para que se mantengan e incrementen los dispositivos penitenciarios. Desde la aparición de la primera empresa de encarcelamiento de los Estados Unidos, la *Corrections Corporation of America-CCA*, el volumen de ganancias de este nuevo "complejo industrial carcelario"[12] se ha incrementado de forma escandalosa en el mercado bursátil Nasdaq en las últimas décadas (en diez años, su valor se multiplicó por cuarenta), esto significa por supuesto que el número de personas privadas de la libertad en dichos centros también aumentó (Wacquant, 2004, 53). Solo entre los años de 1999 y 2010 en Estados Unidos la población carcelaria creció un 18%, pero el número de presos en cárceles federales y estaduales privadas aumentó alrededor de un 80%. La Corrections Corporation of America "posee actualmente 66 cárceles con capacidad para 91.000 presos, mientras que el Grupo Geo tiene 65 prisiones y puede albergar a más de 65.700 detenidos. Sus ganancias anuales en 2011 fueron de 1.700 millones y 1.600 millones de dólares, respectivamente" (Periodismo Alternativo, 2014). Estas ganancias son aseguradas mediante contratos que garantizan entre un 80% hasta un 100% de ocupación de las camas, aunque la criminalidad disminuya, ya que el costo anual por preso asciende a 20.000 dólares.

El argumento de los Estados para mantener dicha política ha sido el hacinamiento de las cárceles y la rebaja de costos a través del sistema privado, sin embargo las cárceles privadas implican un riesgo que incide en las políticas penales, ya que deben asegurar que sus cárceles estén llenas, y para eso se debe aumentar el mercado por medio de la criminalización de inmigrantes, pobres, marginales, etc. Además de las ganancias obtenidas por dichos contratos, se debe considerar la explotación laboral que

---

11 "Presuntos expertos en desarrollo sostienen que el mundo globalizado es una pirámide cuya base es la pobreza y que esa pobreza es necesaria para que todo se mantenga y funcione. Aceptar esto significa regresar a la sociedad profundamente injusta de la Edad Media". Javier Caño, FRODHO-BLOG, España 2005.

12 Este término fue acuñado por Davis Ángela, en: *Are Prisons Obsolete?*, Nueva York, Seven Stories Press, 2003, p.84.

se aplica a las personas privadas de libertad en complicidad con grandes transnacionales, pues como afirman Linda Evans y Eve Goldberg, las cárceles son como minas de oro, pues allí no hay huelgas, no hay sindicatos, no hay beneficios sociales o de salud, compensaciones u otras barreras laborales. Esta política hace que grandes compañías como Chevron, TWA, Victoria Secrets, entre otras, produzcan por una fracción de los costos reales por medio de esta forma de explotación laboral (Evans & Goldberg, 1997, 73). Además de la utilidad económica obtenida de forma directa de los complejos penitenciarios, debemos considerar los flujos económicos que rodean todo el complejo tema de seguridad, es decir los gastos que los Estados realizan en compra de equipamientos, armas, capacitación, sueldos, construcción, vehículos, tecnología, medios de comunicación, entre otros gastos que aumentan de forma directamente proporcional al aumento de la "inseguridad".

Grupos financieros irregulares.- con esta denominación quiero referirme al complejo mundo de la delincuencia organizada transnacional, pues en la actualidad constituyen grupos financieros tan poderosos y tan organizados que realmente se asemejan a las corporaciones, solamente que estás actúan al margen de la ley. Si bien estos grupos no lucran de forma directa de las cárceles como industrias, se aprovechan de las personas víctimas de este sistema, ya una vez estigmatizados y reducidos a la vindicta pública son desechados socialmente, este hecho hace que estas personas sean re-victimizadas por grupos criminales que los usan para sus fines económicos.

Estos grupos criminales manejan tantos recursos económicos que podrían pagar la deuda externa de un país o en algunos casos manejan presupuestos mayores a los de pequeños países. En el año 2012 la UNDOC denunció que los ingresos anuales del crimen organizado transnacional superan los 870 mil millones de dólares anuales, "dichos ingentes ingresos ilícitos equivalen a más de seis veces la cantidad de la que dispone la asistencia oficial para el desarrollo y son comparables al 1.5 por ciento del PIB total mundial o al 7 por ciento de las exportaciones mundiales de mercancías" (United Nations Office on Drug and Crime, 2014). De esta cifra, 320 mil millones de dólares corresponden al tráfico de drogas, 32 mil millones de dólares anuales a la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes ascienden a 7 mil millones de dólares al año, delitos ambientales por un valor de 3.5 mil millones de dólares anuales sólo en el Su-

deste Asiático, entre otros. Este multimillonario negocio que se realiza al margen de la ley involucra para su funcionamiento a personas que están inmersas con gobiernos y con la empresa privada a través de amenazas o corrupción, especialmente para lavar sus ganancias, pero la base del negocio son las personas vinculadas a dichas organizaciones, las cuales en muchos de los casos han sido captadas y seducidas en los centros penitenciarios o en favelas o barrios marginales a cambio de las migajas que los grandes capos les ofrecen. Lo irónico del asunto es que estas personas ponen en juego sus vidas y libertad por muy poco, mientras que los capos no se arriesgan y obtienen el grueso de las ganancias, apareciendo en muchos de los casos como empresarios exitosos. Para ilustrar lo afirmado, existen cifras que muestran que el 50 por ciento de las ganancias del tráfico de drogas se lava en el sistema financiero mundial según estudio elaborado por la UNODC, con base en el análisis e investigación de integrantes de unidades de inteligencia financiera de todas las regiones del mundo (UNODOC, 2014). Varios de miles de millones de dólares se invierten en bienes raíces, compra de acciones, fondos de inversión, nuevas empresas, industrias, etcétera. "El Grupo de Acción Financiera (GAFI) estima que el dinero que el crimen organizado trasnacional invierte en el sistema financiero les genera ingresos adicionales de entre el 6 y 10 por ciento a las ganancias del crimen original" (Contralínea, 2014). La política de tolerancia cero en estos casos no existe, no es más que un discurso que sostiene una doble moral de países que nutren sus sistemas financieros con la sangre de los excluidos sociales, excluidos que sin embargo son útiles al macabro sistema.

Por todo lo anotado, vemos que la prisión y los negocios que rodean el mundo de la seguridad/inseguridad son numerosos y prósperos, pero su radiante porvenir depende del encierro de los pobres (Wacquant, 2004, 99). Las ganancias obtenidas por el flujo de capitales son multimillonarias y comprenden además gastos en armas, equipamiento, vehículos, policía, sueldos, guardias de seguridad,[13] escoltas, sistemas de comunicaciones, sistemas de seguridad y otros anexos. Es por esta causa que no existe un interés real de los Estados o de los grupos financieros para terminar con este complejo industrial carcelario que es fuente de grandes

13 En Estados Unidos en el año 1993 el "mundo penitenciario" contaba con más de seiscientos mil empleados lo que hace de él *el tercer empleador del país*, apenas por debajo de General Motors y Wal-Mart. L. Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, p. 53.

beneficios, más bien se evidencia una inflación de los tipos penales con el fin de tener un mayor alcance en el espectro de la criminalización, usando incluso tipos penales abiertos que contrarían la técnica legislativa y el principio penal que prohíbe interpretaciones extensivas. Los casos más palpables de esto lo constituyen la tipificación de la protesta social en varios países, la criminalización de la migración irregular, la criminalización del uso de las redes sociales por contenidos en contra de los gobiernos, etcétera. Incluso en varios países se está eliminando la inimputabilidad de menores con la ampliación del rango de edad de responsabilidad.

Las cárceles han pasado a ser un componente más del macabro sistema de mercado, en el cual los inmigrantes, pobres, enfermos, blogueros, activistas, desempleados y otros considerados peligrosos para la sociedad, sirven de materia prima del sistema tecnológico penitenciario. El sistema penal actual se muestra como causante de una forma de esclavitud y genocidio contemporáneo que se desenvuelve a la luz pública y con la anuencia de una sociedad normalizada. Estos hechos también nos hacen pensar que el Estado social está siendo eliminado por el Estado policial de una forma totalmente conciente y deliberada, sin importar las graves consecuencias, pues como afirma Angela Davis, "las cárceles no hacen desaparecer los problemas, hacen desaparecer a los seres humanos. Y la práctica de hacer desaparecer a grandes números de personas de las comunidades, pobres, inmigrantes y marginados se ha vuelto literalmente un gran negocio" (Davis, 2003, 37).

BIBLIOGRAFÍA

Barrera, O. (2011). El cuerpo en Marx, Bourdieu y Foucault. *Revista Voces y Contextos, Iberoforo- Universidad Iberoamericana*, (11), 121-137.

Bolívar, L. (2003). *Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes una visión desde la (in)experiencia de américa latina.* Costa Rica: CIDH.

Crawford, A (1988). *Crime Prevention and Community Safety: Politics, Policies and Practices.* Londres: Longman.

Davis, A. (2003). *Are Prisons Obsolete?.* Nueva York: Seven Stories Press.

Evans, L. & Goldberg, E. (1997). *The Prison Industrial Complex and the Global Economy.* Berkeley. Calif.: Prison Activist Resource Center.

Foucault, M. (2003). *Historia de la locura en la época clásica.* Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (1980). *Microfísica del Poder, Las relaciones de poder penetran en los cuerpos.* Madrid: Edissa.

Foucault, M. (2003). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión.* Argentina: Siglo XXI.

International Monetary Found. (2001). *Financial Crime and Money Laundering- Background Paper*, USA: IMF.

Marx, K. (1932). *Manuscritos económicos y filosóficos de 1844, Tercer manuscrito*, Alemania: Marx Engels Institute.

Raiter, A. & Zullo, J. (2002). *Representaciones Sociales.* Buenos Aires: Eudeba.

Sartre, J.P. (1948). *Reflexiones sobre la cuestión judía.* Buenos Aires:1948.

Terán, O. (1979). *Foucault: Genealogía y Microfísica del Poder*. México: UNAM.

Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la Miseria*. Buenos Aires: Manantial.

Wesley, J. (1997). *Crime and Delinquency,* en: "Getting Tough on Prisoners: Results from the National Corrections Executive Survey. USA:NCES".

Internet:

Caño, J. (2005). *Los pobres son necesarios*. Ver en: http://www.burbuja.info/inmobiliaria/burbuja-inmobiliaria/41536-pobres-son-necesarios.html

Contralínea. (2014). *Crimen Organizado y Ganancias.* Ver en: http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2011/11/24/crimen-organizado-trasnacional-ganancias-y-lavado-al-alza/

Derridá, J. (2014). *El problema del lenguaje.* Ver en: http://www.e-limbo.org/clases/creapdf.php/libro/14

Observatorio Fiscal. (2014). *Presupuesto 2014*. Ver en: http://www.observatoriofiscal.org/attachments/article/2662/Presupuesto%202014.2.pdf

Periodismo Alternativo. (2014). *Cárceles Privadas en USA*. Ver en: http://periodismo-alternativo.com/2014/03/02/las-carceles-privadas-en-eeuu-un-negocio-millonario/comment-page-1/.

United Nations Office on Drug and Crime. *Crimen Organizado Transnacional*. (2012). Ver en: https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/frontpage/2012/07/16-unodc-lanca-campanha-global-sobre-crime-organizado-transnacional.html.

United Nations Office on Drug and Crime. (2014). *Illicit financial flows*. Ver en: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf Visita 20.04.2014.

EL CONCEPTO DE PERSONA HUMANA Y SU DIGNIDAD

Rodolfo L.Vigo[1]

Daniel A. Herrera[2]

Resumen: *en el presente artículo pretendemos un abordaje filosófico e iusfilosófico sobre la persona y la dignidad humana, de ese modo, dejaremos de lado varias implicancias que conlleva el tema, por ejemplo, en el terreno de la teología natural y de la teología dogmática. Somos conscientes que los eventuales lectores son juristas poco familiarizados con las preguntas que remitan a las causas primeras del ser y últimas en el conocer, por eso preferimos centrarnos en aquellas cuestiones en las que aparezcan más directamente conectados con problemas habituales en el conocer y operar del derecho.*

1. Introducción

En nuestro discurso procuraremos transitar por el camino de la razón, dejando de lado los argumentos de la fe, pero no podemos dejar de de-

---

1 Abogado (Universidad Nacional del Litoral). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral). Licenciado en Ciencias Políticas (Universidad Nacional de Rosario). Profesor e Investigador de la Pontificia Universidad Católica Argentina (Sedes Buenos Aires y Rosario). Catedrático de "Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho" en la Universidad Nacional del Litoral. Catedrático de "Ética Profesional", "Teoría y Práctica de la Interpretación Jurídica" y "Filosofía del Derecho" en la Universidad Austral de Buenos Aires. Miembro del Consejo de Investigaciones de la Pontificia Universidad Católica Argentina de Buenos Aires. Miembro del Comité Académico del Doctorado en Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Miembro del Consejo Editorial de la Revista Prudentia Iuris de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina de Buenos Aires

2 Abogado Universidad Católica Argentina. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Doctor en Ciencias Jurídicas Universidad Católica Argentina. Director de la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona humana de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Profesor titular de Filosofía del Derecho y de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Ha publicado distintos artículos sobre temas de Filosofía del Derecho en revistas especializadas. Ha presentado ponencias y dictado conferencias en distintos Congresos y Jornadas nacionales e internacionales.

nunciar ciertas posturas dogmáticas que apriorísticamente rechazan cualquier tesis simplemente porque es suscripta por la Iglesia católica[3]. Respecto de ellos sólo cabe reclamarles dialogo racional sin retórica ni falacias, recordándoles la advertencia del último Habermas que en las verdades de la fe puede haber mucha racionalidad concentrada que el ateo o agnóstico puede traducir en su lenguaje y comprenderlas.

Será visible también que nuestro punto de vista filosófico se nutre de la filosofía clásica que fundó Aristóteles, y esta adscripción será decisiva en los puntos a estudiar. En efecto, hoy es muy visible que en el campo de la filosofía práctica en general, Kant y Aristóteles posibilitan coincidencias, pero también suscitan diferencias importantes. Al respecto sigue siendo válida la advertencia inicial y metódica de Gilson: "O se partirá del ser, incluyendo en él al pensar: ab ese ad nosse valet consequentia, o se partirá del pensar, incluyendo en él al ser: a nosse ad ese valen consequentia"[4], y así el realista busca "conocer" las cosas mientras que el idealismo se propone "pensarlas"[5]. Suscribe el profesor francés la afirmación de Espinoza: "Los escolásticos parten de las cosas; Descartes parte del pensamiento; yo, de Dios", pues es imposible deducir el mundo del concepto de Dios, y entre las cosas y el Dios cristiano se abre la sima metafísica que separa lo necesario de lo contingente. Será Aquino el que luego de conciliar al Estagirita con la fe, proclamará que ésta confirma a la razón, de modo que el cristiano no solo no debe renunciar a su razón, sino que ésta desemboca en aquella.

2. Etimología y antecedentes

En orden a intentar aportar al esclarecimiento de un concepto importante teóricamente y de larga trayectoria, puede ser de interés arrimarnos

---

3 En la discusión sobre el aborto muchas veces se vincula necesariamente cualquier postura contrario al mismo con la fe católica, ignorando la posibilidad de sostener una posición semejante apoyándose sólo en la razón, y un buen ejemplo de ello es Norberto Bobbio quien en un reportaje publicado en el "Corriere della Sera" decía: "No veo que sorpresa puede haber en el hecho de un laico considere como válido en sentido absoluto, como un imperativo categórico el 'no matar'. Y a mí me sorprende que los laicos dejen a los creyentes el privilegio y el honor de afirmar que no se debe matar"

4 Gilson Etienne *"El realismo metódico"*, Rialp, Madrid, 1963, p. 39.

5 Ibidem p. 176.

a su etimonología,y en el caso de "persona" esa inicial búsqueda del quid nominis parece procedente. A esos fines recurramos a Hervada: "*Los orígenes etimológicos de la palabra latina* ***persona*** *no son bien conocidos, lo que explica que existan, al menos tres teorías al respecto: a) persona tiene origen etrusco, bien en el adjutivo arcaico relativo a la palabra* ***phersu*** *(que designa a un personaje enmascarado –que aparece en un antiguo mural del siglo V a. C.– o la máscara que lleva puesta), bien en el nombre de la diosa* ***Perséfone****, en cuyas fiestas se usaban máscaras. b) También se ha afirmado que persona proviene del griego* ***prósopon****, que designa el rostro o faz del hombre y, por extensión, la máscara. c) Por último, persona –según la antigua interpretación de Aulio Gelio– se hace derivar del verbo* ***personare****, que significa resonar con fuerza y por ello se aplicó a las máscaras que, en las representaciones teatrales, utilizaban los actores, las cuales, por su concavidad, aumentaban la intensidad de la voz del actor. En cualquier caso, las tres teorías coinciden en señalar como primer significado de la palabra latina* ***persona*** *el de máscara, esto es, indica algo exterior al hombre, con el que este se cubre la cabeza y con ello se presenta a los demás con una figura o cara exterior, que no es la natural propia. Obsérvese también que la máscara se usa en un contexto social, para presentarse y relacionarse con los demás, representando un tipo que no es el que corresponde al enmascarado –caso del actor– o para ocultar la propia personalidad. Por eso,* ***persona*** *tuvo, desde sus orígenes un sentido social y relacional: el hombre en un contexto social de relación*"[6].

Hay bastante consenso en los estudios etimológicos respecto a las tres raíces (etrusca, griega y latina), distinguiéndose en cuanto a cuál de ellas privilegian. Para ampliar el tema de las raíces etimológicas se puede consultar la numerosa bibliografía existente al respecto[7]. A modo de ejemplo

---

6 Hervada J. (2002), "*Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*", Pamplona, Eunsa, p. 425.

7 Para un reconocimiento sintético de los diversos significados del concepto en la filosofía occidental, veáse Sgrecia E. "*la persona umana*" en C.Romano, C.Grassani (editores), Bioética, Utet, Turín, 1995, pp. 190-195; Berti E. "*il concepto de persona nellastoria del pensamiento filosófico*", en AA.VV. "*Persona y personalismo. Aspettifilosofici e teologici*, gregoriana, Padova, 1992, pp. 43-74; Cotta S. "*Persona*", en Diritto, persona, mondo umano, Giapicheli, Turín, 1989, pp. 59-82; Rigobello A. "*Persona*", en E. Berti, G. Campanini (coordinadores), Diccionario delle idee politiche, Ave, roma, 1993, pp. 619-625; Nepi P. "*Persona, personalidad, personalismo*" en A. Rigobello (editor) "*Lessico de la persona umana*" Studium, Roma, 1996, pp. 177-210; Abbagnano N. "*Persona*" en Dizionario di Filosofía, Utet, Torino 1984, pp.

podemos citar a Robert Spaemann: *"¿Por qué desempeña al respecto la palabra latina* ***persona*** *una función clave? La palabra latina* ***persona*** *–lo mismo que el análogo concepto griego* ***prósopon****– pertenece en principio al mundo del teatro, y significa el papel, como algo diferente del que lo interpreta. Es exactamente el concepto que todavía hoy se emplea en los programas de teatro: 'los personajes y sus intérpretes'. 'Persona' era simplemente la máscara a través de la cual resonaba la voz del actor. Después, en sentido figurado, pasó a significar el rol en la sociedad, el estatus social. En todo ello encontramos ya un elemento estructural de nuestro actual concepto de persona, el momento de la no identidad. El actor es intérprete, no es lo que interpreta. Pero frente a lo que ocurre en nuestro uso del lenguaje, 'persona' no designaba en principio al que se esconde detrás del rol y hace posible la interpretación, sino el rol mismo. Lo que se esconde tras* él es llama ***'naturaleza'****. La antigüedad no conoce ninguna forma que permita al hombre ponerse detrás de su naturaleza, ningún modo de objetivar la naturaleza. La naturaleza es algo último, en sentido factico y en sentido normativo. 'Persona' es, pues, lo secundario, lo puesto, una segunda identidad, y por tanto, más débil que la primera"* [8].

De allí que en el Derecho Romano la palabra persona se refería no tanto al hombre como individuo de la especie humana, sino más bien al estado (*status*) y capacidad (*caput*) del hombre dentro de la sociedad. En este sentido, persona designa una cierta dignidad que un hombre posee no simplemente por ser hombre, sino en virtud de su rol social o papel. "*La*

665-667; Lalande A. "*Vocabulairetecnique et critique de la philosophie*", París, 1962, pp. 459-460; Lotz, J.B. "*Person*", en WW:Brugger Von (coordinador), PhilosophischesWörterbuch, Friburgo-Basilea-Viena, 1963, pp. 230-231; Stefanini L, "*Persona*", en Enciclopedia filosófica a cargo del Centro de Estudios Filosóficos de Gallarate, Epidem, Roma, 1979, Vol. VI, pp. 442-450; Muller M, Vossenkhul W, "*Persona*" en H Krings, H.M.Baumgartem, C.Wild (coordinador), Concettifundamentali di filosofía, Brescia 1982, pp. 1519-1531; Danto A.C. "*Persons*", en P.Edwards (coordinador), Encyclopedia of Philosophy, Mc. Millan, Nueva York, 1972, vol. VI, pp. 110-114; Lomarsky L, "*Person concept of*", enL.C.BeckerC.B.Becker (coordinadores), Encyclopedia of ethics, Graland, Nueva York, 1992, vol. II, pp. 950-956; citados por Palazzani Laura, "*Significados del concepto filosófico de persona y sus implicancias en el debate bioético y biojurídico actual sobre el estatuto del embrión humano*", en Identidad y Estatuto del embión humano, Madrid, 2000, Eiunsa SA, pp. 61-78. En el mismo sentido García Cuadrado, José Angel, "*Antropología Filosófica-Una Introducción a la Filosofía del hombre*", Pamplona, 2000, Eunsa, p. 119; Melendo T, "*Las dimensiones de la persona*", Madrid, 1999, Palabra, p. 20.

8 Spaemann, Robert, (2000), "*Personas Acerca de la distinción entre algo y alguien*", Pamplona, Eunsa, p. 41.

persona era el hombre en su estado (para el caso de Roma: ***status civitatis, status libertatis y status familiae****), en cuya virtud se hacía sujeto de derechos y deberes jurídicos, lo cual estaba en conexión con ser* ***caput*** *(capacidad jurídica); en tal supuesto, quienes no estaban en un* ***status*** *que comprendía una capacidad jurídica –como era el caso de los esclavos, al menos durante algunos siglos– no eran personas (...) Resulta claro que, en esta línea semántica, que fue la prevalente, persona indica al hombre, no en sí mismo –según su ser natural– sino según su posición exterior social, según su papel social: '****Homo natura vocatur*** *–leemos en un viejo texto–:* ***personam faciunt circunstantiae et accidentia****'. El hombre se llama así por su naturaleza: la persona (la figura externa o posición social que configuran exteriormente al hombre) la hacen las circunstancias y las cosas accidentales que lo rodean*"[9].

Va a ser recién con el cristianismo, especialmente con los concilios de Nicea, Éfeso y Calcedonia, donde se va a conformar una noción filosófica u ontológica de persona a raíz de los dogmas cristianos de la Santísima Trinidad (tres personas y una sólo Dios) y del Verbo encarnado (una sola persona y dos naturalezas). Originalmente los términos utilizados fueron los griegos *ousía* (substancia, esencia) e *hipóstasis* (subsistencia). En el caso de la Santísima Trinidad, la fórmula fijada fue la de la consubstancialidad – una única e idéntica substancia – con tres *hipóstasis*. En Cristo se reconoció una sola subsistencia o *hipóstasis* (de ahí la expresión *unión hipostática*), esto es, una sola persona y dos naturalezas (*physis*). Como equivalente latino a la palabra *hipóstasis*, se usó el término *persona*, como el más adecuado. En otras palabras, el sentido *filosófico* u *ontológico* que adquiere el término persona aparece recién con el cristianismo (a propósito de las disputas trinitarias y cristológicas) y aquí persona no es equivalente al *prósopon* griego, a la máscara, sino a las palabras *ousíae hipóstasis* que significan substancia, esencia y subsistencia. Fué en gran medida gracias a Boecio[10],teólogo cristiano y filósofo neoplatónico del siglo V, que el tema de la persona se traslada de la teología a la filosofía, promovida por su obra "De persona et duabus naturis" en donde encontramos la célebre definición:"Persona est rationalis naturae individua substantia "(Persona es sustancia individual de naturaleza racional).

---

9 Hervada, "*Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*", op. cit., p. 427.

10 Lukac de Stier María (1990), "*La persona humana*" *en* "*El hombre*", Cursos de Cultura Católica, vol.VII, UCA, Bs. As., p. 250.

Más allá de las apuntadas referencias etimológicas e históricas, nos parece evidente que contemporáneamente el término persona queda asimilado no ya a eventuales personajes o máscaras, sino al hombre concreto de carne y hueso, que es en definitiva al que debemos atender y proteger frente a las amenazas que se ciernen sobre el mismo, al menos con aquellos que lucen enfermos, ancianos, ignorantes, pobres o escasamente "importantes" desde el punto de vista económico, social o político. En cada uno de esas personas individuales, cabe destacar que además de contar con la misma naturaleza característica de la especie humana, hay en ellas el aporte irrepetible en el plano real y accidental de notas distintivas que las hacen al mismo tiempo únicas e irrepetibles.

3. Acepciones

En distintos campos acudimos al término persona y ello acredita su carácter analógico, pero centralmente interesa sus acepciones: filosófica, moral y jurídica. No quedan dudas que es en el campo filosófico donde se desarrollan las discusiones más decisivas, porque lo que en él se concluya determinará las restantes acepciones. Atento a los límites del presente trabajo centraremos la atención en la perspectiva filosófica.

3.1. Acepción filosófica: Aquí puede ser de interés advertir que la filosofía clásica de cuño realista no duda en remitir al terreno metafísico u ontológico la definición de persona, pero también hay otros intentos que admiten esa necesidad de la metafísica, aunque ya no partiendo de la posibilidad de conocer a las cosas sino de "construirlas", lo que revela las resonancias kantianas. Consiguientemente, en este punto además de las metafísicas "realistas" cabe mencionar a las "construídas", y luego incluiremos un desarrollo de concepciones filosóficas de la persona humana que se orientan a un desarrollo explícitamente postmetafísico o ajeno a dicha disciplina.

3.1.1.Metafísica clásica: La filosofía primera o metafísica estudiar al ser en cuanto ser, y como todos los entes participan del ser, aquel saber se hace presente en los saberes que están focalizados en los entes caracterizados por el acto de ser y la esencia. A un nivel metafísico la realidad está constituida por el acto de ser y la esencia, de manera que en los seres creados es posible distinguir el esse de la esencia. El hombre es

un ente entre los seres del universo del que forma parte, y él "se fundamenta en el ser, porque es ens, habens, ese y él mismo es potentia essendi actuada por el actus essendi en cada suppositum concreto:el hombre es por ser (ese) pero no es su ser, sino que lo tiene como una potencia tiene su acto, por participación"[11].

El hombre es un ser vivo, y en consecuencia, como todo ser viviente está compuesto de un alma y de un cuerpo, siendo el alma la forma del cuerpo. No obstante que el hombre es un ser compuesto, es un ser, una substancia. La unión del alma y del cuerpo en el hombre es sustancial y no unión accidental. "El alma hace existir al cuerpo como substancia viva, le confiere su organización, su unidad y las mantiene mientras está presente. Y, por otra parte, está unida a él de tal modo, que solamente hay un acto de existencia, constituyendo los elementos una sola substancia"[12].

El principio orgánico y el principio espiritual son sustancias incompletas que se unen formando una única sustancia completa o sustancia primera según Aristóteles,"supuesto" para la escolástica[13]. Pero esta teoría hilemórfica de raigambre aristotélica, supone separarse de otras teorías, por ejemplo: a) dualismo: que considera lo orgánico y lo espiritual como sustancias completas, aquí cabe anotar al espiritualismo de Platón que ve en el cuerpo la cácel del alma, y a Descartes cuando separa la res extensa (cuerpo-máquina) de la res cogitans (alma-espíritu puro); b) paralelismo psicofísico: lo orgánico y lo espiritual son sustancias completas que no se interactúan (Malebranche-Leibnitz); y c) Pansiquismo: lo orgánico y lo espiritual son aspectos de una única realidad (Spinoza-panteísmo).

En el hombre el alma es la forma del cuerpo, pero su individualidad deviene del cuerpo, pues la forma específica y actualiza la materia, pero la materia individualiza la forma, de ese modo todos los individuos de la especie humana tienen una forma idéntica y sólo se distinguen por la materia (materia quantitate signata). Resumiendo con Vernaux: "Es su alma la que le hace ser hombre y que hace vivir y existir a su cuerpo. Pero

---

11 Sanguinetti J. J. "La persona humana en el orden del ser" en Atti del Congresso Internazionale Tommaso d'Aquino nel suo settimo centenario (Napoli,1978), Edizione Domenicane Italiane, p. 342.

12 R. Verneaux (1967), *"Filosofía del hombre"*, Herder, Barcelona, p. 225.

13 M. Lukac de Stier *"La persona humana"*, art. cit. p. 252.

su cuerpo le hace ser este hombre, un yo distinto de todos los demás"[14]. Contra la postura de Averroes y los comentaristas árabes de Aristóteles que sostenían la unidad del intelecto en todos los hombres, o sea la unidad o unicidad del alma humana, Aquino defendió la tesis que en cada hombre hay una sola alma. Aquella tesis encontró eco en ciertos idealismos, como los de Fichte, y también en algún panteísmo. Asimismo el Aquinate postuló que en cada hombre hay una sóla alma y no pluralidad de almas substanciales, es el mismo hombre el que vive, siente y piensa, aunque puede haber pluralidad de formas accidentales. Es asimismo una tesis de la antropología clásica que el alma está presente completa en todo el cuerpo y en cada parte del cuerpo.

"El concepto de naturaleza humana –insiste Ilva Hoyos– en cuanto universal, hace abstracción de lo individual, ya que, según hemos dicho, responde únicamente de la definición específica del hombre –animal racional, sustancia compuesta de cuerpo y alma–; lo que explica que no incluya todos los hombres que hacen el hombre (homo) este hombre (hoc homo). Así, por ejemplo, Pedro y María convienen esencialmente en lo mismo, son individuos de la especie humana, compuestos de cuerpo y alma, dotados de inteligencia y voluntad. Sin embargo, ambas formalidades se realizan en cada individuo de modo diverso: a los dos convienen, pero no del mismo modo, porque toda especie es actuada de modo diverso en los individuos: como totalidades diversamente participadas."[15]. De ese modo, la catedrática colombiana concluye que la persona humana es más que la naturaleza individuada, en tanto que lo que individualiza a ese hombre hombre no es su naturaleza sino su singular e irrepetible acto de ser, la persona integra en un todo los principios específicos, las cualidades accidentales. Así, es a cada hombre concreto a quien conviene la razón de persona, y el queda diferenciado de la naturaleza común o específica, tomada como una perfección universal de la que todos participan.

Apelando a Spaemann advirtamos frente a teorías funcionalistas: "....De algo *no deviene* alguien. Si el ser persona fuera un estado, podría surgir poco a poco. Pero si persona es alguien que pasa por diferentes estados, entonces los supone todos. No es el resultado de un cambio, sino de una generación, como la substancia según Aristóteles. La persona *es*

14 R. Verneaux *"Filosofía del hombre"*, ob. cit. p. 229.

15 I. M. Hoyos Castañeda (1989), *"El concepto jurídico de persona"*, EUNSA, Pamplona, p. 380.

substancia porque es el modo como *es* el hombre. No comienza a existir después del hombre ni se extingue antes que él. (...) El ser personal no es resultado de un desarrollo, sino la estructura característica de un desarrollo. Como las personas no son absorbidas por sus respectivos estados actuales, pueden entender su propio desarrollo como desarrollo y a sí mismos como una unidad a través del tiempo. Esta unidad es la persona. Hablar de personas potenciales carece asimismo de sentido porque el concepto de potencialidad sólo puede surgir suponiendo el ser personal (...) Algo es posible cuando se dan todas las condiciones. Pero, en ese caso, también es real (...) las personas son o no son. Pero si son, son siempre actuales, *semper in actu*. Son, como la substancia aristótelica, *proteenergeia*, realidad primera que encierra en sí la posibilidad de diferentes actualizaciones ulteriores..... El reconocimiento del ser personal es el reconocimiento de una demanda absoluta. La incondicionalidad de la demanda sería ilusoria, si, siendo incondicionada como tal, su existencia efectiva dependiera de condiciones empíricas, que son siempre hipotéticas (...) Para la condición de ser personal sólo puede y debe haber un criterio: la pertenencia biológica al género humano. De ahí que tampoco se pueda separar el comienzo y el fin de la existencia de la persona del comienzo y fin de la vida humana. Si existe 'alguien', existe desde que existe un organismo humano individual, y seguirá existiendo mientras el organismo esté vivo. El ser de la persona es la vida del hombre. Por eso no tiene sentido decir, por ejemplo que la muerte cerebral acaso no sea la muerte del hombre, pero sí la de la persona, pues la persona *es* el hombre, no una cualidad del hombre. Por eso no puede la persona morir antes que el hombre. De ahí que sean competentes en el problema del comienzo y fin de la persona aquellos que son competentes en el problema del comienzo y el fin biológicos de la vida humana"[16].

Lo constitutivo de la persona consiste en la substancialidad o subsistencia dentro de la naturaleza racional, y "la individualidad se funda en la indivisión del sujeto al que pertenece. Tal indivisión es la que señala el principio de identidad, el cual dice que todo ente es uno, idéntico consigo mismo y distinto de los demás, esto es indiviso. Esta identidad de todo ente encuentra el correlato en la alteridad, por la que se introduce la diversidad en el ente y en el mundo del hombre. Pero no se introduce

16 R. Spaemenn (2000), *"Personas. Acerca de la distinción entre algo y alguien"*. EUNSA, Pamplona, p. 235.

como diversidad al modo idealista: sujeto y objeto, sino al modo realista: como yo y el otro, mde manera integral (cuerpo-espíritu compenetrados) e histórica (situados en el aquí y ahora del proceso por el que avanzan los hombres concretos). Se toman partiendo de lo que bien podría llamarse 'praxis histórica', en la que son necesarios los conceptos del yo y del otro"[17]. La incomunicabilidad que se dice de la persona humana es ontológica, pero no incomunicabilidad psico-social, y esa "incomunicabilidad es sólo la oposición o distinción metafísica que dice con respecto a otra persona. Así, la persona, aunque es en ese sentido lo más incomunicable, en el otro sentido es lo que resulta asimismo lo más proyectado a la omunicación de todo lo que en ella o para ella acontece. Porque también ontológicamente es un ser carente y necesitado de perfección, de complemento"[18], y precisamente ese requerimiento a la vida social para su perfección remite a la misma naturaleza humana que es social. Ser persona –precisa Alvira– "consiste al mismo tiempo y en el mismo plano esencial, en ser individuo y ser relación"[19]. La fórmula latina "unus homo, nullus homo" expresa expresa la naturaleza social del hombre y también la necesidad de la sociedad. La sociedad está de ese modo al servicio del hombre y de todo hombre, posibilitando desde su especificidad la perfección del mismo.

3.1.2. Metafísica constructiva: Si bien son muchas y variadas las voces que se escuchan por superar a la metafísica, lo cual puede sintetizarse con las autoridades de Habermas a Rawls, es igualmente interesante advertir la presencia de autores que intentan seguir hablando de metafísica, aunque ya no apoyándose en la autoridad de la filosofía clásica sino reivindicando planteos modernos o contemporáneos, y a ese respecto la figura de Kant es fuertemente inspiradora. Un ejemplo de esa filosofía jurídica puede ser el más importante de entre los neoconstitucionalistas no-positivistas actuales, nos referimos a Robert Alexy. Dicho pensador alemán en un decisivo artículo "Menschenrechte ohne Mephysik?" (¿Derechos humanos sin metafísica?) responde de la necesidad de la metafísica para poder sostener adecuadamente a los derechos

17 M. Beuchot (1989), *"Los principios de la filosofía social de Santo Tomás de Aquino"*, INDOSOC, México, p. 29.

18 Ibíd. p. 28.

19 Alvira R. (1986), *"Filosofía política y filosofía de la comunicación"* en AAVV "Filosofía de la comunicación", EUNSA, Pamplona, p. 176.

humanos. El profesor alemán parte de afirmar que la existencia de esos derechos depende de su fundamentación que coincide con el problema de la fundamentación de las normas morales. A este respecto, Alexy rechaza versiones escépticas y entre las diferentes posturas no-escépticas opta para su metafísica por una fundamentación "explicativa" y "existencial" que podríamos resumir en lo que nos interesa con la palabra del mismo Alexy:" ...cuando el individuo hace de la –para él– necesaria competencia del afirmar, interrogar y argumentar, en tal uso presupone el reconocimiento del otro como participante del discurso con igualdad de derechos (gleichberechtiger Diskursteilnehmer). Si él, además, conduce el discurso con seriedad, entonces reconoce al otro como autónomo. Reconocer a otro como autónomo significa reconocerlo como persona. Pero las personas tienen un valor y una dignidad. Así subyace en la naturaleza discursiva del hombre un sistema de conceptos que, en primer lugar, adquieren necesidad en lo relativo a nuestras competencias discursivas, que en segundo lugar tienen una significación normativa y que, en tercer lugar, llevan a que nuestro mundo esté poblado con entes que con sus solas fuerzas no pueden conformar los reinos de lo físico y de lo síquico: con personas. Esta tesis metafísica tiene su fuente no solo en la estructura del mundo, ni tampoco sólo en la razón del individuo, sino, completamente –en el sentido de Habermas– en la estructura de la comunicación"[20].

Lejos estamos de compartir el referido empeño alexyano por "construir" una metafísica racional y universal, en donde los derechos humanos son contenidos proposicionales o semánticos (el significado de las disposiciones que lo establecen), que están en el tercer reino defendido por Frege en tanto no son ni objetos naturales ni objetos sicológicos, sino objetos abstractos independientes de la mente. Pero sirve ese esfuerzo porque el mismo traduce una defensa de la razón práctica y una demostración que para tomarse los derechos humanos en serio se requiere justificarlos como universales y prioritarios, por lo que no pueden ser derogados por normas de derecho positivo, y en aras de ese objetivo solo cabe un empeño metafísico.

3.1.3. Concepción posmetafísica o funcional de la persona: Ahora bien, en el pensamiento posmetafísico moderno la noción de persona va a sufrir un cambio radical, pues ya no va a echar sus raíces en

20 R. Alexy (2008), *"¿Derechos humanos sin metafísica?"* en Ideas y Derecho (Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho), Buenos Aires, p. 24.

la ontología, en el ser (y propiamente en el ser persona), a la que explícitamente se va a repudiar. Ya no se considerará *persona* al *suppositum, hipóstasis* o *subsistencia* de naturaleza (*ousía*) racional, sino al sujeto de alguna funcionalidad vital a la que se le reconoce el atributo de ser el origen de la personalidad o personeidad. Actualmente muchos distinguen entre *ser humano* y *persona humana*, pues, mientras que aquel es todo individuo de la especie humana, la persona humana se la identifica con el *status* de un sujeto, solo en tanto realiza alguna función vital (la racionalidad en acto, la percepción placer-dolor, la dimensión relacional, etc.), o con el reconocimiento público (concepción política de la persona), que concede dicho status de persona al sujeto (humano o no humano) poseedor de alguna nota característica, no de su ser (porque eso sería ontología metafísica) sino de su funcionalidad operativa, por lo cual afirman que el hombre no es persona sino que se hace persona a través de una evolución progresiva y puede dejar de serlo al desaparecer la función vital con la que identifican la personalidad. Así para algunos no son personas, los embriones humanos, los fetos, los enfermos sin conciencia, etc.[21], o pueden serlo incluso los animales superiores no racionales[22].

Así podemos encontrar esta doctrina especialmente (aunque no excluyentemente) en el campo de la bioética, en autores como Engelhardt, Singer y Harris. A estos podemos agregar filósofos políticos como Rawls o filósofos del derecho como Kelsen, Dworkin o Kaufmann, entre otros.

Siguiendo a Locke, Kant y Nozick[23], y concordando en este punto con Rawls, *Tristram Engehalrdt* considera a la persona como el sujeto autónomo moral, autoconciente y autoreflexivo, que no se identifica necesariamente con el ser humano o por lo menos con todos los seres humanos: "*Lo que distingue a las personas es su capacidad de tener conciencia de sí mismas, de ser racionales y de procurarse de ser alabadas o censuradas. La posibilidad de la existencia de tales entidades fundamenta la posibilidad de la existencia de la comunidad moral; nos ofrece un modo de reflexionar sobre la rectitud o la iniquidad de los actos, y sobre el mérito*

21 Cfr. Engelhardt, Tristram, (1995), "*Los fundamentos de la Bioética*", Barcelona, Paidós.

22 Cfr. Singer, Peter, (1984), "*Ética práctica*", Barcelona, (1997), "*Repensar la vida y la muerte-el derrumbre de nuestra ética tradicional*", Barcelona, Paidós.

23 Cfr. Torralba Roselló, Francesce, (2005), "*¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*", Barcelona, Herder, pp. 213 y 233.

o demerito de los actores. Por otra parte, ***no todos los seres humanos son personas****, no todos son autorreflexivos, racionales, o capaces de formarse un concepto de la posibilidad de culpar o alabar.* ***Los fetos, las criaturas, los retrasados mentales profundos y los que se encuentran en coma profundo son*** *ejemplo de* ***seres humanos que no son personas.*** *Estas entidades pertenecen a la especie humana pero no ocupan una posición en la comunidad moral secular en sí mismos, ni por sí mismos; no pueden culpar o alabar, ni son censurables o loables; no toman parte principal en la empresa moral secular porque sólo las personas tienen esa posición*"[24].

Para esta concepción, el valor moral o la posición que ocupan dentro de la sociedad, no depende de ninguna condición propia del cigoto, embrión, feto, retrasado mental, o enfermos terminal, sino de la consideración que de ellos tienen las personas en tanto sujetos morales y el valor que le adjudican. En consecuencia, Engelhardt va a distinguir distintos sentidos del término persona: *un sentido estricto y varios sentidos sociales*. Persona en *sentido estricto* es el agente moral, el sujeto racional consciente, autónomo y autoreflexivo. Por lo tanto, sólo son personas los seres humanos que reúnen estas características (incluso admite la posibilidad no demostrada todavía de la existencia de personas no humanas, como podrían ser los extraterrestres), y no reconoce el status de persona en sentido estricto a los cigotos, embriones, fetos, retrasados mentales, comatosos, etc. que no tengan conciencia actual de sí mismos. Un caso particular es el de las personas dormidas, donde si bien su conciencia no está en acto, cuando lo está se percibe a si misma como una entidad continua. Para eso distingue entre la potencialidad *deconvertirse* en una persona y la potencialidad *de* una persona (existe una diferencia cualitativa entre saber quién está durmiendo, en el caso de un ser humano adulto competente, y saber en quién se convertirá un feto)[25] .

En cambio, personas en *sentido social* a la cual se le otorgan prácticamente todos los derechos de las personas aunque en sentido estricto no lo son, pueden ser varias y de distinto tipo: 1) los seres humanos que todavía no son personas en sentido estricto pero van a serlo (p. ej. los niños); 2) los seres humanos que una vez fueron personas, pero ya no lo son,

---

24 Engelhardt, "*Los fundamentos de la Bioética*", op. cit., p. 155.

25 Engelhardt, "*Los fundamentos de la Bioética*", op. cit., pp. 170 y 174.

aunque todavía son capaces de realizar una interacción mínima (p. ej. los enfermos que pierden la conciencia, pero mantienen cierta conexión con el mundo exterior); 3) los seres humanos que nunca han sido ni serán personas en sentido estricto (p.ej. los retrasados mentales profundos y los dementes); 4) Algunos también asignan sentido social de personas a ciertos seres humanos que sufren graves lesiones y que no son capaces ni siquiera de actuar en relaciones sociales mínimas (p.ej. enfermos en coma grave o permanente). Así según su opinión, el concepto aparentemente unitario del ser humano como persona o agente moral se resquebraja[26].

En una posición similar podemos ubicar a *John Harris* que distingue entre *personas, prepersonas* (cigoto, embrión y feto) *y expersonas* (enfermos sin conciencia): "*El individuo ha llegado a la existencia cuando el óvulo está diferenciado por primera vez o cuando se forma el espermatozoide que fecundará el óvulo. Ese individuo pasará gradualmente de ser persona potencial, una* ***prepersona****, a ser una* ***persona real*** *cuando llegue a ser capaz de valorar su propia existencia. Y, si con el tiempo pierde permanentemente esta capacidad,* ***habrá dejado de ser persona***"[27]. Justamente lo que distingue una persona de una no persona es la capacidad de valorar su propia existencia. Valoración que es subjetiva, donde cada uno valora según sus parámetros su propia existencia, sin que los demás puedan tener injerencia en la misma.

A diferencia de Engelhardt el criterio de distinción entre las personas y las no personas (prepersonas o expersonas), no es la autonomía sino esta capacidad de valorar la propia existencia. Como señala Torralba Roselló ambos criterios no coinciden formalmente, pues, por un lado, uno puede valorar su existencia sin ser plenamente autónomo y, por otro lado, uno puede ser autónomo para determinadas funciones, pero no ser capaz de valorar su propia existencia[28].

Por su parte *Peter Singer*, al igual que Engelhardt identifica a la persona con el ser autoconsciente, pero además le agrega que puede sufrir (siguiendo el principio utilitarista de Bentham de la maximización del placer y la minimi-

---

26 Cfr. Engelhardt, "*Los fundamentos de la Bioética*", op. cit., p. 170.

27 Harris, 1998, "*Superman y la mujer marivollosa*", Madrid, Tecnos, p. 55.

28 Torralba Roselló, 2005, "*¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*", Barcelona, Herder, p. 295.

zación del dolor) y por tanto puede ser considerado sujeto moral y jurídico. Así, no solamente desconoce (al igual que Engelhardt) el status de personas de algunos seres humanos (embriones, fetos, deficientes mentales, enfermos comatosos, etc.), sino que va más allá y al mismo tiempo reconoce el status de persona a seres no humanos, como pueden ser los monos superiores, e incluso afirma que con el tiempo se podrá demostrar que las ballenas, los delfines, los elefantes, los perros, los cerdos y otros animales también son conscientes de su propia existencia en el tiempo y pueden razonar y sufrir[29].

Singer afirma la existencia de una continuidad entre los animales y el hombre, basándose en la selección natural de Darwin sostiene que la materia viva evolucionó desde formas más simples hasta formas más complejas culminando en el hombre. Sin embargo como sostiene Torralba Roselló esta idea de la continuidad entre los animales y el hombre no es tan evidente en Darwin. El hecho de que el ser humano sea el resultado de una cadena de eslabones evolutivos, no significa que no existan diferencias sustantivas entre él y los demás eslabones de la evolución. Para Darwin, el hombre es el resultado de una evolución de la materia viva, es la culminación de este itinerario evolutivo, pero ello no significa que no exista una diferencia de dignidad entre el ser humano y los seres que le han precedido en la historia de la selección natural[30].

Luego de referirse a la continuidad evolutiva entre el animal y el ser humano, distingue al igual que Engelhardt entre ser humano y persona, "*El uso del término* ***persona*** *es, en sí mismo, susceptible de despistar, ya que es una palabra que se usa con frecuencia como si quisiera decir lo mismo que* ***ser humano****. Sin embargo, los términos no son equivalentes; podría haber una persona que no fuera miembro de nuestra especie. También podría haber miembros de nuestra especie que no fueran personas (...) lo que propongo es usar* ***persona*** *en el sentido de ser racional y autoconsciente, para abarcar aquellos elementos del sentido popular de* ***ser humano*** *que no entran en el concepto de miembro de la especie homo sapiens*"[31].

---

29 Singer, 1997, "*Repensar la vida y la muerte-el derrumbre de nuestra ética tradicional*", Barcelona, Paidós, p. 181.

30 Cfr. Torralba Roselló, 2005, "*¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*", Barcelona, Herder, p. 104.

31 Singer, 1984, "*Ética práctica*", Barcelona, Ariel, pp. 100 y 101.

Como dice Torralba Roselló su concepto de persona se inspira en la antropología de Locke quien afirma que persona es un ser pensante inteligente, que tiene razón y reflexión, y puede considerarse a sí mismo como la misma cosa pensante, en diferentes momentos y lugares. Desde esta perspectiva, ser persona significa poseer *en acto* razón y reflexión y al mismo tiempo tener autoconciencia. De esto se deduce que hay seres humanos que no serían personas y que hay personas que no serían seres humanos (como por ejemplo siguiendo estas ideas recientemente declararon persona no humana a la orangutana Sandra que se encuentra en el zoológico de Buenos Aires). En esta distinción, Singer se sitúa en un plano distinto de la que distinguía entre seres capaces e incapaces de sentir dolor o placer. Todos los seres humanos, en tanto que seres capaces de sufrir, deben ser objeto de protección, porque éticamente se exige la reducción del sufrimiento ajeno, pero no por el hecho de ser persona, porque, a su juicio, puede haber seres humanos que por su incapacidad relacional y carencia de autoconciencia no son personas[32]. Dice Singer: "*Al haber renunciado a la distinción entre animales humanos y no humanos, podríamos negarnos a establecer una distinción entre personas y aquellos que no son personas y, en vez de ello, insistir en que todos los seres vivos o, quizá más convincente, todos los seres capaces de experimentar placer o dolor tienen el mismo derecho a la vida*"[33].

En cuanto a *Ronald Dworkin* distingue dos modos de plantearla cuestión en cuanto al comienzo de la vida humana: 1) de carácter *derivado* pues supone previamente la determinación de si el feto es una persona y como tal titular de derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida y conforme se responda a esta cuestión se deduce las consecuencias ético jurídicas, o sea, si es persona no debería admitirse el aborto porque sería un asesinato, en cambio si no lo es podría permitirse el mismo porque no afecta el derecho de nadie; 2) de carácter *autónomo*, pues independientemente a la respuesta a la cuestión del estatuto del embrión-feto (que no tendría ninguna incidencia en el debate sobre el aborto), la vida humana en cualquier estado tendría un valor intrínseco, consistiendo el debate en la diferente interpretación que cada persona, grupo o religión tiene respecto a este valor.

---

32 Cfr. Torralba Roselló, 2005, "*¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*", Barcelona, Herder, p. 152.

33 Singer, "*Repensar la vida y la muerte-el derrumbre de nuestra ética tradicional*", op. cit., p. 216.

Por eso, luego de señalar ambos modos de plantear el problema, afirma que el primero es erróneo porque más allá de las diferencias entre los científicos sobre el comienzo de la vida humana, parece innegable que un embrión humano es un organismo viviente que ya contiene códigos biológicos que dirigirán su posterior desarrollo físico, pero de estos hechos *no se deduce* que el feto tenga también derechos o intereses que deben ser tutelados y respetados, como tampoco que el feto encarne un valor intrínseco que deba ser protegido. Ambas cuestiones, son de carácter moral y jurídico y no biológicas ni derivadas de la cuestión biológica. En consecuencia, para él la cuestión implicada es del segundo tipo, o sea, autónoma, y por tanto la determinación del valor intrínseco de la vida humana es un problema moral y jurídico.

Por su parte, *Arthur Kaufmann*,destaca que el objeto o tema en torno al cual gira todo el discurso práctico normativo de la justicia y del derecho es *el hombre como persona*: "*es decir, como el conjunto de relaciones en que se encuentra el hombre con los otros hombres o con las cosas. Todo orden tiene un* ***carácter relacional*** *semejante. Las relaciones personales del hombre son aquellas que el discurso jurídico como tal identifica, pues en principio siempre se legitima el derecho del modo en* ***que a cada quien confiere competencia como persona: el suum justum*** *(sobre todo con la garantía de los derechos humanos). Por eso ya había dicho Hegel: el mandamiento del derecho es: 'Sed una persona y respeta a los otros como persona'. Pero entiéndase bien: persona no es sustancia, persona es* ***relación****, más exactamente: la unidad estructural de* ***relatio y relata****. En este sentido es persona el cómo y el qué, sujeto y objeto del discurso normativo en uno, tanto dentro como fuera de ese proceso discursivo, lo dado y lo perdido, pero ella no es estática e intemporal, en su figura dinámico-histórica, ni tampoco discrecionalmente disponible*".

Analicemos este importante texto: ***La persona no es sustancia sino relación,*** cuyo título sintetiza lo central del pensamiento de Kaufmann en torno al tema. La persona, para el pensador alemán, es el conjunto de relaciones en que se encuentra el hombre con los otros hombres y con las cosas y que como tal constituye un orden que siempre tiene un carácter relacional, basado en el principio establecido por Santo Tomás de Aquino: *ordo non estsubstantia, sed relatio* (S. Th. I, 116,2). Sobre esta cita aclara al pie de página en su libro *Filosofía del Derecho*: "*Yo quiero agregar aquí una aclaración. El principio de Tomás de Aquino ha sido a menudo citado por mí. Esto ha*

*producido ocasionalmente fruncimientos de cejas. HermannKlenner ha escrito que yo mismo soy consciente de que para el aquinate vale '**substantia y no relatio** como **fundamentum et basisomniumaliorumentium** (F. Haft y otros [Eds]. **Strafgerechtigkeit**; Festschriftfür A. Kaufmann, 1993, p. 177) ¡Si yo estaré consciente de eso! Ese es precisamente el motivo por el cual he citado la frase. Yo considero muy digno de destacar, que un representante tan decidido de la ontología substancial tenga que conceder que orden no es substancia, sino relación. Lo que yo he opinado es que **incluso** Tomás de Aquino no puede menos que hacer semejante concesión (pero con esta constatación no quiero encubrir que antiguamente yo sobrevaloré a Tomás de Aquino). De manera semejante Werner Maihofer alguna vez caracterizó el orden como una 'estructura de relaciones' (**Vom Sinn menschlicherOrdnung**, 1956, especialmente pp. 64 y ss.); prosigue por supuesto consecuentemente la ontología relacional sustentada por él "*[34].

En este sentido agrega Kauffmann, que la persona abarca tanto el *sujeto* como el *objeto* del discurso normativo, el cómo y el que del razonamiento práctico. En otras palabras, la persona no se refiere solamente al sujeto que constituye el término de la relación (*relata)*, sino al objeto que sería la relación misma (*relatio*). De esta manera, la persona no es algo temporalmente estática, ni tampoco discrecionalmente disponible, o sea, que aunque no podamos identificar la persona de manera absoluta, porque la persona es relación, más bien el conjunto de las relaciones dinámicas y cambiantes, esto no quiere decir que podamos disponer discrecionalmente de ella, pues como tal requiere reconocimiento y respeto. Esto se alcanza mediante la teoría de la convergencia de la verdad que no es ni solo objetiva, ni solo subjetiva, sino subjetiva-objetiva, que no es solo un término medio entre la teoría de la correspondencia y la del consenso, sino su síntesis, complementación y superación.

En consecuencia, señala el referido autor alemán, que la filosofía del derecho del futuro (de la posmodernidad), no será ni irracional, ni tampoco solamente racional formal, sino más bien fundamentalmente será una filosofía de contenidos, que se cuestione sobre lo justo y lo injusto, entre la diferencia entre el derecho y el entuerto, sobre las condiciones de una sociedad bien ordenada, sobre la paz duradera y las medidas de

---

34 Kaufmann, 1999, "*Filosofía del Derecho*", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 508 nota 16.

justicia en el reparto de bienes, posibilidades y cargas. En otras palabras, "*la idea de toda filosofía del derecho de contenido puede ser solo la idea del hombre, y por eso solo en el hombre en su totalidad puede también fundarse siempre la verdadera racionalidad del derecho (....) La filosofía del derecho de la época posmoderna debe estar determinada por la preocupación por el derecho y esto significa: la* ***preocupación por el hombre****; aún más:* ***la preocupación por la vida en general en todas sus formas***"[35].

Justamente en el marco de esta preocupación por el hombre y por la vida en todas sus formas, Kaufmann aborda los problemas de bioética y entre ellos ocupa un lugar central la cuestión del estatuto del ser humano en estado embrionario: "*A esta altura no se puede esquivar más el problema sobre cual* ***estatuto moral y jurídico tiene el embrión humano.*** *En esto tendremos aquí –precisamente aquí– que protegernos de posiciones extremas indemostrables. No es posible determinar con los medios del conocimiento científico si un embrión posee individualidad y dignidad personal (en absoluto un alma inmortal). Pero, por otra parte, también el supuesto especulativo de que el embrión humano no sería nada más que un producto semejante a una frambuesa o un renacuajo no tiene en cuenta que en el embrión humano está la plena potencialidad del ser del hombre*"[36].

En otras palabras, *Kaufmann* se ubica en una posición intermedia y equidistante respecto a las que considera posiciones extremas indemostrables. En un extremo los que desde una perspectiva ontológica afirman la individualidad y dignidad personal del embrión humano, que afirman que efectivamente es un individuo humano y una persona humana. Especialmente se distingue de aquellos que sostienen que el ser humano en estado embrionario tenga un alma espiritual y por tanto inmortal, porque afirma que por los medios actuales del conocimiento científico no es posible llegar a una conclusión semejante (tampoco a la contraria). Por su parte, en el otro extremo, los que afirman que el embrión no sería humano, ni mucho menos persona, sino que por su estado de existencia sería asimilable a un vegetal o a un animal, pero no a un hombre. Frente a estos opone la noción de que si bien el embrión humano no sería un

35 Kaufmann, 1998, "La *Filosofía del Derecho en la posmodernidad*", Bogotá, 1998, Themis, p. 72.

36 Kaufmann, "*Filosofía del Derecho*", op. cit, p. 546.

hombre ni una persona en acto, se trata de un ser humano en potencia, en el cual ya existe la plena potencialidad del hombre y por lo tanto aplicando el tradicional principio kantiano que él reconoce, debe ser tratado como fin y no como medio para otra cosa (aunque como veremos en el próximo capítulo, en el caso del embrión humano este principio tiene excepciones).

Por último, para *John Rawls* bajo ningún aspecto puede considerarse una concepción política de la persona, como una concepción metafísica o fundada en alguna concepción metafísica, sino más bien la concepción política debe entenderse como una concepción fundada en lo que la razón pública (el consenso) entiende como persona. Para él, "*La concepción de la persona se desprende del modo en que la cultura política pública de una sociedad democrática concibe a los ciudadanos, algo que se plasma en sus textos políticos fundamentales (constituciones y declaraciones de los derechos humanos) y en la tradición histórica de interpretación de esos textos*"[37]. La personalidad (en una concepción política) es un atributo que se desprende, no de alguna característica natural del ser humano reconocida por las constituciones y declaraciones de derechos humanos, sino de lo que estas constituciones o declaraciones considera persona. Estos instrumentos no son meramente declarativos de una realidad anterior que reconocen y garantizan, sino que son constitutivos de la realidad política en la que se inscribe como central el *status de persona* por ellos construido. En otras palabras, la personalidad (en una concepción política) es un atributo que se desprende no de alguna característica natural del ser humano sino de lo que las constituciones o declaraciones de derecho considera persona.

"*Quiero subrayar* (dice Rawls) *que la concepción de la persona como libre e igual es una concepción normativa: es* ***construida*** *por el pensamiento y la práctica –morales y políticos–, y es estudiada por la filosofía moral y política y por la filosofía del derecho. Desde la antigua Grecia, tanto en la filosofía como en el derecho, el concepto de persona ha sido el de alguien que participa en la vida social o cumple algún papel en ella, por tanto de alguien que puede ejercer y respetar sus diversos derechos y deberes. Al especificar la idea organizadora central de la sociedad*

37 Rawls, 2002, "*Justicia como equidad una reformulación*", edición a cargo de Erin Kelly, Barcelona, Paidós, p. 44.

como un sistema equitativo de cooperación, usamos la idea colateral de las personas libres e iguales como personas que pueden desempeñar el papel de miembros plenamente cooperativos. Como corresponde a una concepción política de la justicia que entiende la sociedad como un sistema equitativo de cooperación, un ciudadano es aquel que puede ser un participante libre e igual durante toda una vida. ***No ha de confundirse esta concepción de persona con la concepción de ser humano*** *(un miembro de la especie* ***Homo sapiens****) que pudiera establecer la biología o la psicología sin hacer uso de conceptos normativos de diversa índole, entre los que se incluyen, por ejemplo, los conceptos de facultades morales y de las virtudes morales y políticas. Además, para caracterizar a la persona debemos añadir a estos conceptos los que usamos para describir las facultades de la razón, la inherencia y el juicio. Estas facultades esenciales que acompañan a las dos facultades morales, y son imprescindibles para ejercerlas y para la práctica de las virtudes*"[38].

Rawls distingue al igual que Kelsen entre el concepto descriptivo de ser humano propio de la biología o psicología del concepto normativo o prescriptivo de persona como sujeto autónomo como central de su concepción política de la persona y de la justicia (en el caso de Kelsen sería un centro de imputación de normas estipulado por el ordenamiento jurídico). En otras palabras, no todo ser humano necesariamente es persona, sino solamente el que como tal es reconocido por los textos fundamentales como portador de personalidad como sujeto de derecho en tanto ciudadano libre e igual. Esta nueva concepción de la persona también había sido introducida en *Political Liberalism* y en *Political not Metaphysical,* sustituyendo la concepción ideal de la persona de raíz kantiana utilizada hasta ese momento.

En suma, según esta concepción rawlsiana *no todos los seres humanos son personas en sentido estricto*, sino *sólo aquellas que tienen plena conciencia en tanto son agentes morales autónomos y valen por sí mismos*. Identifica la persona y la personalidad con la conciencia y más específicamente con la conciencia de sí mismo o autoconciencia. En cambio, los seres humanos que no tienen plena conciencia y por tanto no son agentes morales autónomos, no son personas en sentido estricto, sino que pueden serlo en sentido social, y por tanto no valen por sí

38 Rawls, 2002, "*Justicia como equidad una reformulación*" edición a cargo de Erin Kelly, Barcelona, Paidós, p. 49.

mismos, sino por el valor que le adjudica la consideración y posición moral que le reconocen los agentes morales autónomos (*personas en sentido estricto*).

4. El estatuto ético-jurídico de la persona

Por su parte, el *estatuto ético-jurídico* de la persona humana contempla tanto al sujeto del obrar moral, como al sujeto jurídico titular de derechos y deberes. Así para la concepción ontológica tenemos que distinguir la acepción filosófica de persona (sustancia individual de naturaleza racional), de su acepción moral (sujeto del obrar moral) y jurídica (sujeto de derecho). En realidad estas nociones no se contraponen, pues la existencia del sujeto de la acción moral, como de los distintos *status* con sus respectivos derechos y deberes, en el plexo de relaciones jurídicas que existen dentro de la comunidad política, suponen un *status* básico común que es la condición humana y que coincide con la concepción ontológica de la persona, que por ser más amplia y genérica incluye a la moral y a la jurídica como más especiales y específicas, dado que la moralidad y la juridicidad surgen de la racionalidad y su consecuente sociabilidad que constituyen al *suppositum* individual en persona humana. Al respecto, dice Hervada: "*En otras palabras, el ser de la persona implica inherentemente, intrínsecamente, el deber ser, Se observa que aquí se entrecruzan dos cosas: la ética y el derecho. Hay un* ***deber ser moral****, que se plasma en que el hombre debe vivir según su condición de persona. Y hay un* ***deber ser jurídico*** *de los demás respecto de la persona*"[39].

Para el positivismo el *status de persona* es determinado por el ordenamiento jurídico positivo. Al respecto, podemos señalar a *Hans Kelsen*, quien considera que la noción de *sujeto de derecho* o de *persona* es una construcción artificial que consagra la norma jurídica positiva. Para Kelsen, "*en rigor de verdad, la persona solo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas*"[40]. Así distingue al igual que *Rawls* posteriormente entre hombre y persona: "*la persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa*

39 Hervada, "*Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*", op. cit., p. 46.

40 Kelsen, Hans, (1969), "*Teoría Pura del Derecho*", Buenos Aires, Eudeba, p. 125.

una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica (...) estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes: el concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos"[41].

Hemos concluido con el estudio de la metafísica de la persona humana, que en todo hombre está presente la naturaleza propia de la especie, y ello supone la posibilidad constitutiva de razón y libertad, y consiguientemente la necesidad de responder por esos actos propiamente humanos en donde están presente lo propiamente humano. Precisamente, es esa la materia directa de la ética o filosofía moral, de modo que si no existieran ellos queda anulada la posibilidad de esas disciplinas. Asumiendo una perspectiva "determinista", el hombre queda asimilado radicalmente a los animales, y así ya no hay materia para juzgar desde el bien humano. Dice bien Aranguren que el hombre "es constitutivamente moral: no se trata de un 'ideal' sino de una forzosidad, exigida por la propia naturaleza, por las propias estructuras psicobiológicas.... La justificación es pues la estructura interna del acto humano"[42], pues el ser humano por su naturaleza es –apelando a una expresión de Ortega– "a la fuerza libre", dicho de otra manera: no puede dejarse de conducir su vida, por eso no hay hombres intrínseca a-morales.

Por otro lado, afirmada la naturaleza humana como constitutivamente moral, cuando el hombre se introduce a la vida social la naturaleza humana se constituye al mismo tiempo en jurídica, dado que esas relaciones con el otro conllevan naturalmente deudas y derechos. En efecto, hay cosas que cada uno de los seres humanos posee como propias,y consiguientemente, ellas importan para los otros el deber de justicia de respetarlas y no privarlos de las mismas. Esos suyos de cada uno convierten naturalmente a su titular en un sujeto de derecho, por eso si alguien pretende vulnerarlo por medio de normas u otras decisiones autoritativas, la teoría se encarga de negarle el carácter de derecho a ese intento. Es que este surgió para posibilitar la mejor convivencia social, y sería contradictorio con este fin constitutivo del derecho, pretender que exista al servicio de lo injusto. Por supuesto, que esas exigencias indisponibles para los otros fundadas en lo

41 Ibidem, pp. 125-126.

42 Aranguren, J. 1958 *"Ética"*. Revista de Occidente, Madrid, p. 63 y ss.

que le pertenece a cada uno, pueden afectarse en medida distinta, y ello impone –con Finnis– que el significado focal o pleno del derecho es lo justo, y lo injusto podría ser reconocido como derecho sólo en un sentido debilitado o imperfecto, con la prevención que si esa injusticia ser torna "extrema" porque se violan de manera grave y evidente los suyos de cada uno, ya estamos fuera del derecho. Conforme al señalamiento precedente, puede establecerse que el saber jurídico está subalternado a la filosofía moral y ésta a la antropología, de ese modo se garantiza una moral y un derecho al servicio del hombre. Con claridad afirma Olgiati que las notas de la juridicidad: racionalidad, eticidd y politicidad se reflejan en la actividad jurídica de la persona humana que es posible de ser realizada por su racionalidad,individualidad y sustancialidad[43].

Los tratados de derechos humanos en general y otros documentos internacionales en esa materia revelan en sus conceptos y terminología una visión en donde se asimilan miembro de la especie humana con persona y sujeto de derecho. Ello resulta indiscutible por ejemplo en el Art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que establece: *"todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica", también en e*l Art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996) que dispone: *"Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"*, y el Art. 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), que reconoce: ***"persona es todo ser humano"*** y se complementa con el Art. 3 que dice: *"Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica"*. Recordemos que la Constitución Argentina otorga en su Art. 75 inc. 22 "jerarquía constitucional" a esos Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Entre los documentos internacionales relevantes que tienen la misma sintonía apelemos a la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos del 19-X-2005, en cuyo Art.10 leemos: "Se habrá de respetar la igual fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo que sean tratados con justicia y equidad"[44].

---

43 Olgiati, F. 1977. *"El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino"*, EUNSA, Pamplona.

44 Ricardo García Manrique entiende "que en la Declaración hay sustancia suficiente como para afirmar que ha optado por una concepción naturalista u ontológica de la dignidad" ("La dignidad y sus menciones en la Declaración" en "Sobre la Dignidad y los Principios", Coordinadora María Casado, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 61).

Insistamos que para el iusnaturalismo clásico, caído el antiguo régimen se reconoce al ***status*** básico común del ser humano como fundamento jurídico natural de su ser persona, en tanto sujeto de derecho, titular de derechos y deberes y de su ***isonomía*** (igualdad básica ante la ley), más allá de las desigualdades posteriores propias a su condición o ubicación dentro del orden social. Podemos citar nuevamente a Hervada: *"Todo sistema jurídico positivo se basa, al menos, en la* ***juridicidad natural*** *de los hombres, esto es, en que por naturaleza existe la capacidad y tendencia de relacionarse jurídicamente. La condición de* ***sujeto de derecho*** *–como la condición de sujeto de la comunicación oral– no es cultural sino natural. Y adviértase que no se trata simplemente de que todo hombre puede ser; si se quiere, capaz de derechos. La* ***juridicidad natural*** *significa que, por naturaleza, el hombre está relacionado jurídicamente con los otros y, en consecuencia, que es por naturaleza protagonista del sistema jurídico. Ser* ***persona*** *no es de origen positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho (.....) la* ***condición ontológica de persona*** *incluye la* ***subjetividad jurídica****, de modo que el concepto jurídico de persona no puede ser otra cosa que el concepto mismo de persona en sentido ontológico, reducido a los términos de la ciencia jurídica. Dicho en otros términos, el concepto jurídico de persona no es más que aquel concepto que manifiesta lo jurídico de la persona o ser humano"*[45].

5. La Dignidad humana y persona humana

"*Dignitas* quiere decir la cualidad de '*dignus*'. Esta palabra, deriva de la misma raíz '*dec*' que encontramos en el verbo defectivo '*decet*' ('es conveniente', 'merece') y en el sustantivo '*decor*' (lo que es merecido), de donde toda la serie de los otros términos relacionados con el decoro, es decir, con la apariencia excelente pero merecida" [46]. En otras palabras, la dignidad refiere a algo excelente, merecedor de respeto. Por eso cuando hablamos de dignidad humana se refiere a la cualidad de excelencia y merecedora de respeto que tiene el hombre por ser hombre. De ahí la íntima relación que hay entre los conceptos de persona humana y dignidad humana, y por eso la categórica afirmación de Aquino:" ...la dignidad es algo absoluto y pertenece a la esencia"[47].

---

45 Hervada, "*Introducción crítica al derecho natural*", op. cit., pp. 119 y 122.

46 D'ors Álvaro (1980), "*La llamada dignidad humana*", Bs. As. La Ley 31/7/1980, Año XLV, N° 148.

47 Tomás de Aquino "Suma Teológica", I, q. 42, a. 4, ad. 2.

La mirada posmetafísica ha potenciado la crítica al concepto de dignidad al que por atribuirsele un contenido metafísico o religioso auspician su extinción[48]. Sin embargo, existen dos grandes modelos paradigmáticos de *dignidad humana*[49]: 1) *el modelo kantiano; y* 2) *el modelo clásico.*

El modelo kantiano: identifica la dignidad humana con la autonomía de la voluntad: "es la constitución de la voluntad por la cual esta es una ley para ella misma (independientemente de toda constitución de los objetos del querer). El principio de autonomía es, así pues; no elegir sino de tal modo que las máximas de la propia elección estén comprendidas a la vez en el mismo querer como ley universal"[50] Señala *Kant*: "nada tiene otro valor que el que la ley le determine. Pero la legislación misma, que determina todo valor, tiene que tener precisamente por eso una dignidad, esto es, un valor incondicionado, incomparable, para el cual la palabra *respeto* proporciona la expresión conveniente de la estimación que un ser racional tiene que efectuar de ella. La *autonomía* es, así pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional"[51]. Por eso "en el reino de los fines todo tiene precio o dignidad"[52]. Las cosas son sustituibles por algo equivalente (precio), en cambio "lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una *dignidad (...)* aquello que constituye la condición únicamente bajo la cual algo puede ser fin en sí mismo no tiene puramente un valor relativo, esto es un precio, sino un valor interior, esto es una *dignidad (...)* la moralidad y la humanidad en tanto es capaz de la misma, es lo único que tiene *dignidad*"[53]. En otras palabras, el hombre en virtud del principio de autonomía de la voluntad es un fin en sí mismo y nunca puede ser tratado como medio. En consecuencia, aquí reside su *dignidad.*

---

48 Cfr. los influyentes artículos de Ruth Mcklin "Dignity is a useless concept", British Medical Journal, 327, 2003, pp.1419-1420 y de Steven Pinker "The Stupidity of Dignity", The New Republic, 28-5-2008.

49 Por supuesto que optar por dos modelos básicos no implica ignorar que caben otras alternativas que procuran ser originales como por ejemplo las miradas de Amartya Sen o Marta Nussbaum. Richard Ashcroft en el terreno más propiamente bioético distingue hasta cuatro concepciones de la dignidad (cfr.de dicho autor "Making sense of dignity", Journal of Medical Ethics, 31, 2005, pp. 679-682).

50 E. Kant, (1996), "*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*", Ariel, Barcelona, p. 211.

51 Ibidem. p. 201.

52 Cfr. Kant, (1996), "*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*", Ariel, Barcelona, p. 199.

53 Idem.

El *modelo clásico*: funda la dignidad humana en el ser del hombre, en su naturaleza (esencia) humana. En este sentido, recordemos que en Santo Tomás *la dignidad es cosa absoluta y pertenece a la esencia*[54]. Por eso el Aquinate va a definir la persona por la dignidad de su naturaleza racional: "En efecto, debido a que en las comedias y tragedias se representaban algunos personajes famosos, se empleó el nombre de 'persona' para designar a los que tenían alguna dignidad. De aquí viene que en las iglesias se acostumbre a llamar 'personas' a los constituidos en dignidad. Por esto también definen algunos la persona diciendo que es *'la hipóstasis que se distingue por alguna propiedad perteneciente a la dignidad'*, y puesto que es gran dignidad subsistir en la naturaleza racional, a todo individuo de esta naturaleza se le llama persona, como hemos dicho"[55]. En consecuencia, para el Aquinate "Persona significa lo más perfecto que hay en toda la naturaleza, o sea el ser subsistente en la naturaleza racional *(scilicet subsistens in rationali natura)*"[56] y por ende libre. Así siguiendo el pensamiento del Aquinate podemos fundar la dignidad en el ser antes que en el obrar, o dicho de otra manera, la dignidad subsiguiente en el obrar (libre) se sigue de la dignidad original en el ser, porque se funda en el ser (*operari sequitur esse*). Una buena síntesis del presente modelo puede ser:"...la dignidad humana no es otra cosa que la condición ontológica de la persona vista desde la perspectiva de un singular valor moral. Por esta condición todo ser humano es –en tanto ser bio-psico-espiritual– dueño de sí –titular de sus derechos humanos– y además moral y jurídicamente deudor de los derechos humanos de los demás, al traducir los dinamismos fundamentales inscriptos en su naduraleza en deudas morales concretas e inexcusables de justicia a través de su razón práctica en cada circunstancia histórica específica"[57].

Conforme a lo señalado para el *modelo kantiano en su interpretación estricta*, sólo son personas los seres humanos en tanto sujetos autónomos, o aquellos que son reconocidos como tales por el consenso (principio de autonomía). En consecuencia, sólo las personas son dignas. Así, por ejemplo, para el constructivismo (*Rawls*) "la concepción de la persona

54 Cfr. Tomás de Aquino, *S. Th.* 1q. 42, a. 4, sol.. 2.

55 Tomás de Aquino, *S. Th.* 1q. 29 a. 3, sol. 2.

56 Idem.

57 J.Chávez-Fernández Postigo (2012), *"La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano"*, Palestra, Lima, p. 177.

como libre e igual es una concepción normativa: es *construida* por el pensamiento y la práctica –morales y políticos–, y es estudiada por la filosofía moral y política y por la filosofía del derecho (...) *no ha de confundirse esta concepción de persona con la concepción de ser humano* (un miembro de la especie *Homo sapiens*) que pudiera establecer la biología o la psicología sin hacer uso de conceptos normativos de diversa índole, entre los que se incluyen, por ejemplo, los conceptos de facultades morales y de las virtudes morales y políticas"[58].

Para esta concepción constructivista *no todo ser humano es persona.* En otras palabras, el *status de persona* como sujeto de derecho (titular de derechos y deberes) no se funda en el ser del hombre, en su naturaleza, sino en el consenso o en el discurso normativo, por el cual no se reconoce la personalidad a todos los seres humanos, sino a los que reúnan determinadas características (conciencia, relación, etc.) o según la definición autoritativa respectiva. En consecuencia, *ser persona no es de origen natural sino positivo.* Así para *Engelhardt,* los embriones, los fetos, los neonatos, los deficientes mentales profundos y los enfermos comatosos no son personas y por tanto no serían sujetos de derecho[59]. Lo mismo sucede con *Singer,* que además le reconoce personalidad a ciertos animales como los monos superiores[60]. En suma, aquellos seres humanos que no son considerados personas tampoco tendrían dignidad, ni son merecedores de respeto por sí mismos .

En cambio para el *modelo clásico* todo ser humano por el sólo hecho de serlo es persona y por tanto portador de una especial dignidad. La conexión entre persona, dignidad y justicia encuentra remoto en Cicerón cuando al definir la justicia recurre al término dignitas como sinónimo de lo suyo[61]. Desde la filosofía del hombre del realismo clásico, "La expresión 'dignidad de la persona', viene a ser, de esta suerte, un pleonasmo, una redundancia intencionada, cuyo fin estriba en subrayar

---

58 Rawls, 2002, *La justicia como equidad. una reformulación*, edición a cargo de Erin Kelly, Barcelona, Paidós, p. 49.

59 Cfr. Engelhardt, Tristram, (1995), *Los fundamentos de la Bioética*, Barcelona, Paidós, p. 104.

60 Cfr. Singer, Peter, (1997), *Repensar la vida y la muerte-el derrumbre de nuestra ética tradicional*, Barcelona, Paidós, p 181.

61 Cicerón: "Iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem", De Inventione II, 53, 160.

la especial importancia de un cierto tipo de entes"[62]. Desde esa misma lógica *Ilva Hoyos Castañeda destaca que la persona tiene dignidad o perfección absoluta, lo que significa tres cosas: en primer lugar que esa perfección no le viene de afuera, la encuentra en su mismo ser, en segundo lugar se es o no se es persona, la personalidad no admite grados; y en tercer lugar esa perfección abarca la totalidad del supuesto que designa, pues el nombre de persona designa una unidad en la que se integra la estructura del supuesto, los principios que la especifican, los accidentes, como también los actos y acciones que realiza*[63]; y en otro trabajo de la profesora colombiana leemos: "*La dignidad humana, por tanto, no es un accidente, tiene un fundamento ontológico, el mismo ser del hombre que puede manifestarse accidentalmente a través de sus actos. La dignidad no depende únicamente de su obrar, sino que se funda primariamente, en su ser. Por eso, la dignidad afecta a la persona en su intimidad, en su última radicalidad. La persona, por tener un más alto nivel de interioridad en el ser, tiene la posibilidad de manifestar externamente esa dignidad*"[64].

A su vez la dignidad de la persona humana es la raíz o fundamento de los derechos y deberes. Así mientras el modelo kantiano pone el énfasis en los derechos-libertades a partir del principio de autonomía, el modelo clásico complementa estos derechos-libertades con el derecho primario a la vida que es el sustrato o sustento de todos los otros derechos en tanto y en cuanto hay que estar vivo para poder gozar de los otros derechos. Dicho de otra manera, la vida humana es un derecho exigible a los demás y por tanto merecedora de respeto en virtud de su intrínseca dignidad.

La relevancia que ha adquirido la dignidad en el campo del derecho es evidente y así lo afirma y lo acredita categóricamente Atienza: "la apelación a la dignidad es un rasgo común a todas las declaraciones de derechos, de ámbito internacional o nacional"[65], pero advierte las polémicas

---

62 A. Millán Puelles (1984), "*Voz persona*", en Léxico filosófico, Rialp, Madrid, p. 457.

63 Hoyos Castañeda 1989 M., "*El concepto jurídico de persona*", EUNSA, Pamplona, p. 363.

64 Hoyos Castañeda 2000 M. *Entre la naturaleza y la dignidad- Reflexiones sobre el fundamento de los derechos humanos*, recopilado en el libro "*Las razones del Derecho Natural*", coordinado por Renato Rabbi Baldi Cabanillas, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As. p. 194.

65 M. Atienza "*Sobre el concepto de dignidad*" en el libro "*Sobre la Dignidad y los Principios*", Coordinadora María Casado, ob. cit., p. 73.

sobre "cuales son las características que debe poseer una entidad para atribuirle dignidad, o sea, cuales son las condiciones de la dignidad, de la personalidad moral. Aquí cabría distinguir entre criterios religiosos o teológicos (haber sido creados por Dios a su imagen y semejanza) o bien de propiedades biológicas (la pertenencia a la especie humana; poseer determinado número de cromosomas), de la propiedad de ser racional (el factor X al que se referían Fukuyama y Mosterín) o de propiedades sicológicas (poseer sensibilidad, capacidad de decidir, etc.)"[66]. La importancia alcanzada en la actualidad de la dignidad en cuanto fundamento de los derechos se proyecta en esa discusión decisiva de quien tiene dignidad, y fundamentalmente si hay miembros de la especie humana que carecen de ella. De ahí la importancia que adquiere esa discusión, y también la importancia de sostener un personalismo ontológico y no funcional que reafirme la inseparabilidad entre "lo biológico humano y lo personal"[67], como un medio conceptual para contrarestar "las graves consecuencias de vivir en una época en la que la dignidad humana se encuentra acorralada por un cerco de insensatas calamidades"[68].

6. Conclusión

Desde la filosofía jurídica es evidente la conquista y relevancia que tienen los derechos humanos, pero no podemos ignorar que una discusión implícita igualmente significativa es definir quiénes son los titulares. A este respecto, y simplificando las propuestas, las alternativas centrales se resumen a dos: a) todo miembro de la especie humana (personalismo ontológico); o b)solo algunos de ellos, concretamente aquellos que cuentan con ciertas propiedades o funciones (personalismo funcional o construido). Consideramos que esa discusión se traslada al campo estrictamente antropológico, porque si admitimos que la esencia o naturaleza humana está en cada uno de los miembros de la especie, resulta un fundamento fuerte difícil de superar desde la pretensión de negarle ciertos derechos humanos básicos a unos lo que se le reconoce a los otros. Pues, aquel núcleo constitutivo de todo hombre habla de un sujeto capaz de captar el ser

66 Ibidem p. 91.

67 V. Possenti "Sobre el estatuto ontológico del embrión humano", art. cit. p. 141.

68 E. Garzón Valdés (2007), *"Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana"* en "Tolerancia, dignidad y democracia", Universidad Inca Garcilaso, Lima.

de las cosas, de discurrir con su razón y de elegir entre caminos no dados naturalmente, haciéndose cargo de las consecuencias que acarrea el comportamiento escogido. También esa naturaleza (racional y libre) exhibe de la necesidad del otro, no solo para complementarse, sino de colaborar recíprocamente en el contexto histórico que las circunstancias impongan. Y esos datos evidentes pueden traducirse como "bienes humanos básicos" capaces de proporcionarle espontáneamente felicidad, tales como: la vida, la amistad, el conocimiento, la libertad, etc. Pero claro está que la convivencia implica esa necesidad de coordinación que justifica la aparición de la autoridad y el derecho, y si la autoridad y el derecho se ponen al servicio del hombre su fin se orientará para que todos logren de la mejor manera aquellos bienes humanos básicos.

Mientras que el personalismo ontológico brinda apoyo y sustento a ese reconocimiento a favor de todos los miembros de la especie humana de ciertos derechos humanos básicos y raigales, el personalismo funcional o construido remite a una cierta definición de quienes serán los titulares y la nómina de aquellos derechos. Suscribimos con Nino que un criterio para evaluar una teoría moral es juzgarla por sus consecuencias, y precisamente las consecuencias morales de una y otra son evidentes. Yendo a un terreno más jurídico, nos parece claro que afirmar los derechos humanos como reconocidos, universales e inalienables solo puede hacerse coherente y racionalmente desde un personalismo ontológico que entiende que la persona humana es la raíz de lo jurídico y lo que justifica su existencia y finalidad. En coincidencia con esta conclusión, Spaemann ha postulado que desde el positivismo jurídico los derechos humanos son edictos de tolerancia de la autoridad, revocables por la misma autoridad. En definitiva,en estos tiempos en donde resultan evidentes la universalidad e inescindibilidad de los derechos humanos, debe insistirse que si disolvemos o disponemos de la construcción de la definición de quien será su titular, aquella fórmula se torna vacía e imprevisible. Es que los derechos fundamentales se fundan en que el hombre es un "ser digno en sentido absoluto, dueño de sí y, en consecuencia, portador de unos bienes que le son suyos y que por otros le son debidos. La persona, por tanto, se presenta ante los demás como un ser debitorio y exigente"[69]. Digamos, en consonancia con la filosofía de Levinas, que sólo si al "otro" lo re-

69 Hoyos Castañeda, I. M. 1998 *"Entre la naturaleza y la dignidad"* en Las razones del derecho natural (Coordinador R. Rabbi-Baldi Cabanillas), Buenos Aires, Ábaco, p. 205.

conozco como algo indisponible para ser medio o al servicio de "otros", aquel resulta un presupuesto sólido e innegociable para fundar los derechos humanos[70].

70 E. Levinas, 1985 *"Les droits de l'homme et les droits d'autrui"* en AA.VV. Indivisibilité des droits de l'homme, Acte du Colloque Interuniversitaire, Univ. Fribourg (Suisse), pp. 35 y ss.

POSITIVISMO, SOCIEDAD Y DERECHO

Edison Guarango Mariño[1]

Resumen: *El positivismo es el sistema por el cual el Derecho tiene su base de actuación, este ha hundido sus cimientos en la compresión ontológica del modelo jurídico actual; sin embargo, es un postulado que ha demostrado poseer falencias atroces para la regulación social. Mediante un breve análisis –genérico y lógico abstracto– de premisas ontológicas y epistemológicas, sumado a un estudio de postulados socio-jurídicos (teoría sociológica del estructuralismo funcional sistémico luhmanniano y neo-constitucionalismo), se ha descubierto algunas de las falencias internas dentro del funcionamiento del sistema positivo. Conscientes de que una crítica al paleo-positivismo debe hacerse aunando esfuerzos en las bases funcionales del modelo, es que podemos comprobar que su actuación ha prescindido completamente del elemento social, destruyendo así una comprensión humanista del Derecho.*

Presupuestos y consideraciones iniciales

El sistema jurídico ha mantenido sus ilusorias bases en un paradigma de razonamiento –que, aunque clásico– bastante obsoleto en la actualidad. Las bases metodológicas de procedimiento paleo-clásico han hecho que la estructura misma de comprensión epistémica del Derecho se vea subvertida a puro instrumentalismo. Este método paleológico ha hecho que la otología misma de la norma sustancial pierda valor y ceda ante el formalismo vacío, que no hace sino captar incompletamente el contenido de un derecho fundamental. La limitación a la cual nos referimos es un paradigma tan antiguo como el mismo derecho liberal: el positivismo.

Este artículo intenta buscar las bases primigenias y teórico-sustanciales de actuación de paradigma paleo-positivista, para ello es necesario formular algunas preguntas de inicio que serán respondidas implícitamente a lo largo del desarrollo: ¿Cómo actúa el positivismo dentro de la estructura social?

---

1 Egresado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE)- Facultad de Jurisprudencia. Graduado del Colegio San Gabriel (Quito) 2010-2011, especialidad: Filosófico-Sociales. Quito- Ecuador. Correo Electrónico: edisonfenix@msn.com

¿Cómo la moldea, a tal punto de hablar de una crisis de carácter sustancialista?, ¿Cómo es concebido el Derecho dentro de esta estructura ilusorio-formalista? ¿Qué papel cumplen los derechos fundamentales, en este sistema?

Para responder a estas dudas, ha sido menester hallar una premisa compleja –pero no la única[2]– de análisis descriptivo-crítico del moldeo positivista a nivel: social, jurídico y jurídico-sustancial (derechos fundamentales). Esta premisa básica de razonamiento –o también llamada teoría– fue escogida de un cúmulo de otras y es conocida como el estructuralismo funcional sistémico. Esta teoría nace a partir de la descripción –en términos sociológicos– del desenvolvimiento social dentro de un ambiente contemporáneo. El exponente máximo –y creador– de esta es Niklas Luhmann (1998).

La cosificación humana, en términos de lógica social, hizo necesaria la elaboración de una teoría que explique los parámetros iniciales y la lógica –de carácter teleológico– de una sociedad que ha dejado atrás al mismo ser humano para obrar en términos no condicionantes a él mismo. La necesidad de una teoría que "busque la exigencia de generalidades, a un mismo tiempo, exigencia de abstracción y generalidad" (Izuzquiza. 1990, p. 42), hace que esta sea idónea para explicar el proceso de desarrollo positivista. "Una teoría debe dar cuenta de la complejidad de su objeto [la sociedad positivista] y, para ello, debe ser suficientemente compleja ella misma. De hecho, una teoría adecuada debe ser un instrumento de reducción de la complejidad." (Izuzquiza. 1990, p. 45) [el corchete es nuestro].

Antes de entrar de lleno al estudio del funcionalismo de sistemas (o también llamado estructuralismo funcional sistémico) es necesario realizar algunas consideraciones más: puesto que esta teoría nace a partir de un estudio social, es necesario comprender primero la lógica del sistema social, para entrar de lleno en el sub-sistema jurídico. Segundo, debido a que la teoría obra dejando de lado el paradigma ontológico clásico humanista, es posible "elaborar una teoría suficientemente compleja [pero no completa] de la sociedad de nuestro propio tiempo". [El corchete es nuestro] (Luhmann. 1998, p. 53) Tercero –y último– hay que comprender

2 Puesto que la naturaleza esencial de nuestro estudio no es agotar el análisis descriptivo de actuación y limitación positivista, nos hemos visto en la necesidad de adaptar la crítica tomando como punto de referencia a una sola teoría, que explicará, no sólo la elaboración del derecho bajo el positivismo, sino la conformación del sistema social mismo, bajo la óptica positivista.

los supuestos por los cuales obra la teoría –para entender los instrumentos conceptuales más elementales–:

Debido a que el positivismo mantiene sus presupuestos dentro del sistema social, hundiendo sus raíces en las formas más abstractas del entendimiento de la realidad, para poder encontrar sus postulados de actuación es necesario comprender la sub-teoría de la complejidad. "Construir un concepto de complejidad lo suficientemente dinámico para poseer un amplio dominio de aplicación". (Izuzquiza. 1990. p. 57), es la frase que resume la complejidad positiva luhmanniana; esta puede ser entendida como la no determinación ontológica y unidimensionalidad humana, en términos de comprensión dinámica (Luhmann. 1998, p. 61). En otras palabras, complejidad significa el cúmulo de relaciones que puede tener el ambiente social –independientemente del factor humanista–.

El positivismo ha llevado a la comprensión socio-jurídica de la fenomenología humana, prescindiendo del elemento humano mismo. Por ende, la complejidad que describe esta teoría es una complejidad subordinada a la alienación del conocimiento humano omitiéndolo del análisis sociológico. Así, "desde la perspectiva de la complejidad, la unidad o la igualdad lo son en tanto formas de diferencia". (Izuzquiza. 1990, p. 65); es decir que la complejidad positivista privilegia la unión no asimétrica de la igualdad con la diferencia alienada del sistema no humanista.

Otro concepto fundamental –y que será más adelante desarrollado– es el término sistema. El sistema (cualquiera que sea este –económico, jurídico, político–) puede ser entendido como "un determinado conjunto de elementos que mantienen determinadas relaciones entre sí". (Luhmann. 1998, p. 158). No podemos entender la actuación positivista si no la tenemos, no como una relación del elemento humano, sino la relación de las funciones principales del sistema social, independientemente del factor humanístico.

Después de haber visto brevemente algunos de los conceptos, surge la siguiente cuestión: ¿qué tiene que ver el positivismo luhmanniano con la estructura positivista-jurídica? El ser humano, para el positivismo, ha sido comprendido como un sistema, independientemente del sistema social en que se desenvuelve; creer que la creación normativa puede abarcar el cúmulo de conductas –a nivel fáctico– es prescindir de la ontología propia del ser humano. El positivismo ha creado todo un sistema jurídi-

co, en donde la referencia estática de la norma nos ha hecho pensar que ésta puede abarcar completamente –en letra muerta– el comportamiento social, prescindiendo de la persona.

La labor de construir un sistema jurídico, que ha omitido al factor humano, ha creado la posibilidad de una crítica trascendental a este sistema. Negar el valor de lo humano como agente esencial del fenómeno jurídico, ha sido subvertir la naturaleza misma del sujeto jurídico (Izuzquiza. 1990, p. 78). En otras palabras, se ha pervertido la relación inter-subjetiva entre elementos cognoscentes, puesto que el positivismo clásico ha cerrado la apertura a un entendimiento en términos de alteridad. (Izuzquiza. 1990, p. 82). En resumen, "el positivismo (...) ha eliminado (...) la última instancia (...) entre la acción individual y la norma social". (Adorno. Horkheimer. 1998, p. 83).

Antes de entrar de lleno a analizar los elementos conceptuales de esta teoría descriptiva, sería pertinente concluir con la relación entre positivismo y Derecho. La elaboración normativa, en términos positivistas, puede ser evidenciada de la siguiente manera:

> Cuanto más íntegramente se resuelve el lenguaje en pura comunicación, cuanto más plenamente se convierten las palabras, de portadoras sustanciales de significado, en puros signos carentes de cualidad, cuanto más pura y transparente hacen la transmisión del objeto deseado, tanto más pura y transparente hacen la transmisión del objeto deseado, tanto más opacas e impenetrables se hacen al mismo tiempo las palabras. (Adorno. Horkheimer. 1998, p. 208).

2. Elementos conceptuales para el análisis positivista [3] [4]

La teoría luhmanniana de los sistemas es un complejo cúmulo de postulados teóricos, el estudio de la tridimensionalidad sistémica abarca a

---

3 La teoría luhmaniana posee elementos comunes al análisis crítico-positivista, sin embargo, algunos de los elementos de la mencionada teoría deben ser rebatidos para poder comprender el modelo completamente.

4 Puesto que la teoría de los sistemas luhmanianos comprende varios tomos, para fines didácticos tomaremos un libro que abarca los estudios realizados por el autor en un breve análisis: Izuzquiza, I. (1990), *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona: Anthropos.

reflexiones sumamente complejas, sin embargo, para fines de nuestro estudio, delimitaremos el análisis a una toma unidimensional del mismo. Así, para Luhmann, existen básicamente tres tipos de sistemas: biológicos, psíquico-cognoscitivos, y sociales; entendidos estos como ambientes totalmente separados en sus interacciones internas.

Bajo la compresión de la operación de los sistemas sociales es que el positivismo puede ser comprendido[5]; existen varios sistemas sociales como la economía, la política y el derecho –y este último materia final a ser estudiada–, todos "ellos sistemas cerrados en sí mismos, cuya clausura es condición de su existencia y de su incesante creatividad". (Luhmann. 1998, p. 158) Sin embargo, y aunque sistemas cerrados, estos pueden establecer "límites internos, cada uno de los cuales da lugar a un determinado subsistema, logrando así aumentar su capacidad de selección". (Luhmann. 1998, p. 168)

Con lo anterior es que podemos comprender por qué se habla de una teoría de sistemas, ahora es importante entender el porqué de la categorización como estructuralismo funcional sistémico. "La composición de un sistema es el conjunto finito de elementos que lo forman. La estructura de un sistema expresa el conjunto de relaciones existentes entre los elementos que lo componen". (Izuzquiza. 1990, p. 145) "El sistema no será ya nunca una referencia estática, sino que se encuentra sometido al dinamismo de la función que es un esquema dinámico de posibilidades". (Izuzquiza. 1990, p. 146)

Aunque el positivismo intenta auto-completarse a sí mismo, para ser suficientemente complejo, necesita de otras categorías que ayudan a comprender cómo el sistema obra. Podemos entrar a la conceptualización de autorreferencia y autopoiesis.

Los sistemas positivos sociales, cerrados a sí mismos, no pueden realizar todos los procesos de producción sin la autorreferencia. "La autorreferencia es la unidad para sí de un elemento, de un sistema, de un proceso". (Luhmann. 1998, p. 107), puede ser entendida como producción del sistema en base a lo que posee el mismo. "La autorreferencia solo podrá ser tal en tanto sea, ella

5 Como ya mencionamos anteriormente, el elemento humano para el positivismo es excluido del análisis jurídico.

misma, unidad de referencias". (Izuzquiza. 1990, p. 106) Sin embargo, este concepto aislado resulta incompleto si no tomamos el concepto de autopoiesis, puesto que –sin este último– la autorreferencia significaría producción indefinida, a manera de círculo vicioso. (Luhmann. 1998, p. 105).

La autopoiesis[6] es el concepto por el cual la autorreferencia toma forma y puede ser moldeada para la producción del sistema positivista. "Autopoiesis significa autoproducción, producción propia, actividad propia". (Izuzquiza. 1990, p. 110) Se complementa con la autorreferencia en la medida en que "la operación de un sistema, mediante la cual el sistema crea sus propias unidades y su propia estructura (...), crea no sólo su propia estructura, sino también los elementos de que se compone" (Izuzquiza. 1990, p. 111), dotando a la autorreferencia de un círculo no vicioso sino complementario.

A manera de ejemplo, para entender esto, podemos afirmar que el derecho –como sistema positivista– intenta sustentarse a sí mismo –prescindiendo del elemento humano– en la medida en que no trata de buscar las razones sustanciales acerca del concepto –por ejemplo– de justicia, sino una simple delimitación por medio de lo que el mismo sistema cerrado considera como justo o injusto e intentado– positivamente– abarcar todo lo que considera que puede ser ajustado o no a derecho.

Pasando a otro concepto fundamental, el sistema positivista –que, aunque funciona aisladamente– necesita de elementos para la relación no condicionada inicial. Aquella relación es la base para la formación prima facie del sistema positivo, pero para ello necesita de un entorno de donde tomar su desarrollo. "El entorno del sistema es, siempre relativo al sistema. Representa el conjunto de elementos que mantienen relaciones con el sistema y que se ven afectados por el comportamiento del sistema". (Izuzquiza. 1990, p. 158).

El problema con el concepto del entorno luhmaniano es precisamente la falla del sistema positivista. Aunque aparentemente sustentado a sí mismo, este necesita de un cúmulo de elementos con los cuales originar el sistema.

---

6 "La teoría de la autopoiesis, desarrollada por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela, se trata de una teoría biológica que considera la autopoiesis como el rasgo central de los seres vivos y desarrolla una teoría y un cálculo (...) basado en la capacidad autorreferente de la autopoiesis". (Izuzquiza. 1990. p. 99).

El positivismo necesita del entorno –en otras palabras, de los demás subsistemas– para darse origen a sí mismo. Sin embargo, ha intentado darse un funcionamiento auto-productor; esa autoproducción está condicionada a la existencia de un sistema anterior (cuestión que el mismo sistema positivo no ha podido dar explicación sin antes caer en una falacia tautológica).

Existen varios otros problemas con la sustentación de las teorías de sistemas positivistas, algunos relacionados con los conceptos de evolución y complejidad. Para Luhmann, la evolución y la complejidad son elementos consustanciales a la autoproducción del sistema positivo, sin embargo –y por razones expuestas a continuación– nosotros hablaríamos, en vez de evolución, de involución, y en vez de complejidad absoluta, de complejidad relativa.

Para el formulador de la teoría de los sistemas, la evolución es la razón por el cual la autopoiesis y la autorreferencia tienen su común denominador, es el vínculo no contingente y necesario de su existencia. Concordamos con el autor al afirmar que "la sociedad es un sistema que evoluciona y que siempre debe analizarse desde los supuestos de su evolución". (Luhmann. 1998, p. 183) –entendiéndola según la postura humanista–, sin embargo, el positivismo ha demostrado que no puede autosustentarse a sí mismo –como este pensaba–. La evolución supone un cambio continuo de estructura, lo que el positivismo no ha podido producir, desde inicios de su formación como 'ciencia' autónoma, tornándose en una suerte de involución positivista. (Izuzquiza. 1998, p. 185).

El concepto de complejidad ya ha sido transversalizado –a lo largo del capítulo– como un supuesto inherente a la auto-formación del sistema positivo. La formación a priori del sistema positivo es entendida mediante el esquema de diferencias (estructuras) que este mismo produce, diferencias que entran en conciliación dialéctica, para formar una unidad (sistema autopoiético) delimitada pero no limitada. Sin embargo, hablaríamos de una complejidad relativa en la medida en que su formación a priori no puede sustentar su nacimiento (entorno) únicamente a sí mismo; así el sistema positivista no podría tener complejidad suficiente para abarcar la verdadera fenomenología social.

Hasta ahora hemos reflexionado acerca de la estructura básica de acción del sistema socio-positivista, debemos enfocarnos en el conducto y en el núcleo o producto del trabajo de los sistemas. Dos conceptos son funda-

mentales para comprender la parte final de nuestro trabajo, el concepto de comunicación y el concepto de código. Son partes determinantes para definir lo que realmente comprende el sistema socio-jurídico positivo.

Para Luhamnn la operación básica, por el cual los sistemas positivos son lo que son, es debido a la comunicación (Izuzquiza. 1990, p. 203). El sistema en sí mismo tiene la capacidad de auto-seleccionar aquello que es susceptible de ser apropiado mediante la comunicación, aquel proceso de adaptación informativa del sistema hace que este pueda escoger lo que desea comunicar (información y contenido informativo) (Izuzquiza. 1990, p. 209). Sin embargo, y debido a que esta comunicación es un proceso condicionado al producto que ella mismo obtiene, es que debemos hablar del mensaje como el producto final del sistema social. La comunicación y el mensaje tienen una estrecha relación en la medida en que ésta última "es fruto (...) de una selección, pues sólo en tanto se intenta comunicar algo puede comunicarse lo que se ha elegido previamente". (Luhmann. 1998, p. 210).

El problema de que un sistema social se mueva por conceptos de complejidad y contingencia es que surge la cuestión de la incertidumbre, como aparato indubitable, susceptible de ser modificado. Es decir, la comunicación (como proceso) y el mensaje (como producto) solo pueden ser tales en tanto en cuanto la complementación permite abarcar la posibilidad de una dicotomía entre ambos. Es por ello que podemos hablar de una incertidumbre a nivel de la captación del lenguaje (expectativa de éxito), esto "es la expectativa de que la comunicación se produzca con éxito, de que se lleve a cabo positivamente". (Izuzquiza. 1990, p. 210).

El sistema social positivo, al condicionar su actuación a la contingencia y complejidad del mismo, hace imposible no pensar en un ámbito de no previsión. Tal y como lo evidencia Luhmann, puesto que la contingencia es una característica *sine qua non del sistema, ésta se halla a la deriva de un posible fallo en cuanto al mensaje que quiere transmitir a sus otros elementos. Así, el derecho, como sistema social autopoiético, puede encontrar su sustancia en posibles errores surgidos en su seno.*

Al problema anterior, la teoría del estructuralismo funcional sistémico proporciona una posible solución para que se reduzca el ámbito de actuación de la contingencia, esta solución aparente se denomina el código. "Cada sistema que se comunica debe tener un código para poder procesar

su entorno como información". (Luhmann. 1998, p. 214) El código es el nexo de comunión entre la comunicación y el mensaje. Puesto que sirve de base para que la comunicación se dé con éxito, necesita un mecanismo simple de funcionamiento: el código binario. "Es decir, un código no permite nunca un tercer factor que no se ajuste a lo indicado por las dos opciones propias de la oposición binaria". (Luhmann. 1998, p. 217).

La interrelación entre comunicación y código con su producto final (el mensaje), proporciona al sistema la estabilidad para hablar de una constante generación simbólica. La creación y la interpretación, por parte del sistema, de información binaria simbólica, permite la captación y abstracción primaria de aquello que va a formar el mismo. "Mediante la generación simbólica, Luhmann pretende explicar cómo se crean identidades en el flujo de vivencias que constituye la experiencia social; identidades que son necesarias para que esa experiencia tenga lugar de modo significativo". (Izuzquiza. 1990, p. 220).

Los instrumentos conceptuales anteriormente conceptualizados, permiten entender cómo el positivismo puede crear una estructura aparentemente sostenible, en términos puramente descriptivos. Las falencias positivistas sólo pueden ser encontradas y criticadas, no mediante un estudio superfluo de los mecanismos de funcionamiento puramente externos, sino –y como hemos hecho en párrafos anteriores– mediante un estudio interno y sustancial del modelo completo de funcionamiento del mismo. Hasta aquí es que podemos hablar de la compresión primigenia del modelo positivo social, pero, con estos instrumentos conceptuales, ¿cómo podemos utilizarlos para hablar y establecer una crítica trascendental de los presupuestos formalistas, en el ámbito del Derecho?

3. Positivismo y Derecho[7]

Hemos ya hablando, en páginas anteriores, que el sistema social puede subdividirse a sí mismo en varios subsistemas sociales, para una efectivi-

7 Para fines didácticos, y para una mayor facilidad de compresión y manejabilidad de nuestro estudio, este apartado contendrá, de manera descriptiva –en inicio– el funcionamiento estructural del sistema jurídico tal y como lo concibe Luhmann –y como efectivamente funciona. Pero, para encuadrarlo en nuestros fines, se completará con una crítica al sistema jurídico positivo.

dad de sus procesos de autoproducción; algunos de estos subsistemas son: el derecho, la política, y la economía. "Como sistema que es, la sociedad se diferencia dinámicamente (...) en diferentes subsistemas sociales que le permiten cumplir determinadas funciones y realizar sus selecciones". (Luhmann. 1998, p. 266). La complejidad hace posible que esta auto-diferenciación sub-sistémica pueda dar lugar a nuevos procesos internos que sean susceptibles de un estudio más detallado. Para nuestros fines, el análisis del sub-sistema jurídico positivo es de indudable importancia.

El derecho, como parte de un subsistema social –y para fines de nuestro trabajo, como un sistema– utiliza todas las herramientas conceptuales mostradas en párrafos anteriores. El sistema jurídico –como positivo, además– tiene sus fundamentos en el estructuralismo funcional sistémico luhmanniano. Las premisas normativas y sus pautas de actuación pueden ser comprendidas mediante conceptos como: autopoiesis, código y autorreferencia.

"La particularidad propia del derecho como sistema social es su aspecto normativo. El derecho delimita un ámbito en el que se tratan las expectativas normativas de conducta y su generalización". (Luhmann. 1998, p. 292). La norma es el fundamento basal del sistema positivo, con ella –a través del sistema legislativo– se crean las estructuras coercitivas suficientes para regular conductas previstas por ella. Esta manifestación de la voluntad positiva hace posible que todo aquello que está previsto en ella sea fundamento ontológico de la compresión misma del derecho.

"El código propio del derecho es un código binario que viene dado por la diferencia (...) justo /injusto, legal/ilegal, ajustado a derecho/ no ajustado a derecho". (Luhmann. 1998, p. 293) Debido a su capacidad de comunicación con los elementos de su sistema, el derecho –para no fundar sus basamentos en condiciones contradictorias– utiliza –al igual que los otros sistemas sociales– un código binario. Aparentemente logra, mediante la diferenciación condicionada de presupuesto binarios, una complementariedad no contradictoria entre aquello que es susceptible de ser plasmado en la norma y la producción final del mensaje en la misma norma.

El código de actuación jurídica hace posible que este pueda mantener su clausura y su independencia con respecto de otros subsistemas (Luhmann. 1998, p. 294). Podemos hablar, precisamente por ello, que la positividad del derecho ha estado sometida a la independencia con que

éste ha funcionado, desde la adopción del iuspositivismo clásico (Luhmann. 1998, p. 294). Así, el código hace posible entender la positividad misma del Derecho, debido a su margen de actuación con respecto a los conceptos de justo e injusto, predeterminados en el sistema normativo.

Este sistema normativo puede ser visto de la siguiente forma: "es todo el conjunto de leyes, decisiones, normas, etc., dictadas por la práctica del sistema jurídico, que fijan las condiciones de desarrollo y de aplicación del código; es decir, el conjunto de normas y procedimientos que hacen que algo sea considerado justo, legal, ajustado a derecho o no". (Luhmann. 1998, p. 300). La legitimación de las normas es producto del propio sistema normativo, así legitimidad y validez son vistas como sinónimos para el sistema positivista jurídico, por tanto, esta legitimación "se la realiza en el interior del mismo sistema jurídico". (Izuzquiza. 1990, p. 295).

Un concepto clave para compresión primigenia de la actuación del sistema jurídico es el de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales dan inicio a la fundamentación metodológica del sistema jurídico en la medida en que proporcionan los frenos positivos necesarios para las injerencias externas (sean estas humanas o sistémicas). Estos derechos son una institución, la cual "supone siempre la generalización de las expectativas que llevan al establecimiento de consenso, de modo que pueda ser reducida la complejidad de la acción social". (Izuzquiza. 1990, p. 296).

Sin embargo, el consenso antes mencionado, es un proceso de selección y autoproducción interna del mismo sistema normativo, por tanto, la concepción positivista de los derechos fundamentales estaría condicionada a la adecuación al concepto de pura validez. "Los derechos fundamentales permiten establecer consensos independientemente de cualquier decisión. Funcionan siempre como defensas ante cualquier injerencia externa al mismo sistema jurídico. (...) no son nunca dependientes de una concepción moral del sujeto humano o de una concepción ontológica al modo iusnaturalista". (Luhmann. 1998, p. 347).

5. Crítica trascendental

Después de estudiar la estructura positiva del Derecho, es necesario pasar ahora a una breve crítica del paradigma positivista del sistema

jurídico. El derecho positivo ha eliminado las principales instancias de relaciones ontológicas del elemento humano. La norma jurídica positiva ha tratado de reducir inútilmente la fenomenología social –entendida esta como sustancia ontológica humanista– a simple instrumentalismo y logicismo técnico. El principal problema del positivismo clásico ha sido la intencionalidad de reducción del paradigma social a una norma estática e inelástica, eliminando así la posibilidad de conectar a la norma misma –entendida esta como regla o ley muerta– con la acción fenoménica social-humanista. (Adorno. Horkheimer. 1998, p. 83).

La intencionalidad –por parte de positivismo– de colmar por medio de ley y por medio de un código estático nociones como justicia e injusticia, ha terminado por subvertir la esencia misma de estos dos términos. El código binario justo /injusto –delimitado únicamente a tecnicismos normativos– ha limitado el concepto mismo del 'principio', de tal forma que:

> el derecho positivo, entendido solo como reglas hipotéticas, es un derecho que no ayuda a resolver dos tipos de problemas que son reales: el problema de las reglas injustas, por un lado, y el problema de los conflictos sociales que no tienen regla, por otro. Los principios, no las reglas resuelven problemas suscitados por leyes injustas o por falta de reglas. (Ávila. 2012, p. 35).

La técnica legislativa –llamada a sí misma como auto-productora del bienestar social– ha hecho que la ley –producto final del sistema positivo– quede vedada a los nuevos problemas sociales. Una norma estática, que no responde al cambio social y a los nuevos problemas es una norma que –aunque poseyendo validez a nivel formal– pierde legitimidad, otro error de la confusión positivista fáctica entre validez y legitimidad.

> Las reflexiones filosóficas contemporáneas han criticado esta visión moderna (liberal y constitucional) pues advierten que la categorías epistemológicas y cognoscitivas que han sustentado la reducción, que occidente ha consolidado, del derecho, en la medida en que se ha positivizado un catálogo de principios regulativos, es una interpretación idealista de la realidad. (Puente. 2010, p. 581).

Aunque el sistema positivo no quiera –y no pueda admitirlo– la concepción positivo-epistemológica de norma jurídica no ha hecho más que cerrarse a la verdadera problemática relacionada con la necesidad de una supresión de la democracia puramente formal y la instauración de un distinto paradigma.

> Luigi Ferrajoli denomina garantista a este nuevo paradigma, que supera el modelo positivista jurídico tradicional al promover la sujeción de la producción jurídica no solo a normas formales, sino también a normas sustanciales, siendo las primeras aquellas que expresan el ser y la existencia del derecho, mientras las segundas, aquellas que definen su deber ser y validez. (Morales. 2008, p. 89).

Finalmente, pasemos ahora al análisis sustancial (derechos fundamentales). No podemos hablar ya de derechos condicionados únicamente a su requisición de validez –promulgada aisladamente por el ordenamiento jurídico–. El clásico modelo legislativo-luhmanniano no puede seguir coordinando su actividad por sobre los derechos fundamentales –entendidos, según nuestra crítica, como inherentes (humanísticamente hablando) a la dignidad de la persona–. "La democracia (legislativa) también es sustancial: importa el contenido y el objeto del debate, y este tiene límites, que no son otros que los derechos humanos". (Ávila. 2008, p. 37).

Los derechos fundamentales –ya no entendidos estos según el paradigma positivista, sino por el nuevo paradigma– están por encima, incluso, de la regla formal, son principios o mandatos de optimización que no pueden ser ni sujetos de condicionamiento al quehacer legislativo, ni entendidos si no es en base de su eficacia fáctica. El positivismo legislativo no puede condicionar la eficacia a una norma estática porque "entre el objeto real y el dato indudable de los sentidos, entre lo interno y lo externo, hay un abismo que el sujeto debe llenar a propio riesgo". (Adorno. Horkheimer. 1998, p. 232). Entendiendo al sujeto como el artífice y el actor principal de la fenomenología social.

En conclusión, la estructura positivista ha intentado fundar sus pilares en un paradigma que ha subvertido la esencia misma del fenómeno social. Los postulados positivistas no han podido sostenerse por sí solos, de tal manera que podemos decir que "en el positivismo se afirma la razón mediante su propia liquidación". (Adorno. Horkheimer. 1998, p. 108).

La norma estática (basada en un formalismo vacío) ha limitado el campo de actuación del sistema jurídico, y más específicamente, la actuación de los derechos fundamentales. El funcionamiento luhmaniano del subsistema derecho –en términos meramente descriptivos– ha alterado la esencia humanista del derecho. Los derechos fundamentales no deben ser entendidos como expectativas lógico formales prescindentes de la fenomenología, sino como "una herramienta contra el poder que tenemos", (Ávila. 2012. p. 56), una herramienta interdisciplinaria fruto del fenómeno social.

BIBLIOGRAFÍA

Adorno, T, y. Horkheimer, M. (1998). *Dialéctica de la Ilustración*. Madrid: Editorial Trotta.

Ávila, R. (2008). Retos de la nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos Humanos. En R. Ávila, comp., *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (pp. 15-50). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

Ávila, R. (2012). En defensa del neoconstitucionalismo transformador: Los debates y los argumentos. *Revista Ruptura, 56 (1),* 25-60.

Constitución del Ecuador, (2008), pt. 2, Art. 66.6, 6.

Escobar, C. (2008). Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional. En R. Ávila, comp., *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (pp. 217-272). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

Horkheimer, M. (2000). *Teoría Tradicional y Teoría Crítica. Barcelona:* Editorial Paidós.

Habermas, J. (2005). *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.* Madrid: Editorial Trotta.

Izuzquiza, I. (1990*), La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo,* Barcelona: Anthropos.

Linzán, L. (2008). El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas. En R. Ávila, comp., *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (pp. 163-216). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

Luhmann, N. (1998). *"Sistemas sociales – lineamientos para una teoría general"* España: Anthropos.

Morales, J. (2008). Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica. En R. Ávila, comp., *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (pp. 85-122). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

Puente, F. (2010). ¿Crisis del iuspositivismo?: Aproximaciones desde el neoconstitucionalismo y el pensamiento latinoamericano. *Revista Ruptura, 54 (1),* 579-586.

H.

NUEVOS ENFOQUES Y DESAFIOS

TRAS LAS HUELLAS DE UN PROYECTO FORMATIVO HUMANO Y PROFESIONAL DE 70 AÑOS

Graciela Monesterolo Lencioni[1]

Ernesto Vásconez Rivadeneira[2]

Resumen: *La Facultad de Jurisprudencia de la PUCE cumple el 4 de noviembre de 2016 sus 70 años de vida institucional. Ella es la Facultad con la cual se fundó la Universidad, y desde entonces ha sido pionera en proyectos de formación humanística y profesional en el área jurídica. A lo largo de su trayectoria académica ha contado con cuatro diseños curriculares, y al momento en que se escribe este artículo, se encuentra en proceso de aprobación por parte del Consejo de Educación Superior (CES) un nuevo rediseño curricular. Nuestro propósito ahora es echar una mirada al pasado, presente y futuro de este caminar formando juristas y mostrar que, pese a la diversidad de planes curriculares existentes, examinándolos en sus componentes esenciales se puede apreciar una línea única de trabajo académico y humanístico, que ha ido evolucionando y creciendo constantemente, impulsada tanto por exigencias internas como por demandas externas. Para lograr este cometido, haremos el siguiente recorrido: en un primer punto expondremos los presupuestos teóricos en que se fundamenta todo diseño curricular universitario (pedagógicos, didácticos y andragógicos);*

---

1 Directora General Académica de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesora principal de Derecho Laboral, por más de 20 años, y ex subdecana de la Facultad de Jurisprudencia de dicha universidad. Magíster en Docencia Universitaria e Investigación Educativa; Doctora en Jurisprudencia, Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas, PUCE; Especialista en Legislación para la Empresa, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; Diplomada Internacional en Gestión Curricular y Diseño de Módulos por Competencias. Con formación de Postgrados: en las especialidades de Derecho del Trabajo, y de Derecho Mercantil, Universidad de Salamanca-España. Ha publicado varios libros y artículos de Derecho Laboral. Ha sido Coordinadora Académica de la Facultad de Jurisprudencia y miembro de las Comisiones de Currículos (planes de estudios 2008 y 2016).

2 Decano Facultad de Jurisprudencia de la PUCE (2005-2009). Director de Pastoral Universitaria de la PUCE (2004-2007 y 2012-2015). Representante del Vice Gran Canciller en el Consejo Superior de la PUCE. Doctor en Jurisprudencia, Magister en Docencia Superior e Investigación Educativa. Ex Profesor Principal por más de 20 años de los cursos de Introducción al Derecho, Fundamentos de Ciencias Sociales y Deontología Jurídica.

seguidamente haremos una breve presentación histórica de los cuatro proyectos de formación que han estado vigentes en nuestra Facultad; en el punto siguiente nos ocuparemos más extensamente del nuevo rediseño en marcha, describiéndolo y evaluándolo; y, terminaremos con algunas consideraciones finales, a manera de síntesis conclusiva y proyección hacia el futuro.

1.- Presupuestos Teóricos Orientadores

Todos los diseños, los históricos de 1946, 1971 y 1995, el actualmente vigente de 2008, y el que espera ser aprobado por las autoridades competentes, han tenido como punto de partida una determinada concepción educativa. Efectivamente, sea cual fuere su contexto histórico concreto, el punto teórico de partida es y ha sido siempre conceptualizar nuestro compromiso de educar como "una acción humana que se cumple simultáneamente en dos dimensiones: enseñando y aprendiendo, que se caracteriza como procesual, sistemática, múltiple, compleja, deliberada, consciente, creativa, activa, participativa, experiencial, metódica, novedosa y plenificante" (Monesterolo y Vásconez, 2007, p. 215).

Esta manera de entender nuestro quehacer formativo ha permitido que los nuevos profesionales tomen posesión no solo de la ciencia (conocimientos y destrezas) sino, sobre todo, de la realidad humana en la cual se pretende actuar e incidir desde ciertas sensibilidades y valores para transformarla; puesto que el desempeño profesional tiene por objetivo no solo aplicar de manera abstracta y neutral lo que se sabe y se hace, sino también impulsar a los profesionales a comprometerse de manera concreta y real con las exigencias de su entorno natural y social.

Ahora bien, una educación así entendida implica que toman parte de ella los siguientes elementos: por un lado, una diversidad de sujetos, entre los que están estudiantes, docentes, instituciones educativas y la misma sociedad; y, por otro, un objeto al que éstos se dedican, que sintéticamente consiste en conducir a un grupo de personas –generalmente jóvenes– a través de un proceso debidamente estructurado (diseño macro, meso y micro curricular) a convertirse en profesionales y a ser cada vez más personas.

La primera dimensión de su formación supone dotarlos de todos los conocimientos, destrezas, valores y sensibilidades que les permitan

desempeñarse eficiente y responsablemente en lo que la sociedad demanda de cualquier actividad profesional. Y en cuanto a la segunda dimensión formativa significará abrirles espacios de experiencia humana personal y colectiva que les proporcionen aquella mirada capaz de comprender los requerimientos indispensables para lograr una existencia digna, útil y feliz para sí mismos y para los demás.

Precisando más aún: la acción formativa de una universidad como la nuestra –que se identifica como católica e ignaciana–, con la amplitud que se acaba de plantear, ha de ser vista no solo como un simple proceso de recepción de saberes, de adquisición de habilidades, de surgir de sensibilidades y de vivencia de valores, sino ante todo como un espacio de intercambio cultural y humano, en el que todos asumimos la responsabilidad de ser los ejecutores de nuestra configuración personal y comunitaria como servidores de los demás.

Es conveniente, además, tener en cuenta que la educación de nivel superior, si quiere ser correctamente asumida, debe partir del hecho de que se trata de un espacio de formación para adultos –que es el campo propio de la andragogía, entendida como el conjunto de técnicas orientadas a educar personas adultas–, la cual se caracteriza por ser un proceso que busca la formación por competencias desde parámetros de horizontalidad, participación, trabajo en equipo, proposicionalidad, secuencialidad, colaboración inter y transdisciplinar, constante actualización, pertinencia y responsabilidad social.

Ubicándonos más específicamente en el ámbito de la ciencia jurídica que, como cualquier otro segmento del conocimiento humano, comparte muchos aspectos comunes con las demás ciencias sociales, hemos de anotar que posee su propio estatuto epistemológico, caracterizado por ser una ciencia del hacer antes que del pensar, esto es de naturaleza práctica, cuya finalidad última es el acercamiento sistemático a los mecanismos de ordenación de la vida social a través de un complejo sistema de normas. Por su parte, las normas que conforman este sistema no son otra cosa que las regularidades de la vida humana colectiva que han sido objetivizadas en forma de reglas prescriptivas de conducta social, que una vez sistematizadas conforman las instituciones, las ramas y las disciplinas del Derecho.

La dinámica operativa de la ciencia jurídica puede ser resumida en seis momentos:

• El primero e inicial es el aparecimiento de una experiencia social, es decir, un determinado comportamiento interhumano que se repite muchas veces.

• El segundo consiste en la reiteración de este elemento fáctico y con el cual se configuran las regularidades sociales.

• El tercero representa la respuesta de la sociedad a tales regularidades, dando una regla o norma de comportamiento que deberá ser cumplida de manera obligatoria y coercitiva;

• El cuarto lo constituye la integración de diversas conductas bajo patrones comunes más amplios que les dan unidad y sistematicidad con los que se forman diversas instituciones jurídicas.

• El quinto momento aparece cuando un conjunto de instituciones semejantes o conexas son agrupadas metódicamente en realidades conceptuales mayores denominadas ramas o disciplinas para facilitar y ordenar tanto su estudio como su manejo práctico.

• El sexto y último momento funcional de nuestra ciencia está representado por la visión totalizadora que es el de la captación, comprensión, aplicación y valoración de la experiencia social conceptualizada en normas más o menos variadas y complejas.

2.- Proceso Histórico del Desarrollo Curricular en la Facultad de Jurisprudencia

Con los presupuestos teóricos de carácter pedagógico sobre el proceso de enseñanza-aprendizaje y las consideraciones epistemológicas relativas a la formación de los profesionales del Derecho, debemos pasar ahora a exponer en forma descriptiva y sintética las cuatro propuestas curriculares que han estado vigentes en nuestra Facultad desde su fundación.

Para la mejor comprensión y apreciación crítica de nuestros proyectos formativos es necesario analizar en su conjunto las características que han ido distinguiendo a cada uno de los diseños que la Facultad de Jurisprudencia ha utilizado a lo largo del tiempo.

En ese sentido, podríamos decir que los currículum vigentes hasta el de 1995, esto es los dos primeros el de 1946 y el de 1971 se caracterizaron por estar inspirados en una concepción de la formación jurídica de tipo prescriptivo, transmisivo (sobre todo de conocimientos), reproductivo (sobre todo de técnicas de comportamiento profesional), explicativo-abstracto (de realidades sociales y profesionales totalmente acabadas, definidas y cerradas de una vez para siempre), acrítica tanto de la realidad circundante como de la propia ciencia jurídica (perspectiva que generaba en docentes y alumnos una actitud desinteresada, carente de compromiso y responsabilidad social). El resultado de este modelo es un profesional absolutamente desconectado de su contexto social, empeñado casi exclusivamente en encuadrar la realidad dentro de las prescripciones normativas.

En los diversos ámbitos del desarrollo académico de la Facultad se fue sintiendo la necesidad de reformular su propuesta formativa, con el fin de superar las deficiencias que se acaban de anotar; ello supuso la adopción de otro paradigma con un mayor acercamiento a la realidad, dando una mayor acogida a los nuevos aportes de la ciencia del Derecho y una más amplia cobertura de posibilidades de ejercicio profesional de acuerdo con las demandas del mercado laboral. En ese contexto surgió el proyecto formativo que se instauró en 1995, el mismo que estuvo en vigencia hasta el año 2008. Se lo puede identificar con estas características: prescriptivo-propositivo, transmisivo, reproductivo, explicativo y práctico. Entre sus más significativas novedades estuvieron la incorporación de los perfiles profesionales (asesor público, asesor empresarial, internacionalista y litigante); el reforzamiento de la práctica pre profesional a través de la enseñanza clínica; la sistematización de contenidos de las diversas disciplinas jurídicas siguiendo el concepto clave de instituciones, es decir, se pasó de un esquema vertical y cerrado (códigos y leyes) a uno de tipo horizontal y abierto. La finalidad que este nuevo plan de estudios buscaba era la de formar juristas antes que simples legistas, para ello se propuso, entre otras cosas, facilitar la conexión entre las diversas dimensiones del mundo del Derecho, por una parte, y, por otra, ampliar los espacios de formación práctica tales como: clínicas, ayudantías y pasantías pre profesionales.

Haciendo un análisis crítico de este diseño se podría señalar como sus limitaciones fundamentales, en primer lugar, la poca comprensión ope-

rativa tanto por parte de los docentes como por parte de los estudiantes de las posibilidades y exigencias de los perfiles profesionales. Otra limitación estuvo en el hecho de que se continuó enfatizando en exceso el carácter profesionalizante y juridicista sin alcanzar a darle a la formación la suficiente conexión con la realidad social circundante. Una tercera falla provino del hecho de que no hubo ningún desarrollo de la dimensión investigativa ni tampoco se logró establecer una línea de continuidad entre los niveles de grado y posgrado. Finalmente, cabe resaltar como otra deficiencia el hecho de que la titulación que se concedía como licenciatura en ciencias jurídicas nunca reflejó el énfasis de la oferta de perfiles, lo que la convirtió en algo carente de valor real.

Con la intención de avanzar en el diseño de una carrera de Derecho que deje atrás las deficiencias que se han enunciado, se procedió a la formulación del Plan de Estudios 2008 que, en sus líneas generales, puede ser identificado bajo las siguientes características distintivas:

- Prescriptiva-propositiva; en el sentido de proponer una nueva manera de ser, hacer, sentir, valorar y vivir la experiencia del proceso de enseñanza – aprendizaje y de la creación y recreación del Derecho.

- Crítica-transformadora, en cuanto buscó no solo asumir la realidad conocida y establecida en la ciencia del Derecho sino también propiciar un perfil profesional sensitivo y creador, que comprometa a los futuros juristas (Monesterolo y Vásconez, 2007, 262).

- Orientada hacia la formación por competencias por asignaturas, por años y por carrera (perfil de salida).

- Generalista: se eliminaron los perfiles y se permitió una mínima apertura a espacios de especialización con miras a la formación de posgrado, a través de cursos electivos, pero sin llegar a establecer líneas temáticas.

- Integradora: se incorporaron los proyectos integradores, cuya finalidad era posibilitar de manera real y efectiva el que los estudiantes fueran haciendo una síntesis teórica, práctica y existencial de sus aprendizajes profesionales y humanos; a más de insinuar la unidad que debería existir entre el grado y el posgrado.

• Innovadora: se dio un cambio paradigmático de metodología, pues se asumió el concepto de enseñanza-aprendizaje participativo, en el que quien enseña aprende y quien aprende enseña.

• Significativa: la clave de aprender es la curiosidad, la creatividad y el incesante interés personal y grupal por explorar y descubrir, lo cual quiere decir que más que recibir una realidad se trata de generarla; y de que el aprendizaje sea para toda la vida y durante toda la vida.

• Articulada y progresiva: mediante la conexión sistémica de asignaturas, niveles, años y etapas de formación, cuyos productos finales eran los proyectos integradores en cada año de formación, correspondiendo el último a la disertación de grado.

3.- Nuevo Rediseño en Camino

En los actuales momentos, la Facultad de Jurisprudencia ha elaborado un rediseño del plan de estudios, el cual se halla en proceso de aprobación por parte del Consejo de Educación Superior. El propósito inicial de su elaboración fue responder a dos tipos de requerimientos: una de carácter interno y otra de carácter externo.

Internamente, como consecuencia del proceso natural de evaluación y puesta al día de todo proyecto formativo, desde el año 2012 se vienen planteando algunas propuestas de ajustes a la malla curricular, tales como el incremento de asignaturas y semestres de duración de la carrera, reconsideración de la carga horaria de algunas asignaturas, el desplazamiento de cursos electivos a los últimos niveles de la carrera –orientados a determinadas áreas de saber–, y el fortalecimiento de la práctica pre profesional.

Externamente, la propuesta de rediseño busca responder ante todo a las exigencias del Reglamento de Régimen Académico vigente desde finales de 2013, expedido por el CES. Pero también surge como una respuesta positiva de nuestra Facultad a las demandas de la sociedad extraídas de encuestas y entrevistas realizadas a docentes, estudiantes, egresados, empleadores y líderes de opinión.

Por su trascendencia e implicaciones curriculares, creemos oportuno mencionar algunos factores culturales que se hallan presentes en esta

nueva propuesta de forma significativa; tal es el caso de conceptos como el del buen vivir (criterio político), la inclusión (criterio sociológico), la globalización (criterio económico), el desarrollo tecnológico (criterio científico), que suponen un tratamiento específico y especializado dentro del programa de estudios.

Nuestro análisis de la propuesta del rediseño se basa en una consideración más detenida de los siguientes componentes: el perfil de salida o competencias a ser adquiridas por los egresados, el objetivo general de la carrera, la misión, la visión y la estructura de la malla curricular.

a) Perfil profesional (2016)

> El egresado de la carrera de Derecho de la PUCE estará en capacidad de identificar los fenómenos sociales con relevancia jurídica, a nivel nacional, regional e internacional, mediante la observancia de valores éticos y cristianos; reconocer las situaciones y relaciones jurídicas de forma crítica, incorporando enfoques de derechos, género e interculturalidad; comunicar con altos estándares de calidad las situaciones jurídicas, con el uso de las tecnologías de la información y comunicación; resolver problemas desde la ciencia del Derecho, por medio de una adecuada interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, de la técnica jurídica y de la investigación interdisciplinaria; analizar con responsabilidad social las situaciones que se le presenten, ejerciendo liderazgo para desarrollar la excelencia en todos los ámbitos del quehacer público y privado; y, aportar en la construcción práctica y permanente de la democracia, la justicia y la equidad (Proyecto de Rediseño de la Carrera de Derecho PUCE, 2016).

El perfil de salida nos dice, pues, que las seis competencias profesionales y humanas que deberán tener los profesionales que formemos son las siguientes:

> Estar en capacidad de identificar fenómenos sociales de relevancia jurídica: esta primera competencia es vital, pues es aquella que permitirá a los juristas entrar en contacto con la multiplicidad de realidades humanas que se dan al interior de la sociedad y reconocer en ellas la existencia o no de significaciones y demandas jurídicas. Téngase en cuenta que todo fenómeno jurídico es de naturaleza social, pero no

ocurre lo mismo a la inversa. El elemento decisivo para asumirlo como jurídico es la posibilidad de regularlo como conducta coactivamente normatizada o que, efectivamente, ya se lo haya hecho a través de una norma perteneciente a un determinado sistema jurídico.

Reconocer las relaciones y situaciones jurídicas: complementaria a la competencia anterior es esta segunda, por la cual una vez establecida la juridicidad de un determinado fenómeno social, el profesional del Derecho deberá estar en condiciones de realizar un examen lógico-racional explicativo e interpretativo del hecho utilizando los conceptos, categorías, instituciones, ramas y disciplinas jurídicas, de tal manera que pueda establecer en forma clara, precisa y completa de qué tipo de relaciones o situaciones jurídicas se trata. Dicho de otra manera: a través de este paso se establece la conexión entre lo fáctico y lo normativo de ese fenómeno.

Comunicar: siguiendo en el desarrollo de la línea de competencias profesionales, se da esta tercera, cuya razón de ser está en el hecho de que el abogado/a es un profesional al servicio de quienes no poseen experticia jurídica o, en el caso de tenerla, no se ocupan directamente de una determinada cuestión y que, por tanto, requieren ser informados acerca de lo que ocurre; por ello el profesional deberá tener la capacidad de explicarles los hechos y el derecho de la situación de que se trate, explicarles sus orígenes y sus efectos y, finalmente, para una y otra cosa deberá manejar las herramientas de diálogo y comunicación (oral y escrita) que le permitan transmitir a los demás la realidad profesional que está bajo su responsabilidad.

Resolver problemas jurídicos: el Derecho es una ciencia eminentemente práctica, en la que lo medular de su quehacer no se limita a entender los fenómenos jurídicos, sino que va más allá, pues su objetivo último es prevenir y resolver los conflictos que las relaciones interpersonales pueden provocar. Ahora bien, para alcanzar este cometido los profesionales han de poseer las aptitudes y herramientas necesarias para prevenir los conflictos o, si éstos de hecho se suscitan, encontrar y poner en práctica las vías más completas, eficaces y eficientes de solución, así como para adoptar las estrategias y procedimientos más útiles para alcanzar la solución prevista. El papel restaurador del jurista no se reduce a actuar por el camino del litigio (hetero composición) sino que ha de

estar abierto para guiar y sostener a los propios involucrados en los múltiples caminos de los métodos alternativos (auto composición).

Analizar con responsabilidad social: los alcances del ejercicio profesional del jurista van mucho más allá de los intereses y responsabilidades personales y particulares, se extienden al ámbito de lo público y común; en tal sentido, el jurista requiere contar con aquellos saberes, habilidades, sensibilidades que le permitan asumir como algo estrechamente vinculado a su realización humana y profesional el compromiso a favor de aquellas causas sociales en las que puede ser un aporte desde su experticia jurídica. No basta con entender la realidad sino que hay que tratar de incidir en ella y llevarla a lo mejor.

Aportar en la construcción práctica y permanente de la democracia, la justicia y la equidad: en el tiempo y lugar en que vivimos hay una serie de valores que se han tornado decisivos en la construcción de nuestro entorno social; entre ellos están la democracia (esfera política de construcción participativa del bien común), la justicia (esfera jurídica de reconocimiento de aquello que le es debido a cada uno como individuo y como integrante de la sociedad) y la equidad (esfera ética de realización de buenas conductas, aquello que cada persona y circunstancia demanda ser hecho); pues bien, en todas esferas resulta innegable que un jurista debe contar con aquellos conocimientos, potencialidades prácticas, afectos, sentimientos y valores que lo impulsen a vivir y realizar junto con otros tales valores.

b) Objetivo general

Formar profesionales con visión científica y humanística competentes en los campos teórico práctico, metodológico e instrumental; críticos, creativos, éticamente responsables, capaces de prevenir, asesorar y contribuir a la resolución de problemas socio jurídicos de la comunidad, y enfrentar la complejidad y la incertidumbre, en búsqueda de la plena realización de la justicia y del buen vivir, con capacidad de innovar y generar emprendimientos de manera colaborativa y contextualizada en redes de cooperación, para responder a las expectativas y necesidades de la sociedad, a la planificación nacional, al régimen de desarrollo, a la prospectiva de desarrollo científico, humanístico y tecnológico mundial, y a la diversidad cultural; a través de la docencia (formación),

de la investigación intercultural y compleja, desde el horizonte del nuevo paradigma del pluralismo jurídico, y, de la vinculación con la colectividad (gestión del conocimiento) (Proyecto de Rediseño de la Carrera de Derecho PUCE, 2016).

Si se quiere apreciar correctamente todo el sentido que entraña el objetivo general que tiene el rediseño formativo, se debe examinar cada uno de los propósitos que tiene respecto a la formación de nuestros futuros profesionales:

> Sean formados, no solo educados, tanto en la dimensión científico académica como en la humanística y social, lo que implica que estarán en aptitud de conocer o saber, hacer, sentir, valorar y vivir; es decir, conformar su personalidad de una manera integral.
>
> Tengan sentido crítico, esto es, sean personas que no se conforman con la simple recepción de una multiplicidad de saberes, habilidades, sentimientos, valores y vivencias, sino que sean capaces de analizarlos, relacionarlos, evaluarlos y aplicarlos a las diversas circunstancias y situaciones con las que se enfrentan, tanto en en su quehacer privado como público o en su vida personal como comunitaria.
>
> Presten asesoría y contribuyan a la resolución de los problemas, los mismos que científicamente son entendidos como aquellas situaciones o acontecimientos humanos que deben ser enfrentados por la persona en un momento o circunstancia determinada, bien sea por sí solo o conjuntamente con otros; a partir de allí es absolutamente razonable sostener que los problemas no solo tienen que ser enfrentados cuando ya existen, sino que es posible anticiparnos a ellos, previniéndolos. En este contexto, el profesional debe ser capaz de captar el hecho, de diagnosticarlo, de ofrecer diversas propuestas de solución y de optar por una estrategia determinada para superarlo.
>
> Estén en condiciones de buscar la realización de la justicia, la equidad, el buen vivir, u otros muchos valores existentes en la sociedad en sus distintas estructuras y contextos sociales, garantizando a todas las personas e instituciones sociales el reconocimiento y la igualdad de oportunidades;

Sepan innovar y generar emprendimiento, siendo esta capacidad una de las cualidades más apreciadas en los profesionales de hoy en día y que constituye una clara diferencia con respecto al abogado de otras épocas, pues nos está haciendo entender muy bien que ya no es posible concebir un abogado aferrado a criterios y prácticas reiterativas y anquilosadas; por tanto, este objetivo está conduciéndonos a una nueva comprensión de la actividad profesional de manera creativa y renovada. Además de ello, atendiendo a la esencial dinámica de la ciencia jurídica que se transforma continuamente, es natural entender que esta modificación de sus contenidos doctrinales y prácticos es el producto de la propia actividad de quienes la ejercen, en consecuencia la formación que se les dé debe abrirse sin reservas a la búsqueda de nuevos espacios y posibilidades y a la generación de propuestas innovadoras, teniendo en cuenta el contexto social en el que se desenvuelve.

Respondan a nuevas expectativas que pueden provenir de la sociedad en general, de los planes y proyectos estatales o entes privados o el desarrollo científico humanístico o tecnológico, y de las distintas culturas y formas de convivencia interhumana; esto significa que la ciencia jurídica y la actividad profesional del jurista no pueden entenderse en forma descontextualizada sino que ella debe integrase con la realidad a la que sirve para no aparecer como un producto puramente teórico y abstracto, sin ninguna utilidad práctica ni real.

Reconozcan la diversidad. En nuestro país este hecho ha sido definido incluso constitucionalmente cuando en el Art. 1 de la Carta Magna se habla de un estado pluriétnico y multicultural, es decir hemos de tomar conciencia de que el Ecuador está constituido por grupos humanos de muy diversa procedencia étnica y cultural, hecho que en el ámbito del Derecho se refleja en que ya no podemos hablar de un único y exclusivo sistema de normas sino que de hecho contamos con varios sistemas jurídicos generados, por vía de costumbre, por las distintas comunidades y pueblos que se asientan en nuestro territorio; realidad que debe ser tenida en cuenta en el proceso formativo de los futuros abogados.

Se trata, en suma, de "formar la totalidad de su personalidad, de tal manera que no solamente sean capaces de conocer, de saber hacer y de valorar; sino que cuenten además con la sensibilidad suficiente como para proponerse consciente y deliberadamente transformar la sociedad a

la que sirven, haciendo de la profesión que ejercen un eficaz instrumento de humanización" (Monesterolo y Vásconez, 2007, p. 207).

c) Misión de la carrera de Derecho

Según la propuesta que se encuentra en proceso de aprobación por parte del CES, nuestra misión tendría como intención última

> Formar integralmente profesionales con principios éticos y valores cristianos, competentes en el campo de las ciencias jurídicas, para reconocer y valorar las implicaciones sociales de una situación determinada, comprometidos con la realización de la justicia, el efectivo ejercicio y garantía de los derechos humanos, con la defensa de la dignidad de la persona humana y con la transformación social (Proyecto de Rediseño de la Carrera de Derecho PUCE, 2016).

Desde la perspectiva que esta misión le da a la carrera, es muy notable el interés por el sujeto que la universidad quiere formar en sus dos complementarias vertientes, la humana y la profesional; haciéndolo de tal forma que busca desarrollar en él sus competencias científico-jurídicas, su personalidad ética y su compromiso y responsabilidad social; componentes que lo llevan a involucrarse en los procesos de transformación social, dado que vive en una sociedad con manifiestas injusticias y desigualdades.

d) Visión de la Facultad

Se encuentra formulada de la siguiente manera:

> La Facultad – y Escuelas– de Jurisprudencia de la PUCE se mantendrán como un unidades académicas competitivas de reconocido prestigio y con una efectiva presencia nacional e internacional, con capacidad de análisis, reflexión, opinión y acción científico – jurídica, comprometidas con la prevención y solución de los problemas vinculados con la realización de la justicia y la vigencia de los derechos humanos, mediante la utilización de metodologías pedagógicas participativas apropiadas y actividades interdisciplinarias, para generar respuestas oportunas a las necesidades sociales (Proyecto de Rediseño de la Carrera de Derecho PUCE, 2016).

Nuestro modelo de formación jurídica tiene una legítima pretensión de ser competitivo frente a otros diseños presentados por otras universidades, facultades y escuelas; pero al mismo tiempo aspira a ser un instrumento efectivo y eficaz en el entorno nacional, regional y global, al aportar con abogados/as formados para realizar un ejercicio profesional que parte de la comprensión de los problemas socio jurídicos, avanza hacia la prevención de los mismos, se orienta posteriormente a proponer diversas vías de solución a los problemas jurídicos que de hecho se susciten, buscando en todo caso la plena realización de la justicia, sustentado en el principio motriz de que lo primero y fundamental es el reconocimiento de la dignidad de las personas; todo ello desde una perspectiva interdisciplinar en que los aportes de la ciencia jurídica se integran de manera real y constructiva con los que puede recibir de las otras ciencias y técnicas.

e) Estructura y contenido de la malla curricular

Siendo coherentes con el contexto social en el que se va a poner en práctica el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho; con los planteamientos académicos de las ciencias sociales en general y de la ciencia jurídica en particular; con las demandas y expectativas de los diversos sectores sociales a los que la Facultad de Jurisprudencia sirve; con la disponibilidad de recursos humanos, tecnológicos e institucionales con que contamos para ejecutar la propuesta; la malla curricular se estructura a partir de los siguientes núcleos problemáticos, que se desarrollan progresiva y secuencialmente a lo largo de todo el proceso de formación y guardan estrecha relación con las tres dimensiones esenciales del Derecho; tales núcleos están formulados como preguntas, a saber: ¿qué fundamentos y contextos? (fáctico), ¿qué derechos y relaciones jurídicas se reconocen y protegen? (normativo), ¿qué procesos y mecanismos de resolución de conflictos? (normativo), ¿qué responsabilidades? (normativo) y ¿qué valores? (axiológico).

Puesto que la formación profesional, como ya se ha dicho, tiene que darse de manera progresiva y secuencial, la malla se ha estructurado en tres unidades denominadas básica, profesional y de titulación. La primera que cumple un cometido propedéutico y de contextualización; la segunda que está orientada a desarrollar los conocimientos, destrezas, sensibilidades y valores exigidos por cada ámbito de estudio tanto en su faceta teórica como práctica; y, la tercera, que atiende a la profundización y

validación de los conocimientos, habilidades y actitudes profesionales y humanas que configuran el perfil de salida de nuestros graduados.

La primera de las unidades antes descritas se lleva adelante durante el primer año de carrera; la unidad número dos arranca en el segundo semestre del primer año y se incrementa progresivamente hasta tornarse exclusiva en el cuarto, quinto y sexto períodos académicos, para volver a combinarse a partir del séptimo con componentes de la tercera unidad; esta última unidad es la de titulación, la cual se incrementa en los dos últimos semestres de la carrera, en los que se prioriza las actividades de investigación.

Un componente muy representativo de este currículo es el que corresponde a la integración de contextos, saberes y culturas. Está previsto que este cumpla como un eje transversal, que se concrete en las asignaturas comunes a todas las mallas curriculares de la PUCE, de Contextos e Intercultural, así como las de formación de valores; se refuerce en otras asignaturas propias de uno de los itinerarios académicos de la carrera de Derecho, a saber, el de Derecho y Sociedad, y se lo aplique en los tres proyectos integradores que los estudiantes deberán trabajarlos durante el cuarto, sétimo y noveno semestre de la carrera, más o menos correspondientes a la finalización de las tres unidades de estudio de la carrera. La temática general señalada para cada uno de los proyectos es la siguiente: el primero sobre el contexto de desigualdades; el segundo se ocupará de la violación de derechos, principios y normas, en tanto que el tercero se ocupará de la corrupción, inseguridad jurídica, irrespeto de los derechos humanos y de la naturaleza y de las deficiencias del multilateralismo.

Una novedad fundamental en el rediseño curricular es que el avance académico no se da por años o créditos sino por horas. El total de horas a cubrir durante toda la carrera es de 7200 repartidas en nueve períodos académicos, con una duración máxima de 17 semanas, incluidos los exámenes finales. En cada uno de ellos el número máximo de asignaturas será de seis, ello significa que para egresar se han de aprobar un total de 54 asignaturas. El tiempo de trabajo de cada asignatura incluye minutos de actividad presencial en el aula y minutos de trabajo autónomo, con la siguiente relación: por cada 60 minutos presenciales de aula, el estudiante deberá dedicar 90 minutos para el trabajo autónomo personal o en equipo.

Dentro de la malla curricular de la carrera de Derecho –lo mismo ocurre con todas las carreras que existen en nuestra universidad– se incluye un conjunto de materias comunes ofrecidas por igual a todos nuestros estudiantes y que se relacionan con conocimientos, destrezas y valores cristianos. Las áreas en que se realiza esta propuesta son: lenguaje y comunicación (oral, escrita, académica y profesional), informática (Tic y ofimática), razonamiento (verbal o matemática), fundamentos y metodología de investigación, contextos de interculturalidad, diseño de proyectos, legislación, formación ético-cristiana (Jesucristo y la persona de hoy, Ética personal, social y ambiental, Deontología profesional).

En cuanto al análisis que se puede hacer más específicamente sobre algunas de las asignaturas incluidas en el currículo, caben las siguientes acotaciones:

- Algunos cursos como Teoría de la prueba y de los recursos, Derecho sucesorio, Derecho de la niñez y adolescencia, Consultorios jurídicos o alguna de las clínicas han pasado de su condición de cursos obligatorios a electivos (entiéndase de algún itinerario) o viceversa. Esto ha dependido de los énfasis que se han querido dar en el currículo.

- Dentro de los cursos obligatorios de la malla se percibe un fuerte énfasis en el ámbito del Derecho público; en efecto, queda muy claro el impulso que se da al Derecho constitucional con los dos cursos de Estado y Constitución y el de Derechos e Interpretación, en el orden sustantivo; y el de Derecho Procesal Constitucional, en el orden adjetivo. La importancia que esta rama del Derecho ha adquirido en estos últimos años así lo amerita.

- La ampliación de perspectiva que proviene tanto de la Sociología como de la Antropología y los contextos de interculturalidad, desigualdad, exclusión y violencia propios de nuestra época, de nuestro país y de América Latina y otras regiones del mundo vienen reclamando una atención explícita de parte de los centros de estudios superiores a estas cuestiones, he aquí la razón de ser de cursos como: Contextos e Interculturalidad, Teoría y Protección de los Derechos Humanos, Género y Derecho, y Pluralismo y Justicia Indígena. El quehacer jurídico si pretende ser útil y eficaz no puede permanecer neutral frente a una dinámica social que no se detiene y se transforma constantemente.

• No solo interesa atender los deberes y derechos de las personas sino también reconocer, garantizar y proteger los derechos de la naturaleza, a la cual nuestra Constitución en su Art. 10 le da el estatus de sujeto de derecho. Este hecho se ha traducido académicamente en la ubicación del curso de Derecho Ambiental como curso obligatorio.

• Entre las tareas propias del quehacer del jurista está su fundamental y delicada responsabilidad de contribuir a la prevención y resolución de los conflictos interhumanos de carácter jurídico. Bien se ha definido a la justicia como el "arte de dar a cada uno lo que es suyo"; siendo, por tanto, nuestra función social la de realizadores de la justicia. Ahora bien, conforme al desarrollo alcanzado por nuestra profesión hoy en día se hallan institucionalizados dos caminos de resolución de conflictos: el uno, es la tradicional vía jurisdiccional, atribuida a ciertos funcionarios públicos (jueces y tribunales) y el otro, los conocidos como métodos alternativos (mediación, conciliación, arbitraje y otros), que deja la responsabilidad en la capacidad de composición de los propios actores del conflicto. Esta es la justificación, plenamente válida y actual de todos los cursos de procesos en los diversos ámbitos del derecho público o privado, así como de la valoración como materia obligatoria del curso de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos.

• Se fracciona en dos el tratamiento del derecho laboral: por un lado, sector privado y, por otro, el sector público. Resultan evidentes las significativas diferencias conceptuales y operativas existentes entre los trabajadores de uno y otro ámbito, razón que explica suficientemente un trato curricular distinto. El derecho laboral dedicado al sector privado es obligatorio, sin embargo el del sector público ha quedado reservado para quienes elijan este itinerario.

Adentrándonos en los contenidos formativos de la malla curricular, cabe señalar que se toma como base de distribución en 5 grandes campos, a saber: formación teórica (cognitivo), praxis profesional (operativo), epistemología y metodología de la investigación (operativo), integración de contextos, saberes y cultura (cognitivo-sensititivo-valorativo), y comunicación y lenguajes (operativo). Esta es la distribución general establecida por el Reglamento de Régimen Académico, sin considerar las características propias de cada carrera. Por ello, para ser aún más precisos, en el ámbito específico de la carrera de Derecho la novedad está

en que estos se distribuyen a partir de dos criterios: el uno, asignaturas comunes de formación profesional, que han de ser tomadas por todos los alumnos; y, el otro, las asignaturas de énfasis, en los tres itinerarios académicos que se ofertan, esto es: Derecho Público, Derecho Privado y Derecho y Sociedad, las cuales pueden ser cursadas en la segunda mitad de la carrera y abren la puerta a posibles especializaciones en futuros estudios de cuarto nivel.

Para concluir los estudios –y como parte de la unidad de titulación– los estudiantes deben realizar, por una parte, prácticas pre profesionales en los Consultorios Jurídicos y, por otra, dedicar un tiempo de servicio a la colectividad por un total de 400 horas, que la malla ubica en el último año de la carrera, actividades que no deben confundirse con los tiempos de prácticas de otras asignaturas que se reciben a partir del segundo semestre.

4.- Algunas Consideraciones Finales

El recorrido que hemos hecho a lo largo de estas páginas no quedaría completo ni preciso si no echamos una mirada rápida al conjunto de modelos curriculares vigentes en nuestra Facultad, evaluando el aporte que ha dado a la formación jurídica en la ciudad, el país o el mundo; o no formulamos las proyecciones que tiene el rediseño que está en proceso de aprobación.

- Una primera, fundamental y necesaria constatación es que nuestra Facultad en sus 70 años de vida institucional ha mantenido vivo un proyecto de formación jurídica, que ha conjugado, con mayor o menor intensidad, tanto la dimensional como la humana; pues ha sido muy claro para sus impulsores que el objetivo primordial de sus esfuerzos es la persona del profesional antes que el objeto de su actividad, es decir, se colocó siempre el ser por encima del hacer.

  Bajo esta línea de precedencia fue asentándose cada vez más en los sucesivos planes de estudio que fueron apareciendo, la convicción muy clara y precisa de que nuestro objetivo último era formar juristas y no simples legistas; es decir, ir mucho allá de la preparación de sujetos aptos para manejar normas –por más complejas e intricadas que sean– lo que se buscaba cada vez más era la formación de profesionales del Derecho

que sepan, hagan, sientan y valoren integralmente la realidad, incidiendo sobre ella con los conceptos, instituciones, ramas y disciplinas que le aporta la ciencia jurídica.

• Se han dado, por tanto, variantes programáticas muy puntuales y concretas según las exigencias de cada época y circunstancia académica, pero lo que si podemos constatar indudablemente es una línea de continuidad ascendente, que nos ha permitido pasar de unidades conceptuales muy particulares a unidades conceptuales más generales y amplias que engloban dentro de sí diversidad de normas e instituciones; tal es el caso de los llamados derechos humanos o de la naturaleza, o conceptos socio jurídicos como desigualdad, injusticia o corrupción. Estas realidades solo pueden asumirse adecuadamente desde perspectivas multi y transdisciplinares.

• Son notables los planteamientos curriculares hechos a través de los "proyectos integradores", a los que el último rediseño les agrega el calificativo de "saberes", para impulsar tanto a estudiantes como a docentes a involucrarse en procesos serios de investigación jurídica y social. El avance está en que se ha pasado de cursos más o menos abiertos y libres a ser actividades de investigación-acción, con una temática concentrada y precisa; en efecto, el último rediseño señala de modo expreso tres líneas de trabajo: contextos de desigualdad; violación de derechos, principios y normas; corrupción: inseguridad jurídica e irrespeto de los derechos humanos, y de la naturaleza, deficiencias del multilateralismo.

• Salvo el diseño curricular inicial de 1946 que estableció un programa fijo anual de materias a cubrirse en un período de 6 años, los siguientes diseños sin excepción optaron por el sistema de semestres, cuyo máximo fue de 10 y cuyo mínimo fue de 8. En cualquier caso, el cuadro de asignaturas estuvo integrado por materias obligatorias y electivas, el porcentaje de estas últimas no superó el 30% del total de créditos.

• Lo peculiar de este grupo de asignaturas lo representan en la malla de 1995 los denominados "perfiles profesionales", que fueron cuatro: litigante, asesor público, asesor empresarial e internacionalista; y el rediseño 2016, nos encontramos con los llamados itinerarios académicos" que, como ya lo dijimos, son tres: Derecho Público, Derecho Privado, y Derecho y Sociedad.

• Es muy ilustrativo el conjunto de asignaturas previstas para cada uno de ellos: el de Derecho Público prevé: organización territorial y gobiernos autónomos descentralizados, derecho financiero y monetario, instituciones contemporáneas del derecho internacional público, contratación pública y derecho laboral del sector público; las que corresponde al itinerario de derecho privado son: propiedad inmaterial, régimen impositivo del sector privado, derecho de daños, derecho sucesorio, derechos del consumidor: regulación y libre competencia; y, finalmente, el itinerario de Derecho y sociedad cuenta con esta oferta: ciencia política, sociología jurídica, antropología jurídica, género y derecho, y pluralismo jurídico y derecho indígena.

• Al respecto caben ciertas precisiones: lo primero es anotar que lo electivo son los itinerarios, pero no las asignaturas. Ello no sucedía con los perfiles en donde también era posible elegir estas últimas. También vale decir, que mientras los dos primeros itinerarios pueden tener un enfoque más directamente profesional y práctico, el tercero puede tener un enfoque más investigativo y científico. Por lo antes expuesto, cabría pensar que los dos primeros resultarán más atractivos que el último, el cual, en cambio, es tremendamente significativo en cuanto a los ámbitos de preocupación socio cultural que atiende. Para concluir este punto, digamos también que la selección de itinerarios y de materias a cursar es una consecuencia directa de los análisis de mercado y pertinencia académico, lo cual, a su vez, supone la posibilidad de que con el transcurso del tiempo y el cambio de presupuestos socio-jurídicos, pueda ser modificada.

• En el ámbito de la formación práctica profesional, hemos de tener en cuenta una de las intuiciones más luminosas de nuestra oferta curricular, aparecida clara y sistemáticamente, en 1995, nos referimos a las clínicas jurídicas. Las cuales fueron concebidas como "laboratorios" de experiencia y simulación de ejercicio profesional. Se las ha programado siempre de manera secuencial y progresiva en tres niveles: inicialmente se comenzaba con reconocimiento de casos, se pasaba la argumentación y se concluía con la de resolución de casos; ahora en el rediseño curricular por aprobarse la secuencia que se sigue es: clínica de diagnóstico, de resolución y de argumentación, para cuando la opción de titulación sea el examen complexivo.

• Aquí valen otras puntualizaciones: el aporte académico que se espera de las clínicas ha variado, pues en los planes de estudios precedentes (1995 y 2008) eran vistas como un complemento de la formación teórica, en la propuesta de rediseño 2016, aunque de alguna forma no tan clara conservan esa finalidad, ahora son parte de la unidad de titulación y, por ello, asumen también un propósito investigativo, lo que explica su ubicación en los últimos tres semestres de la carrera. Por esta misma razón ha variado el orden de la secuencia, sobre todo en el caso e las clínicas de argumentación y resolución, que pasó de segundo a tercero. Las clínicas coinciden con el tiempo académico destinado para la otra opción de titulación que es la disertación, que inicia con la elaboración del plan de investigación y continúa con dos períodos académicos para su desarrollo y conclusión.

• Conjuntamente con esta actividad de las clínicas, para el último año de carrera, esto es, los períodos académicos 8 y 9, se hallan programados los consultorios jurídicos 1 y 2, entendidos como espacios de práctica pre profesional y de servicio a la colectividad. El total de horas previsto es de 400. Aquí la variación es sumamente notable, tanto en el momento académico de tomarlo, que ha pasado de los inicios de la carrera al final de la misma; como el tiempo dedicado a ello, que de una carga de entre 3 y 4 horas semanales como materia electiva a algo más de 20 horas como curso obligatorio.

• El proyecto de rediseño 2016 es el resultado de un esfuerzo común de construcción entre la Facultad de Jurisprudencia de la sede matriz y las Escuelas de Derecho de las Sedes de Ibarra y Ambato. Conviene aclarar, sin embargo, que el Currículo de 1995 fue asumido por dichas Escuelas con sus propias adaptaciones. Lo novedoso ahora está en el diseño colectivo común desde sus orígenes. La perspectiva que esto ofrece es la de posibilitar la movilidad docente y estudiantil entre los diversos centros, así como la cooperación mutua en investigación, prácticas y actividades de servicio a la colectividad.

• Un hecho que ha experimentado notables cambios en estos 70 años ha sido el relativo a los títulos que ofertamos y la manera de obtenerlos. En cuanto a lo primero, el de los títulos, hay que decir que a la culminación de la carrera se han dado los de Licenciatura (en ciencias políticas o jurídicas) y el Doctorado en Jurisprudencia (reconocidos como de tercero y cuarto nivel, respectivamente, aunque este último no

equivalente a PhD.). Y respecto a lo segundo, esto es, sobre la manera de acceder a esos títulos, las modalidades con que se ha operado han sido: exámenes escritos u orales complexivos (previa aprobación de ciertos años, créditos o niveles); la elaboración, aprobación y defensa de una disertación o tesis de grado. El rediseño 2016, conforme lo dispuesto en el Reglamento de Régimen Académico establece formalmente una unidad de titulación –nunca antes existente– y fija dos caminos para titularse: el de la aprobación de un examen complexivo, una vez egresado, habiendo cumplido la obligación de aprobar los tres niveles de enseñanza clínica que representan las 400 horas de rigurosa preparación exigidas por el Reglamento de Régimen Académico; o el de la presentación de una disertación, justificando igualmente una dedicación de 400 horas.

Por todo lo expuesto, podría darse a primera vista la impresión de que el rediseño curricular 2016 no tiene otra razón de ser que la de cumplir formalmente las prescripciones del Reglamento de Régimen Académico. Hay mucho de verdad en ello. Pero yendo más allá, hay que reconocer también que la propuesta es el resultado de los naturales procesos de desarrollo académico, de los estudios de pertinencia y de las sensibilidades ante las realidades sociales que circundan nuestro quehacer universitario. Tales elementos explican la estructura misma del currículo, las orientaciones y énfasis que este establece, la presencia de ciertas asignaturas o la ausencia de otras, etc. A manera de ejemplo, quisiéramos citar, en este punto, el tratamiento dado al estudio de una lengua extranjera, que es de aprobación obligatoria pero que no se integra dentro de la malla curricular, pues no todos los estudiantes requieren el mismo nivel de capacitación en esta competencia. Otro elemento significativo es la redistribución del cuadro de materias profesionales por áreas o itinerarios, en donde se han tenido muy en cuenta los avances del Derecho público, los replanteamientos del Derecho privado, o la estrecha conexión entre el Derecho, la Sociología, la Antropología y la cultura.

Sin duda alguna, una vez que se implemente el rediseño curricular, se podrá evaluar el mismo para realizar, de ser el caso los ajustes que sean necesarios; mientras tanto, estamos seguros de estar ofreciendo un plan de estudios sólido, coherente, pertinente, que responde a los requerimientos internos y externos, para formar excelentes profesionales del Derecho, que ha sido la tónica y la misión de la Facultad de Jurisprudencia, respectivamente, a lo largo de sus 70 años de vida institucional.

BIBLIOGRAFÍA

Consejo de Educación Superior (2016). *Reglamento de Régimen Académico.*

Constitución de la República del Ecuador (RO 449, 20-X-08).

Facultad y Escuelas de Jurisprudencia de la PUCE (2016). *Proyecto de rediseño curricular de la carrera de Derecho PUCE.*

Facultad de Jurisprudencia de la PUCE (1995). *Proyecto de reforma del pensum de estudios.*

Facultad de Jurisprudencia de la PUCE (2008). *Nuevo plan de estudios.*

Larrea, E. (2014). *El currículo de la Educación Superior desde la Complejidad Sistémica.* Talleres Zonales – CES.

Monesterolo Lencioni, Graciela, y Vásconez Rivadereira, Ernesto (2007). *Propuesta de un rediseño curricular y de una metodología innovadora para la formación profesional en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.* Quito: PP Impresores.

CORRAL
ROSALES
CARMIGNIANI
PÉREZ
Quito · Guayaquil

CAPACIDAD DE RESPUESTA
a las solicitudes de los clientes

ENTENDIMIENTO
de las necesidades de su negocio

CONOCIMIENTO
de industrias y prácticas

www.crcp.ec

AED
Asociación Escuela de Derecho

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE EL ECUADOR
SERÉIS MIS TESTIGOS

70 ANIVERSARIO PUCE
FUNDADA EN 1946

FEUCE 2016

ESTRUCTURAS RELACIONALES Y ACTOS JURÍDICOS DE REDES DE INFLUENCIA POLÍTICO-ECONÓMICAS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2007-2015: NOTAS METODOLÓGICAS Y MODELOS DE MEDICIÓN

Efrén Guerrero Salgado[1]

Camila Banda Capelo [2]

Niki Sánchez Berrazueta [3]

Tamia Rodríguez Rodríguez [4]

Mishelle Bermeo Vivar [5]

Resumen: *La existencia de grupos de élite como instancias promotoras y decisoras de la producción jurídica es un tema recurrente en el análisis politológico y del derecho. Las variables de existencia, conexión y visibilidad por parte del ciudadano de "a pie" son una de las preocupaciones principales para la existencia de una democracia formal, donde el Imperio de la Ley y del Derecho a la Igualdad garantice a los ciudadanos una vivencia de los valores republicanos de forma*

---

1 Ph.D. Instituto Universitario Ortega y Gasset – Universidad Complutense de Madrid. Subdecano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador.

2 Estudiante de 23 años de edad. Situación actual: Proceso de Titulación en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Paralegal en el área de Propiedad Intelectual en el Estudio Jurídico Tobar ZVS. Miembro de la Fundación PRIVA (Fundación para la Rehabilitación Integral de Víctimas de Violencia).

3 Estudiante de 21 años de edad. Graduado en la Unidad Educativa Salesiana Cardenal Spellman. Situación actual: Estudiante regular de la Facultad de Jurisprudencia en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Miembro del Centro de Derechos Humanos-PUCE.

4 Estudiante de 21 años de edad. Graduada del Colegio ISM International Academy. Situación actual: Estudiante regular de la Facultad de Jurisprudencia en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Miembro del Directorio de la Asociación Escuela de Derecho 2015, Defensora Estudiantil de FEUCE-Q 2016 y Miembro del Comité de Ética de la PUCE.

5 Estudiante de 20 años de edad. Graduada en el Colegio Militar "Eloy Alfaro". Situación actual: Estudiante regular de la Facultad de Jurisprudencia en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Miembro del Directorio la Asociación Escuela de Derecho 2016.

eficiente. En el caso ecuatoriano, no se tienen elementos de juicio para caracterizar a estas élites, su posición estratégica dentro de los espacios de gestión de lo público, y su papel como promotores o gestores de la acción jurídica. El presente documento busca mostrar un mecanismo metodológico para caracterizar a las personas y grupos que forman parte de las élites ecuatorianas en el período 2007- 2015 a través del análisis de redes sociales y constatar las consecuencias jurídicas de sus acciones. La hipótesis de trabajo que propone este estudio es que mientras haya más influencia de un grupo reducido de personas en la generación de productos normativos por parte de la Asamblea Nacional, aumenta la posibilidad de que esos productos estén centrados en los intereses de estos grupos de presión en contraposición al paradigma Constitucional. Se mostrará un método de medición basado en el análisis de redes sociales (social network analysis), y se discutirán las ventajas y desventajas de este mecanismo, así como su aporte en la construcción de alcances interdisciplinarios entre la Ciencia Jurídica y las mediciones empíricas y cuantitativas. En suma, esta investigación es pertinente social y académicamente, por los temas globales a los que busca dar respuesta; es metodológicamente conveniente por cuento incluye mecanismos de análisis que no se han incluido antes en la experiencia investigativa jurídica ecuatoriana, y propone un uso de herramientas empíricas en el análisis legal.

1. Introducción

El presente documento busca aportar a resolver dos espacios aún no analizados desde la Teoría del Derecho y de la Ciencia Política en el país. En primer lugar, busca hacer un estudio aproximativo de las consecuencias de la existencia de élites en las agendas legislativas de países con tradición romano-francesa. En ordenamientos jurídicos como el nuestro, se supone la existencia de una igualdad jurídica, que incluye la gestión de los derechos de participación política cuya mayor fuerza se basa en la posibilidad de que se presenten proyectos de Ley (Ferrajoli, 2004: 78 y ss.). En la teoría ecuatoriana no se ha cubierto la posibilidad de que grupos reducidos, con acceso a recursos y capital simbólico, presenten proyectos de ley que se aleje de los objetivos nacionales y constitucionales.

Por otro lado, la Teoría Política, que ha explicado la existencia de élites en la República del Ecuador, ha hecho acercamientos a este fenómeno

principalmente desde la economía o el concepto de clase social especialmente a nivel de política pública (SENPLADES, 2013: 58). Para el Derecho, esos acercamientos son insuficientes, ya que el principio de igualdad y no discriminación implican hacer miradas investigativas transversalizantes de la sociedad y obliga a los juristas a superar los métodos de interpretación jurídicos tradicionales y analizar al fenómeno del derecho desde herramientas empíricas y cuantitativas, cosa que sucede con bastante desarrollo en el mundo anglosajón (Courtis & Atienza, 2006: 51).

La idea del presente estudio es demostrar que mientras exista más influencia de un grupo minoritario en la generación de productos normativos por parte de la Asamblea Nacional, es más probable que estos productos respondan a los intereses de dichos grupos de presión. Para comprobar este fenómeno, se propone el uso de mecanismos cuanti-cualitativos, en tres pasos:

a. Levantamiento de información de élites políticas a través de los mecanismos de Transparencia y Acceso a la Información Pública establecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, centrado en la Función Legislativa y Ejecutiva en sus cuadros directivos.

b. Análisis cualitativo de información mediante el procedimiento de social network analysis (Wasserman & Faust, 1994). Se propone construir una base de datos automatizado con herramientas de software libre, que sea capaz de generarse gráficamente y muestre a través de mecanismos de gestión estadística, la existencia, características y situación de la élite ecuatoriana.

c. Comprobación de poder e influencia.- Se propone cruzar esta información con los datos de presentación de propuestas de ley realizadas en el Ecuador entre 2007 y 2015, con el fin de comprobar si las personas o grupos elitarios en la red pudieran hacer que su núcleo duro de creencias se manifieste en el desarrollo del sistema legal.

2. Antecedentes: la categoría "élite" como categoría analítica

La temática de este estudio se centra en la influencia de las élites políticas y económicas en la generación del ordenamiento jurídico ecuatoria-

no. La teoría del poder moderna, especialmente la que se sostiene en el paradigma de Foucault, afirma que el poder no puede concebirse como un bien, sino como una situación estratégica dentro del campo social, que da acceso a recursos y servicios, especialmente aquellos que acarrean una capacidad de imperium como la del Estado (Foucault, 1976). Debe tenerse en cuenta que no existe ninguna limitante legal en la creación de élites de estas características o de espacios en que existan individuos que tengan ciertas capacidades para ejercer más poder. Lo que no se puede caracterizar son las consecuencias de la formación de estas jerarquías dentro del sistema jurídico, particularmente en su producción, y como este hecho repercute en una crisis de representación: los ciudadanos sin acceso a las élites desconfían de aquellos que tienen posibilidad en la toma de decisiones, y por lo tanto, empiezan a surgir tensiones en el sistema democrático.

En el caso de la normatividad que se crea en los sistemas jurídicos occidentales, Bourdieu establece que existen estructuras de índole objetiva: el capital simbólico, o político que se enmarcan en cada persona de acuerdo a su posición dentro de la estructura social, mientras que existen espacios subjetivos, basados en la conformación y puesta en funcionamiento de distintos grupos (Bordieu & Teubner, 2000).

Estos grupos suponen una serie de estrategias para reproducir el poder y controlarlo en el curso del tiempo y del espacio (Bourdieu, 2002: 7). Al respecto, una de las mejores mecánicas para poder mantener el poder de grupos o relaciones es la generación de normas conocidas por todos, de forma que la sociedad se la mande, prohíba o permita. En el caso de estos sistemas, Bourdieu supone la existencia de la siguiente herramienta (Bourdieu, 2011: 6):

> *Las estrategias de inversión simbólica son todas las acciones que apuntan a conservar y a aumentar el capital de reconocimiento (en los diferentes sentidos), propiciando la reproducción de los esquemas de percepción y de apreciación más favorables a sus propiedades y produciendo las acciones susceptibles de apreciación positiva según esas categorías (por ejemplo, mostrar la fuerza para no tener que valerse de ella). Las estrategias de sociodicea, que son un caso especial dentro de este tipo, apuntan a legitimar la dominación y su fundamento (es decir, la especie de capital sobre la cual reposa), naturalizándolos.*

Al respecto, el Estado, es una estructura de relaciones simbólicas entre diferentes actores sociales, dentro de lo que Bourdieu llama campo jurídico, donde las interacciones pueden apreciarse en torno los mecanismos causa-consecuencia de elementos normativos (Bordieu & Teubner, 2000: 219). En primer lugar, se asume que la introducción de un nuevo artefacto (la reforma), dentro de un campo de relaciones jurídicas (Bordieu, 1993: 49-62), se da dentro de un sistema de organización social (el Estado) que tiene a la democracia como escenario de interacción y ejercicio de poder. Estas interacciones llevan a la emisión de ciertos productos y resultados, que generan en su conjunto toda la estructura que soporta y regula el Estado. El campo jurídico es necesario para el Estado, por lo que cualquier cambio en la estructura del Derecho y sus prácticas a nivel organizativo tendrá una consecuencia a nivel práctico. La construcción del Estado está indisolublemente unida a sus instituciones y más todavía las del sistema judicial, ya que es la estructura práctica que da obligatoriedad y poder de imperium a las relaciones de poder.

En ese orden de cosas, las élites ecuatorianas se construyen en torno a dos conceptos, el de "élite" propiamente dicha, y el de "clase dominante". Al respecto, esta investigación utilizará el concepto clásico manejado por Baltzell, que relaciona a los dos conceptos bajo un mecanismo de encadenamiento (Baltzell, 1966: 266-276): el concepto de élite se refiere a aquellos individuos "que son los más exitosos y se destacan en la parte superior de la jerarquía de la clase funcional (objetivo)". Para este autor los individuos son a) líderes en sus ocupaciones o profesiones elegidas; b) tomadores de decisiones finales en las esferas política, económica, o militares, c) líderes en profesiones tales como el derecho, la ingeniería, la medicina, la educación, la religión y las artes. Estos tres elementos generan una cuarta consecuencia, "ciertos miembros de la élite y sus familias tienden a asociarse entre sí en diversas situaciones de grupo primario y desarrollar gradualmente una conciencia de estilo bueno y distintivo de la vida" Mientras tanto el concepto de clase alta, "se refiere a un grupo de familias, descendientes de personas de éxito (miembros de la élite) uno, dos, o tres generaciones atrás, que están en la parte superior de la (subjetiva) jerarquía de clases sociales".

3. La élite como reto al derecho de igualdad frente a la ley

El debate actual alrededor del mundo está contenido en la desigualdad global, y en la presencia de pequeños grupos de poder que manejan los

mecanismos políticos y económicos mundiales (Bourguignon, 2016). Este debate no ha iniciado en el Ecuador y es conveniente construirlo, a través de un estudio de estas características. Con los tres productos previstos (dos artículos indexados y una plataforma web de análisis), se propone "democratizar el conocimiento para favorecer la democracia" (Ramírez, 2014: 11), con el fin de que se puedan obtener resultados orientados al incremento de la productividad, la diversificación productiva, la satisfacción de necesidades o al efectivo ejercicio de los derechos de las personas, las comunidades, los pueblos, las nacionalidades y de la naturaleza (Art. 38 Código Ingenios). El momento en que se puedan poner datos sobre una caracterización mínima de las élites ecuatorianas, se puede aportar en que los ciudadanos puedan saber las características de la estructura fáctica de poder que genera el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y reflexionar sobre su legitimidad, legalidad y consecuencias.

Otro elemento es el aporte a la ciencia desde un espacio de ciencias de confluencia. El Derecho, como lo plantea gran parte de la doctrina más moderna, sufre de una falta de elementos de juicio basados en elementos empíricos, y no se supera el complejo de inferioridad frente a la ciencia política y la sociología política, en palabras de Bobbio (2005).

A nivel social, un análisis como el propuesto puede desarrollar nuevos conocimientos que alimenten las ciencias y que al mismo tiempo, y que a nivel social, aporte a la comprensión de las necesidades apremiantes de la sociedad en la cual está inmersa la Universidad: la existencia de una crisis global de la democracia y de la representación política surge principalmente de la falta de conocimiento de las instancias de poder y la caracterización de sus actores, con lo que se puede aportar a una mejor construcción del sistema político, para que se pase de una democracia formal, en la que el "pueblo" como construcción informe, elija funcionarios mediante mecanismos poco competitivos, a una poliarquía material, en la que haya varios actores capaces de poner en marcha mecanismos de control horizontal del poder (Dahl, 2012).

Por otro lado, este estudio tiene una originalidad material y metodológica. En la literatura ecuatoriana y latinoamericana, hay pocos ejemplos de la construcción de herramientas caracterizadoras de élites a través del análisis de redes sociales o sociograma. Esta herramienta tiene la ventaja de ser tremendamente intuitiva, capaz de ser construida mediante mecanismos

cuantitativos probados, y de poder mostrar la estructura total de un sistema determinado y poder apreciar a simple vista elementos constitutivos que pueden ser estudiados de forma cuantitativa (Scott, 2000; Wasserman & Faust, 1994). Además, analizar la relación entre grupos de influencia y la presentación de proyectos de ley como posible hipótesis afirmativa, da cabida a varios mecanismos de interpretación jurídica, especialmente los métodos históricos. En suma, todos estos datos pueden demostrar de forma fehaciente un mecanismo metodológico complejo que bien vale ser aplicado en el panorama de las ciencias sociales ecuatorianas.

Finalmente, existe un fuerte elemento de aplicabilidad directa en investigaciones actuales y futuras que puede ser aprovechado. Una de las ventajas de la investigación en materia jurídica es que su utilidad puede trasladarse a otras áreas del conocimiento. Ya que la ley es conocida por todos, su uso es necesario para todos los órdenes de acción investigativa (Courtis & Atienza, 2006). Esta investigación propone hacer un ejercicio de análisis estructural del conocimiento, y con ello, una construcción que puede ayudar a otros investigadores a pensar en herramientas de rango medio que pudieran aportar a una solución más fuerte de los temas que esta investigación se propone.

4. La "élite" en el Ecuador: acercamiento a su estudio. análisis a partir del proceso político 2008-2016

En el caso ecuatoriano la existencia de una élite está basada en la misma construcción fragmentaria del país: desde 1830, la estructura económica y social del país se encuentra limitada por la existencia de una serie de elementos bipolares: la existencia una división entre los grupos de poder de la zona Costera agro exportadora, y la Sierra latifundista y funcionarial; esta división permea el sistema político y se encuentra vista en la construcción del sistema político, que ha funcionado como un mecanismo pendular entre los grupos de poder económico entre la Sierra y la Costa (Castillo Vivanco, 2004). Esta separación acarrea una fractura y falta de permeabilidad social que se manifestaba en la unión de élites políticas y económicas en el país.

Este hecho se transforma en los años 70 cuando el impacto del crecimiento petrolero bananero dinamizó al mercado interno debido a la constitu-

ción de una clase de medianos empresarios, a la creciente conformación de la clase media como resultado de la expansión urbana, y al crecimiento del "sector informal", producto de la migración interna desde el sector agrario serrano hacia la Costa. En términos de desarrollo, los indicadores revelarían que los beneficiados, que el sistema económico siempre hubo un beneficio para los sectores industriales y la clase media ligada al aparato burocrático estatal (Bonilla Soria & Luna Tamayo, 2011).

En el caso normativo, el fenómeno jurídico a pesar de ser influido por la economía no logra construir un nivel de apalancamiento. La teoría hasta el momento habla de un proceso de profesionalización de las élites legislativas latinoamericanas, incluyendo el Ecuador: los actores políticos de la Asamblea Nacional se construyen de manera mucho más técnica, centrada en la gestión de la política y no surgen como actores de base política (Freindenberg & Alcántara, 2001). Ese se transforma a partir del año 2007, en una nueva construcción en la dinámica total del sistema de partidos, que es la entrada de Alianza País y de la estabilidad política aparejada a los niveles de autoridad de su líder, Rafael Correa (De La Torre, 2011).

En las distancias entre las votaciones de Rafael Correa y sus contendores políticos se observa una ventaja que supera las capacidades tradicionales de conservación de voto, especialmente bajo un escenario tan desgastante como el ecuatoriano (Pachano, 2003: 71-72). El modelo de AP, ha superado sus dificultades con los medios de comunicación y su capacidad de intervención, que supera las capacidades de los partidos tradicionales (Recalde, 2007: 21). Esto provocó las siguientes consecuencias: a) AP controla los mecanismos centrífugos del Estado, a través de la reconstrucción del aparato legal con la regulación de partidos políticos; esto ha provocado la eliminación de varias fuerzas minoritarias dentro del panorama político. Esto fue realizado con la consecución de la Constitución 2008, y fue observado con un interés por la teoría (Echeverría, 2010). Al eliminar competencia partidista, aumenta la posibilidad de actuar como partido único. b) Los fondos disponibles de los excedentes petroleros aseguraron que se hayan realizado varios procesos de redistribución social, que han mantenido al votante ecuatoriano medio con una dirección clara de su voto; y c) el aprovechamiento del discurso de la "partidocracia", en que se justifica todas las crisis en torno a la existencia den una clase política corrupta e ineficaz (Hernández, 2011132-133). En todos

esos escenarios las votaciones de dignatarios han sido particularmente positivas para AP, tanto en elecciones presidenciales como a nivel Legislativo. Esta acción aseguró la reducción de conflictos, y la eficacia de los diferentes actores dentro del sistema público (Davidson, 1988).

Pero, ¿eso vuelve a Alianza País una nueva élite en el país?, eso se debería manifestar en los mecanismos de control de los aparatos de regulación, ya que como Bordieu supone, la existencia de élite supone la existencia de un grupo de personas con un núcleo duro de creencias obligaría a que: a) se tengan estrategias conscientes o no que ayuden a la perpetuación o reproducción del poder en influencia b) entre estas estrategias deberían contarse los mecanismos legales, por cuanto aumentan el campo jurídico y aseguran que aquellos con mayor capital simbólico puedan ingresar a los mecanismos de poder; y c) ¿se puede representar ese "centro" o "nodo de gestión" del poder y analizarlo en términos jurídicos?. Esta investigación tratará de resolver estas preguntas a través de las herramientas que se explican en el presente formulario, con el uso de una combinación de herramientas empíricas y análisis jurídico.

5. Hipótesis y Marco Metodológico

La hipótesis que se presenta busca establecer la relación entre dos variables. Se la supone con la siguiente estructura:

> "Mientras haya más influencia de un grupo reducido de personas en la generación de productos normativos por parte de la Asamblea Nacional, aumenta la posibilidad de que esos productos estén centrados en los intereses de estos grupos de presión en contraposición al paradigma Constitucional".

Lo que se plantea como variable dependiente (Namakforoosh, 2005: 67) son los efectos que, en forma de *outcome*, podría tener la acción elitaria en el entorno legal ecuatoriano y cómo estos resultados se contraponen o adecuan con los mecanismos de regulación con mayor valor en el sistema jurídico ecuatoriano. Se enuncia como variable independiente la influencia que puede tener los actores elitarios dentro de la gestión normativa ecuatoriana. Como se ha citado arriba, sectores sociales del Ecuador califican la existencia de élites como antidemocrático. Según esa posi-

ción teórica. En contraposición otro sector de la literatura sostiene que es posible que el diseño final de cambios en la labor de los aplicadores del derecho debería evitar intromisiones de otros actores (De Souza Santos, 2013). Sobre esto, hay una tensión evidente entre doctrina y la realidad en el caso ecuatoriano.

La metodología del presente caso se hará mediante tres pasos sucesivos:

1. Levantamiento de información cuantitativa de élites.- Se elegirán como unidades de análisis los miembros de las funciones del Estado establecidas en la Constitución, y se recogerán una serie de datos sobre su procedencia. En particular, se centrará la información en las siguientes categorías que ya han sido utilizadas en experiencias anteriores (Rodríguez Treviño, 2013):

> a. Involucramiento: Las personas se relacionan con otras a través de diversas asociaciones, las que son voluntarias y equitativas. El capital social no puede ser generado por individuos que actúan por sí mismo; el mismo depende en la tendencia a la sociabilidad, en la capacidad para formar nuevas asociaciones y redes.
>
> b. Reciprocidad: Aquí el individuo provee un servicio a otro o actúa para el beneficio de otros a un costo personal pero en la expectativa de que este "servicio" le será devuelto en algún momento en el futuro en caso de necesidad.
>
> c. Normas sociales: Ellas proveen un control social informal que obvia la necesidad de acciones legales e institucionalizadas. Generalmente, no están escritas pero son comprendidas por todos, tanto para determinar qué patrones de comportamiento se esperan en un contexto social dado y para definir qué formas de conducta son valoradas o socialmente aprobadas.
>
> d. Proactividad: El espacio en el cual los agentes e instituciones se encuentran definidos por la situación estratégica de poder que ejercen.

Toda esta información será construida en torno a bases de datos de Microsoft Excel, que pueden ser transformadas en archivos CSV (un tipo de documento en formato abierto sencillo para representar datos

en forma de tabla) y XLS (diseñado para uso de hojas de cálculo, que sean capaces de cruzarse en forma de estadísticas descriptivas manejables con el programa SPSS.

2. Levantamiento de red social.- La construcción de una red no es un sistema de medición cuantitativa nuevo. La idea de utilizar una manifestación gráfica de interconexiones entre actores o estancias relacionadas con procesos de cualquier índole lo planteaba Simmel y Durkheim (Wasserman & Faust, 1994: 36), que sugerían la necesidad de describir los patrones de interacción entre los diferentes actores. La gestión de relaciones complejas tuvo sus primeros aportes teóricos en los estudios de Moreno y Helen Jennings (1938). La red, en términos simples, es un espacio formado por puntos discretos (nudos), vinculados por líneas de relación (no por continuidades físicas).

En términos prácticos, la existencia humana es una red de relaciones de todo tipo. Si la reforma del sistema judicial es un proceso complejo, el sistema de red que se construye y su relación con la estructura del Estado –que, a su vez, implica un sistema legal– vuelven a esta metodología la mejor herramienta para analizar las centralidades de poder, en aparatos estatales con ciertos niveles de evolución (Rodríguez, 1995).

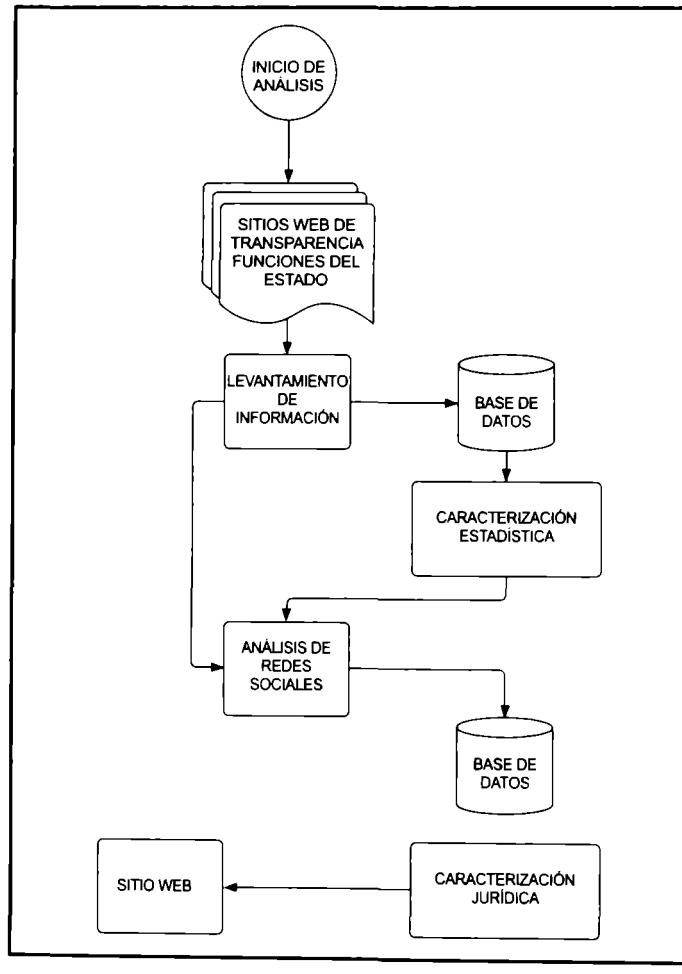
La red y su estudio se construye de la siguiente manera: se generará una red *funcional* basada en el nombramiento de funcionarios y su relación en el Ejecutivo. Ambas redes están construidas por una serie de nodos (los actores involucrados) que se unen a través a de lazos (las relaciones dentro del sistema). Se busca explicar "qué funcionario responde de forma política a quién" (Wasserman & Faust, 1994: 68-69), para que mantengan correspondencia. Con los datos recabados se generará una representación gráfica de la red, a través de un *software* de modelado de red social[6]. En esta oportunidad se utilizará el *software* libre Gephi™, diseñado para la construcción de las redes sociales (Bastian, Heymann, & Jacomy, 2009). Una vez obtenida la red se levantarán estadísticas comparativas, que ilustren dos variables de utilidad para detectar la

6 Los diferentes paquetes informáticos disponibles están descritos en HUISMAN, M.; VAN DUIJN, M. A. J.: "Software for Social Network Analysis" en *Models and Methods in Social Network Analysis*, CARRINGTON P. J., SCOTT J y; WASSERMAN S. (eds.), Cambridge University Press, New York, 2005, pp. 270–316.

hipótesis delegativa: la centralidad, y fluidez de información que se construye a través de la misma, con el fin de detectar a quienes se encuentran en la centralidad de la red.

3. Análisis legal.- Con los datos recabados, se hará una comparación de la red levantada y en especial su centro, con los datos que se pueden obtener de la base de datos de la Asamblea Nacional del Ecuador. En particular, se propone visibilizar si los actores que se encuentren mejor conectados dentro de la red han presentado proyectos de ley y si estos corresponden a su caracterización personal dentro de la red.

Todo este procedimiento puede ser mejor ilustrado en la siguiente tabla.



6. CONCLUSIONES

En resumen, este documento busca establecer mecanismos metodológicos que muestren la influencia no probada actualmente desde la academia ecuatoriana con respecto a élites o grupos de poder en la generación de normas en la República del Ecuador. Este método de análisis de redes sociales, nunca antes ha sido aplicada para aportar jurídicamente al tema que se ha tratado; cabe recalcar que su aplicación nos lleva a una nueva era de investigación directamente relacionada con la política ecuatoriana y el sistema de redes.

En tal razón, la presente propuesta busca construir un estudio que dé una respuesta cuantitativa a partir de la información a levantar; y cualitativa, a partir del análisis de las reacciones elitarias dentro del aparato legal.

BIBLIOGRAFÍA

Baltzell, E. D. (1966). 'Who's Who in America'and 'The Social Register': Elite and Upper Class Indexes in Metropolitan America. . En E. D. Baltzell, *Class, status, and power* (pp. 266-275). New York: Basic Books.

Bastian, M., Heymann, S., & Jacomy, M. (2009). Gephi: an open source software for exploring and manipulating networks. *Proceedings of the Third International ICWSM Conference* (pp. 361-362). San José, California: The AAAI Press, Menlo Park, California.

BENTLEY, A. (1926). Simmel, Durkheim, and Ratzenhofer. *American Journal of Sociology*, 250-256.

Bobbio, N. (2005). *Teoría general de la política.* Madrid: Trotta.

Bonilla Soria, A., & Luna Tamayo, M. (2011). *Estado del país: Informe cero: Ecuador 1950-2010.* Quito: Quito: ESPOL; FLACSO; PUCE; Universidad de Cuenca.

Bordieu, P. (1993). Esprits d'Etat [Genèse et structure du champ bureaucratique]. *Actes de la Recherche en Sciencies Sociales* (96-97), 49-62.

Bordieu, P., & Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho.* Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores.

Bourdieu, P. (2002). Estrategias de reproducción y modos de dominación. *Colección Pedagógica Universitari* (37-38), 1-21.

Bourdieu, P. (2011). *Las estrategias de reproducción social.* Buenos Aires: Siglo XXI.

Bourguignon, F. (2016). Inequality and Globalization. *Foreign Affairs, 95* (1), 11.

Bowen, J. D. (2011). Multicultural market democracy: elites and indigenous movements in contemporary Ecuador. *Journal of Latin American Studies, 43* (03), 451-483.

Castillo Vivanco, J. B. (marzo de 2004). Descentralización : desafío de la democracia y el desarrollo (Tema Central). *La Tendencia. Revista de Análisis Político. Descentralización*(1), 100-106.

Courtis, C., & Atienza, M. (2006). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica.* Madrid: Trotta.

Dahl, R. (2012). *Democracia: una guía para ciudadanos.* Madrid, España: Ariel.

Davidson, R. (1988). "Invitation to Struggle": An Overview of Legislative-Executive Relations. *The annals of the American Academy of Political and Social Science, 499*, 9-21.

De La Torre, C. (2011). El tecnopopulismo de Rafael Correa. ¿Es compatible el carisma con la tecnocracia? *Latin American Research Review, 48* (1), 24-43.

De Souza Santos, B. (2013). ¿la revolución ciudadana tiene quien la defienda? *Revista Crisis* (8).

Echeverría, J. (2010). Complejización del campo político en la construcción democrática en el Ecuador. En F. BURBANO DE LARA, *Transiciones y rupturas: El Ecuador en la segunda mitad del siglo XX* (pp. 75-113). Quito: FLACSO Ecuador.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid, España: Trotta.

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías: La ley del más débil.* Madrid: Trotta.

Foucault, M. (1976). *Historia de la sexualidad, 1. La voluntad de saber.* México, D.F.: Siglo XXI.

Freindenberg, F., & Alcántara, M. (2001). *Los dueños del poder: los partidos políticos en Ecuador (1978-2000.* Quito: FLACSO, Sede Ecuador.

Hernández, V. (2011). Ecuador: avances y desafíos de Alianza País. *Nueva Sociedad*, 129-142.

MORENO, J. L. (1938). Statistics of social configurations. *Sociometry, 1*(3-4), 342-374.

Namakforoosh, M. N. (2005). *Metodología de la Investigación.* México, D.F., México: Limusa.

Nett, E. M. (1971). The Functional Elites of Quito. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs, 13* (1), 112–120. doi:http://doi.org/10.2307/174750

Pachano, S. (2003). "El territorio de los partidos. Ecuador, 1979-2002. En V. (coord.), *Partidos políticos en la Región Andina: entre la crisis y el cambio* (pp. 71-91). Lima: International institute democracy electoral assistance.

Ramírez, R. (2014). *La virtud de las comunes.* Quito: Abya Yala.

Recalde, P. (2007). Elecciones presidenciales 2006: una aproximación a los actores del proceso (Coyuntura). *Íconos: revista de ciencias sociales* (27), 15-21.

Rodríguez Treviño, J. C. (2013). Cómo utilizar el Análisis de Redes Sociales para temas de historia. *Signos históricos, 15* (29), 102-141.

Rodríguez, J. A. (1995). *Análisis estructural y de redes.* Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).

Rovira Kaltwasser, C. (2009). Towards a Historical Analysis of Elites in Latin America . *21st World Congress of Political Science*, (p. 31). Santiago de Chile.

Scott, J. (2000). *Social network analysis: A handbook.* London: Sage.

SENPLADES. (2013). *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017.* Quito, Ecuador: SENPLADES.

Silva, V. (2016). Constructing a State in the Face of Regional Power The Case of Guayaquil. *Latin American Perspectives, 43*(1), 93-108.

Wasserman, S., & Faust, K. (1994). *Social network analysis: Methods and applications.* New York: Cambridge University Press.

ANÁLISIS SOBRE EL PODER JUDICIAL EN EL ECUADOR ACTUAL

Alejandro Ponce Martínez[1]

I.- Antecedentes Históricos

Después de las dictaduras de la década de los setenta, luego de un fructífero período de análisis y debate, durante tres gobiernos democráticamente elegidos, en el cuarto de ellos, se logró convenir en reformas constitucionales que culminaron en 1997 y se consolidaron en 1998. La reforma de julio de 1997 recogió la expresión del plebiscito de 25 de mayo de ese año y superó los desaciertos que se habían producido en 1992 con respecto a la integración de la Corte Suprema de Justicia.

Desde octubre de 1997 hasta diciembre de 2004 se desarrolló una transformación en el funcionamiento del sistema judicial que se iba perfeccionando por sí mismo, sin intervenciones de los otros poderes del Estado. Sobre todo se produjo una paulatina depuración de prácticas inapropiadas y se caminaba hacia lograr que otros destacados juristas, aparte de aquellos que ya integraban la Corte Suprema de Justicia, algunas de las Cortes Superiores y los juzgados de primera instancia, formaran parte de su estructura. El golpe de Estado del 8 de diciembre de 2004, destrozó el esfuerzo nacional sobre la materia y desintegró la institucionalidad.

El gobernante que tomó el poder el 20 de abril de 2005 incumplió, en toda su amplitud, su oferta de restaurar la juridicidad. La ley No.1/2005,[2] promulgada a pesar de que existió la orden de una juez de no hacerlo, al acoger una acción de amparo[3] dio paso al peor sistema jamás ideado para

---

1 Este artículo se basa en una conferencia del autor, en la Universidad de Los Hemisferios, en un evento en el cual se rindió homenaje a Monseñor Juan Larrea Holguín, quien fuera profesor del autor en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

2 R.O. No. 26, 26 de mayo de 2005.

3 Juzgado Octavo de lo Civil de Quito, 26 de mayo de 2006, Acción de amparo, Alejandro Ponce Martínez v. Presidente de la República.

la designación de jueces del más alto tribunal, proceso en el cual un ex servidor de la dictadura militar de 1976 violó, no sólo la Constitución, sino todos los procedimientos previstos en dicha ley No. 01/2005 que provocó la designación espuria de la denominada Segunda Corte Suprema de facto. El Comité denominado de selección no dio trámite a ciento ochenta y un impugnaciones y el Presidente de dicho Comité envió una orden al Presidente de la Corte Superior de Quito para que este, a su vez, dispusiera que los jueces no concedieran las acciones de amparo que se plantearan contra este abuso del citado Comité.

El proceso electoral de 2006 concluyó en la designación, por elecciones, de un dictador conforme el Presidente León Febres Cordero lo pronosticó, desde cuando el grupo político Alianza País no presentó candidatos al Congreso Nacional. Efectivamente, el nuevo gobierno desintegró el Congreso Nacional e impuso, en contra de todo lo que había anunciado el candidato durante la campaña electoral, un sistema totalitario de integración de la Asamblea Constituyente, que usurpó poderes que no tenía y redactó un texto de constitución (el "Texto de Montecristi") confuso, incoherente, incomprensible, enrevesado, contradictorio, ajeno a la realidad del país, que, sometido a consulta, sólo obtuvo el 48,36% de los votos de los electores, como lo confirma la resolución del Tribunal Supremo Electoral de 16 de octubre de 2008, publicada en el R.O. No. 449, el cual a pesar de impugnaciones presentadas, ordenó se publicara el 20 de octubre de 2008. Acto seguido el Tribunal Constitucional en funciones se autoproclamó, en contra de expresas disposiciones del publicado Texto de Montecristi, en Corte Constitucional y asumió poderes legislativos superiores a todo concepto jurídico y moral, sustentando falsedades como aquella de que en el Ecuador no se había vivido un Estado social de Derecho, sobre la base de la afirmación del español Diez Moreno. En vez de recurrir a los experimentados legisladores y juristas ecuatorianos, que durante nuestra historia dictaron sabias leyes y sentaron principios jurídicos profundos, en lugar de mantener las posiciones de nuestra jurisprudencia, proveniente de jueces probos, preparados, honestos y honrados, el Tribunal Constitucional (Convertido en Corte Constitucional) designado por el Jefe Supremo, recurrió a historias inventadas, similares a los de los fantasmas en el Palacio de Carondelet vistos por el Presidente Bucaram, para amoldarse al poder hegemónico del Jefe Supremo y destruir los derechos humanos y las libertades públicas.

El Ecuador, pues, con un proceso dominado por el Jefe del Estado, incursionó, sobre la base de un Texto no aprobado legítimamente, en una vorágine de cambios dirigidos a suplantar los principios jurídicos por las decisiones políticas. *"En los países prósperos no se gastan esfuerzos individuales y colectivos en la realización de procesos constituyentes que modifiquen los ordenamientos constitucionales y transformen los marcos institucionales de un año a otro. Con las libertades básicas garantizadas para sus ciudadanos, los gobernantes de tales países se ocupan de establecer las condiciones para que la gente trabaje, cree, produzca, consuma, descanse, en otras palabras, sea libre en un entorno de seguridad jurídica. El Presidente del Ecuador, por el contrario, consumió los esfuerzos de los ecuatorianos en actividades constituyentes improductivas. Dos años los entretuvo en discusiones sobre el carácter originario del poder constituyente, la naturaleza de los plenos poderes de la Asamblea, la necesidad de sepultar el ordenamiento jurídico de la larga noche neoliberal. Los dos años del proceso constituyente ecuatoriano le dejaron al País en medio de la incertidumbre jurídica. Además de desconocer el imperio de la Constitución y concentrar los poderes de administración, legislación y control, el Presidente y su Asamblea Constituyente cambiaron, mediante decretos, leyes y mandatos, porciones importantes de la legislación tributaria, minera, de gasto público. La inseguridad jurídica produjo resultados inmediatos..."*[4]

II.- La Corte Nacional de Transición

Con sujeción, pues, a este sistema perverso, a través del ejercicio de dicho poder metajurídico, se integró, una Corte Nacional de Justicia de transición, que debía, hipotéticamente, provenir de un sorteo, pero que, en la realidad, fue el resultado de la maniobra política, sin que se pueda desconocer que algunos de sus integrantes tuvieron méritos suficientes para ocupar el cargo de jueces en ella. Tal proceso se sujetó al artículo 21 del Régimen de Transición publicado junto con el Texto de Montecristi, reglamentado por el Consejo Nacional Electoral mediante resolución de 27 de octubre de 2008, R.O. 456 (suplemento), 29 de octubre de 2008. La Corte Nacional de Justicia debía haberse integrado por 21 de los 31 miembros de la Corte Suprema de Justi-

4 Torres, L. F. 2009, *"Presidencialismo Constituyente"*, Corporación Autogobierno y Democracia, Fundación Hanns Seidel, Librería Cevallos, Quito, pp. 37 y 38.

cia designados por sorteo. Todos los Ministros Jueces de la Corte Suprema, excepto uno, renunciaron a sus cargos para no someterse a este proceso. La Corte Constitucional de transición el 28 de noviembre de 2008 a través de una sentencia, sin que exista controversia, usurpando funciones, sobre la base de meras solicitudes de interpretación, con el fin de satisfacer los deseos del Jefe Supremo, dictó una auténtica ley, para suplir lo que la Asamblea Constituyente dejó de hacer, esto es para establecer un mecanismo de designación de los jueces de la Corte Nacional de Justicia. El único Ministro Juez sobreviviente de la Segunda Corte Suprema de facto fue ungido, por la Corte Constitucional de transición, con la facultad de conformar la Corte Nacional de Justicia de transición, servicio por el cual fue recompensado al ser designado como Presidente de tal Corte.

III.- La organización de la Función Judicial en el texto de Montecristi y en el Código Orgánico de la Función Judicial

La estructura y organización judiciales descansan, en el Texto de Montecristi, en la incertidumbre acerca de la firmeza de los fallos judiciales. En efecto, en vez de propiciar el que durante el desarrollo de los procesos se garantice el cumplimiento de los principios constitucionales, como lo proponía el texto del Art. 95 del proyecto que lo hizo público el 10 de agosto de 2007, "Proyecto de Constitución para el Ecuador", el grupo Ciudadanos por la Democracia, el Texto de Montecristi deja ese sustancial aspecto, para ser resuelto en un cuarto grado de impugnación, a través de una acción extraordinaria de protección, sujeta, en la Corte Constitucional a manipulaciones y negociaciones.

Bajo el Texto de Montecristi la inestabilidad, iniciada el 8 de diciembre de 2004, extendida desde entonces a todos los niveles de la judicatura, pues la mayor parte de los jueces son transitorios, de transición, suplentes, interinos, sujetos a cambios, destinados a ser separados, posiblemente reemplazables a corto o mediano plazo, se consagró constitucionalmente en el Texto de Montecristi publicado por orden del Tribunal Supremo Electoral, en diversas normas, que, con la imprecisión que es la base del neoconstitucionalismo, dispersan a la estructura judicial.

Precisamente de ese presupuesto (la imprevisión) parte la normativa referente a la *"organización y funcionamiento"* de *"los órganos jurisdic-*

cionales" de la Función Judicial, cuando, en el Art. 178 del Texto de Montecristi se reconoce que, aparte de dichos órganos hay otros (no identificados) *"con iguales potestades reconocidas en la Constitución"* encargados de *"administrar justicia"*. Dicha norma enumera a la Corte Nacional de Justicia, las cortes provinciales de justicia, los tribunales y juzgados que establezca la ley, y los juzgados de paz, sujetos todos ellos al *"gobierno, administración, vigilancia y disciplina del Consejo Nacional de la Judicatura"*.

La Corte Nacional de Justicia (que pertenece a la *"justicia ordinaria"*) se halla integrada, según el Art. 182 por veintiún jueces (que pueden, naturalmente, ser juezas también, como, innecesariamente lo repite la Constitución por varias ocasiones) que deben tener conjueces. Estos jueces, según el Art. 185, se han de asignar a salas especializadas, cuya jurisprudencia reiterada por tres ocasiones se convierte en generalmente obligatoria, solamente si lo aprueba la integridad de la Corte, o no se pronuncia en sesenta días desde que la sala respectiva comunica al denominado *"pleno de la Corte"* la existencia de tal reiteración, a pesar de que la Corte Nacional de Justicia conoce y decide, fundamentalmente sobre los recursos de casación que, por su propia naturaleza, corrigen los errores de derecho de los fallos inferiores y, por lo mismo, por su propia sustancia, son y deben ser precedentes obligatorios, sin necesidad de reiteración alguna y menos aún de aprobación de los veintiún jueces.

Tal jurisprudencia obligatoria, sin embargo, puede no ser mantenida como tal si es que, en un nuevo caso, por unanimidad, la sala especializada respectiva decide cambiar la jurisprudencia. ¿Por qué pues, la pantomima de ir al pleno de la Corte en busca de una ratificación de la interpretación jurisprudencial si la sala puede cambiar tal interpretación por sí misma? Porque en el sistema neoconstitucional nada es seguro, todo es relativo, la moral varía y los principios jurídicos no existen.

Peor inestabilidad, con consecuencias más profundas, en la realidad, surge de la insensata eliminación de la permannecia vitalicia de de los jueces que era un mecanismo que a partir de 1997 había permitido la depuración de la Función Judicial, pues los jueces, con el aliciente de permanecer en sus cargos, trataban de lograr resoluciones sustentadas en el Derecho y no en consideraciones extrajurídicas, mientras que un sistema que obliga al cambio de jueces cada tres años, sin posibilidad siquiera de reelección,

a más de acentuar la inherente inseguridad social (fruto del pensamiento neocosntitucionalista) alienta a los jueces a obtener el mejor partido de su corta permanencia en la judicatura.

Un sistema parecido ya se experimentó, con deplorables resultados, como consecuencia de las reformas de 1992. El Texto de Montecristi publicado el 20 de octubre de 2008, establece que el cambio de jueces, por partes, con la eliminación de quienes el Consejo de la Judicatura decide que no tienen méritos para continuar en funciones, debe producirse cada tres años[5].

En efecto, la Asamblea Constituyente, conformada, en su mayoría apabullante, por subordinados al Jefe del Estado, no reconoció las inherentes bondades del sistema surgido de la consulta popular de 25 de mayo de 1997, y, por ello, retornó, al sistema que se ideó en 1992.

La integración de la Función Judicial neoconstitucionalista, esto es de un poder que, se supone, no decide de acuerdo al Derecho sino a la moral de sus integrantes[6] y cuyos servidores, precisamente para garantizar la imprevisión e imprevisibilidad de sus decisiones no gozan de estabilidad, sino que la inestabilidad es un ingrediente de esencia del sistema judicial, se basa en la farsa similar a la que se condujo en 2005, luego del golpe de estado de 8 de diciembre de 2004: una supuesta selección sobre la base de concursos originalmente conducidos en bloque, por el Consejo de la Judicatura.

El sistema trató de consolidarle en la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial.

Tal Código fue preparado por el denominado Congresillo, esto es un poder legislativo conformado por miembros de la Asamblea Constituyente designados en proporción a la integración de ella, en número reducido, esto es con la mayoría del grupo liderado por el Jefe Supremo.

---

5 Art. 182 del Texto de Montecristi.

6 Sin necesidad de retóricas, el sistema de Derecho que el Jefe del Estado y sus obedientes servidores intentan imponer es uno en el cual el Derecho se confunde con la moral, y la moral depende de la conciencia o ausencia de conciencia de cada persona. Esto es, un sistema en el cual relativismo es fundamental. Se ha retornado, sobre la base de la Constitución, al tiempo de la "justicia relativa".

Tal Congresillo trató de garantizar la doble instancia en todas las materias y, por ello, en el proyecto vigente del Código Orgánico aprobado el 2 de febrero de 2009 ("el proyecto") intentó crear los jueces de lo contencioso administrativo y los jueces de lo contencioso tributario, de primera instancia[7], pero el Jefe del Estado, entre las muchas objeciones que efectuó[8], pidió que se eliminaran tales jueces con el criterio de que *"la creación de una instancia adicional en este tipo de procesos, a cargo de los juzgados correspondientes, necesariamente retardaría la resolución judicial de los mismos. Al tratarse de materias en que el Estado es el directamente interesado, la pronta resolución de los conflictos contribuiría a la expedita marcha de la administración pública y a la seguridad jurídica y en consecuencia la creación de esta primera instancia afectaría gravemente la agilidad de la administración"*[9].

Esta frase define, clara y evidentemente, el pensamiento jurídico del Jefe Supremo de despreciar los derechos fundamentales que constan reconocidos en el Texto de Montecristi que sus constituyentes aprobaron, y su pensamiento político de que el Estado prevalece sobre la persona humana y que esta es un ente subalterno al Estado. Todo, para él, es el Estado, nada existe fuera del Estado. Demuestra también un notable desconocimiento de los procesos contencioso administrativos en los cuales a quienes les interesa la resolución de los conflictos es a los actores, esto es, en la mayoría de los casos, a los administrados que han sido perjudicados por los actos administrativos de las instituciones públicas. Por ello, como lo demuestra la experiencia, las instituciones públicas demandadas en tales procesos intentan que estos se prolonguen indefinidamente, especialmente cuando temen que los jueces de lo contencioso administrativo o de lo contencioso tributario puedan dictar sentencias en su contra.

Tanto el Congresillo como el Jefe del Estado, este en su proyecto inicialmente presentado y en sus objeciones, decidieron romper el principio de especialidad o especialización que establece el Texto de Monte-

---

7 Arts. 216 a 219 del proyecto aprobado el poder legislativo.

8 El texto de su veto parcial es tan extenso como el Código Orgánico e introduce más desaciertos que los entuertos originales.

9 Oficio No. T 3466 –SGJ-09-626 de 26 de febrero de 2009, dirigido por el Jefe del Estado al Presidente del Congresillo, p. 30.

cristi publicada el 20 de octubre de 2008[10] cuando otorgaron a las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes Provinciales competencia para conocer asuntos civiles originados en controversias entre particulares, en única instancia, al establecer que tales Salas deben decidir todos los asuntos previstos en la Ley de Propiedad Intelectual, esto es litigios originados en violación de los derechos de propiedad intelectual, o sea sobre derechos de autor, derechos de propiedad industrial, competencia desleal, obtenciones vegetales y similares. La jurisdicción contencioso-administrativa se ha establecido para resolver sobre impugnaciones a actos y hechos administrativos o para decidir sobre controversias derivadas de contratos del Estado y sus instituciones, no para decidir sobre asuntos civiles originados fundamentalmente en delitos y cuasidelitos civiles. Es una barbaridad jurídica que jueces de lo contencioso administrativo resuelvan, en una sola instancia, conflictos civiles entre particulares.

El Código Orgánico de la Función Judicial establece un sistema altamente complicado de integración de ocho salas especializadas en la Corte Suprema, en las cuales se divide. Aunque la Constitución ordena que haya jueces especializados para niños y adolescentes y para la responsabilidad de los adolescentes, ella no exige que tal especialización llegue hasta la Corte Nacional de Justicia, fundamentalmente una corte de casación y excepcionalmente de revisión. Los asuntos de menores son controversias de índole social en los cuales los hechos son lo fundamental y esencial para resolver los conflictos. Por ello, no debería haber, en principio, posibilidad de que esos asuntos sean objeto de casación. De igual modo, la responsabilidad de adolescentes infractores ha de ser tratada como un problema de orden social y sicológico, por lo cual, tampoco deben las resoluciones que se dicten ser materia de un recurso de casación. Aunque asuntos eferentes estrictamente al derecho de familia (que no debe incluir el derechos sucesorio, como lo hace el Art. 234, numeral 1 del Código Orgánico pues la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio, por lo cual es un asunto íntegramente patrimonial, no familiar) pueden tener jueces especiales en primera y segunda instancia, no se encuentra justificada la necesidad de que los eventuales casos de casación en dicha materia sean resueltos por una sala distinta de la de lo

10 Arts. 175, 185 y 186.

civil. Tampoco hay razón para separar las causas penales comunes de las penales militares y policiales y de las de tránsito, como lo hace el Código Orgánico. Existe, pues, en esa estructuración una falla técnica deplorable.

Constituye un atentado contra el libre ejercicio de la profesión de abogados el que se haya sometido en tal Código a los abogados al control del mismo ente que disciplina a los jueces esto es el Consejo de la Judicatura, a través de sus Direcciones Regionales[11], así como que se sometan a registro en el "foro" administrado por dicho Consejo. La tendencia universal es la de que los abogados sean parte de Colegios de Abogados los que, inclusive, tienen la facultad de sancionar a los abogados, sin perjuicio del poder de los jueces independientes, sobre la materia.

En definitiva en el Texto de Montecristi aprobado sólo con el voto del 48,36% de los electores[12], y el Código Orgánico de la Función Judicial la estructura y la organización judiciales descansa en la incertidumbre acerca de la firmeza de los fallos judiciales puesto que se ha convertido a la organización de la sociedad pública en *"un Estado de principios tiránicos en el que la voluntad de nueve individuos, sometidos al control del Jefe del Estado, decide qué es obligatorio y qué no lo es"*[13] y *"ha dado al sistema judicial, especialmente en cuanto a su forma de integración, a la designación de los jueces, a sus principios y forma de actuación una evidente orientación a la sumisión al poder político. La necesidad de mantener seguridad en las relaciones jurídicas ha sido reemplazada por la de que el Estado cumpla funciones de control sobre sus miembros. Aunque en el Texto de Montecristi se mencione a los derechos humanos y a otros derechos que deban ser protegidos, la organización* judicial *tiende a mantener la incertidumbre, la imprevisión y el relativismo. La alteración de la estructura judicial ha generado un*

---

11 Arts. 336 y 337.

12 El inciso primero del artículo 103 de la Constitución de 5 de junio de 1998, que entró en vigencia el 10 de agosto del mismo año, dispone: *"se establece la consulta popular en los casos previstos en esta Constitución. La decisión adoptada será obligatoria si el pronunciamiento popular contare con el respaldo de la mayoría absoluta de votantes"*.

13 Ponce Martínez, Alejandro, Notas sobre la evolución e involución de la Función Judicial desde 1992 "hasta 2014", Revista de la Sección de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, Época II, No.3, p.80.

'régimen dependiente de las otras funciones del Estado, con sujeción al poder ejecutivo, lo que ha hecho muy difícil la obtención de una justicia real y efectiva."[14].

Como he dicho, el Código Orgánico de la Función Judicial, en virtud de la inapropiada y desacertada objeción presidencial[15], aceptada por el Congresillo[16], no contuvo la importante reforma, aprobada originalmente por tal singular poder legislativo, de instaurar jueces de lo contencioso administrativo y de lo contencioso tributario de primera instancia, con el fin de garantizar la doble instancia reconocida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y consagrada por la Constitución de 1998, repetida en el artículo 76, numeral 7, literal m) del Texto de Montecristi. El propósito claro para frenar y detener tan importante reconocimiento de derechos era controlar, por parte de la función ejecutiva, a los jueces de los tribunales de lo contencioso administrativo y de lo contencioso tributario para que no dictaran resoluciones en contra del Estado totalitario. Este objetivo se ha cumplido a cabalidad[17], puesto que miles de juicios contra el Estado permanecen

14 Id. Ob.cit. pp. 89, 90.

15 Oficio No. T 3466-SGJ-09-626 de 26 de febrero de 2009, dirigida por el Jefe del Estado al Presidente del Congresillo el 26 de febrero de 2009. El proyecto aprobado por el Congresillo el 2 de febrero de 2009, en sus artículos 216 a 219 incluía jueces de lo contencioso administrativo y de lo contencioso tributario de primera instancia. El Congresillo, fiel a la imposición del Jefe del Estado, se allanó a la objeción.

16 Un documento anexo al Texto de Montecristi, denominado "Régimen de Transición", dispuso que, si se aprobaba la constitución en el referéndum (con la mayoría prevista en el artículo 103 de la Constitución de 1998, lo que, como he señalado, no ocurrió) concluiría el *"período de los diputados principales y suplente elegidos el 15 de octubre del* (sic) *2006.- La Asamblea Constituyente se reunirá cinco días después de proclamados los resultados del referéndum para conformar la Comisión Legislativa y de Fiscalización procurando mantener la proporcionalidad política que tuvo el plenario de la Asamblea Constituyente"*. A este sui generis engendro de poder legislativo, no surgido de la voluntad popular, se le denominó "el Congresillo".

17 Bajo la presión del Servicio de Rentas Internas (SRI) el Consejo de la Judicatura, sin garantizar el derecho de defensa, suspendió a dos rectos jueces de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia que aceptaron un recurso de casación, planteado contra una sentencia de jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 1 que no contenía los mínimos elementos para ser considerada como fallo judicial y que no había resuelto todos los asuntos sometidos al litigio. En efecto, el Presidente del Consejo de la Judicatura el 23 de septiembre de 2013 suspendió a los jueces nacionales doctores José Suing y Gustavo Durango, sobre la base de una atribución no contenida en la ley, sino en una resolución de la Asamblea Nacional publicada el 13 de julio de 2001, y el Consejo de la Judicatura los destituyó el 20 de diciembre de 2013, sin ningún análisis sobre su propia competencia ni revisión alguna de los argumentos presentados por los citados jueces. Concomitantemente, la Corte Constitucional

sin resolución en tales tribunales, que se crearon, originalmente, en la época democrática, para garantizar los derechos ciudadanos y eliminar la arbitrariedad estatal. Las pocas sentencias dictadas favorecen posiciones del gobierno que llegan a sustentar que es legal la doble carga impositiva sobre un mismo hecho generador, a favor de un mismo sujeto activo de tributos[18].

IV.- Los efectos de una consulta popular manipulada

El 7 de mayo de 2011 se realizó una consulta popular en la cual se incluyó una extensa pregunta sobre la reforma judicial, en el Texto de Montecristi y en las normas del Código Orgánico de la Función Judicial. Los resultados reales de dicha consulta fueron manipulados por el Consejo Nacional Electoral para dar la sensación de que el Jefe del Estado tenía todavía el soporte de buena parte de los ciudadanos. Quienes estaban cerca del proceso consideraron que los votantes se habían pronunciado en contra de la inmensa mayoría de las extensas propuestas del poder ejecutivo. Más aún, existen claras indicaciones que entre los conductores de la campaña por el voto negativo se infiltraron falsos gestores que torcieron la forma en que debía realizarse una campaña efectiva en busca del rechazo a todas las propuestas[19].

---

dejó sin efecto la sentencia de 18 de julio de 2013 de la citada Sala de la Corte Nacional, en una decisión de 26 de diciembre de 2013, en el cual contradijo muchos de sus precedentes, al resolver la acción extraordinaria de protección propuesta por el Director General del Servicio de Rentas Internas contra los jueces de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en relación con el juicio propuesto por la Compañía Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. contra los Directores General y Regional Norte del Servicio de Rentas Internas.

18 Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 1, 19 de abril de 2016, Juan Quevedo y otros v. Director Nacional del Servicio de Rentas Internas.

19 Informaciones de fuentes conocedoras de la conducción de la campaña y del análisis de los resultados de la consulta me han confirmado tanto la errónea conducción de la campaña por el voto negativo como la alteración de lo decidido por la gente. Desde el punto de vista de los resultados publicados por el Consejo Nacional Electoral también se concluye que, de haberse mantenido el estado democrático bajo la Constitución de 1998, la mayoría de los resultados publicados hubieran sido favorables a negar lo propuesto por el Jefe del ejecutivo. En el caso de la pregunta número 5, que comprendía textos largos sobre la reforma fundamentalmente sobre el Consejo de la Judicatura, el número de votos positivos fue de 4'029.458, mientras la suma de los votos negativas más los nulos llegó a 4'099.428. El total de electores fue de 11'158.419, pero sólo 8'634.376 votaron, lo que implica que 2'514.043 personas, esto es 29,11% del total de electores, no estaban de acuerdo con pronunciarse a favor de la reforma.

Como consecuencia del resultado irreal de tal referéndum el Consejo Nacional Electoral publicó el 13 de julio de 2011[20] las reformas al Texto de Montecristi y al Código Orgánico de la Función Judicial, en virtud de las cuales el Consejo de la Judicatura se integró con funcionarios obediente al Jefe del ejecutivo, con facultades exorbitantes en contra de la independencia de los jueces.

Originalmente el citado Código Orgánico de la Función Judicial contuvo, aparte de otros defectos de menor importancia, el muy grave de otorgar a los jueces de los tribunales contencioso administrativo la facultad de conocer y resolver juicios civiles entre particulares, no relacionados en absoluto con la materia contenciosa administrativa, al establecer, entre su competencia, la facultad de resolver los conflictos sobre propiedad intelectual y el absurdo de asignar a los jueces de familia el conocimiento y resolución de asuntos relacionados con un modo de adquirir el dominio (materia íntegramente patrimonial) como es la sucesión por causa de muerte y las donaciones entre vivos.

Ello ha derivado, por un lado, en que los jueces de los tribunales de lo contencioso administrativo pretendan aplicar normas del procedimiento contencioso administrativo a procesos civiles verbal sumarios, regulados por la Ley de Propiedad Intelectual, pues han impedido que se practiquen pruebas de índole pericial en la forma establecida en dicha ley especial, han negado la designación de peritos que determinen el monto de los daños y perjuicios reclamados en tales procedimientos y han retardado indebidamente la resolución de las controversias[21].

De otra parte el que los jueces de familia conozcan procesos relacionados con el modo de adquirir el dominio denominado sucesión por causa de muerte y con controversias provenientes de donaciones, esto es

---

20 R.O. No. 490 (S) 13 de julio de 2011.

21 Estas graves irregularidades se han producido, por ejemplo, en el juicio propuesto por Hospimedikka Cia. Ltda-. contra Laboratorio Biosano S.A. que se tramita en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 (juicio al cual originalmente se le asignó el No. 17637-2008, pues se inició en el año 2008, y luego se le dio la numeración 10639.2013). En tal proceso se negó el pedido de que se designaran peritos (uno por cada parte cono lo establece la Ley de Propiedad Intelectual) para determinar el monto de los daños y perjuicios causados y la sentencia, que debía dictarse en treinta días desde que se practicaran todas las pruebas, no ha sido emitida.

sobre asuntos exclusivamente patrimoniales, ha originado inadecuada forma de tramitación, por ignorancia de los jueces, y ha conducido a resoluciones que se apartan totalmente del ordenamiento jurídico, como la dictada por la sala de la familia de la Corte Provincial de Pichincha en la cual se decidió que en las sucesiones testamentarias no se debe realizar el inventario de los bienes del difunto[22]. Por desconocimiento de quienes elaboraron el software que maneja la Función Judicial, se ha llegado al extremo de impedir el acceso a la tutela judicial efectiva porque, según se ha dicho, el sistema no contempla acciones propias del ámbito del modo de adquirir el dominio denonimado sucesión por causa de muerte.

El Código Orgánico de la Función Judicial otorgó, de otro lado, a los conjueces de la Corte Nacional de Justicia una atribución innecesaria en su artículo 201, numeral 2, al disponer que ellos deben calificar la admisibilidad de los recursos que *"corresponda conocer a la sala especializada"*, puesto que la calificación y concesión de los recursos de casación en todas las materias, salvo en la penal, les correspondía, en ese entonces, a los mismos jueces de instancia que dictaron la sentencia o auto definitivo objeto de tal recurso, por lo cual, concedido el recurso no cabía un nuevo análisis sobre el cumplimiento de los requisitos formales para su admisión y, por ello, no cabía que existiera dos decisiones sobre el mismo asunto. Se agravó, en perjuicio de los litigantes, tal situación con relación a esta segunda calificación de los recursos de casación, cuando se reformó la citada disposición legal, para atribuir sólo a un conjuez la facultad de *"calificar, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala a la cual se le asigne..."*[23], lo cual significa que **un** solo **conjuez**, podía desconocer lo que habían decidido **tres jueces** de una corte provincial o de un tribunal contencioso administrativo o contencioso tributario, sobre exactamente el mismo asunto formal, como es el de examinar si se han cumplido los requisitos que la ley exige para que se conceda el recurso extraordinario de casación.

---

22 Corte Provincial de Pichincha, Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, 29 de abril de 2014, inventario de los bienes de la causante Inés Guarderas Chiriboga de Álvarez.

23 Ley s/n, Código Orgánico General de Procesos, R.O. 506 (S), 22 de mayo de 2015, disposición reformatoria segunda, numeral 4.

El Código Orgánico General de Procesos que rige desde el 22 de mayo de 2016 ha consagrado esta facultad a favor de conjuez o quien ha sometido el análisis procesal del recurso.

Basados en dicha reforma legal, algunos conjueces de la Corte Nacional de Justicia se han arrogado indebidamente la facultad de examinar elementos de fondo de recursos de casación planteado y a través de tal indebido examen han **rechazado** por razones de fondo o de mérito demandas de casación con grave perjuicio para los recurrentes[24]. Con este modo de actuar se ha violado el derecho de las personas a ser oídas por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial para la determinación de derechos, así como el derecho a recibir una resolución dictada por juez competente, en clara contravención del párrafo 1 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estas actuaciones se han producido, a pesar de que la propia Corte Nacional de Justicia, en resolución dictada por los veintiún jueces que la integran ha declarado que esta calificación, que inapropiadamente la ley ha confiado a un solo conjuez, es de carácter meramente formal. En efecto en la resolución No. 6 de 25 de mayo de 2015 expresó que lo establecido en la disposición reformatoria segunda, numeral 4 del nuevo código procesal otorga la facultad de *"la calificación de la procedencia formal de los recursos de casación que lleguen a la Corte Nacional, ya no.a un Tribunal, sino a las y los* (sic) *Conjueces en forma individual"*[25].

---

24 Así ha actuado uno de los conjueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia al calificar de inadmisible un recurso de casación porque se había exigido que, como violación de normas procesales, se declarara la nulidad de la sentencia dictada por jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1, en resoluciones de 4 de agosto de 2015 y 10 de septiembre de 2015, en el recurso de casación propuesto dentro del juicio iniciado por Miriam Mantilla Larrea contra el Ministro de Relaciones Exteriores, contra un acto administrativo que jamás se le notificó, y en resolución de 7 de junio de 2016 , en el recurso de casación propuesto por Mónica del Carmen Gallegos Mora en contra de una decisión de los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 de negarse a ejecutar una sentencia dictada a su favor que ordenaba su reintegro a una filial de Petroecuador, absorbida por esta empresa pública. Sin ninguna referencia concreta y específica al recurso de casación propuesto, también un Conjuez de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte nacional de Justicia, en un pronunciamiento sobre el fondo del recurso de casación lo ha inadmitido, en auto de 15 de junio de 2016, en el juicio propuesto por Juan Quevedo y otros contra el Servicio de Rentas Internas.

25 R.O. 517, 8 de junio de 2015.

V. Actos arbitrarios del Consejo de la Judicatura

Además de estos serios aspectos estructurales que atentan contra un adecuado actuar de la Función Judicial, hay un notable desacierto en la forma como el Consejo de la Judicatura designa, suspende, sanciona y no sanciona a jueces, lo que conlleva a afectar la necesaria inamovilidad e independencia de los jueces, lo que conduce a que, repentinamente, sin notificación alguna a las partes, un juez diferente del que ha estado a cargo de la tramitación del proceso, sea quien decida. Sentencias se han dictado por parte de jueces advenedizos, encargados, sin publicidad alguna, de juzgados (denominados impropiamente como unidades judiciales), en uno o dos días, sin revisión ni examen procesal alguno. El Consejo de la Judicatura ha respaldado esta forma de proceder con el argumento de que ello significa respetar el principio de celeridad, como si la rapidez, destinada a satisfacer actos ciertos de corrupción, sea el objetivo y finalidad del proceso[26]. **Ciertamente constituye una aberración que sea el mismo Consejo de la Judicatura el que designe a los jueces y los sancione**[27]. Lo racional sería que los jueces de primera instancia fueran nombrados por las Cortes Provinciales (antes llamadas, con acierto, Cortes Superiores) y los de estas Cortes por la Corte Nacional (antes bien denominada Corte Suprema de Justicia) cuyos integrantes, como se dispuso como consecuencia de la consulta popular del 25 de mayo de 1997, deberían ser designados por la misma Corte. El Consejo de la Judicatura debería ser un órgano de control disciplinario, meramente.

---

26 En la citada resolución del Consejo de la Judicatura se rechazó una queja contra un juez que dictó una sentencia dentro de los dos días siguientes a la disposición administrativa mediante la cual se le encargó de un juzgado, en un proceso complejo de alegada colusión, que tenía alrededor de seis mil fojas. (Pleno del Consejo de la Judicatura, 14 de agosto de 2013, Alejandro Ponce Martínez v. Wilmer Ambrosi Robles).

27 Esto deriva del numeral 2 del artículo 181 del Texto de Montecristi que determina que corresponde al Consejo de la Judicatura *"dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, ascensos y sanción..."*, atribuciones que constaban también originalmente en los numerales 3 y 18 del artículo 264 del Código Orgánico de la Función Judicial y hoy se encuentran, como consecuencia de una reforma constante en una resolución legislativa (no en una ley), con textos distintos, en los numerales 1, 11, 12 y 14 del mismo artículo.

VI. Otras normas inapropiadas

Hay otras disposiciones criticables en el Código Orgánico de la Función Judicial, como la que ordena que las sentencias extranjeras requieren de reconocimiento u homologación por parte de las Cortes Provinciales (artículo 208, numeral 6). Ello significa, por un lado, que tales jueces de las Cortes Provinciales pueden libre y arbitrariamente rechazar el reconocimiento u homologación de decisiones de cortes extranjeras, con grave perjuicio para quienes intentan ejecutarlas en el Ecuador[28], y, por otro, que se requieren dos procesos tediosos y complicados para tal ejecución. El Código de Procedimiento Civil que rigió hasta el 22 de mayo de 2016 contenía una norma muy sabia en su artículo 414 que permitía la ejecución de sentencias extranjeras en proceso ejecutivo, siempre que ellas no contravinieran al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional y estuvieren acordes a los tratados internacionales, o a falta de ellos, si constare en el exhorto respectivo que la sentencia había pasado en autoridad de cosa juzgada, conforme a las normas del país en la cual se dictó, y la sentencia se hubiere dictado en una acción personal.

VII.- El nuevo código procesal

El 22 de mayo de 2016 entró en vigencia el Código Orgánico General de Procesos ("nuevo código procesal") mediante el cual se intenta establecer un procedimiento oral, supuestamente más ágil para la resolución de las causas. Sin embargo desde la forma en que se regula el contenido de las demandas hasta la exigencia de que los jueces deben dictar sentencia al concluir la audiencia definitiva o única, muestra una clara intención de impedir el acceso a la tutela judicial imparcial y efectiva.

En él, en contra del Texto de Montecristi, no se ha establecido ni regulado el recurso de revisión, lo que ha derivado en sentencias injustas, fruto de la corrupción[29].

---

28 La sala de la familia de la Corte Provincial de Pichincha, se ha inhibido de resolver sobre la homologación de una resolución de la Corte del Condado de Miami, Dade, Florida, Estados Unidos de América, ejecutable sobre bienes situados en el Ecuador, con el criterio de que el proceso de ejecución debe conducirse ante la misma Corte de Florida, puesto que los jueces ecuatorianos carecen de jurisdicción para hacerlo. (26 de mayo de 2016, Leonor Arcos).

29 Corte Nacional de Justicia, Sala de Conjueces de lo Civil y Mercantil, 4-08-2016 Prophar S.A. v. Merck Sharp & Dohme (Inter American) Corporation. En esta sentencia impuesta por la

No es adecuado, en este estudio señalar cada uno de los defectos de este nuevo código procesal, que se encuentra sujeto a la aplicación de jueces neófitos, sin experiencia, temerosos de las acciones del Consejo de la Judicatura, cuyo control les agobia y ante los cuales las partes procesales carecen del derecho de acceder y actuar libremente. Ciertamente es deplorable, por decir lo menos, el uso del idioma español en tal nuevo código procesal. Ello hace difícil su lectura, causa enorme molestia en la comprensión y coloca al comentador en la situación real de corregir el texto porque es necesario expresarse en correcto e inteligible idioma español. No sólo que repite, hasta el cansancio, sustantivos, adjetivos y participios, en dos géneros[30], sino que convierte verbos transitivos en intransitivos, lo cual conduce a que lo que debe ser complemento directo se lo trate como complemento circunstancial, utiliza el gerundio en forma equivocada y conjunciones temporales en vez de condicionales, junto con otros errores en la construcción de las frases.

Sujeto al maleficio de los tiempos, en los que son expertos en economía quienes imponen las leyes, el nuevo código procesal se inscribe en la tendencia de contradecir normas constitucionales relacionadas con el debido proceso y el principio dispositivo. El Texto de Montecristi prohibió a los jueces que apliquen el estatuto constitucional por sobre los preceptos legales, en la conducción de los procesos[31]. Por ello, los neófitos jueces se verán forzados tanto a decidir sobre la base de normas inferiores por sobre las disposiciones de los tratados internacionales, que tienen mayor jerarquía, como a desconocer las constitucionales[32].

Corte Constitucional, los conjueces consideran como válido el informe de un perito corrompido e inepto, por sobre toda la prueba en sentido contrario, que acredita la inexistencia de daño, que no es tomada en cuenta, para condenar a la demandada al pago de una indemnización de casi US $ $42'000.000 porque, por decisión de la actora, no se celebró la venta de una planta industrial cuyo precio era de US $1'500.000.

30 Curiosamente, en muestra del desconocimiento de la lengua, no se refiere a *"las peritas"* al nombrar a las expertas que pueden actuar en el proceso.

31 El artículo 428 obliga a los jueces a abstenerse de aplicar una norma contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales, mientras no exista un pronunciamiento, de la Corte Constitucional a la cual deben remitir el proceso.

32 Sobre la inherente facultad de los jueces de interpretar el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, de optar por la aplicación de las normas constitucionales por sobre las legales he tratado en mi obra "Derecho Procesal Orgánico" (Fundación Antonio Quevedo, Quito, 1991, p. 38 a 43). El artículo 428 del Texto de Montecristi constituye un retroceso sobre esta materia al negar la atribución de los jueces de disponer que se respete la mayor jerarquía de las normas enunciada en el artículo 425 de tal Texto.

En vez de mantener el texto de la Ley de casación, mediante su incorporación en el capítulo IV del título IV (artículos 266 a 277), se introduce, en el nuevo código procesal, un texto diferente, con el fin de lograr la desprotección de los litigantes y la consagración de un esquema en el cual la tutela judicial efectiva queda en manos de un conjuez, cuyo sorteo se realiza en secreto, a pesar de la disposición en sentido contrario que consta en el Código Orgánico de la Función[33], que, como ya he dado ejemplos, decide sin tomar en cuenta que su función es meramente de examinador formal del recurso, pero que, en muchos de los casos, se pronuncia sobre el fondo, en clara arrogación de facultades.[34]

La conceptualización del recurso de casación, descrita en el artículo 268 del nuevo código procesal, que contiene *"los casos"* y no, como debe ser, las causales de casación, parte del objetivo final de tal recurso, como si, desde un inicio, esto es desde su proposición, tal remedio contra una sentencia o auto definitivo, contuviera en sí el contenido de la decisión del tribunal de casación, esto es de cualquiera de las salas de la Corte Nacional de Justicia excepto en materia no penal. En efecto, mientras la Ley de casación, con acierto, disponía en su artículo 3 (titulado *"causales"*) que *"el recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales..."*, el artículo 268 del nuevo código procesal (titulado *"ca-*

33 El artículo 196 del citado Código ordena: *"los sorteos que deban realizarse en virtud de lo que dispone este Código y sus reglamentos, serán realizados en forma pública"* por el Presidente de *"la respectiva sala especializada"*, lo cual implica, ciertamente, que se debe convocar a las partes a cada uno de los sorteos, entre los cuales se hallan el previsto en el inciso quinto del artículo 183, en virtud del cual, cuando en una sala hay más de tres jueces, se ha de integrar el tribunal por medio de sorteo, y los constantes en los numerales 1 y 2 (reformado) del artículo 201 que ordenan que los conjueces designados por sorteo reemplazarán a los jueces, en caso de impedimento o ausencia, y el conjuez favorecido por el sorteo calificará, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que correspondan conocer a la sala.

34 Parece que a ciertos conjueces se les ha encomendado, por alguna autoridad, que ellos estiman que es superior, que deben inadmitir casaciones, para evitar que las salas de jueces deciden sobre ellas, con el argumento de que la estructura del texto del recurso no se adecúa a lo que ellos creen que debe ser el contenido del recurso, a pesar de que tal estructura se ha utilizado desde que en 1993 se dictó la Ley de Casación, sin que los ilustres y experimentados ministros jueces de la Corte Suprema de Justicia que analizaron esos recurso, después de la calificación formal de los ministros jueces de instancia (de las Cortes Superiores, Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Tribunales de lo Fiscal), hayan objetado tal forma de presentación. Un conjuez de la sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para cumplir, posiblemente las órdenes recibidas, llegó a calificar de alegato a una clara y bien estructurada demanda de casación (15 de junio de 2016, Juan Quevedo y otros v. Directores Nacional y Regional Norte del Servicio de Rentas Internas).

sos") ordena que *"el recurso de casación procederá en los siguientes casos..."*[35], regulación cuya intención se confirma, al enunciar los casos de procedencia, mediante el uso de la conjunción *"cuando"*, que significa, según su uso en el texto, *"en caso de que, si"*, lo que confirma que el legislador partió de la posición del juez, al decidir sobre cómo regular el recurso, y no, como debió haber sido, de la posición de quien lo propone. La Ley de casación, pues, expresaba la naturaleza del recurso de un modo más claro.

En cambio, con clara contradicción de lo expresado en el artículo 268, que, como digo, se refiere a los *"casos"* de casación, el numeral 3 del artículo 267 ordena que el recurso de casación debe contener *"la determinación de* ***las causales*** *en que se funda"*, texto idéntico al contenido en el numeral 3 del artículo 6 de la Ley de casación. Mas el numeral 4 del mismo artículo 267 ordena que en texto de la demanda de casación conste *"la exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado* (sic) d*e manera clara y precisa y la forma en que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada"*, frase bastante difícil de comprender puesto que lo se exige es que se expresen los motivos del recurso (esto es los varios que pueden existir en la sentencia o auto), pero de inmediato, como he hecho notar, da a entender que sólo debe haber un motivo *"señalado de manera clara y precisa"* a lo cual añade que ha de incluirse la *"forma en que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada"*, frase que sólo sería aplicable al *"caso"* que consta en el numeral 1 del artículo 268, que describe lo que, doctrinariamente y en legislaciones más precisas, se considera como errores *in procedendo,* a diferencia de las otras violaciones de derechos sustantivo que se conocen como errores *in uidicando*[36]. Según

---

35 El verbo intransitivo *"proceder"* se entiende, en este caso, como *"hacer algo conforme a razón,* ***derecho****, mandato, práctica o conveniencia"*, lo que lo determina el tribunal que decide sobre la procedencia del recurso de modo definitivo, sobre el fondo de lo expresado por el recurrente, quien, al momento de plantearlo, tiene la situación de incertidumbre frente a tal procedencia, puesto que ella se ha de entender, como *"conformidad con la moral, la razón o el* ***derecho****"* o como *"fundamento* ***legal*** *y oportunidad de una demanda, petición o* ***recurso****"*, lo cual, bajo cualquiera de los dos criterios, no lo define el recurrente, sino que lo decide el tribunal de casación. (Las citadas definiciones constan el "Diccionario de la Lengua Española" de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001).

36 En mi texto sobre "Derecho Procesal Orgánico", al cual me he referido anteriormente, resumí la historia, desarrollo, fines y objetivos del recurso de casación e incluí la distinción de la naturaleza de la casación basada en violaciones de principios adjetivos (errores *in procedendo*)

el Texto de Montecristi (artículo 76, numeral 7, literal j[37]), el Código Orgánico de la Función Judicial (artículo 130, numeral 4[38]) y del nuevo código procesal (artículo 89[39]) la motivación es un requisito de todos los actos de la administración pública, inclusive de las sentencias y autos (así como de los denominados en el Código de Procedimiento Civil derogado como decretos, hoy bautizados con el nombre de autos de sustanciación). Por consiguiente *"la exposición de motivos"*, como requisito de forma del recurso de casación constituye una antinomia, esto es una *"contradicción entre preceptos legales"*, de acuerdo con el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española. Ciertamente lo que constaba en el numeral 4 del artículo 6 de la Ley de casación derogada era concordante con la naturaleza del recurso de casación, al expresar que el cuarto requisito del recurso. La reforma introducida por ley de 20 de marzo de 1997 o decisoria y sucinta. El recurrente de casación debía contener *"los fundamentos del recurso"*. La Ley de casación, tal como se dictó el 12 de mayo de 1993 en el numeral 4 del mismo artículo 6 expresaba que el recurso de casación tenía que señalar *"los fundamentos en los que se apoya el recurso, expuestos en forma clara y sucinta. El recurrente deberá explicar de qué manera ha influido en la parte dispositiva de la sentencia o decisión cada una de las causales en que fundamenta su recurso"*[40]. La reforma introducida por ley de 20 de marzo de 1997[41], redujo el requisito a *"los fundamentos en que se apoya el recurso"*, lo cual, evidentemente, simplificó el contenido de la demanda de casación. El nuevo código procesal ha complicado la comprensión de lo que se exige, conforme

---

de la fundamentada en contravenciones directas de leyes sustantivas (errores *in iudicando*)" (Fundación Antonio Quevedo, Quito, 1991, p. 57 a 65).

37 *"No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"*.

38 Idéntica redacción a la constante en el Texto de Montecristi, transcrita en la nota anterior.

39 La segunda frase de esta norma es idéntica a la transcrita en la nota No. 25. Las tercera y cuarta frase dicen: *" Las sentencias se motivarán expresando* (sic) *los razonamientos técnicos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la aplicación e interpretación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como* ***fundamento*** *del recurso de apelación o* ***causal*** *del recurso de casación"*

40 Ley No. 27, 12 de mayo de 1993, R.O. 192, 18 de mayo de 1993.

41 Ley s/n, 20 de marzo de 1997, R.O. 39, 8 de abril de 1997. El plenario de las comisiones legislativas había aprobado la reforma a la Ley de casación el 1 de marzo de 1995, reforma que fue objetada parciamente por el presidente Sixto Durán Ballén; el 20 de marzo de 1997, el órgano legislativo se allanó a la objeción.

lo he analizado antes. Los neófitos e inexpertos jueces han llegado al extremo de alterar totalmente el sentido de las leyes para inhibirse de conocer causas presentadas ante ellos.[42]

Hubiera sido deseable que, en vez de empeorar el sistema de casación, el nuevo código lo hubiera mejorado, con el fin de afianzar, de mejor manera, la tutela judicial efectiva que el artículo 76 del Texto de Montecristi afirma que se debe precautelar. En esta materia hubiera sido un importante desarrollo en beneficio de la protección de los derechos, el que se hubiera restablecido la procedencia del recurso de casación contra *"las providencias que, dictadas para ejecutar sentencias, resuelvan puntos esenciales no considerados en el juicio ni determinados en el fallo, o que contradigan lo ejecutoriado"* cualquiera que sea el juez de quien provenga tal género de providencias y con prescindencia de la naturaleza del proceso. También hubiera sido deseable que se eliminara la caución para impedir que se ejecute la sentencia o el auto contra el cual se plantee el recurso de casación, pues todo recurso debe, necesariamente, por su naturaleza suspender la ejecución de una sentencia o auto definitivo, salvo de aquellos que se refieran al derecho de alimentos.

Si la admisión o calificación del recurso depende, en este sui generis esquema, muy propicio a la corrupción, de un conjuez (esto es de un individuo que no tuvo, según el Consejo de la Judicatura, los méritos para ser juez de la Corte Nacional de Justicia), debería ser luego de tal admisión que, si así lo ha pedido el recurrente, se determine el monto de esta inconsulta caución, pues ella tiene por objeto suspender la ejecución del fallo de instancia, mientras se tramita la casación, y esta, en el nuevo sistema ideado por los testarudos legisladores, no llega a ser conocida por los jueces de la Corte Nacional, mientras el conjuez, graciosamente, no la admita. Los jueces del tribunal de instancia, según el artículo 269, sólo están facultados a comprobar que el recurso se planteó dentro del término de diez días después de *"la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración"*, lo cual no da ninguna seguridad de que el recurso sea admitido por un conjuez.

---

42 Juez de la Unidad de lo Civil del Distrito Metropolitano de Quito, 1de septiembre de 2016, proceso voluntario, Leonardo Donoso y otros.

Doble error, pues, del nuevo código procesal sobre esta materia de la caución, puesto que no es ajustado a la justicia que no se suspenda la ejecución de un fallo si existe un recurso legítimamente planteado, sin necesidad de caución alguna, ni, menos aún es justo, que esa caución se la pierda si no llega el recurso a conocimiento de los jueces que tienen competencia privativa para decidir sobre la casación.

Debe ser materia de un tratado completo la crítica al nuevo código procesal, cuyas falencias se descubren ante cada una de las nuevas lecturas a su texto. Ello no signfica, sin embargo, que no tenga importantes aciertos, como el de facultar a los jueces de lo contencioso administrativo a suspender, ad limine, los efectos del acto administrativo impugando.

Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del
Ecuador

Consejo Editorial:

Mishelle Estefanía Bermeo Vivar
Andrea Catalina Medina Canales
Xavier Hernando Palacios Abad
Alex Fernando Quevedo Morales
Yenán Andrés Reyes Robles
Juan Sebastián Segovia Miño

Publicación Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

ARTICULISTAS

Ramiro Ávila Santamaría
René Bedón Garzón
Pedro Carrillo Miniguano
Antonella Cifuentes Muñoz
Víctor Espinosa Jácome
Manuel Fernández de Córdoba
Jaime Flor Rubianes
Edison Guarango Mariño
Efrén Guerrero Salgado
Ricardo Hernández González
Daniel A. Herrera
Francisco Játiva Yánez
Graciela Monesterolo Lencioni
Cristina Naranjo Izurieta
Diego Núñez Santamaría
Xavier Palacios Abad
Antonella Paredes Torres
Esteban Polo Pazmiño
Alejandro Ponce Martínez
Galo Poveda Guerrero
Alex Quevedo Morales
Yenán Reyes Robles
Juan Riofrío Martínez-Villalba
Felipe Rodríguez Moreno
Pilar Sacoto de Merlyn
Hernán Salgado Pesantes
Juan Sebastián Segovia Miño
Camila Téllez Garzón
Alex Valle Franco
Ernesto Vásconez Rivadeneira
Rodolfo L. Vigo

QUEVEDO & PONCE
ESTUDIO JURÍDICO
abm derecho ambiental
Albán Bedón Macías & Asoc.
Estudio Jurídico
PÉREZ BUSTAMANTE & PONCE
PBP
100 AÑOS
EDICIONES LEGALES
CORRAL ROSALES CARMIGNIANI PÉREZ
FEUCE 2016