



AED
Asociación Escuela de Derecho

RUPTURA

Revista de la Asociación Escuela de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

DICIEMBRE 2020



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador



Publicaciones Centro de
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

RUPTURA

© 2020 Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
www.revistaruptura.com

Con el apoyo del Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito – Ecuador.

Editado por: Grupo Editorial de la Revista Ruptura 2020.

Comité Editorial conformado por:

Director Editorial: Farid Villacís

Co-Editores o Editores de Gestión: Daniela Ramos, Camila Cedeño, Verónica Guerra, Leticia Pérez, Mateo Herrera, Israel Espinosa, María José Montenegro, Mariela Galarza, Pedro Sánchez, Vanessa Zaldumbide, José Paredes, Emily López, Julia Cañas y Efrén Guerrero (aval académico).

ISSN (impreso): 1390-7182

ISSN (digital): 2737-6346

Todos los derechos reservados. El contenido de esta obra se encuentra protegido por la Ley. Los criterios emitidos en esta obra, son de absoluta responsabilidad de los autores.

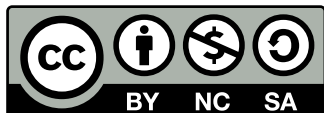
Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.

Quito – Ecuador 2020

Impreso por: FREdiciones

Diseño de Portada: Edwin Lamiña Singo

Diagramador: Edwin Lamiña Singo



Esta obra se encuentra bajo licencia de Creative Commons – Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional –



AED
Asociación Escuela de Derecho

**DIRECTORIO DE LA
ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO 2020**

Farid Josué Villacís De La Cueva
PRESIDENTE

Daniela Alejandra Ramos Romero
VICEPRESIDENTA

CONSEJO DE FACULTAD
Camila Bernarda Cedeño Dávila (Titular)
Karol Daniela Chacón Cuenca (Suplente)

COMISIÓN ACADÉMICA

Jonathan Israel Espinosa Molina
María José Montenegro Olmedo
Pedro Ariel Sánchez Buenaño
Mariela Carolina Galarza Cedeño
Mateo Sebastián Herrera Rueda
Julia Carolina Cañas Coloma
Emily Steffanía López Moreira
Jennifer Vanessa Zaldumbide Vaca

COMISIÓN DE COMUNICACIÓN

Emilio Esteban Zambrano Rogel
Veiky Nahir Jiménez Plaza
Ernesto Michael Espinosa Cernas
Ramiro Jose Garzón Larco
Ruth Alejandra Ríos Sánchez
Angelo Marcelo Romero Ortega

COMISIÓN DEPORTIVA

Nicole Carolina Ayala Pérez
Alex Xavier Albán Miranda
Leticia María Pérez Ricaurte
Nicolás Iván Díaz Torres
Pablo Santiago Loza Vega
Ricardo Gabriel González Aroca

COMISIÓN SOCIAL CULTURAL

Camila Verdesoto Navarrete
Sofía Daniela Vázquez Gonzáles
Guillermo Alejandro Maldonado Carbo
Fanny Yadira Reyes Medina
Brenda Cevallos Pasquel
Julietta Cecilia Jiménez Pavón

Juan Carlos Fiallo Fiallo
SECRETARIO

Verónica Guerra Pazmiño
TESORERA

José David Paredes Sandoval
DEFENSOR ESTUDIANTIL

PRESENTACIÓN

La revista Ruptura nace en marzo de 1949 con la idea de crear un espacio de investigación, debate y análisis, propio del contexto universitario y de sus protagonistas: los estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. En ese entonces la bautizaron con el nombre “Revista de la Asociación Escuela de Derecho”.

En 1966, por el contexto nacional y mundial que vivían los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia, encargados del importantísimo deber de editar y publicar una revista jurídica de manera periódica, deciden cambiar su nombre a RUPTURA por ser, precisamente, la “ruptura contra el desorden legalizado”. Este espacio se volvió, entonces, una constante e invaluable fuente de reflexión para el mundo jurídico, social y político.

Hace dos años nació la idea de institucionalizar el proceso editorial de la revista, de modo que siga generando crítica y trascienda en la vida de los estudiantes y de la comunidad jurídica ecuatoriana. Han transcurrido 71 años desde la primera publicación de la revista; consecuentemente, esta edición sería la sexagésima cuarta; sin embargo, al encontrarnos en una Tercera Época, en la cual predomina nuestro interés por la visualización y difusión de Ruptura a nivel mundial, consideramos a este el tercer número de esta época.

La Revista Ruptura es el patrimonio histórico de la Asociación Escuela de Derecho al ser la primera revista jurídica del Ecuador. Se presenta como un aporte a la academia, pues brinda un espacio para que estudiantes, abogados, docentes e investigadores escriban artículos desde las ciencias sociales con énfasis en lo jurídico. Ruptura es un proyecto que ha trascendido, que comparte la difusión del pensamiento crítico, y que tiene ánimos de seguir aportando a la academia jurídica ecuatoriana y mundial.

El contexto en que se publica este número debe ser recordado: al escribirse, editarse, y revisarse esta edición, el Ecuador y el mundo se encuentran en una pandemia (COVID-19), la cual ha provoca-

do pérdidas significativas para la humanidad. La revista se vuelve un espacio para abandonar nuestra zona de confort y nos impulsa a investigar, imaginar y aportar de manera significativa al estudio y desarrollo de varios ámbitos del Derecho, como los que se presentan en las investigaciones de esta publicación.

La edición de la revista que el lector posee en sus manos es el resultado de un año de esfuerzo y compromiso arduo; de aporte colectivo para seguir construyendo espacios de reflexión. Lo fundamental en una universidad es que los estudiantes puedan permanecer en un constante crecimiento intelectual y profesional, por medio de proyectos que tienen connotación histórica, pero, sobre todo, que involucren las virtudes de superación y trabajo en equipo.

La publicación de esta edición concluye también un año de trabajo silencioso y abnegado en pos de repotenciar espacios académicos. El Directorio de la Asociación Escuela de Derecho 2020 cree firmemente en una representación estudiantil que provee actividades académicas como un instrumento para construir crítica desde nuestras “trincheras” en una interminable lucha contra el desorden legalizado y normalizado. Los soldados, nuestros autores, pueden ser personas ordinarias, pero los ideales que transmiten sus escritos son extraordinarios.

A la postre, exhortamos a las siguientes generaciones el mantener vivo este espacio. Si bien dentro del camino es indudable que encontrarán obstáculos, es la más noble empresa trabajar en equipo y mantener viva la tradición histórica de la Revista Ruptura, y así inmortalizar una publicación que nació de los estudiantes y para los estudiantes.

Farid Josué Villacís De La Cueva
PRESIDENTE AED 2020

CARTA DEL COMITÉ EDITORIAL

La Revista Ruptura, es una publicación científica anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Los artículos que publica se encuentran dentro de las ciencias sociales con énfasis en el ámbito jurídico en un sentido dogmático y en su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias.

Esta publicación tiene carácter anual y orienta sus políticas editoriales a partir de la armonización de los requerimientos generales y específicos de varios catálogos de indexación. Además, considera los lineamientos legales y reglamentarios vigentes, directrices de la SENECYT, el Reglamento General de Publicaciones de la PUCE y sus políticas generales.

Ruptura se encuentra en su tercera época. Nació bajo el nombre de “Revista de la Asociación Escuela de Derecho” y en su número 18 adoptó su actual denominación. La Revista es dirigida por los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, quienes conforman el Comité Editorial.

Asimismo la revista cuenta con un Comité Editorial y de Revisores Externos constituido por académicos, investigadores y profesionales de universidades nacionales y extranjeras, estudios jurídicos e instituciones públicas y privadas del más alto prestigio.

Se edita en castellano e inglés, incluye sus artículos originales en formato de documento científico, revisión, análisis de actualidad, resumen de investigaciones, nota de investigación, miscelánea y reseñas originales y/o divulgativas. Con la finalidad de mantener los altos estándares exigidos por la academia, la selección y evaluación de todos los documentos publicados en Ruptura se realiza bajo la metodología de “doble ciego”, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto los artículos para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del Equipo editorial; y b) cumpliendo con el sistema de revisión antes mencionado. La revista está

abierta a la recepción de artículos durante todo el año, dentro de las fechas límites de cada uno de los números.

Ruptura se encuentra en el marco de la misión de la PUCE y de su plan estratégico y operativo, y busca contribuir de un modo riguroso y crítico, a la tutela y desarrollo del Estado de Derecho, la dignidad humana y de la herencia cultural, mediante la investigación.

Comité Editorial
REVISTA RUPTURA

AGRADECIMIENTO

El Comité Editorial de la Revista Ruptura extiende el más sincero agradecimiento y sentimiento de consideración hacia cada uno de los autores de las publicaciones de esta edición. La revista es un espacio de crítica, estudio e investigación y sigue su objetivo de transmitir contenido jurídico gracias a cada uno de los articulistas.

Adicionalmente, agradecer a varias personas que nos han colaborado en el transcurso de este año con su apoyo y guía, a todo el Grupo Editorial y los revisores externos (pares ciegos) que aportaron continuamente al realce de los artículos académicos de esta edición. En particular a: Alex Valle Franco, Tomás Sánchez, Efrén Guerrero Salgado y Gonzalo Vargas. A nuestros auspiciantes que confían en esta publicación y han colaborado.

Por último, un eterno agradecimiento al Directorio de la Asociación Escuela de Derecho 2020, personas tan destacadas que con su apoyo en momentos complejos, supieron aportar y tomar las decisiones con calma y en beneficio de Ruptura. El trabajo en conjunto marca un recuerdo inquebrantable en nuestro paso como estudiantes y con seguridad se recordará este aporte académico a la comunidad jurídica.

Comité Editorial de la Revista Ruptura

Farid Villacís, Daniela Ramos, Camila Cedeño, Verónica Guerra,
Leticia Pérez, Mateo Herrera, Israel Espinosa, María José
Montenegro, Mariela Galarza, Pedro Sánchez, Vanessa Zaldumbide,
José Paredes, Julia Cañas, Emily López.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	VII
CARTA DEL COMITÉ EDITORIAL	IX
AGRADECIMIENTO	XI
ARTÍCULOS	19
La Corte Interamericana de Derechos Humanos y un caso de monto indemnizatorio excesivo: Caso ex Magistrados Corte Suprema versus Ecuador <i>Hernán Salgado Pesantes</i>	21
La necesidad de una Convención Interamericana para prevenir, castigar y erradicar la violencia contra niños, niñas y adolescentes <i>Ana Cecilia Navas, David Cordero Heredia y Efrén Guerrero Salgado</i>	35
El derecho a la educación superior en tiempos de pandemia en un Estado constitucional de derechos <i>Farid Villacís De La Cueva y José Paredes Sandoval</i>	49
¿Al fin una Corte Constitucional?: Breve revisión del desarrollo de los derechos y el control constitucional en la jurisprudencia reciente (2019-2020) <i>Pablo Valdivieso Kastner y José Luis Castro Montero</i>	89
	XIII

La intervención de la Corte Constitucional en los procedimientos de enmienda, reforma y cambio de Constitución <i>Esteban Polo Pazmiño</i>	133
Las medidas cautelares constitucionales y su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador <i>Andrés Cervantes Valarezo</i>	171
Control de mérito en la Acción Extraordinaria de Protección <i>Joshua Cisneros Rodríguez</i>	211
La Derogación de Normas Jurídicas y Principios de Solución de antinomias <i>Juan Francisco Guerrero del Pozo</i>	227
El régimen jurídico de la motivación de sentencias y actos administrativos, su relación de causalidad con la vulneración de derechos y actos de corrupción <i>Carlos Villacreces Valencia</i>	253
Buena administración y procedimiento administrativo en el Ecuador <i>Sheyla Cuenca Flores</i>	283
El gobierno por agencias y autoridades administrativas independientes y su vinculación con la Función de Transparencia y Control Social <i>Andrés Aguilar Chamorro</i>	305

La responsabilidad extracontractual del Estado por ejercicio del poder legislativo
Pablo Proaño, Juan Benalcázar y Carlos Rivadeneira 347

Notas breves sobre las medidas tributarias en el Ecuador bajo la coyuntura de la crisis actual y el marco constitucional que las delimita
Sandro Vallejo Aristizábal 377

El impacto del COVID-19 en el Trabajo Infantil del cantón Ambato provincia de Tungurahua, Ecuador
Andrés Cevallos Altamirano y Mauricio Villalva Morales 401

La aplicación de la justicia intercultural en materia penal desde el derecho a la identidad cultural de los procesados
Hugo Zambrano Vera 431

La legítima defensa en favor de animales: análisis caso ecuatoriano
José Vásquez Rodas 457

Estudio de la teoría del delito en el Código Orgánico Integral Penal
Wilson Pacheco Almeida 477

Análisis de un sistema normativo no coherente, el ejemplo de la suspensión condicional de la pena en Ecuador
José Ignacio Miranda Cifuentes 513

Dolo: ¿conocimiento y voluntad? <i>Francisco Moreno y Gianina Naranjo</i>	533
Desafíos de la propiedad intelectual frente al rol del <i>influencer</i> en la industria de la moda <i>Julia Cañas Coloma</i>	563
Protección y Mejoramiento Biotecnológico en el Ecuador <i>Diego Orellana Sánchez</i>	577
Personalidad Jurídica Independiente de la Sociedad Por Acciones Simplificada y Responsabilidad Limitada de sus Accionistas <i>Esteban Ortiz Mena y Paul Noboa Velasco</i>	589
RECENSIÓN DE LIBRO	621
Desconsolidación de la democracia: retos contemporáneos y reflexiones para salvar nuestros Estados <i>Camila Valencia Galarza</i>	623

ARTÍCULOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y un caso de monto indemnizatorio excesivo: Caso ex Magistrados Corte Suprema versus Ecuador.

*The Inter-American Court of Human Rights
and an excessive compensation amount case:
Former Supreme Court Justices v. Ecuador*

Prof. Dr. Hernán Salgado Pesantes*

Corte Constitucional del Ecuador

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 3 de junio, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 2 de julio, 2020

Citación

Salgado, H. (2020). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y un caso de monto indemnizatorio excesivo: Caso ex Magistrados Corte Suprema versus Ecuador*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (21-34).

* Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Guayaquil (1967). Doctor en Ciencias Políticas PhD por la Universidad de Panthéon-Soborna de París. Profesor principal de Derecho Constitucional y de Introducción al Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (1978-2012). Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE (1987-1989). Profesor invitado de la Universidad de París X- Nanterre (1990-2000). Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1er período: 1992-1997 y 2do período: 1998-2003. Elec-to presidente de la misma (1997-1999). Magistrado del Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2003). Magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador (2005-2008). Miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y de los Institutos Iberoamericanos de Derecho Consti-tucional y Procesal Constitucional. Presidente de la Corte Constitucional de la República del Ecuador (desde 2019 hasta la fecha).

DOI: 10.26807/rr.vi02.57

Resumen: El presente artículo analiza la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al emblemático caso sobre el cese de funciones de varios ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Se declaró por parte del organismo internacional, responsabilidad internacional al Estado ecuatoriano por la vulneración de derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estableciendo como medida de reparación, una indemnización excesiva como forma de sanción a Ecuador, mas no como una medida de reparación compensatoria para las víctimas y sus familiares. Factor que logra llamar la atención, pues la decisión tomada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se alejó de sus propios fallos.

Palabras clave: Indemnización, reparación, Ecuador, sanción, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ecuador

Abstract: *This article analyses the decision taken by the Inter-American Court of Human Rights in the emblematic case of the dismissal of several former judges of the Supreme Court of Justice of Ecuador. The international organization declared the Ecuadorian State to be internationally responsible for the violation of rights recognized in the American Convention on Human Rights. It established excessive compensation as a form of punishment for Ecuador, but not as a measure of compensatory reparation for the victims and their families. This is a factor that draws attention to the fact that the decision taken by the Inter-American Court of Human Rights was far removed from its own judgments.*

Keywords: *Compensation, reparation, Ecuador, sanction, Inter-American Court of Human Rights.*

Introducción

Al analizar el Caso de los ex magistrados de la Corte Suprema del Ecuador la intención es, contribuir con un pequeño aporte a las reflexiones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla sobre la materia de reparaciones e indemnizaciones. Cuestiones que revisten cierta complejidad tratándose de una diversidad de situaciones que los juzgadores deben considerar.

Cuando ha sido violado uno -o más derechos- establecidos en la Convención Americana y la Corte establece la responsabilidad internacional del Estado Parte, éste debe reparar el daño ocasionado. En esta etapa procesal corresponde a la Corte Interamericana determinar cómo debe ser esa reparación y, entonces, el principio que guía es el de la reparación integral, que como su nombre lo indica busca reparar por diversos medios el derecho conculcado, no sólo a la víctima sino también a sus familiares.

El caso de los ex Magistrados de la Corte Suprema del Ecuador reviste aspectos de interés por diversos factores, que no son sólo jurídicos. Es importante, analizar cómo los jueces de la Corte Interamericana llegaron a establecer un monto indemnizatorio que, personalmente, considero excesivo.

Además, mi calidad de ecuatoriano me permite encontrar fácilmente las razones políticas que, en este caso, tuvo el Gobierno de la época. Lo que explica la inoperancia de la Procuraduría General del Estado encargada de defender al país. Asimismo, me permite observar las actuaciones vergonzosas de algunos ex magistrados que están reñidas con la ética y la moral.

En todo caso, lo que buscamos quienes estamos vinculados al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es encontrar un modelo de reparación indemnizatoria que sea equitativo frente a esa diversidad de situaciones, que sea razonablemente proporcional con el derecho o los derechos violados.

I. Reparaciones e Indemnizaciones

Como señala la Corte IDH la “*restitutio in integrum*” se refiere a una de las formas de reparación de un acto ilícito internacional, pero no es la única medida de reparación. Pueden existir casos en que la “*restitutio*” no sea posible, suficiente o adecuada, por lo que resulta necesario aplicar otras formas de reparación en favor de la víctima y de sus familiares.

Una de las formas de reparación es la indemnización. El artículo 63 de la Convención Americana dispone “el pago de una justa indemnización”, la cual corresponde en primer término a los perjuicios sufridos por la víctima, y comprende tanto el daño material como el moral (o inmaterial). A esta forma de reparación la Corte la denominó indemnización compensatoria, desde los primeros casos contenciosos. Siguiendo el patrón del *ius civile*, el daño material involucra al lucro cesante y al daño emergente, cuestiones que exigen ser probadas en el proceso de reparaciones. Junto al daño material, se considera el daño inmaterial o comúnmente llamado daño moral, el mismo que será establecido en equidad ante la dificultad de encontrar parámetros de evaluación económica.

Sobre el daño moral la Corte Interamericana ha señalado que son muchos los casos en que otros tribunales internacionales han acordado que la sentencia de condena *per se* constituye una indemnización suficiente del daño moral (y cita jurisprudencia de la Corte Europea de los años 1990 a 1994). Sin embargo, la Corte reconoce que lo dicho no tiene cabida cuando se trata de graves violaciones del derecho a la vida, con ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas, o bien se atenta a la libertad e integridad personal con torturas crueles, entre otros casos, que son los que se presentan ante el Sistema Interamericano.

Y, es en tales situaciones que el sufrimiento moral causado a las víctimas y a su familia es intenso, lo que justifica la indemnización pecuniaria que habrá que fijarla “conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño moral, el cual no es susceptible de una tasación precisa” (Corte IDH, Serie C, No. 43, 1998, párr. 84).

Por último, cabe agregar que para las reparaciones e indemnizaciones es importante tener presente que cada caso debe analizarse dentro de sus especificidades, con base en la jurisprudencia. “(L)a jurisprudencia, dice la Corte, puede servir de orientación para establecer principios en esta materia, aunque no puede invocarse como criterio unívoco a seguir porque cada caso debe analizarse en sus especificidades” (Corte IDH, Serie C, No. 29, párr. 55).

Igualmente, es importante considerar lo expresado por la Corte en las sentencias de “Indemnización Compensatoria” en los casos contra Honduras (Casos Velásquez y Godínez) donde señala que la “justa indemnización” del artículo 63.1 de la Convención debe entenderse como compensatoria y no sancionatoria. Desde estos primeros casos contenciosos la Corte precisó que si algunos tribunales internos (como los angloamericanos), fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el Sistema Interamericano (Corte IDH, Serie C, No. 39, párr. 43 y 44).

II. Hechos principales del Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y Otros) vs. Ecuador

El Caso que se analiza en el presente artículo, tiene que ver con la remoción arbitraria e ilegal de 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador efectuada por el Congreso Nacional en el año 2004. Este acto de irresponsabilidad política violó las garantías mínimas del debido proceso. Los ex magistrados no fueron escuchados ni tuvieron oportunidad de defenderse.

Esta remoción arbitraria de las víctimas lesionó sus bienes patrimoniales, que provocó que dejaran de percibir sus legítimos ingresos: salarios y demás beneficios laborales y de seguridad social. Además, con la legítima expectativa de continuar en sus cargos, y consecuentemente percibir normalmente sus remuneraciones, con las que pudieron haber adquirido compromisos de índole económica, que a raíz de lo acontecido ya no podrían cubrir. Como prueba de esta situación la Corte consideró las declaraciones de varios ex magistrados que dieron testimonio de “las circunstancias calamitosas y

difíciles que han tenido que afrontar como consecuencia del desempleo arbitrario al que se vieron avocados”.¹

La Corte IDH consideró que, debido al cambio de la Constitución del país, efectuado en el año 2008 (20 de octubre) no es posible afirmar que los ex magistrados que hacían parte de la Corte Suprema de Justicia hubiesen seguido en sus cargos si no hubieran sido destituidos. Por ello se limitó hasta esa fecha el daño material. Además, la Corte Suprema fue eliminada y cambiada por la Corte Nacional de Justicia con 21 jueces (elegidos mediante sorteo entre quienes conformaban a la fecha la Corte Suprema).

Lo expresado es un punto importante que hay que considerar, porque en este contexto ya no era posible reintegrar a los “ex magistrados de la Suprema”, como pide la sentencia, y no resulta lógico imponer al Estado ecuatoriano el pago de USD \$60.000,00 (DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) a cada uno de los exmagistrados por no ser posible su reintegro.

Luego de los cálculos respectivos y del análisis de las liquidaciones del año 2005 al 2008 (tiempo menor a los cuatro años) la Corte consideró como justa indemnización por daño material a cada uno de los 27 ex magistrados una cifra promedio que pasa los USD \$400.000,00 (DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) (no se entrará en el detalle de los valores).

Se debe destacar el caso de ex magistrados que desempeñaron otros cargos públicos después de haber sido cesados de la Corte Suprema de Justicia. Por lo que el impacto del perjuicio calculado ya no llegaba a tales límites y se iba a proceder a un descuento de los valores diferenciales. Para lo cual la Corte pidió al Estado que aportara pruebas sobre esta cuestión y otras, e incluso otorgó un plazo para que el Estado remitiera esta información, cosa que no ocurrió.

1 Testimoniaron, entre otros, los Dres. Arturo Donoso, Miguel Moreno, Bermeo Castillo, Brito Miele, Ramírez Álvarez, Riofrío Corral y Salinas Montaña. En mi criterio, esta actitud (de lamentación) afecta la dignidad de quien ostentó un alto cargo público.

Frente a la negligencia del Estado en entregar la documentación necesaria, a criterio personal, la Corte debió haber actuado de oficio y pedir pruebas para mejor proveer. Lo que hubiera permitido calcular con mayor certidumbre los montos indemnizatorios al tiempo de fortalecer la convicción del juzgador.

Esta situación la considero lamentable, porque al menos hubo cuatro exmagistrados que volvieron a trabajar en la Corte Suprema, once meses después de que fueron cesados (Dres. Vicente Troya Jaramillo, juez; Jaime Velasco Dávila, juez; Teodoro Coello Vásquez, juez; Arturo Donoso Castellón, asesor). Lo lamentable es que quienes ejercieron un cargo de alta investidura guardaran silencio con el fin de cobrar las indemnizaciones; sobra decir que tal conducta, además de no ser ética, es vergonzosa.

A la mencionada indemnización por daño material hay que agregar, como fue dicho, los USD \$60.000,00 (DÓLARES DE LOS EE.UU.) para cada uno de los ex magistrados “por no ser posible la reintegración a sus cargos”. Y como daño inmaterial o moral se concedió la suma de USD \$5.000,00 (DÓLARES DE LOS EE.UU.) a cada uno. En este punto vale señalar que, no pocas veces, los representantes legales de la parte lesionada proponen exigencias desmesuradas. Para este caso fue demandada la cantidad de USD \$500.000,00 (DÓLARES DE LOS EE.UU.) para cada uno como daño moral. Pretensión absurda.

Por último, la Corte fijó los valores por las costas y los gastos ocasionados por la defensa judicial, a más de otros ítems. La suma total de esta indemnización pecuniaria pasa los USD \$12'500.000,00 (DÓLARES DE LOS EE.UU.)

A dicho monto indemnizatorio se deberá sumar el costo de otra demanda similar, por la destitución de 8 vocales del Tribunal Constitucional (ocasionado en la misma fecha y con igual arbitrariedad), el Caso Camba Campos y Otros vs. Ecuador. En este caso, la Corte reconoce un total aproximado de USD \$2'400.000,00 (DÓLARES DE LOS EE.UU.): a cada uno de los siete vocales se indemniza con un promedio cercano a los USD \$250.000,00 (DÓLARES DE LOS EE.UU.) y de USD \$10.000,00 (DÓLARES DE LOS

EE.UU.) al octavo vocal y a otros suplentes; se agregan costas y gastos por USD \$7.000,00. También se indemniza a cada vocal con USD \$60.000,00 (DÓLARES DE LOS EE.UU) por la imposibilidad de volver a los cargos.

Es decir, Ecuador pagó alrededor de quince millones de dólares en estos dos casos. El presente análisis se centrará en el caso de los ex magistrados de justicia por ser más emblemático que el Caso Camba Campos y Otros del Tribunal Constitucional ecuatoriano.

III. Naturaleza de las Indemnizaciones

Una de las finalidades que tienen las reparaciones en los casos de violación a los derechos humanos, es que los Estados responsables tomen conciencia de los atropellos cometidos y que tales situaciones no vuelvan a repetirse posteriormente. Por ello, es tan importante que los Estados investiguen, juzguen y sancionen a los responsables de la violación de derechos, porque sólo así se combate la impunidad.

En este punto vale señalar que lo dicho no puede conseguirse a través de las indemnizaciones. Según la doctrina y práctica de nuestros países, con excepción de los países anglosajones, los montos indemnizatorios tienen un carácter de reparación compensatoria para las víctimas y sus familiares. En cambio, en los países anglosajones las indemnizaciones constituyen una forma de sanción para quien ha violado derechos. En este sentido se ha desenvuelto la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Cuando dispone indemnizaciones estas no tienen un carácter sancionador para el Estado responsable de vulnerar derechos. Como se dijo, se trata de reparaciones compensatorias e igualmente se reitera que, con esta misma orientación, las sentencias de la Corte Interamericana suelen señalar que las indemnizaciones no enriquecen ni empobrecen a las víctimas y a sus familiares; regla establecida desde los primeros casos contenciosos.

Frente a lo expresado, a criterio personal, la sentencia contiene un matiz sancionador. Se busca que el Estado ecuatoriano corrija las actuaciones arbitrarias e ilegales y antidemocráticas que afectan a la

Administración de Justicia, especialmente en todo cuanto se refiere a la independencia e imparcialidad de los jueces.

También mencionar que el autor comparte plenamente los razonamientos que sobre este punto desarrolla no sólo esta sentencia sino toda la jurisprudencia del Órgano interamericano. Sin embargo, las malas costumbres políticas de nuestros Estados no pueden ser cambiadas a través de imponer altos montos indemnizatorios que finalmente están lejos de afectar a los actores políticos, responsables de la desinstitucionalización de un país. Cuestión lamentable que hoy constata el Ecuador respecto de la década en que el expresidente Correa ejerció un poder autoritario de los valores pagados por el Estado. No obstante que la acción de repetición consta en la propia Constitución de 2008. Y, una de las razones es que al expresidente Correa lo único que le interesó fue blandir esta sentencia en contra de sus adversarios políticos como instrumento de sujeción y amenaza. Ello explica la ambigua conducta del entonces Procurador General en la defensa del Estado, que incumplió su deber.

Por otro lado, siempre he sostenido que, en la mayoría de los casos, las indemnizaciones dictadas por la Corte son meramente simbólicas, ya que es muy difícil tratándose de vulneración a los derechos humanos, resarcir el daño en su totalidad, pensemos en la afectación de la libertad, de la integridad personal o de la vida. En suma, reparar e indemnizar tienen la finalidad de colocar a la víctima de una violación en una posición más o menos similar a la que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho ilícito, siempre que esto sea posible.

Insisto que las indemnizaciones son simbólicas porque la vida y la libertad de un ser humano no pueden ser monetariamente valoradas. Se recuerda el caso ecuatoriano de la profesora Benavides Cevallos ejecutada por su ideología (como sucedió con el profesor Caballero Delgado, en Colombia) a cuyos familiares el Estado ecuatoriano entregó como solución amistosa un millón de dólares de indemnización; sin embargo, cuando la Corte revisó el cumplimiento de la sentencia declaró incumplida la misma. En otras palabras, no sirvió al Ecuador dar una generosa indemnización y no cumplir con

lo principal que es investigar, juzgar y sancionar a los responsables de tales delitos (Corte IDH, Serie C, No. 31, párr. 43, 46, 47, 50).

En el caso colombiano de Caballero Delgado, similar al caso ecuatoriano, la Corte IDH consideró una indemnización aproximada de USD \$150.000,00 (DÓLARES DE LOS EE.UU.). Ciertamente simbólica. Su cadáver no fue encontrado. En el Caso Neira Alegría y otros vs. Perú (tres víctimas muertas y desaparecidos sus cadáveres en los hechos sucedidos en el Penal “El Frontón” frente a Lima, en 1986) la reparación indemnizatoria llegó a 154 mil dólares para los familiares de las tres personas (Corte IDH, Serie C, No. 29).

Con base en lo expresado, se puede decir que el elevado monto indemnizatorio otorgado por el Tribunal Interamericano en el caso de los exmagistrados de justicia va más allá de ser simbólico y que sí ha enriquecido a los antiguos jueces. Ya no se trata de una reparación compensatoria, sino que adquiere la forma de una indemnización sancionatoria para el Estado ecuatoriano, que en fin de cuentas serán los estratos medio y bajo de la sociedad los que correrán con esta carga indemnizatoria.

Los miembros de la Corte pasaron por alto que estas indemnizaciones representaban un alto desembolso de dinero público por parte de un Estado que tiene un ingreso fiscal reducido. Pagar una indemnización mayor a doce millones y medio de dólares (solo en este caso) significa invertir menos en salud y educación.²

Además, frente al monto de esta indemnización me ha preocupado que en los doce años que permanecí como juez en esta Corte, las indemnizaciones concedidas por muerte de la víctima o víctimas se hayan caracterizado por oscilar en un promedio de 100 mil a 300 mil dólares. Y se tratan de muertes ocasionadas por los agentes del Estado con violencia y tortura, muchas veces con desaparición del cadáver de la víctima y también con desapariciones forzadas.

2 Recuerdo haber escuchado voces de disgusto, reclamando un equilibrio entre los “derechos económicos” de los exmagistrados versus el interés de la sociedad.

Están, por ejemplo, los casos de la “Panel Blanca” (Caso Paniagua Morales y Otros) (Corte IDH, Serie C, No. 37); Caso de los “Niños de la Calle” (Caso Villagrán Morales y Otros). En estos como en otros casos el monto indemnizatorio se reparte entre los familiares de las víctimas (Corte IDH, Serie C, No. 77).

¿Cómo explicar esta gran diferencia de montos indemnizatorios? Todos conocemos el procedimiento que utiliza la Corte para establecer, en cada caso, el daño material (lucro cesante y daño emergente). El método se basa en el salario que dejó de percibir la víctima, mientras para unos -que son la mayoría- se les reconoce el salario mínimo vital que existe en el respectivo Estado, para otros -los menos- tienen elevados salarios (salarios dorados, se podría decir). Para los primeros, la indemnización es simbólica, para los segundos significa un enriquecimiento.

IV. El reto de buscar un método que concilie la Desigualdad Social

En el contexto analizado, consideremos que el problema indemnizatorio debe ser resuelto aplicando reglas diferentes a las que se han venido utilizando: reglas de equidad, de no discriminación y otros factores más específicos sincronizados con la realidad socio-económica.

Para determinados casos, como el de los exmagistrados del Ecuador, debe existir un límite máximo para establecer el daño material. Por el contrario, para aquellas víctimas que están en situación de marginalidad social, desprovistos de educación y de una fuente de trabajo, se debe mejorar el monto indemnizatorio. En el sentido de no regirse solamente por el salario mínimo que hay en un Estado, cuestión que va a incidir en el monto final porque se va a considerar que esa persona carente de educación quedaría toda su vida (si no hubiera muerto) esclavizado a ese mínimo vital.

Resulta obvio que, en tales circunstancias, si se mantiene la forma actual de calcular las indemnizaciones, estos estratos sociales nunca

alcanzarán un monto indemnizatorio significativo y digno como una forma de reparación. Si se analiza detenidamente los perjuicios que fueron ocasionados a los exmagistrados de Justicia del Ecuador al ser despojados de su cargo por el Estado, en clara violación de sus derechos, se tendría la siguiente visión.

En primer lugar, al tener el título profesional de abogados, con práctica y prestigio en el medio jurídico, es difícil aceptar que queden en la desocupación. Obviamente ya no percibirán el sueldo y las canonjías que tenían en la Corte Suprema de Justicia, pero nunca estarán en la situación de la mayoría de ciudadanos que pugnan día a día por un trabajo mejor remunerado.

Ciertamente que se trastornó el proyecto de vida, como puede ser disponer de una casa propia o comprar un departamento en la playa porque el salario de un ex juez le permitía disfrutar de tal situación, o de adquirir un vehículo nuevo, etc. Sin embargo, también es cierto que los jueces destituidos no estaban impedidos de trabajar como abogados.

Si bien no desconozco que un proyecto de vida es una legítima expectativa, sin embargo, esta situación mirada desde una perspectiva social, solidaria, justa, no es compatible con la realidad que vive la mayoría. De aquí viene mi afirmación de que dicha indemnización es altamente discriminatoria: a la sociedad se la mide en parámetros desiguales. Situación que no debe darse, menos en el campo de los derechos humanos.

Y aquí podemos invocar a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, que están negados a quienes sufren pobreza e indigencia. ¿Cómo alcanzar un proyecto de vida que dignifique a la persona? Tal cosa será posible sólo para un estrato social pequeño, como el de los ex magistrados de la Corte Suprema del Ecuador o de cualquier otro país. Mucho se podría reflexionar sobre la inequidad y sobre la realidad social que encierran estos casos.

Otro punto a considerar, para evitar que la indemnización sea discriminatoria de unos estratos sociales frente a otros, sería el elevar el monto del daño moral con base en determinados factores familiares

y sociales que se presentan en cada caso específico y que existen en un país los cuales deben ser establecidos de manera objetiva. Por otro lado, es natural que el grado de afectación o de perjuicio moral que sufre una familia se agrava cuando se dan casos de víctimas que han perdido la vida por desapariciones forzadas o por ejecuciones extrajudiciales, peor cuando existe la desaparición de los restos mortales.

V. Conclusiones

Se debe señalar que este punto no ha estado ausente en muchas de las sentencias de reparación que ha dado la Corte Interamericana. Mejorar la reparación por daño moral ha permitido a la Corte dar alguna significación al monto indemnizatorio, cuyo daño material suele ser ínfimo al estar fundado en el salario mínimo que tiene un país, peor si tiene una moneda devaluada con relación al dólar (moneda que utiliza la Corte para fijar las indemnizaciones).

En este sentido, de elevar el monto del daño moral (aunque sea moderadamente), se debe recordar los casos de Guatemala: la “Panel Blanca” (Caso Paniagua Morales y Otros), los “Niños de la Calle” (Caso Villagrán Morales y Otros) ambos con sentencia de reparaciones en 2001. También el Caso Bámaca Velásquez, sentenciado en 2002.

Por último, reitero que al tomar el Caso de los ex Magistrados de la Corte Suprema del Ecuador la intención del autor, ha sido de contribuir con un pequeño aporte en las reflexiones que continuarán haciéndose en el seno de la Corte IDH. Además, señalar paladinamente que me encuentro de acuerdo con la “reparación integral” que dispone el Tribunal en sus sentencias ya que garantiza la investigación de los hechos, restitución de derechos, bienes y libertades, la rehabilitación física, psicológica o social, entre otros aspectos.

Referencias Bibliográficas

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. (1969).

Jurisprudencia Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Neira Alegría y Otros. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 1996, Serie C, No. 29.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, No. 31.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, No. 39

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Páez vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, No. 43.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C, No. 76.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, No. 77.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C, No. 266.

La necesidad de una Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes.

The need of an Inter-american Contention to Prevent, Punish, Eradicate the violence against Children an Teenagers

Psic. Clínica. Ana Cecilia Navas *

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Abg. David Cordero Heredia J.S.D.**

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

PhD. Efrén Guerrero Salgado***

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Información del artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido/ Received: 01 de junio, 2020

Artículo aceptado/ Accepted: 07 de julio, 2020

* Psicóloga Clínica por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Licenciatura en educación infantil por la Universidad Técnica Particular de Loja. Especialista en audio logia y rehabilitación vestibular. Técnica en comunicación social por la Universidad Politécnica Salesiana. Especialista en derechos humanos y políticas públicas por la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Magíster en Derecho Mención Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador; Master of Laws (LL.M.) por Cornell Law School; Doctor of the Science of Law (J.S.D.), por Cornell Law School.

*** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado (PUCE). Máster en Protección de Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá. Máster Oficial en Gobierno y Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset, Madrid. Doctor en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid). Profesor titular en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ex decano de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE.

Citación

Navas, A., Cordero, D. & Guerrero, E. (2020). *La necesidad de una Convención para Prevenir, Castigar y Erradicar la violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, p (35-48).

DOI: 10.26807/rr.vi02.58

Resumen: Este artículo analiza la necesidad de incrementar la atención de los países de la región en alcanzar la meta de erradicar conjuntamente el maltrato infantil. Por lo tanto, defiende la obligación de introducir un instrumento práctico de protección de derechos, efectivo y capaz de ser enmarcado en las diferentes estructuras de políticas públicas de la región.

Palabras claves: Convención Interamericana, prevención, castigo, violencia, menores.

Abstract: *This journal article analyzes the need to strengthen the attention of the countries of the region to achieve the goal of eradicating child violence together. Therefore, it defends the obligation to introduce a practical instrument for the protection of rights, effective and capable of being framed in the different public policy structures of the region.*

Keywords: *Inter-American Convention, prevention, punishment, violence, minors.*

I. Antecedentes

Actualmente viven en América Latina casi 195 millones de niños y niñas (UNICEF, 2018). De estos, 6 de cada diez están expuestos a ser víctimas de alguna forma de violencia. Estamos hablando, entonces de un problema que amenaza gravemente la vida, la salud, el proyecto de vida e integridad de un importante sector de la población.

Este fenómeno ha sido definido por el Derecho Internacional como:

(...) El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, en contra de una persona, grupo o comunidad que cause o tenga muchas posibilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos o privaciones, (Informe Mundial violencia y salud de la organización mundial de la salud, 2004, 5) sin embargo, no debemos entender la violencia solamente como actos criminales sino como toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual. (Convención para los derechos del niño. Artículo 19, párrafo 1).

La violencia Infantil incluye, entonces los abusos, actos de agresión y la desatención de que son objeto los menores de 18 años; e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia (OMS, 2017).

El número de niños y adolescentes menores de 20 años que fueron víctimas de homicidio llegó a 95.000, lo que convirtió a ese delito en la principal causa prevenible de lesiones, heridas y muerte de menores. A nivel mundial, la región de América Latina y el Caribe tienen la proporción más alta de víctimas de homicidio de menores de 25 años (25.400). El homicidio es la principal causa de muerte de los adolescentes varones en varios países de la órbita latinoamericana, si bien muchos de esos homicidios no son reportados como tales. (UNICEF, 2014).

La violencia contra Niños, Niñas, Adolescentes (en adelante NNA) y mujeres es una de las violaciones de derechos humanos más socialmente extendidas. Esto se debe a que muchas de sus formas se consideran como aceptables o tolerables (Corte IDH. Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala, Serie C, No. 339, párr. 175). En ese orden de cosas, Latinoamérica y Ecuador sufren una violencia estructural, manifestada en todos los ámbitos: violencia doméstica, en los lugares públicos, en el sistema escolar y en general en muchas

prácticas culturales o fenómenos globales (ONU, 2011), inclusive en los sistemas disciplinarios (UNICEF, 2006).

Se identifican varios tipos de violencia tales como violencia física, emocional, sexual, emocional, descuido, o matrimonio infantil (UNICEF, 2006). Otros tipos de maltrato tales como el maltrato emocional o psicológico y la negligencia y el trabajo infantil que inclusive se realizan en condiciones violatorias para los derechos humanos ni siquiera se consideran como maltrato o tipo de relaciones anormales en muchos contextos (UNICEF, 2014).

Otros tipos de delitos como los delitos sexuales, el matrimonio infantil, la pornografía infantil y el uso abusivo de la imagen de NNA generalmente no son denunciados, en el ochenta por ciento de casos tiene lugar en el contexto doméstico o dentro de las actividades cotidianas de los NNA, por lo que es ocultado y genera nuevas formas de violencia (UNICEF, 2018). Esto genera un doble estándar social: muchas formas de maltrato en contra de NNA se considerarían entre adultos como agresiones y darían lugar a una intervención de la justicia (ONU, 2011).

Por otra parte, los NNA son las partes más vulnerables en caso de crisis humanitarias (La Vanguardia, 2019), desastres naturales, fenómenos migratorios, situaciones de violencia extrema (BBC, 2019) o en conflictos armados (El Universal, 2019), que en las últimas décadas en la región estas situaciones han estado especialmente extendidas. Estas situaciones han colocado a los NNA en escenarios de especial riesgo y representan un reto para los países de la región en materia de protección (BBC, 2019).

Además, los Niños niñas y adolescentes se hallan más o menos expuestos a la violencia cuando están sujetos a situaciones de desigualdad como pobreza, discriminación por género, discriminación por razones de etnia o procedencia (UNICEF, 2006).

La forma que toma esta violencia además de afectar una parte importante de la población como son los NNA está basada entonces en prácticas discriminatorias que no aseguran la protección de dere-

chos, tomando en consideración las características específicas de los niños niñas y adolescentes.

Es así como, la violencia a niños niñas y adolescentes es un problema generalizado e invisibilizado que además genera deterioro social y tiene costos en incremento de problemas generalizados de salud física y emocional generalizado e inclusive conlleva un costo que impide el crecimiento económico de la región (Save the Children, 2015). Estos problemas comprenden varios ámbitos surgen de los sujetos y están en el panorama doméstico, pero están ocasionados a nivel sociales y al ser fenómenos globales que afectan a toda la región, requieren de estrategias conjuntas a varios niveles.

Los países de la región ha suscrito convenios tendientes a la protección de los derechos humanos, tales como las declaraciones universales de derechos humanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Universal para los Derechos del Niño, la Estrategia Mundial para la Salud de la Mujer, el Niño y el Adolescente alineados con los Objetivos para el Desarrollo Sostenible y contienen sus propios elementos internos de protección específica para los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, es necesario reforzar la mirada de atención regional para alcanzar la meta de erradicar la violencia infantil de forma conjunta, a través de un instrumento práctico, eficaz y capaz de poder enmarcarse en las diferentes estructuras de políticas públicas de la región.

II. Justificación

A pesar de los esfuerzos normativos a nivel local¹ para erradicar la violencia en contra de niños, niñas y adolescentes, la violencia

1 Entre estos esfuerzos normativos se encuentran: Antigua y Barbuda (Children Care and Protection Bill – 2015), Argentina (Ley 26.061 de 2005 – Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), Bahamas (Child Protection Act), Barbados (Child Care and Protection Act), Belice (Families and Children Act), Bolivia (Código Niña, Niño y Adolescente), Ecuador (Código de la

física, psicológica y sexual que sufre este grupo de atención prioritaria en las Américas sigue siendo preocupantes. Al igual que otros problemas persistentes de violaciones de derechos humanos en la región, los órganos regionales y universales de protección de derechos humanos, trabajando junto a los estados y organizaciones de la sociedad civil, buscan la coordinación de esfuerzos a nivel interstatal con el fin convertirse en foros sobre desarrollo de buenas prácticas y en órganos de justicia subsidiarios que coadyuven a los esfuerzos locales de protección.

La Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, institución que junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (creada mediante en 1959) han asistido a los estados miembros de la Organización de Estados Americanos para que cumplan a cabalidad sus obligaciones internacionales en el marco de los instrumentos que componen el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante SIDH).²

Niñez y Adolescencia), Colombia (Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia), Chile (Ley 20066 de 2005 – Ley de Violencia Intrafamiliar), El Salvador (Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia), Granada (Domestic Violence Act), Guatemala (Ley de Protección de la Infancia y la Adolescencia), Honduras (Código de la Niñez y de la Adolescencia), Jamaica (Child Care and Protection Act), México (Decreto por el cual se expide la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y se reforman diversas disposiciones de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil), República Dominicana (Código para la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes), Panamá (Código de Familia), Perú (Código de la Infancia y la Adolescencia), Uruguay (Código de la Infancia y la Adolescencia), Venezuela (Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes).

- 2 Los instrumentos que componen el SIDH son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), “Protocolo de San Salvador”: Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abo-

El SIDH fue concebido como un sistema auxiliar a las jurisdicciones nacionales en la protección de derechos humanos. Su sistema de peticiones individuales se activa únicamente luego de que se hayan agotado los recursos de jurisdicción interna (Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Serie C No. 184, párr. 34) y constituye la última línea de defensa para las personas y pueblos que no han encontrado respeto y garantía de sus derechos humanos dentro de sus estados.

Además, sus funciones consultivas (CIDH. Opinión Consultiva OC-1/82. Serie A No. 1), de seguimiento del cumplimiento de tratados, de informes temáticos y de país, de adopción de medidas cautelares y provisionales, de visitas in loco y eventos de promoción del SIDH, han ayudado por varias décadas a los estados americanos a implementar el Derecho Interamericano dentro de sus jurisdicciones; y, por tanto, mejorar la protección de los derechos humanos de las personas y pueblos, así como prevenir el ser encontrados internacionalmente responsables por la violación de los instrumentos internacionales que componen la SIDH.

En varios temas, el SIDH ha sido pionero en la inclusión y desarrollo de instituciones jurídicas dentro de los estados: derechos de los pueblos indígenas,³ prohibición de la censura previa y res-

lición de la Pena de Muerte (1990), “Convención de Belém do Pará”: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (1994), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999), Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013), Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013), Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015) y Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (2016).

- 3 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparacio-

ponsabilidad ulterior,⁴ excepcionalidad de la prisión preventiva,⁵

nes y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. CIDH. Informe sobre Mujeres Indígenas y sus derechos humanos en las Américas (2017). CIDH. Informe sobre Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, industrias extractivas (2016). CIDH. Informe sobre Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas (2013). CIDH. Informe sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales (2009). CIDH. Informe sobre Comunidades Cautivas: Situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia (2009). CIDH. Informe sobre La Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas (2000)

4 Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177. Corte IDH. Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238. Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la CIDH. Informe sobre Marco Jurídico Interamericano sobre Libertad de Expresión (2009). Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la CIDH. Informe sobre Informe sobre las Leyes de Desacato y Difamación Criminal (2004).

5 Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77, y Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No, 187. Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371. CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas (2013). CIDH. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2011).

tipificación e investigación de la desaparición forzada de personas,⁶ derecho a la vida digna,⁷ protección a niños, niñas y adolescentes en situación de movilidad,⁸ derecho a la identidad de niños, niñas

-
- 6 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Corte IDH. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34. Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212. Corte IDH. Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370. CIDH. Informe sobre Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá (2015).
- 7 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
- 8 Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. Corte IDH. Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325. Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21. CIDH. Informe sobre Movilidad Humana, Estándares Interamericanos (2016).

y adolescentes,⁹ no discriminación de personas LGBTI,¹⁰ violencia contra la mujer,¹¹ entre otros.

-
- 9 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351. Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- 10 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254. Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315. Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310. Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24. Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la CIDH. Informe sobre Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América (2015). CIDH. Informe sobre Violencia contra personas LGBTI (2015).
- 11 Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215. Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371. Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la CIDH. Informe sobre Acceso a la información pública en materia de violencia y discriminación contra las mujeres: avances y desafíos pendientes en las Américas (2018). CIDH. Informe No. 54/01– Fondo, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes (Brasil), 2000. CIDH. Informe No. 51/13, Caso 12.551, Paloma Angelica Escobar Ledezma y otros, 2013.

Organizaciones como CEJIL han estudiado los efectos favorables que han tenido las actuaciones del SIDH (CEJIL, 2007), las decisiones de sus órganos han logrado en muchos casos movilizar sectores sociales y funcionarios públicos para la implementación de decisiones que no siempre van dirigidas en contra de los estados que deciden adoptar nuevos estándares. Cabe añadir que la doctrina del control de convencionalidad (CIDH, Cuadernillo No. 7) ha permitido a jueces, juezas, tribunales y cortes nacionales tener un rol más activo en la implementación de los estándares internacionales de derechos humanos.

III. Conclusiones

En conclusión, el SIDH es una plataforma valiosa, no solo porque permita a las personas y pueblos que sufren violaciones de derechos humanos contar con una instancia adicional a la cual acudir en búsqueda de una reparación integral a sus derechos, sino que es además un foro en el que se adelantan reformas constitucionales, legales y de políticas públicas en favor de las personas y los pueblos de las Américas.

La violencia en contra de niños, niñas y adolescentes, como problema que requiere un tratamiento regional, encontrará en el SIDH el espacio para su desarrollo técnico acompañado de la supervisión de la CIDH y la Corte IDH (CIDH, 2009). La importancia y especificidad del tema ameritan a que esta conversación regional se inicie con una *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en Contra de Niños, Niñas y Adolescentes*, que sirva como mecanismo que complete el corpus iure interamericano (Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Serie C. No. 350, párr. 155) y dote al SIDH y a los estados que tengan el concepto de “bloque de constitucionalidad” una herramienta de aplicación eficaz de los principios que ya han sido analizados por la Corte IDH en su jurisprudencia.

Referencias Bibliográficas

- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). (2007). *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires - Argentina
- Comité de los Derechos del Niño. (18 de abril de 2011). Observación General No. 13. *Derecho del niño a no ser víctima de ninguna forma de violencia*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (24 de septiembre de 1982). Opinión Consultiva OC-1/82. Serie A No. 1.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Informe Sobre el Castigo Corporal y los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s/f). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7: Control de Convencionalidad*.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2006). *Cuarenta por ciento de los adultos considera los castigos físicos como necesarios para la disciplina en la mayoría de países de Latinoamérica. Tercer estudio de maltrato infantil*.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2014). *Ocultos a Plena luz, un análisis estadístico de la violencia en contra de niños, niñas y adolescentes en 123 países*. Recuperado de https://files.unicef.org/publications/files/Hidden_in_plain_sight_statistical_analysis_E_N_3_Sept2014.pdf
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2018). *Niños y Niñas en América Latina Panorama 2018*. Recuperado de <https://www.unicef.org/lac/informes/ninos-y-ninas-en-america-latina-y-el-caribe>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay & Ministerio de Salud Pública de la República Oriental del Uruguay (2018). *Protocolo para el abordaje de situaciones de violencia sexual hacia niñas, niños y adolescentes en el marco del Sistema Nacional Integrado de Salud*. UNICEF

Uruguay. Recuperado de https://www.bibliotecaunicef.uy/doc_num.php?explnum_id=193

EL UNIVERSAL. (27 de abril de 2019). *Los niños víctimas invisibles de la Guerra contra el narco y el crimen organizado en México*. Recuperado de <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/los-ninos-las-victimas-invisibles-de-la-guerra-contra-el-narco-y-el-crimen-organizado-en>

Organización Mundial de la Salud. (2004). *Informe Mundial violencia y salud*.

Organización de las Naciones Unidas. (2011) *Estudio del Secretario General de Naciones Unidas, sobre violencia en niñas, niños y adolescentes*.

Organización Panamericana de la Salud & Organización Mundial de la Salud. (2017) *Maltrato Infantil*. Recuperado de https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=11122:violence-against-children&Itemid=41533&lang=es

Save the Children. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. (2015). *El impacto de la violencia en la vida de los niños, niñas y Adolescentes en América Latina y el Caribe*. Recuperado de <https://www.refworld.org/es/pdfid/5af1cbb14.pdf>

Rojas, A. (26 de abril de 2019). *Los niños, las víctimas invisibles de la guerra contra el narco y el crimen organizado en México*. BBC NEWS MUNDO. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48060807>

Palomino, M. (29 de abril 2019). *Al menos 400.000 niños y niñas ha dejado Venezuela por crisis humanitaria*. La Vanguardia. Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/vida/20190429/461950896303/al-menos-400000-ninos-y-ninas-han-dejado-venezuela-por-crisis-humanitaria.html>

Montenegro, C. (20 de junio de 2019). *Crisis en Venezuela: la difícil vida de los niños y adolescentes venezolanos en el norte de Brasil*. BBC Brasil. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48704762>.

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

El derecho a la educación superior en tiempos de pandemia en un Estado constitucional de derechos.

The right to higher education in pandemic times inside a Constitutional State of Laws

Farid Villacís De La Cueva*

Investigador jurídico independiente

José Paredes Sandoval**

Investigador jurídico independiente

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 09 de octubre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 22 de noviembre, 2020

Citación

Villacís, F. y Paredes, J. (2020). *El derecho a la educación superior en tiempos de pandemia en un Estado constitucional de derechos*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (49-87).

DOI: 10.26807/rr.vi02.34

Resumen: El derecho a la educación forma parte del núcleo duro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), ya que es un medio intrínseco e indispensable para alcanzar una vida digna. El Estado tiene la obligación de garantizar este derecho, permitir el

* Presidente de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Correo electrónico: faridv.08@hotmail.com

** Defensor Estudiantil de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Correo electrónico: josed.paredes98@gmail.com

acceso sin discriminación y la continuidad del estudiante en el sistema educativo, el cual debe adaptarse a las condiciones sociales y culturales. En una circunstancia compleja como es una pandemia a causa del COVID-19, las actuaciones estatales y decisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional del Ecuador, trazan el camino y marcan precedentes para el goce efectivo de este derecho, pues la educación superior posibilita el desarrollo de un país y su sociedad. En tal virtud, el Estado debe respaldar este derecho por medio de sus actuaciones estatales: regulación normativa amparada en garantizar derechos y respetar principios; políticas públicas que tracen actuaciones en estricto apego al ordenamiento jurídico y, en el supuesto que no ocurra, la Corte Constitucional será el órgano jurisdiccional encargado de velar por la garantía y respeto a la educación superior.

Palabras claves: Derecho a la educación, educación superior, autonomía universitaria, cogobierno, Corte Constitucional, acción de incumplimiento, acción de inconstitucionalidad.

Abstract: *The right to education is part of the nucleus of the Economic, Social and Cultural Rights due to its intrinsic and indispensable effect in achieving a dignified life. This right must be guaranteed by the Government, who has the duty to allow its access without discrimination and ensure the student's continuity in the educational system which has to adapt to the social and cultural conditions. In a complex circumstance such as a pandemic caused by COVID-19, state actions and jurisprudential decisions of the Constitutional Court of Ecuador trace the path for the effective enjoyment of the right to education, hence this right enables the development of a country and its society. In addition to this Government must support the right to education through the following actions: create a normative regulation based on guaranteeing rights and respecting principles, and establish public policies in strict adherence to the legal system. Otherwise, the Constitutional Court of Ecuador will be the competent authority in charge of protecting and guaranteeing the right to education.*

Keywords: *Right to education, higher education, university autonomy, co government, Constitutional Court, action of unconstitutionality.*

Introducción

La educación es la exploración de un sinnúmero de ciencias y actividades que va desarrollando e investigando el ser humano a lo largo de su vida, pues, al ser un ente racional, le ha permitido evolucionar y mantenerse en un constante descubrimiento, fortaleciendo las capacidades y raciocinio. La educación forja hombres y mujeres libres, pues permite el desarrollo continuo y reduce el desconocimiento y la incertidumbre al dotar a la persona de ideas, conocimientos y habilidades para potenciar su individualidad.

La educación va más allá de proporcionar un aprendizaje referente a distintos saberes, debido a que es el medio de vital importancia para el desarrollo de la persona y de la sociedad. La importancia de la misma se refuerza al ser reconocida como un derecho humano e impone un deber al Estado de garantizar el ejercicio de dicho derecho. En este sentido, la educación ecuatoriana se desarrolla a través de varios niveles, los cuales son: educación inicial, educación básica, bachillerato y educación superior¹.

Con respecto a las niñas, niños y adolescentes, el derecho a la educación tiene una importancia fundamental, pero el mismo no se agota en ellos, sino que continúa hasta la adultez y la persona se puede educar en cualquier etapa de su vida. En este contexto, cobra sentido la noción de educación fundamental entendida como aquella que satisface las necesidades básicas de aprendizaje e inspira la educación de personas adultas (CLADEM, 2011, p.9-10).

La educación de tercer nivel se compone de varias instituciones, las cuales son las universidades, las escuelas politécnicas, los institutos superiores técnicos o tecnológicos, pedagógicos, instituciones de arte y conservatorios superiores, ya sean de carácter públicas o privadas (LOES, 2010, art.14), las cuales mantendrán la fuerte garantía constitucional de la autonomía universitaria, punto central que se aborda en la presente investigación.

1 La presente investigación se referirá únicamente a la educación superior.

I. Breves antecedentes de la educación superior en el Ecuador

La República del Ecuador, en 1830, reconoció la importancia de la educación, en especial de la pública, ya que en la normativa constitucional vigente de la época se prescribió que la educación debía ser promocionada por la Función Legislativa, a través del Congreso Nacional (CE, 1830, art.26, num.7). Desde inicios de la vida republicana, el Estado adoptó en su normativa un compromiso para respetar y garantizar el acceso a la educación, empero la educación universitaria era concebida como un privilegio en aquella época.

Si bien el reconocimiento normativo en el Ecuador de la educación en general inicia desde la vida republicana, no se debe dejar de señalar la importancia de la educación superior en la región Latinoamericana, que se remonta a principios del siglo XVI, cuando se fundó la Universidad de Santo Domingo y, posteriormente, la Universidad Pontificia de San Marcos en Lima y la Real y Pontificia Universidad de México (Ferreyra, Avitabile, Botero, Haimovich y Urzúa, 2017, p.2).

En la Real Audiencia de Quito, espacio territorial donde se encuentra el actual Ecuador, la historia de la universidad data de 1586, cuando los frailes agustinos fundaron la Universidad San Fulgencio (Pareja, 1986). En septiembre de 1620 se fundó la Universidad San Gregorio Magno, universidad génesis de la que es actualmente la Universidad Central del Ecuador.

De los acontecimientos históricos relevantes se considera que, en 1906, el Ecuador expide la Ley Orgánica de la Instrucción Pública, la cual determinó que la instrucción pública sería prioritaria en los establecimientos nacionales sostenidos por el Estado y la enseñanza superior comprendía en ese tiempo siete facultades, entre ellas la de Jurisprudencia (OEI, s.f). Desde el enfoque Latinoamericano, Argentina llevó a cabo un hecho histórico, revolucionario y considerado un precedente fundamental para la educación superior: la Reforma de Córdoba de 1918, la que propugnó la gratuidad como el medio de acceso y la lucha por la democratización.

La Reforma de Córdoba tiene su origen en las demandas crecientes de la población migrante europea en Argentina, personas que trajeron ideas novedosas relacionadas con la vida de la clase media y el sector obrero y que reclamaban la necesidad de la educación superior para la democratización de la sociedad (Andrade Ortega, 2017). En la Argentina de la época, la educación superior era controlada exclusivamente por el clero y los terratenientes, lo cual coartaba el acceso a la educación de las demás clases de la sociedad; ante esta situación, en la Universidad de Córdoba se implementó una reforma que favoreció la autonomía universitaria y el cogobierno, ampliación de la cobertura educativa a distintas clases sociales y la expansión de un modelo gratuito y monopólico con participación del Estado (Córdor, 2018).

Olivier (2012), al analizar las circunstancias y condiciones de la población latinoamericana, en relación a la posibilidad de ingreso a la educación superior, señala que “el paso de una universidad reservada a los grupos privilegiados a un sistema de apertura más democrática es uno de los saltos más relevantes en el siglo XX” (p.2).

Años posteriores, en las diversas Constituciones ecuatorianas y a partir de la segunda mitad del siglo XX, el constituyente estableció como un deber primordial del Estado el garantizar el acceso a la educación en general (OEI, s.f). En la Constitución ecuatoriana de 1979, el Estado previó la gratuidad de la educación en todos los niveles, incluido el universitario (Simon, 2005). En la Constitución antedicha se prescribió que el Estado tenía la obligación de destinar, al menos, el 30% de los ingresos corrientes al sector educativo (CE, 1979, art. 71). La normativa constitucional referente a la educación superior en 1979 no sufrió mayores modificaciones en la Constitución de 1998, pero en la norma constitucional de 2008 se reconoce que la educación superior no puede limitarse en razón de ninguna discriminación que conculque el ejercicio de los derechos de las personas.

En la década de los noventa puede observarse el mayor crecimiento de instituciones superiores en la historia educativa de la región latinoamericana (Olivier, 2012, p.1), esto permitió una mayor cantidad de personas ingresar a la educación de tercer nivel. La educación superior, de manera globalizada, se ha expandido considerablemente durante el

último siglo, donde las personas en edad universitaria han pasado de representar cerca del 1% en el año 1900, hasta alcanzar alrededor del 20% de esa cohorte para el año 2000, cifra que no se aleja de la realidad ecuatoriana (Rivera, 2019, cita a Schofer & Meyer, 2005).

II. El derecho a la educación superior desde un enfoque global

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente se concibe a la educación como un deber ineludible del Estado y un derecho que tendrán las personas para ejercerlo (CRE, 2008, art.26), el cual incluye la permanencia y el acceso a las instituciones educativas, aplicables a toda institución y proceso educativo (CC, Sentencia 1894-10-JP/20, 2020).

Conforme lo dicho anteriormente, en 2008 el constituyente establece el deber prioritario del Estado con respecto a la educación superior; se la concibió como un derecho de las personas a lo largo de su vida, por lo cual las políticas públicas y la inversión estatal propenderá al acceso, permanencia y egreso sin limitación alguna (CRE, 2008, arts. 26, 27 y 28).

A parte de lo mencionado, la norma constitucional prevé que la educación tendrá un enfoque antropocéntrico, ya que el ser humano es el centro del derecho a la educación (CRE, 2008, art.27); reconoce que la educación pública mantendrá un principio universal y será laica en todos sus niveles; y será gratuita hasta la educación superior (CRE, 2008, art.28). Textualmente, la Constitución establece que:

Artículo. 356.- La educación superior pública será gratuita hasta el tercer nivel.

El ingreso a las instituciones públicas de educación superior se regulará a través de un sistema de nivelación y admisión, definido en la ley. La gratuidad se vinculará a la responsabilidad académica de las estudiantes y los estudiantes.

Con independencia de su carácter público o particular, se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso, en la permanencia, y en la movilidad y en el egreso, con excepción del cobro de aranceles en la educación particular.

El cobro de aranceles en la educación superior particular contará con mecanismos tales como becas, créditos, cuotas de ingreso u otros que permitan la integración y equidad social en sus múltiples dimensiones.

La norma constitucional (CRE), vista de una manera integral y sistémica como la conciben Navas y Chiliquinga (2019), en relación a la educación superior plantean dos aristas:

En primer lugar, se trata de un derecho subjetivo, que denominaremos derecho a la educación superior, cuya base es el más amplio derecho a la educación. Además de este derecho subjetivo de alcance general, se desprenden varios derechos específicos, como son el derecho de acceder a una educación gratuita hasta el tercer nivel. En segundo lugar, la educación superior se concibe como una actividad sin fines de lucro, desarrollada a través de un sistema y una serie de mecanismos que la garantizan. Esta manera de constitucionalizar la educación superior permite combinar la protección propia del derecho subjetivo con una protección objetiva a través de una institucionalidad garantista (p.199).

La educación se entiende como un derecho subjetivo y también denota un sentido dentro y fuera de las instituciones educativas. El derecho a la educación como derecho subjetivo consiste en la facultad o prerrogativa de la persona para alcanzar una habilidad, conocimiento o alguna enseñanza útil que dé al titular del derecho una ventaja individual (Cotino Hueso, 2012). Por otro lado, el derecho a la educación desde dentro y fuera de las instituciones educativas consiste en la formación en valores, cultura, religión, deporte o cualquier enseñanza, personal o profesional, a lo largo de la vida de la persona (Cotino Hueso, 2012).

La educación es un derecho constitucionalizado que permite el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), pues la educación garantiza un desarrollo de la persona y la sociedad;

la misma se encuentra tutelada a través de un sistema y mecanismos que posibilitan de este derecho una realidad. Ahora bien, la educación mantiene un rango constitucional e internacional, ha sido reconocida como un derecho interdependiente y de carácter imperante a ser garantizado por parte de los Estados.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), instrumento internacional de obligatoria observación y cumplimiento, ratificado por el Ecuador en 1969 y con su entrada en vigor en 1976, dispone:

Artículo 13.- 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones [...]

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la **implantación progresiva de la enseñanza gratuita. (énfasis añadido).**

La educación superior radica en comprender que ésta es un bien público de carácter social, un derecho humano del cual deriva su universalidad e impone la obligación al Estado de garantizar a las personas su acceso, permanencia y egreso para generar sociedades más desarrolladas, equitativas y productivas (Rivera, 2019).

La III Conferencia Regional de Educación Superior para América Latina y el Caribe (CRES) contempló a la educación superior como un bien público, social-estratégico, un derecho humano y universal y un deber de los Estados (2018, p.20). Bien señala Benente (2019) que conceptualizar a la educación superior como derecho humano no solamente se debe ver como derecho individual que cada persona posee, sino que debe conceptualizarse como un derecho del pueblo a

la educación superior, con el fin de concebir una educación no mercantil para que el pueblo haga universidad y la universidad se haga para el pueblo (p.105).

El ejercicio de este derecho permite el desarrollo de la personalidad en libertad y otorga las cualidades académicas y técnicas necesarias para el mejoramiento de la calidad de vida y se vuelve un vehículo para el desarrollo del reconocimiento de la identidad colectiva (Bolívar, 2010, p.193). En palabras de Unzué (2019), “la expansión de la educación superior, y dentro de ella de la universitaria ha resultado tradicionalmente un indicador relevante de desarrollo social” (p. 203).

La educación, al ser un derecho trascendental en la vida del ser humano, se enmarca dentro de varios principios como la igualdad, equidad, progresividad, eficiencia, responsabilidad, participación, calidad, entre otros; en los cuales el Estado, por medio de sus instituciones, deberá actuar para el desarrollo y aplicación de estos principios. La educación a lo largo de la vida del ser humano ha sido considerada más que un derecho, en sí es una de las claves del siglo XXI según la Declaración de Hamburgo sobre la Educación de Adultos², ya que la misma permite una ciudadanía activa y promueve la democracia, justicia y la igualdad entre hombres y mujeres; la educación da significado a la vida, y la misma debe ser garantizada por el Estado, dentro de sus deberes primordiales (1997).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 26 referente al desarrollo de los DESC establece el compromiso de los Estados partes a adoptar actos normativos especialmente en educación, ciencia y cultura, en concordancia con el Protocolo de San Salvador³ que, en su artículo 13, establece el derecho a la educación a toda persona. Los tratados internacionales de derechos humanos

2 Declaración realizada en la Quinta Conferencia Internacional sobre Educación de Adultos del 14 al 18 de julio de 1997. Hamburgo, Alemania

3 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”. Ratificado por el Estado ecuatoriano el 25 de marzo de 1993.

ratificados por el Estado ecuatoriano lo comprometen a garantizar, respetar y tutelar el ejercicio del derecho a la educación por los mecanismos: normativos y por medio de garantías jurisdiccionales, caso contrario por la imposibilidad de brindar recursos efectivos, accesibles y eficaces podría dar lugar a la búsqueda de justicia y, por ende, reparación integral en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, acorde al artículo 19, numeral 6, del Protocolo de San Salvador. Para que el Estado garantice el derecho a la educación debe asegurar que este derecho cumpla con ciertas características fundamentales, que se abordan en el siguiente enunciado.

III. Características del derecho a la educación

El derecho a la educación se encuentra dentro de los DESC, los cuales fueron declarados en el PIDESC; este derecho ha sido considerado como núcleo duro de los DESC, al ser un derecho que posibilita una vida digna y el goce de otros derechos fundamentales de las personas sintetizando la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos (Pinto, 2004, p.72). La educación en todo nivel educativo, tiene cuatro características básicas, según lo previsto en la Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999): y estos son: a) disponibilidad; b) accesibilidad; c) aceptabilidad; y d) adaptabilidad.

La *disponibilidad* es, conforme lo contempla el Comité DESC en su Observación General No. 13 referente a la existencia de instituciones (de educación superior) y programas de enseñanza en cantidad suficiente dentro del Estado, una cantidad apropiada de centros educativos que permitirá a las personas mayores opciones para decidir a que institución ingresarán, y, sobre todo, permitir que una población porcentualmente alta acceda a la educación; sin embargo, la disponibilidad no acaba con la cantidad necesaria de instituciones dentro de una circunscripción territorial, sino que deben estas instituciones encontrarse dotadas de todas las condiciones necesarias para poder desenvolver un espacio correcto para transmitir conocimiento como es: edificios en un estado adecuado, instalaciones sanitarias, agua

potable, docentes calificados con salarios competitivos, bibliotecas, y hoy podríamos añadir centros de informática y computación.

En relación a la *accesibilidad* plantea el Comité DESC que deben ser accesibles a todos sin discriminación, y esta accesibilidad contempla tres dimensiones: i) no discriminación; ii) material; y iii) económica (Comité DESC, 1999 E/C.12/1999/10).

En relación a la no discriminación, este acceso debe ser para todos, sin distinción alguna y generando un énfasis en los grupos en situación de vulnerabilidad. Este derecho debe verse materializado mediante las políticas que manejen las instituciones de educación superior en donde deben privilegiar un sistema de méritos para el acceso de los estudiantes, sin discriminación de sexo, etnia, idioma, discapacidad, factores económicos, culturales, sociales o religiosos (Sinchí y Gómez, 2018).

La Corte Constitucional prohibió la discriminación indirecta, misma que consiste en el resultado de la interpretación de normas, de su aplicación o de políticas públicas que supuestamente implementan dichas normas, más aún cuando los agentes que las interpretan ejecutan servicios públicos como la educación, deberán aplicar las normas sin generar discriminación (CC, 2020, Sentencia No. 1894-10-JP/20, párr.55).

Desde la dimensión material de la accesibilidad, la misma debe ser asequible, ya sea por su localización geográfica o a través del uso de herramientas tecnológicas. Esto significa que debe la educación ser alcanzada y no restringida su acceso. El avance en el uso de la tecnología, en especial las referidas a la información y comunicación digital, es un aspecto de vital importancia en el mundo actual, y el impacto de estos desarrollos en la educación es y será fundamental; sin embargo, los sistemas educativos latinoamericanos se enfrentan a un contexto con obstáculos financieros y tecnológicos que impiden equipararse adecuadamente, adicional a las complicaciones sociales que imposibilitan a cubrir los costos de conexión, velocidad que se transmiten los datos, dispositivos electrónicos y canales de comunicación virtuales (Villanueva, 2010, p.99). Por lo que, el uso de la

tecnología en la educación superior pública sigue siendo una responsabilidad estatal y pendiente de trabajar arduamente.

La tercera dimensión de la *accesibilidad* se conceptualiza desde el enfoque económico, pues concibe a la educación como un derecho de alcance universal, implica la educación primaria propenderá a la gratuidad, y adicional, con relación a la educación superior establece el instrumento internacional que deberán los Estados implementar la gratuidad en estos niveles educativos. Este aspecto se encuentra relacionado directamente con el mandato constitucional que establece en el artículo 28, último párrafo, “[l]a educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive” (CRE, 2008).

Una de las medidas implementadas para mejorar la equidad en el acceso, entendiéndola como un bien público, ha sido la gratuidad de la educación ya que se eliminan los costos de matrícula y colegiatura (Rivera, 2019, p.3). La lógica de la política de gratuidad se relaciona con una visión social fundamentada en la igualdad de oportunidades, equidad en el acceso, e inclusión hacia grupos en situación de atención prioritaria, a través de la eliminación de las barreras de entrada en los costos de la matrícula (Rivera, 2019, p.9).

Al considerar a la *aceptabilidad* considera tanto en la forma y el fondo de la educación debe ser aceptable por los estudiantes, y cuando proceda, por los padres. El Estado como garante de este derecho deberá implementar estándares mínimos por medio de la normativa y políticas públicas para trazar los objetivos de la educación en todos los niveles.

Y la última característica que contempla el Comité DESC referente a la educación es la *adaptabilidad*, entendida como la flexibilización que tendrá este derecho, con la finalidad de adaptarse a las necesidades sociales, culturales de la población; acoplarse a los contextos culturales y/o sociales (Comité DESC, 1999 E/C.12/1999/10).

Las características descritas con anterioridad fueron recogidas en la sentencia 1894-10-JP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador, en la

cual se alude a la Observación General 13 del Comité DESC y se explica que dichas condiciones son aplicables en la educación pública como privada, cualquiera fuera la institución que permita obtener un título profesional o un grado académico a cualquier persona sin distinción.

De otro tanto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999) afirma que la educación es un derecho humano y es el medio indispensable para realizar otros derechos, debido a que otorga los instrumentos necesarios a la persona para su autonomía, con la finalidad que haga plausible su proyecto de vida, evite la marginación económica y social de las personas y se genere una sociedad más justa y democratizada (Comité DESC, 1999 E/C.12/1999/10). En lo que respecta al ámbito de la educación superior, el derecho a la educación se caracteriza por ofrecer enseñanzas técnicas o profesionales para alcanzar un desarrollo cultural, social y económico que permita a los individuos de la sociedad ocupar un papel activo en la producción (Comité DESC, 1999 E/C.12/1999/10).

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece, en el Convenio No. 142 (1975), que el Estado es el encargado de implementar un sistema educativo que permita el desarrollo técnico o profesional de las personas para que éstas integren plazas de empleo y dispongan de conocimiento que permitan el desarrollo personal, formen parte activa en los diferentes sectores económicos, sociales y culturales de la sociedad (OIT, C142). La importancia del rol del Estado en la educación consiste en generar políticas públicas que posibiliten las condiciones de acceso y permanencia en las instituciones educativas, ya que de esta manera las personas podrán obtener enseñanzas y conocimientos en igualdad de condiciones, sin discriminación alguna y la posibilidad de desarrollar actitudes que permitan su crecimiento personal y aporten a las necesidades de la sociedad (OIT, 1975, C141).

La educación, en definitiva, debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos (Comité DESC, 1999 E/C.12/1999/10 núm. 4).

IV. Relación entre el derecho a la educación y la vida digna

Tanto la OIT (1975) como el Comité de DESC (1999) se refieren al rol que juega la educación en la realización personal del ser humano. Al respecto, las enseñanzas que adquiera la persona en cualquier institución educativa posibilitan que este desarrolle un proyecto de vida y satisfaga sus necesidades personales, económicas y sociales.

La Corte Constitucional Ecuatoriana prevé que el proyecto de vida consiste en el conjunto de expectativas razonables y accesibles a las posibilidades de la persona, empero su afectación debe evaluarse en caso de daños o pérdidas irreparables a las oportunidades del individuo; en definitiva, el proyecto de vida está ligado con la realización personal en base a las opciones que la persona pueda escoger y dirigir a un fin subjetivo (CC, Sentencia No. 1032-14-EP/19, 2019, párr.51).

El derecho a la vida digna está estrechamente relacionado con el derecho a la libertad, ya que, dependiendo de las oportunidades personales, la persona podrá decidir por sí misma las expectativas razonables y accesibles trazadas en el proyecto de vida (CC, Sentencia No. 140-18-SEP-CC, 2018). Este derecho mantiene una relación con la educación, al ser un derecho interdependiente y que al ser garantizado por el Estado permite a las personas elegir, dirigir y realizar su proyecto de vida con total autonomía, para así poder desarrollar sus habilidades y conocer sobre el mundo que le rodea.

La vida digna no debe conceptualizarse como la idea de vivir bien sin educación, lo propio será que la persona pueda ejercer este derecho en conjunto con una educación de calidad y accesible, así su proyecto de vida podrá ser encaminado al desarrollo. Este derecho se ejercerá en cuanto el Estado cumpla su rol preponderante en dotar a las universidades de presupuesto para que cumplan sus fines de enseñanza, vinculación con la sociedad y desarrollo del país, y esto se logrará con una garantía fundamental como es la autonomía universitaria.

V. Autonomía universitaria

La educación superior podrá ser ejercida por medio de entidades las cuales contarán con aprobación estatal para prestar el servicio de educación (CRE, 2008, art.354), pero estas instituciones educativas tendrán un margen de actuación y, sobre todo, un respaldo normativo en lo relacionado a sus actuaciones: lo descrito se concibe como autonomía universitaria.

En virtud de lo anterior, el Estado es el ente encargado de garantizar la igualdad de condiciones de acceso a las universidades públicas, sin discrimen alguno, pero también debe dotar de autonomía a las instituciones universitarias para que determinen los parámetros objetivos para el acceso de los estudiantes, tales como pruebas de admisión, apertura de cupos dependiendo de las vacantes disponibles o la oferta restringida de cupos en carreras para mantener el prestigio profesional (Kisilevsky, 2002).

Esta posibilidad de actuar por parte de las instituciones de educación superior (en adelante IES) se verá plasmada en la autonomía de sus actividades, en el marco de lo estipulado en la Constitución que contempla el reconocimiento de la autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica (CRE, 2008, art.355).

El Comité de DESC, en la Observación General No. 13 señala que la autonomía de las instituciones de educación superior es necesaria para adoptar las decisiones inherentes a su ámbito académico, a su gestión, normativa y a todas las actividades conexas (CC, Sentencia 140-18-SEP-CC, 2018). Es considerada una protección a las IES frente a posibles injerencias arbitrarias, por lo que se encontrará respaldada de manera normativa (Pacheco & Pacheco, 2015) y hoy en día, se puede considerar desde un resguardo jurisprudencial por los criterios desarrollados por la Corte Constitucional del Ecuador en el panorama de la pandemia a causa del COVID-19.

VI. Acontecimientos ocurridos en el Estado ecuatoriano en la pandemia COVID-19

El presidente del Ecuador mediante Decreto Ejecutivo No. 1017, emitido el 16 de marzo de 2020, declaró el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio ecuatoriano por las consecuencias de la pandemia conocida como COVID-19⁴. Esta declaración suspendió el ejercicio de los derechos de libertad, tránsito, asociación y reunión; y planteó, actuaciones estatales extraordinarias para detener la propagación tales como la movilización de las Fuerzas Armadas y organismos de la Administración Pública.

En lo referente al estado de excepción, esta es una situación extraordinaria que contempla el propio Estado constitucional con el fin de afrontar una circunstancia que desborda de la normalidad, situación que supera las alternativas de implementación y mecanismos de intervención que el ordenamiento jurídico prevé de manera ordinaria (CC, Dictamen No. 1-19-EE/19, 2019, párr.7), por lo que esta herramienta tiene un carácter temporal y excepcional y puede hacer uso el presidente de la República tal como determina la Constitución (2008, art.146) y dicha declaratoria tendrá que cumplir con características materiales y formales que la propia carta fundamental lo estipula.

La Corte Constitucional del Ecuador mediante Dictamen de Constitucionalidad 1-20-EE/20, expedido el 19 de marzo de 2020, realizó el correspondiente control de constitucionalidad y emitió dictamen favorable a la declaratoria de estado de excepción puntualizando en los considerandos 2 y 3 de la parte resolutive, que las autoridades y personas que se encuentren ejerciendo potestades públicas deberán enmarcar sus competencias y atribuciones en lo que se encuentre expresamente establecido en la Constitución y la ley, así garantizando el principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Consti-

4 COVID-19 fue declarado oficialmente por la Organización Mundial de la Salud como pandemia el 11 de marzo de 2020. Más información: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

tución. Adicional, el órgano de justicia constitucional determinó que se deberá seguir lo que se encuentra estipulado en los artículos 164⁵ y 165 de la norma constitucional (CC, Dictamen 1-20-EE/20, 2020).

En relación al artículo 165 de la Constitución se establece que:

Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá:

(...)

2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación (CRE, 2008).

Haciendo hincapié frente a las circunstancias extraordinarias, imprevisibles y sobrevinientes de una calamidad pública, en la cual se decretó y contó con dictamen favorable de constitucionalidad que expresamente plantea el órgano constitucional que no podrá destinarse los fondos públicos de salud y educación para poder repeler o

5 Art. 164. La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.

El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.

actuar durante la calamidad pública. Esta garantía normativa establece que el estado no podrá eludir sus responsabilidades estatales en lo referente a la educación, aún en situaciones excepcionales.

El estado de excepción decretado por calamidad pública⁶ a causa del COVID-19, contemplaba una situación extraordinaria por causa de un virus desconocido, de fácil contagio que causa enfermedades respiratorias y muerte a personas en todo el mundo.

Frente a estos acontecimientos, el Estado ecuatoriano tomó decisiones económicas y financieras, entre las cuales la más relevante para la temática del presente artículo es el Oficio circular No. MEF-VGF-2020-003-C (en adelante Oficio 003 MEF) expedido por el Viceministro de Economía y Finanzas en abril de 2020, mismo que estipuló un recorte a las instituciones de educación superior.

Frente a este oficio emitido por el Viceministro de Economía y Finanzas se presentaron en relación a la educación superior dos acciones ante la Corte Constitucional: i) acción de incumplimiento y ii) acción de inconstitucionalidad.

6 Entendida la calamidad pública en palabras de la Corte Constitucional del Ecuador como toda situación de catástrofe con origen en causas naturales o antrópicas que, por tener el carácter de imprevisible o sobreviniente, provoca graves consecuencias sobre la sociedad, particularmente, la lesión o puesta en riesgo de la integridad de la vida humana o de la naturaleza. La misma contará con dos elementos esenciales que deberán concurrir: i) la presencia de una situación catastrófica derivada de causas naturales o humanas que afecte gravemente a las condiciones sociales de una región o de todo el país; y ii) que la concurrencia de dicha situación sea imprevista o sobreviniente (Dictamen No. 1-20-EE/20 párr. 28 y 29).

i. Acción de incumplimiento

En relación a la acción de incumplimiento, garantía establecida en el artículo 436 numeral 9⁷ con sustento en el artículo 86 numeral 3 y 4⁸ de la Constitución del Ecuador; que tiene por objeto el cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales por las autoridades o particulares obligados a acatar lo determinado en las resoluciones jurisdiccionales constitucionales (Uribe, 2013, p.59) y procede cuando el fallo no se ha ejecutado integralmente, pues la misma carece de eficacia y por ende no garantiza una tutela judicial efectiva (Ávila, 2015, p.12).

Existieron cinco demandas de acción de incumplimiento⁹ en contra de la circular emitida por el Viceministro de Economía y Finanzas alegando un incumplimiento del Dictamen 1-20-EE/20 que declaraba la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo que estableció el primer estado de excepción por causa del COVID-19. Las acciones fueron acumuladas por el Pleno de la Corte Constitucional¹⁰. Se

7 Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.

8 Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

3. (...) Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

9 Asignadas con los números de causa: 34-20-IS, 35-20-IS, 36-20-IS, 38-20-IS y 39-20-IS. Causas acumuladas aprobadas por el Pleno de la Corte Constitucional en las sesiones extraordinarias del 12 y 22 de mayo de 2020.

10 Decisión de 12 de mayo de 2020 en sesión extraordinaria del Pleno de la Corte Constitucional.

presentó por varios accionantes la petición de medidas cautelares conjuntas y la Corte dispuso a la cartera de estado suspender y abstenerse de realizar modificaciones presupuestarias a las instituciones de educación superior y detener los efectos del oficio circular No. MEF-VFG-2020003-C hasta adoptar una decisión de fondo.

En las alegaciones de los accionantes se manifestaba incumplimiento de los numerales 2 y 3 de la parte resolutive del dictamen constitucional, pues la actuación del órgano estatal afectaría a la accesibilidad y calidad de la educación superior, y se pretendía por medio de esta garantía jurisdiccional ordenar el incumplimiento del dictamen y evitar el recorte presupuestario y garantías de no repetición, con la finalidad que el Estado no vuelva a buscar recortar los recursos en el ámbito de educación.

Los accionados, instituciones estatales manifestaron, en audiencia pública de 28 de mayo de 2020, que no existía un recorte al presupuesto de la educación superior; sino más bien fue una reoptimización de recursos y búsqueda de eficiencia, alegando que no se incumplió el Dictamen 1-20-EE/20 y que la vía constitucional propuesta no era la idónea; en conclusión lo adoptado se encontraba dentro del margen de lo legal, y parte esta decisión de un proceso técnico de revisión periódica del presupuesto y de sus componentes, por lo que no existe como tal una reducción al presupuesto de las universidades (CC, Sentencia 34-20-IS y ac, 2020, párr. 50-65).

La Corte Constitucional al decidir sobre el fondo de las acciones de incumplimiento que alegaban inobservancia del dictamen en relación al punto 2 de la parte resolutive del Dictamen 1-20-EE/20 que establecía que las actuaciones dentro del marco de un estado de excepción deberán encontrarse dentro de las competencias legalmente previstas. La Corte analizó la competencia del Viceministro de Economía y Finanzas para expedir las Directrices presupuestarias para el segundo trimestre del ejercicio fiscal 2020, acto que ejecutó por medio del oficio circular No. MEF-VFG-2020-003-C, y la Corte consideró que la competencia para adoptar las políticas económica, fiscal y tributaria acorde el artículo 261 numeral 5 de la Constitución (2008) son del Estado Central, misma que la ejerce el Ministerio de

Economía y Finanzas y sus actuaciones se regulan en la normativa infralegal vigente que otorga la facultad de emitir actos resolutivos, por lo que tiene competencia para expedir esta circular (CC, Sentencia No. 34-20-IS y ac, 2020, párr. 100-110).

Otro punto fundamental del fallo referente a las acciones de incumplimiento en relación al presupuesto a las instituciones de educación superior, fue alegado por los accionantes el incumplimiento del punto 3 de la parte resolutive del dictamen en donde estableció la Corte que “con sustento en los artículos 164 y 165 de la Constitución, se enfatiza que la suspensión de derechos y la adopción de medidas excepcionales, sólo puede ordenarse mediante decreto ejecutivo de Estado de excepción (...)” (CC, Dictamen No. 1-20-EE/20, 2020, pár.3), en suma a este punto establece el órgano constitucional que es atribución del Ministerio de Economía y Finanzas aumentar y/o rebajar los ingresos y gastos que modifiquen los niveles presupuestarios fijados y que el expedir el oficio circular no constituye una medida excepcional, sino una medida del régimen constitucional y legal ordinario, ajustándose a los criterios de pertinencia y oportunidad (CC, Sentencia No. 34-20-IS y ac, 2020, párr. 120 y 121).

Establece que no se evidencia disposición de los recursos de la educación superior a otros fines, y por ende no es factible, ordenar mediante sentencia que se restituya una cantidad de dinero que muy probablemente no se recaude en un ejercicio fiscal determinado, así desestimó las acciones de incumplimiento y revocó las medidas cautelares (CC, Sentencia 34-20-IS y ac, 2020, párr. 148 y 151).

Precedente jurisprudencial que determinó que la vía mediante acción de incumplimiento no era la adecuada, entendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el recurso adecuado como el “recurso idóneo para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias” (CorteIDH, Serie C No.9, 1989, párr.64) y que no se demostró por parte de los accionantes en sus alegaciones un incumplimiento de lo dispuesto por la Corte Constitucional en su dictamen de constitucionalidad del estado de excepción.

ii. Acción de inconstitucionalidad 9-20-IA/20

Frente a la circular emitida por el Viceministro de Economía y Finanzas en abril de 2020 (considerada en discusión en la garantía jurisdiccional referida en el acápite anterior), se presentó ante la Corte Constitucional una acción de inconstitucionalidad, acción adicional que se planteó en contra del Oficio No. MEF-SP-2020-0002 emitido por la Subsecretaría del presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas y la Resolución RPC-SO-012- No.238-2020, expedida por el Consejo de Educación Superior en mayo de 2020.

La acción de inconstitucionalidad plantea una observancia de los requisitos constitucionales para la formación y emisión de las disposiciones jurídicas (CC, Sentencia No. 9-20-IA/20, 2020, párr.67) y sobre el fondo permite garantizar la adecuación de las normas que componen el ordenamiento jurídico al contenido de la Constitución (Guerrero, 2012, p.109), pues toda norma que fuere dictada en oposición a la misma, ya sea formal o material carecerá de validez jurídica y deberá ser declarada contraria a la Constitución y expulsarla del ordenamiento jurídico (Guerrero, 2012, p.103).

En concordancia con lo señalado la Corte Constitucional establece:

[...] la acción de inconstitucionalidad constituye el mecanismo de control abstracto a posteriori por excelencia. El control abstracto de constitucionalidad no es otra cosa que la posibilidad de examinar la constitucionalidad de una norma sin hacer referencia a un caso concreto, por lo que el control de constitucionalidad, previsto en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución, se realiza con abstracción respecto de la aplicación concreta de la norma y se limita únicamente a determinar la conformidad o no del texto normativo impugnado con las disposiciones consagradas en la Constitución de la República. Si el resultado de este examen determina la inconstitucionalidad, el acto normativo impugnado será declarado inválido, garantizando con ello la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución (CC, Sentencia No. 001-17-STC-CC, 2017).

Al analizar la causa 9-20-IA/20, los accionantes alegaban que los actos impugnados desconocían el carácter normativo de la Constitución y su supremacía, violentando obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en particular con el derecho a la educación y otros derechos conexos al mismo; y frente al reconocimiento constitucional de la autonomía universitaria, en su administración, gestión financiera y económica y académica, esta se ve perjudicada por las actuaciones del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y el Consejo de Educación Superior (CES).

Los órganos estatales entre sus posturas señalaron la competencia para expedir los actos normativos y mediante estas actuaciones el MEF, generó una reestimación de los presupuestos de todas las entidades que conforman el Presupuesto General del Estado como consecuencia de los ingresos disminuidos a causa de la pandemia COVID-19 y otros factores como caída del precio del petróleo; y, frente a esta reestimación no significa una afectación a la autonomía universitaria y a la calidad de la educación en general, ni la educación superior en particular.

La Corte Constitucional en el presente caso, al analizar la constitucionalidad por la forma de la circular del MEF contempla que tiene competencias constitucionales y legales en base al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPLAFIP) que crea el Sistema Nacional de Finanzas Públicas (SINFIP), el cual le permite la rectoría y creación de normas políticas, y actuaciones que tengan por objeto gestionar los ingresos, gastos y financiamiento público¹¹,

11 Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Art. 70.- Sistema Nacional de Finanzas Públicas (SINFIP). El SINFIP comprende el conjunto de normas, políticas, instrumentos, procesos, actividades, registros y operaciones que las entidades y organismos del Sector Público, deben realizar con el objeto de gestionar en forma programada los ingresos, gastos y financiamiento públicos, con sujeción al Plan Nacional de Desarrollo y a las políticas públicas establecidas en esta Ley. Todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República se sujetarán al SINFIP, en los términos previstos en este código, sin perjuicio de la facultad de gestión autóno-

considerando que dentro del sector público se encuentran las universidades, por lo que en concordancia con la Sentencia No. 34-20-IS y acumulados establece la competencia del órgano estatal para emitir este tipo de actuaciones.

Ahora bien, como se señaló previamente, la Corte Constitucional realizó un análisis de fondo para observar que la presente actuación se deriva y se fundamenta en otras superiores, ya que toda norma jurídica o acto administrativo con efectos generales debe encontrarse en concordancia con la Constitución de la República. En este precedente histórico la Corte aborda la inconstitucionalidad del Oficio circular MEF 003 expedido por el Viceministro de Economía y Finanzas en abril de 2020 y otros actos jurídicos de efectos generales, y se refiere a la autonomía universitaria desde el campo académico, administrativo y financiero; así como contempla como una verdadera garantía para el cumplimiento de los fines de las IES (CC, Sentencia No. 9-20-IA/20, 2020, párr.102).

En relación a la *autonomía académica* contempla la Corte como una condición fundamental e insoslayable para el cumplimiento de los fines relacionados con la investigación, búsqueda de la verdad, y producción de ciencia, tecnología, cultura y arte (CC, Sentencia No. 9-20-IA/20, 2020, párr.91), la misma que tendrá una protección constitucional, y directamente hace relación a que las instituciones de educación superior no podrán cumplir sus fines académicos en el caso de no contar con facultades para: organizar, gestionar, y administrar sus recursos (CC, Sentencia No. 9-20-IA/20, párr.92).

La *autonomía administrativa y orgánica* abarca la facultad de administrarse y organizarse, sin injerencias, contando con una libertad para que las IES definan la forma en que se organizan internamente

ma de orden administrativo, económico, financiero, presupuestario y organizativo que la Constitución o las leyes establecen para determinadas entidades.

Art. 71.- Rectoría del SINFIP.- La rectoría del SINFIP corresponde a la Presidenta o Presidente de la República, quien la ejercerá a través del Ministerio a cargo de las finanzas públicas, que será el ente rector del SINFIP.

(Díaz, 2018, p.28), lo cual incluye el cogobierno universitario, permitiendo el protagonismo y responsabilidad en la toma de decisiones de todos los sujetos que conforman la comunidad universitaria: estudiantes, docentes, personal administrativo y autoridades para una legitimidad en las actuaciones y participación activa de actores estratégicos (Jara y Cedeño, 2018, p.7).

Con respecto a la *autonomía financiera*, la Corte Constitucional es enfática en que las IES tendrán la facultad de disponer de sus recursos, la optimización del gasto, la ejecución presupuestaria y la fiscalización, estos tópicos deberán encontrarse relacionados con el carácter solidario y responsable que tiene la autonomía universitaria, si bien no serán privados de sus rentas o asignaciones presupuestarias, ni mucho menos un retardo en los pagos por parte del Estado, es prioritario el manejo de estos valores de una manera eficaz y oportuna para así garantizar los principios relacionados a la educación superior y sus instituciones (CC, Sentencia No. 9-20-IA/20, 2020, párr. 95).

El análisis de la circular MEF 003 por la Corte Constitucional hace alusión a que este acto no fue un mero lineamiento o recomendaciones, sino más bien fueron restricciones efectivas a las IES, pues incluía de modo general una serie de limitaciones, condicionamientos y prohibiciones vinculadas con los egresos del personal y otros egresos presupuestarios de las IES públicas (CC, Sentencia No. 9-20-IA/20, 2020, párr.144,152).

Si bien el Ministerio de Economía y Finanzas, en base al COP-LAFIP, tiene la facultad como ente rector de las finanzas públicas de variar hasta un 15% para disminuir o aumentar los ingresos del sector público respecto a las cifras presupuestarias aprobadas por la Asamblea Nacional; en estas circunstancias se encontraba directamente relacionado las modificaciones a las preasignaciones, por lo que estas reformas en el presupuesto de las IES alteran su planificación institucional, la continuidad y ejecución de ciertas carreras, programas de investigación, pago de servicios y adquisición de bienes, imposibilitando la contratación de personal docente y administrativo requerido para su actividad normal y planificación institucional (CC, Sentencia No. 9-20-IA/20, 2020, párr. 148, 150, 151), lo

cual generaría una afectación palpable a la autonomía universitaria y más aún incumpliendo el mandato constitucional que establece como prioridad la inversión en educación, frente a otras áreas de la inversión pública (CRE, 2008, art.355), criterio acertado por la Corte Constitucional para respetar el derecho a la educación superior.

El financiamiento que realiza el Estado a las instituciones de educación superior (IES) será un componente básico y necesario para una educación superior de calidad, sin embargo, no será el único, pues bien lo afirma Rodríguez (2007, p.72) que se deberá mantener una gestión seria, corresponsable, honesta y autocrítica para no terminar en un descalabro financiero que pague la sociedad, y dentro de ella los más pobres, por lo que las IES tendrán la posibilidad de acceder a un financiamiento y entrega del mismo en un tiempo oportuno, pero está deberá contener una responsabilidad y saber manejar los fondos de una manera eficiente para poder cumplir el principio de solidaridad y responsabilidad establecidos en la Constitución del Ecuador (CRE, 2008, art.355).

Esta garantía a las IES como es la autonomía universitaria debe ser respetada en las dimensiones que aborda la Corte Constitucional, pues así se garantizará una educación gratuita de calidad y supone la eliminación de las barreras de acceso a las instituciones universitarias, lo cual promueve la equidad socioeconómica y permite a las personas a generar y potenciar habilidades individuales que permiten satisfacer otras necesidades como la alimentación, vivienda, empleo, salud y alcanzar la superación personal, así como disfrutar de vacaciones, seguridad social, mejoramiento social y, en general, alcanzar su proyecto de vida (Ponce y Carrasco, 2016).

Si bien el Ecuador no excluye la educación privada, éste propugna que toda persona acceda a cualquier institución de educación superior de manera gratuita, lo cual contribuye al desarrollo del conocimiento, preservación y enriquecimiento de la cultura nacional y los saberes ancestrales, conforme los fines establecidos en la Ley Orgánica de Educación Superior (art. 8, letra c).

La autonomía universitaria comprende la libertad de cátedra, designar sus autoridades, contratar docentes e investigadores, gestionar su ámbito administrativo, planificar y ejecutar su ejercicio económico y administrar sus recursos patrimoniales (CC, Sentencia No. 140-18-SEP-CC, 2018). En lo que respecta a las IES públicas, la reducción de presupuesto incide directamente en su autonomía financiera e impide que las instituciones educativas promuevan una labor académica de alta calidad que favorezca el desarrollo de la personalidad en libertad, fortalezca la producción investigativa y permita a la sociedad obtener las herramientas profesionales o técnicas necesarias para alcanzar una vida digna. El recorte presupuestario limita la autonomía de las IES públicas y fiscomisionadas, puesto que la falta de recursos no permitirá el correcto desarrollo de la labor académica y devendrá en un detrimento hacia la formación académica de los estudiantes.

La Corte Constitucional declaró inconstitucional por el fondo de la circular 003 del Ministerio de Economía y Finanzas, en relación con las medidas aplicables para las IES (CC, Sentencia No. 9-20-IA/20).

En este punto, la resolución RPC-SO-012-No-238-2020 emitida por el Consejo de Educación Superior, órgano encargado de la planificación, regulación y coordinación del sistema de educación superior (CRE, 2008, art.353), órgano que entre sus atribuciones se encuentra dictar la normativa reglamentaria para el ejercicio de sus competencias (LOES, 2012, art.166-169); dicha resolución se expide en el marco de la “Normativa transitoria para el desarrollo de actividades académicas en las Instituciones de Educación Superior, debido al estado de excepción decretado por la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia de COVID-19”, la cual reformaba el Reglamento de Carrera y Escalafón del profesor de educación superior, norma que regula lo relacionado a: horas de docencia, planificación, vinculación del personal de apoyo, carrera y escalafón del personal académico de las IES (CES, RPC-SO-037-NO.265-2012).

El CES expidió su resolución con fundamento en la pandemia causada por el COVID-19 en el Ecuador y plantea cambios significativos al tiempo de dedicación a las horas de docencia, así como la contratación ocasional de docentes. En relación a las horas de docencia la disposición

analizada en el presente caso aumentaba las horas de docencia, por lo que, solo se tomarán en cuenta como horas laborales las que el docente tenga contacto con los estudiantes (de forma presencial o virtual, sincrónica o asincrónica) tal como dispone el artículo 17 de la LOES, y no considerando las horas de aprendizaje autónomo entendido como “el conjunto de actividades de aprendizaje individuales o grupales desarrolladas de forma independiente por el estudiante sin contacto con el personal académico o el personal de apoyo académico” (LOES, 2010).

Por dicho anteriormente, la resolución del CES establecía un incremento hasta del 467% de horas de clase semanales, por ejemplo, en la dedicación del docente de tiempo completo, empero según el Reglamento de Carrera y Escalafón mínimo debían ser 3 horas y máximo 16. Con la Resolución del CES se modifica la carga horaria al considerar mínimo 14 horas y máximo 26; valores diferentes, pero no alejados ocurre con los docentes de medio tiempo y tiempo parcial. Lo cual a criterio de la Corte Constitucional de manera acertada significa una disminución desproporcionada del tiempo que un docente puede dedicar a la preparación de clase, a organizar y desarrollar otras actividades de docencia. Adicional, imposibilitando el realizar actividades de investigación, estudio de campo y vinculación con la comunidad (CC, Sentencia No. 9-20-IA/20, párr.172 y 173).

Esta resolución referente a la modificación de las horas de docencia, disminuye exponencialmente el tiempo de preparación de clase, en ciertos casos aproximadamente a treinta minutos para preparar cada hora de clase, lo que sería contrario a las garantías de mejoramiento pedagógico y académico del personal docente y generaría una deficiencia en la calidad y la propia Corte afirma que atentaría al principio de la educación superior, adicionalmente perjudica otros aspectos como el equilibrio de la docencia en generar otras actividades fundamentales dentro del campo universitario (CC, Sentencia No. 9-20-IA/20, 2020, párr. 178 y 179).

La Corte Constitucional en su fallo determina inconstitucionales tanto la circular 003 del Ministerio de Economía y Finanzas como la resolución del Consejo de Educación Superior donde reformaba el Reglamento de Escalafón y plantea a estos dos organismos que enmarquen

sus actuaciones referente a racionalizar el gasto, optimización fiscal o reprogramación presupuestaria que se encuentre de por medio las instituciones de educación superior a la autonomía universitaria, la calidad de la educación superior y las particularidades de las IES; adicional que trabajen de manera coordinada con los diversos actores del sistema de educación superior: cuerpo docente, administrativo y estudiantes; y frente a estas decisiones económicas no deben anular las garantías de mejoramiento pedagógico y académico del personal de las IES. (CC, Sentencia No. 9-20-IA/20, 2020, pág. 57).

Para concluir este apartado se analiza a breves rasgos el voto salvado de los jueces constitucionales que se encontraron en contra del voto de mayoría. En relación a la circular 003 del MEF establecen que “no se encuentra una relación entre el referido oficio circular y el recorte presupuestario de las universidades denunciado por los accionantes” (Voto salvado Sentencia No. 9-20-IA/20, párr.6); ahora bien la prohibición o limitación de generar ciertas actuaciones establecidas en la circular 003 del MEF para el sector público (no deslizando a las IES públicas) como señalaba la imposibilidad de contratación de personal docente y administrativo, este requerido para su actividad cotidiana de las IES, lo cual podría incurrir en suspensión o cierre de carreras, programas; adicional de pago de servicios generales, implementación de un sistema tecnológico para poder cubrir varios aspectos educativos en la pandemia a causa del COVID-19 no es un asunto aislado al presupuesto necesario para las IES pondría en grave riesgo la actividad de universidades y escuelas politécnicas de educación superior públicas, en su funcionamiento, mantenimiento y adecuación a una nueva normalidad.

Adicional establece el voto salvado que no puede desconocerse que a las IES les sea aplicable las directrices del oficio 003 del MEF y el efecto sería en los ámbitos detallados en este documento, que serían las cuestiones específicas relacionadas a temas netamente administrativos (Voto salvado Sentencia No. 9-20-IA/20, párr.7). Esta afirmación causa una preocupación, pues la autonomía universitaria no solo comprende la libertad de cátedra, designación de sus autoridades; adicionalmente mantiene un enfoque fundamental en la organización financiera como es la contratación de docentes e investigadores,

gestión en su ámbito administrativo, planificación y ejecución de su ejercicio económico y administración de sus recursos patrimoniales (CC, Sentencia 140-18-SEP-CC, 2018). Por lo que la actividad administrativa de la universidad permite garantizar el cumplimiento de sus fines, la organización y manejo de su patrimonio y de brindar una atención de calidad y eficiente a estudiantes y personas que lo requieran, por lo que, el enfoque administrativo no está alejado a la autonomía universitaria.

A este aspecto de “afectación exclusiva al aspecto administrativo de las IES” referida en el voto salvado de la Corte Constitucional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de los derechos humanos de las personas con COVID-19 expidió la Resolución No. 4/2020, que dispone a los Estados:

[...] prever dentro de los diferentes niveles de los sistemas educativos, la implementación de medidas que mitiguen la posible interrupción de los estudios y se enfoque en la reducción del abandono de los mismos. Así como atenuar otras consecuencias derivadas directamente de la pandemia, tomando especialmente en consideración el papel de la escuela en los entornos más vulnerables, como proveedora de higiene, salud o alimentos (CIDH, 27/07/2020, párr.42).

Esta disposición internacional no debe considerarse aislada del tratamiento y mejoramiento de la actividad administrativa de las IES, por lo que se encuentran en tiempos de pandemia es un gran reto de adaptar la actividad presencial a una virtual o híbrida, implementar mecanismos de atención oportuna por canales antes no usados o no muy frecuentes, y permitiendo así que la educación superior permanezca y siga siendo un espacio de aprendizaje y desarrollo de la sociedad.

En lo referente al análisis de la Resolución del Consejo de Educación Superior en el punto del incremento de las horas de trabajo al personal académico, el voto salvado plantea que es una decisión acertada, pues la misma se encuentra sustentada por la emergencia sanitaria que se encuentra el Ecuador a causa de la pandemia del COVID-19 y es una disposición transitoria, momentánea, mientras

dure esta emergencia. En este punto la pandemia fue una causa imprevisible, que los gobiernos no pudieron prever ni imaginar la dimensión de la misma, por lo que, señalar una situación temporal, considerando que el Ecuador se mantuvo seis meses en estado de excepción por causa de esta pandemia, y que al momento de escribirse este texto se mantiene esta emergencia, ya no puede ser considerada transitoria, pues la misma según la OMS ha advertido a la población que la duración de esta pandemia podría prolongarse un largo tiempo (Cordero, 02/08/2020) y aumentar la carga horaria a los docentes podrá perjudicar a la educación sobre todo a la calidad, y a un trabajo precario y en contra del mejoramiento pedagógico y académico de sujetos que son protagonistas en la educación superior y enseñan a las nuevas generaciones para un desarrollo a la sociedad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que

[...] dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad (Corte IDH, 9/04/2020, Declaración 1/20).

La educación superior al ser parte de los DESC es de vital importancia tutelar el ejercicio de este derecho y más aún en tiempos complejos como es una pandemia, y es el derecho a la educación la posibilidad que tendrán las personas de acceder a un proceso de formación personal, social y cultural de carácter permanente que busque el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura, pues este derecho se configura como un bien de suma importancia para la sociedad (CCCol, Sentencia T646/11, 2011).

En medida de que el Estado tiene la obligación de desarrollar un sistema educativo que cumpla con las condiciones de disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad debe desarrollar políticas públicas que vayan de acuerdo a cumplir con estas obligaciones y no establecer medidas que su consecuencia sea la

restricción al acceso a la educación superior por falta de entrega de recursos económicos por parte del Gobierno Nacional. Es imperativo recalcar que la educación es fundamental para el desarrollo de la ciudadanía y la libertad en sociedad.

VII. Conclusiones

La educación es uno de los elementos prioritarios y que caracterizan el desarrollo de un país, por medio de este derecho se configura la posibilidad de ejercer otros tales como la vida digna. Las actividades estatales como son los actos normativos, políticas e inversiones públicas, deben perseguir un fin el cual permita que las personas puedan acceder, continuar y concluir su educación superior, y esto se ejecutará por medio de un constante y permanente manejo de todo el aparataje estatal, respetando la normativa constitucional y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que reconocen a la educación superior un derecho y una obligación del Estado ecuatoriano garantizar y permitir su ejercicio.

La existencia y establecimiento del derecho a la educación superior de manera textual en la Constitución, instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y en más normas no será suficiente, pues el Estado por medio de sus actividades deberá garantizar mecanismos que permitan el ejercicio a la educación superior de las personas; pues en sí mismo este derecho permite el desarrollo de la sociedad, y no puede ser mercantilizado pues esto imposibilita y restringe su ejercicio, dejando de ser universal.

Es imperante señalar que la justiciabilidad del derecho a la educación dentro de los DESC, ha permitido una tutela de este derecho, y frente a violaciones del mismo permite su protección por parte de los órganos jurisdiccionales, por lo que, el derecho a la educación superior será plenamente exigible y tiene que garantizarse con el máximo de los recursos que dispone el Estado.

La Corte Constitucional del Ecuador se pronunció sobre la importancia del respeto al derecho a la educación superior desde la garantía

a la autonomía universitaria de las instituciones de educación superior en el marco de las decisiones adoptadas por el Estado ecuatoriano en los primeros meses de pandemia por causa del COVID-19, y desarrolló un criterio fundamental de respeto a su presupuesto, al manejo de sus fondos y al trabajo de docentes y personal administrativo; pues se recalca que frente a medidas regresivas en la educación superior se tendrá un efecto multiplicador negativo incluso más allá de la educación misma, afectando las posibilidades de empleo, los planes de vida, el acceso a la cultura y la participación democrática. Estas limitaciones podrían condicionar la consecución de otros derechos.

Referencias Bibliográficas

- Andrade Ortega, E. (2017). Universidad, Estado y Autonomía. En S. Cabrera, C. Cielo, K. Moreno y P. Ospina (eds.), *Las reformas universitarias en Ecuador (2009-2016). Extravíos, ilusiones y realidades* (pp. 53-69). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ávila, F. (2015). Tesis “*Acción de incumplimiento: fundamentos conceptuales y líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición*”. Programa de Maestría en Derecho Procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador. Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4664/1/T1722-MDP-Avila-Incumplimiento.pdf>
- Benente, M. *El derecho humano a la educación superior. Una revisión a la luz de los 70 años de la gratuidad*. “Donde antes estaba solamente admitido el oligarca”. La gratuidad de la educación superior, a 70 años. Mauro Benente (compilador). EdunPaz, Editorial Universitaria.
- Bolívar, L. (2010). *El derecho a la educación*. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos Volumen 52 Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25566.pdf>

- Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer - CLADEM. (2011). *Jurisprudencia sobre el Derecho a la Educación en los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*. Lima, Perú.
- Comboni, S. & Juárez, J. (1997). *La educación superior en América Latina: perspectivas frente al siglo XXI*. Revista Política y Cultura, (9). Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=267/26700902>
- Cóndor, V. (2018). Influencia de la Reforma de Córdova en la universidad ecuatoriana. *Revista Conrado*, 14(63), (pp. 15-19). Recuperado de <http://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado>
- Cordero, Á. (02/08/2020). *La OMS advierte que la pandemia durará un “largo tiempo”*. France 24. Recuperado de <https://www.france24.com/es/20200802-oms-tedros-pandemia-coronavirus-covid19>
- Cotino, L. (2012). *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Díaz, D. (2018). *El cogobierno como elemento consustancial de la autonomía universitaria responsable en el marco jurídico ecuatoriano*. Disertación previa a la obtención de abogado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/15938/TESIS%20EMPASTADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ferreya, M., Avitabile, C., Botero, J., Haimovich, F. y Urzúa, S. (2017). *Resumen Momento decisivo*. La educación superior en América Latina y el Caribe. Banco Mundial. Washington, DC., EE.UU. Recuperado de <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26489/211014ovSP.pdf?sequence=5&isAllowed=y>
- Guerrero, J. (2012). *Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad*. Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Cuadernos de trabajo. Tomo 3. Corte Constitucional para el período de Transición. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Quito, Ecuador. Juan Montaña Pinto edit.

- Jara, I. & Cedeño, J. (2018). *El cogobierno en la educación superior en Ecuador: práctica de la gobernanza*. Revista Científica ECOCIENCIA. Universidad Ecotect. Volumen 5. No. 5. Recuperado de <http://revistas.ecotec.edu.ec/index.php/ecociencia/article/view/121/87>
- Kisilevsky, M. (2002). *Condiciones sociales y pedagógicas de ingreso a la educación superior en la Argentina*. Dos estudios sobre el acceso a la educación superior en la Argentina. Buenos Aires: IIPE-UNESCO.
- León, A. (2007). *¿Qué es la educación? Educere*. Universidad de los Andes. Volumen 11. No. 39. Venezuela. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/356/35603903.pdf>
- Navas, M. & Chilinguina, L. *Acceso y gratuidad en la universidad desde un enfoque de derechos*. Reflexiones sobre el caso ecuatoriano. “Donde antes estaba solamente admitido el oligarca”. La gratuidad de la educación superior, a 70 años. Mauro Benente (compilador). EdunPaz, Editorial Universitaria.
- Pacheco, L. & Pacheco, R. (2015). *Evolución de la educación superior en el Ecuador. La Revolución Educativa de la Universidad Ecuatoriana*. Pacarina del Sur. Año 6 No. 23. Recuperado de <http://pacarinadelsur.com/home/amautas-y-horizontes/1128-evolucion-de-la-educacion-superior-en-el-ecuador-la-revolucion-educativa-de-la-universidad-ecuatoriana#resumen>
- Ponce, J. y Carrasco, F. (2016). *Acceso y equidad a la educación superior y posgrado en el Ecuador, un enfoque descriptivo*. Revista Latinoamericana de Políticas y Acción Pública, 3(2), (pp. 9-22). ISSN 1390-9193.
- Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, Ciencia y Cultura (OEI). (s.f). *Breve evolución histórica del Sistema Educativo. Capítulo 2. Sistemas Educativos Nacionales - Ecuador*.
- Olivier, G. *Retos de la educación superior privada en América Latina: entre la expansión y la resistencia*. IdeAs. Recuperado de <https://journals.openedition.org/ideas/382?lang=en>
- Pareja, F. (1986). *La educación superior en Ecuador*. Centro Regional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe - CRESALC - UNES-

- CO. Caracas, Venezuela. Recuperado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000072628>
- Pinto, M. (2004). *Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano*. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos. No. 40. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-2.pdf>
- Rivera, J. (2019). *A 10 años de la gratuidad en la educación superior: ¿qué pasó con el acceso?* Revista Chakiñan, (7). Recuperado de http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2550-67222019000100058&lang=es
- Rivera, J. (2019). *La gratuidad de la educación superior y sus efectos sobre el acceso: Caso Ecuador*. Archivos Analíticos de Políticas Educativas, 27. Recuperado de <https://www.uasb.edu.ec/documents/10181/2364056/Jairo+Rivera/ccab93e5-df81-48c8-8173-f417dd8537b4>
- Rodríguez, F. (2007). *El financiamiento de la Educación Superior en América Latina: Una visión panorámica. Informe sobre la educación superior en América Latina y el Caribe 2000-2005*. Instituto Internacional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- Simon, F. (24 de noviembre de 2005). *La educación en la Constitución Ecuatoriana de 1998*. Derechoecuador.com Diario La Hora. Recuperado de <https://www.derechoecuador.com/la-educacioacuten-en-la-constitucioacuten-ecuatoriana-de-1998>
- Sinchi, E. y Gómez, G. (2018). *Acceso y deserción en las universidades. Alternativas de financiamiento*. Alteridad, 13(2). Recuperado de http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1390-86422018000200274&lang=es
- Unzué, M. (2019). *Una mirada sobre la educación superior en América Latina*. Revista de Educación y Derecho No. 19. Universitat de Barcelona. Recuperado de <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/28357/29055>

Uribe, D. (2013). *Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales. Apuntes de Derecho Procesal Constitucional Cuadernos de trabajo*. Tomo 2. Corte Constitucional para el periodo de Transición. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Quito, Ecuador. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco edit.

Villanueva, E. (2010). *Perspectivas de la educación superior en América Latina: construyendo futuros*. Perfiles educativos Volumen No. 129. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones sobre la Universidad y la Educación. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-26982010000300006

Jurisprudencia constitucional

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-17-STC-CC. Caso No. 0039-07-TC de 11 de enero de 2017. Jueza ponente: Ruth Seni Pinoargote.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 140-18-SEP-CC. Caso No. 1764-17/EP de 18 de abril de 2018. Jueza ponente: Tatiana Ordeñana Sierra.

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 1-19-EE/19. Casos No. 1-19-EE y 2-19-EE acumulados de 30 de mayo de 2019. Jueza ponente: Carmen Corral Ponce.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1032-14-EP/19. Caso No. 1032-14-EP de 18 de diciembre de 2019. Jueza ponente: Daniela Salazar Marín.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1894-10-JP/20. Caso No. 1894-10-JP de 4 de marzo de 2020. Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez.

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 1-20-EE/20. Caso No. 1-20-EE de 9 de marzo de 2020. Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 34-20-IS/20 y acumulados. Caso No. 34-20-IS/20 y acumulados de 31 de agosto de 2020. Jueza ponente: Carmen Corral Ponce.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 9-20-IA/20. Caso No. 9-20-IA de 31 de agosto de 2020. Juez ponente: Agustín Grijalva Jiménez.

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.

Jurisprudencia comparada

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T646/11, de 1 de septiembre de 2011.

Normas jurídicas

Asamblea Constituyente Constitución de la República del Ecuador 20 de octubre de 2008. Registro Oficial 449.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Educación Superior 12 de octubre de 2010. Registro Oficial Suplemento No. 298.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas 22 de octubre de 2010. Registro Oficial Suplemento No. 306.

Consejo de Educación Superior. Reglamento de carrera y escalafón del profesor de educación superior 08 de noviembre de 2017.

Instrumentos internacionales

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ratificado por el Ecuador y publicado en el Registro Oficial no. 101 año I con fecha 24 de enero de 1969. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos Resolución No. 4/2020, Derechos Humanos de las personas con COVID-19 de 27 de julio de 2020.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Organización de Naciones Unidas. Observación General No. 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). 21 periodo de sesiones, 15 de noviembre al 3 de diciembre 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Declaración No. 1/20. COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos respetando las obligaciones internacionales de 9 de abril de 2020. San José, Costa Rica.

Instituto Internacional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Declaración de la III Conferencia Regional de Educación Superior para América Latina y el Caribe (CRES), celebrada entre el 11 y el 15 de junio de 2018. Córdoba, Argentina.

Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos 22 de noviembre 1969.

Organización de Estados Americanos. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador". Ratificado por el Estado ecuatoriano el 25 de marzo de 1993.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Declaración realizada en la Quinta Conferencia Internacional sobre Educación de Adultos del 14 al 18 de julio de 1997. Hamburgo, Alemania

Organización Internacional del Trabajo. Convenio No. 142: Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos. 1975.

¿Al fin una Corte Constitucional?: Breve revisión del desarrollo de los derechos y el control constitucional en la jurisprudencia reciente (2019-2020).

*At last, a Constitutional Court?: A brief review of
fundamental rights' development and constitutional
review in recent jurisprudence (2019-2020)*

Msc. Pablo Valdivieso-Kastner*

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

LLM. José Luis Castro-Montero**

Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 10 de septiembre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 03 de diciembre, 2020

Citación

Valdivieso, P. y Castro, J. (2020). *¿Al fin una Corte Constitucional?: Breve revisión del desarrollo de los derechos y el control constitucional en la jurisprudencia reciente (2019-2020)*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (89-131).

DOI: 10.26807/rr.vi02.55

* Abogado por la PUCE. Magíster en Ciencia Política por London School of Economics and Political Science. Es docente de Derecho Constitucional en la PUCE y asesor en la Corte Constitucional. Correo electrónico: pablo.valdivieso.kastner@gmail.com

** Abogado por la PUCE. Especialista Superior en Derecho Constitucional por la UASB, sede Ecuador. Magíster en investigación de Derecho por Tilburg University y KU Leuven. Es docente de Derecho Constitucional en la UASB y asesor en la Corte Constitucional. Correo electrónico: j.l.castromontero1@gmail.com

Resumen: Este trabajo contiene una revisión de las principales sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador en su primer año de funciones. El organismo se caracteriza por ser un Tribunal de cierre con prerrogativas de control de constitucionalidad fuerte. Dentro de este contexto, las decisiones tomadas han desarrollado el contenido de derechos fundamentales al tiempo que han revertido varios precedentes jurisprudenciales. La primera parte presenta aquellas sentencias que avanzan los derechos a la igualdad, a la libertad de expresión y a la libertad ambulatoria, los derechos de participación, de las comunidades y pueblos indígenas, a la salud y a la seguridad social. La segunda parte incluye sentencias que se encargan del control de constitucionalidad de propuestas de reforma constitucional, consultas populares, leyes y tratados internacionales. Finalmente, apuntamos algunos retos que mantiene esta Corte de cara a lograr uniformidad en la interpretación y afianzar su independencia e institucionalidad.

Palabras clave: Corte Constitucional, derechos fundamentales, garantías jurisdiccionales, jurisprudencia Ecuador, control de constitucionalidad.

Abstract: *This work encompasses the most salient judicial decisions issued by the Ecuadorian Constitutional Court along its first year in office. The ECC exercises strong constitutional review, i.e., its interpretation of the constitution is binding and it cannot be overturned by other powers. In this context, the ECC has not only advanced constitutional rights, but also reversed some of its previous rulings. In the first section we survey rulings that advanced equality, freedom of expression, freedom of movement, political rights, collective rights and the right to health and to social security. The second section comprises decisions concerning judicial review of constitutional amendments, referendum, legislation and international treaties. Finally, we conclude by pointing out ECC's challenges towards achieving hermeneutical consistency and a certain degree of independence and institutionalization.*

Keywords: *Constitutional Court, fundamental rights, judicial guarantees, jurisprudence in Ecuador, constitutional review.*

Introducción

La Constitución ecuatoriana de 2008 otorga un protagonismo sin precedentes a la Corte Constitucional (en adelante CC o “la Corte”). Dentro del engranaje institucional que consagra nuestra Constitución, la CC adquiere un papel central en el ejercicio del control, interpretación y administración de justicia constitucional, caracterizado por sus amplias atribuciones en materia de control de la supremacía de la Carta Fundamental y protección de los derechos constitucionales. En la teoría, este sistema de control constitucional fuerte imaginaba a la Corte como un actor capaz de hacer efectivo el goce de los derechos y las garantías, de impulsar cambios sociales, de preservar el sistema de frenos y contrapesos, cimentando su legitimidad sobre la base de una nascente cultura constitucional y democrática. En la práctica, muy a pesar de sus amplias competencias, la CC ha tenido continuas dificultades para consolidarse como una institución que garantice la supremacía de la Constitución y el pleno ejercicio de los derechos. Desde su creación en 2008, el organismo estuvo fuertemente influenciado por los influjos de orden político provenientes de las otras funciones del Estado, especialmente de la Función Ejecutiva (Castro-Montero y van Dijck, 2017; Jaramillo Jassir, 2013).

Desde 2008 a 2012, los entonces miembros del ex Tribunal Constitucional (organismo que antecedió a la actual Corte) se autoproclamaron como jueces de la CC “para el periodo de transición” (Oyarte, 2015). En 2012, en medio de constantes críticas por la falta de independencia del organismo, se realizó un cuestionado concurso público para designar a jueces constitucionales permanentes (Salgado, 2013). En 2015, se dio la primera renovación de tres de los nueve jueces de la Corte. A pesar de la renovación parcial de magistrados, el escaso desarrollo jurisprudencial de los derechos constitucionales y la falta de independencia, en especial al momento de tratar aquellos casos en los que el Ejecutivo y el partido de gobierno tenían algún tipo de interés, siguieron obstaculizando una auténtica institucionalización del organismo (González-Jácome, 2017; Landau, 2013).

En el año 2018 el gobierno llamó a una consulta popular. Uno de los objetivos de la consulta fue la creación de un organismo transitorio

- Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio (CPCCS-T)- cuyo mandato consistió en evaluar el funcionamiento de varias entidades de control (Trujillo, 2019). El CPCCS-T evaluó a la Corte Constitucional y resolvió cesar en funciones a los jueces de este organismo debido a la falta de independencia y al retraso en el despacho de procesos. De esta forma, la Corte entró en un periodo de vacancia durante seis meses. A la par, el CPCCS-T organizó un concurso de oposición y méritos para nombrar nuevos jueces. Los ganadores del concurso se posesionaron y comenzaron sus funciones en febrero de 2019.

Este trabajo presenta una crónica jurisprudencial de las que, en nuestro criterio, son las sentencias más importantes en términos de desarrollo de derechos fundamentales, emitidas durante el primer año de labores de la Corte Constitucional (febrero 2019 - febrero 2020). Esta crónica no tiene como objetivo analizar críticamente la jurisprudencia, sino que más bien revisa de manera panorámica los principales pronunciamientos del máximo órgano de interpretación constitucional en el Ecuador. La importancia de este documento radica en que recoge la novedad de algunas sentencias respecto del desarrollo del contenido de derechos, la reversión de fallos previos y la activación de atribuciones que la CC no había ejercido previamente, en especial del mecanismo de selección y revisión.

Este trabajo se organiza de la siguiente manera: la primera sección comprende una descripción de las principales atribuciones de la CC. La segunda sección revisa las principales sentencias en función de grupos de derechos. Así, se enfocan derechos de igualdad y libertad, derechos de participación, derechos del buen vivir y derechos colectivos. Además, se hace especial mención sobre el desarrollo de la garantía de habeas corpus en conexión con otros derechos. La tercera parte abarca algunas sentencias de control de constitucionalidad como reforma constitucional, inconstitucionalidad de norma y Constitución económica. En la parte final apuntamos las conclusiones que se derivan del contenido previo.

I. La Corte Constitucional y sus competencias

La CC está compuesta por nueve jueces, que tienen un período fijo de nueve años en el cargo –sin posibilidad de reelección inmediata- y son renovados por tercios cada tres años¹. Los jueces de este Tribunal no están sujetos a juicio político y tampoco pueden ser removidos por el ente que los designa, aunque están sujetos a otros controles de la función pública.

La CC es el máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional, por lo que es considerado un tribunal de cierre con un control fuerte. Esto implica la existencia de una Constitución rígida que otorga amplias atribuciones al órgano de control, cuyas decisiones no pueden ser revertidas por otros órganos, particularmente por el Legislativo (Grijalva, 2012a).

Dentro de sus facultades de control *ex ante*, la CC dictamina la constitucionalidad de tratados internacionales, convocatorias a consultas populares nacionales o locales, objeciones presidenciales a proyectos de ley, propuestas de reforma constitucional y proyectos de estatutos autonómicos (Oyarte, 2015). También se encarga del control jurídico de actos políticos al emitir dictamen de admisibilidad sobre el inicio juicio político contra el Presidente y dictamen de favorabilidad sobre la destitución del Presidente o disolución de la Asamblea Nacional, cuando se alegue la arrogación de funciones.

Con respecto al control abstracto *ex post* de constitucionalidad, la CC interviene como un actor encargado de garantizar la supremacía

1 Para la selección y nombramiento de los jueces se conforma una comisión calificadora que lleva a cabo un concurso público en el que participan 9 candidatos propuestos por cada una de las siguientes funciones: Ejecutivo, Legislativo y Transparencia y Control Social. El concurso comprende fases de comparecencia oral, impugnación y culmina con la designación y posterior posesión ante la Asamblea Nacional. Los 9 jueces eligen a un presidente y aun vicepresidente que duran en el cargo un lapso de 3 años. De otro lado, las decisiones dentro de la CC se toman por una mayoría absoluta y tienen el carácter de definitivas e inapelables.

de la Carta Fundamental frente a normas de inferior jerarquía. En este orden, sus atribuciones le permiten decidir la expulsión del ordenamiento jurídico de normas² o actos administrativos -por el fondo o la forma-, a través de una acción pública de inconstitucionalidad o una acción de inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales, respectivamente (Guerrero, 2011). Así mismo, mediante una acción de inconstitucionalidad por omisión, la CC dictamina sobre mandatos constitucionales de desarrollo normativo que no han sido atendidos por instituciones del Estado o sobre normativa que tiene graves deficiencias de constitucionalidad, cuando se trata de una omisión relativa (Oyarte, 2015; Valle, 2010).

En cuanto al control concreto *ex post*, si un juez ordinario tiene dudas razonables sobre la constitucionalidad de una norma que debe aplicar para resolver un caso concreto, debe suspender la sustanciación del caso y elevarlo a un pronunciamiento de la CC a través de una consulta de constitucionalidad de norma (Romero, 2017).

Por otra parte, existen garantías jurisdiccionales constitucionales que la CC conoce de forma directa y otras que se tramitan ante los jueces inferiores. El primer grupo de garantías jurisdiccionales incluye mecanismos que buscan la tutela de derechos constitucionales que fueron vulnerados por acción u omisión judiciales durante la tramitación de un proceso judicial. Estas garantías son la acción extraordinaria de protección (en adelante “AEP”) y la AEP contra decisiones de justicia indígena. En la práctica, alrededor del 80% de causas que resuelve la CC están relacionadas con la AEP (Oyarte, 2017). Así también, existen garantías jurisdiccionales constitucionales que buscan asegurar el cumplimiento de normas infra constitucionales, informes y sentencias de organismos internacionales -acción por incumplimiento-, y de fallos de la propia CC -acción de incumplimiento-.

2 Según el artículo 436.3 de la Constitución, la facultad de la CC alcanza inclusive a la declaración de inconstitucionalidad de normas conexas a las que se analizan como principales.

El segundo grupo de garantías abarca acciones que una vez que han sido resueltas por la justicia ordinaria, acceden a la justicia constitucional a través de los procesos de selección y revisión. Aquí se destaca la acción de protección, conocida en la legislación comparada como acción de amparo o tutela (Andrade, 2013; Castro-Montero et al., 2016). Existen otras garantías como el hábeas corpus, el hábeas data, la acción de acceso a la información pública, que buscan proteger derechos como la libertad personal, información personal y el libre acceso a información pública respectivamente, entre otros. Finalmente, dentro de este grupo están las medidas cautelares constitucionales que buscan evitar o hacer cesar una violación inminente de derechos fundamentales (Masapanta, 2013).

El proceso de selección y revisión que realiza la CC consiste precisamente en el escogimiento de los casos de garantías jurisdiccionales más relevantes en función de parámetros como la gravedad, novedad, relevancia e inobservancia de precedentes jurisprudenciales. Una vez que los casos han sido seleccionados, pasan a revisión. Ello permite a la Corte revertir las decisiones adoptadas por los jueces inferiores, desarrollar nuevos parámetros jurisprudenciales sobre derechos constitucionales o consolidar sus precedentes, a través de la emisión de decisiones que constituyen jurisprudencia vinculante (Suárez, 2015). Finalmente, la CC realiza un control jurídico de las declaratorias de estado de excepción, particularmente cuando dentro de ellas se suspenden derechos fundamentales. Además, se encarga de dirimir conflictos de competencias entre las funciones del Estado u otros órganos.

II. Novedades jurisprudenciales y desarrollo de derechos

2.1. Matrimonio igualitario

En los casos 10-18-CN y 11-18-CN, la CC conoció dos consultas de constitucionalidad de norma en las que interpretó que la Constitución protege el derecho al matrimonio entre parejas del mismo

sexo. En el caso 10-18-CN, el juez consultante planteó un conflicto entre la Constitución y dos disposiciones de rango legal que, en línea con el artículo 67 de la Constitución, definían al matrimonio como “la unión entre un hombre y una mujer”, mientras que en el caso 11-18-CN, la duda de constitucionalidad se fundamentó en la posibilidad de aplicar directamente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva (OC) No. 24/17 (CC, Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019).

En el caso 10-18-CN, la Corte analizó la constitucionalidad de las disposiciones del Código Civil y la Ley Orgánica de Identidad que impedían el matrimonio entre parejas del mismo sexo preguntándose si la Constitución prohibía al legislador instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo. A partir de una interpretación axiológica (o *principalista*), el organismo sostuvo que la esterilidad reproductiva de las parejas homosexuales, la inadecuación de las uniones homosexuales al prototipo de familia tradicional y las visiones que conciben a la homosexualidad como un problema patológico o un desorden moral, entroncadas en una visión católica del matrimonio, no aportan razones constitucionalmente justificadas que obliguen al legislador a prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En el mismo sentido, la CC determinó que la prohibición del matrimonio igualitario desconoce principios constitucionalmente protegidos, como la autonomía de la persona, la laicidad, el buen vivir, la protección constitucional a las diversas formas de familia, la libertad de conciencia, la intimidad y la igualdad formal y material. El modelo de matrimonio en un Estado constitucional, expresó la CC, “no puede ser la proyección de una ética personal (...) sino el reflejo de una ética laica” (CC, Sentencia No. 10-18-CN/19, 2019, p. 15).

La Corte agregó que negar el derecho fundamental al matrimonio en razón de la identidad de las personas impide una interpretación armónica con el bloque de constitucionalidad, en específico con el artículo 17 numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). En síntesis, la Corte declaró la inconstitucionalidad sustitutiva de los artículos consultados, definiendo al matrimonio

como la “unión entre dos personas”, y exhortó a la Asamblea Nacional a revisar integralmente la legislación para que se brinde un trato igualitario a las parejas del mismo sexo.

En el caso 11-18-CN, la Corte arribó a una conclusión similar a través de un proceso argumentativo distinto. Fundamentalmente, la CC estructuró su decisión a partir de dos líneas argumentativas: la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos y la interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales.

En relación con la primera línea argumentativa, cabe notar que la Constitución de 2008 contiene una cláusula de apertura en su artículo 424. Esta disposición permite que los tratados internacionales de derechos humanos que reconocen derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalezcan sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público (Bazán, 2014). Ello además se complementa con la obligación de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías reconocidos en los instrumentos internacionales que establecen los artículos 11 numeral 3 y 426 de la Constitución³. Sobre la base de estas disposiciones, la Corte señaló que:

los derechos y las garantías reconocidos en la OC 24/17, que interpreta con autoridad la CADH, forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad (...) y esto quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano. (CC, Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, párr. 39)⁴

3 El artículo 426 de la Constitución señala: “las juezas y jueces, autoridades administrativas (...) 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 (...) Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación”.

4 La OC No. 24/17 expresa: “(...) es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo

De hecho, la jurisprudencia de la CC ya había reconocido a la OC 24/17 como un instrumento internacional que “por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano (...) se entiende adherido al texto constitucional” (CC, Sentencia No. 184-18-SEP-CC, 2018, p. 58). Este criterio fue confirmado en el caso 11-18-CN.

En relación con la segunda línea interpretativa, la Corte sostuvo que el derecho al matrimonio debía ser entendido juntamente con la satisfacción de otros derechos constitucionales como el derecho a la familia, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar, a la identidad, a la libre contratación y, sobre todo, a la igualdad y no discriminación.

Resulta interesante notar el uso plural de métodos interpretativos en la sentencia de mayoría del caso 11-18-CN. Por ejemplo, la Corte utiliza la interpretación “literal, sistemática y favorable”, para argumentar que el artículo 67 de la Constitución debe ser interpretado en conjunto con otras disposiciones de la Carta Fundamental y también a la luz de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, adquiridas por el Estado ecuatoriano. De allí que la Corte concluya que “El Estado debe cumplir de buena fe las obligaciones internacionales (...) y no debe justificar su incumplimiento invocando normas del derecho interno, aún si son constitucionales” (CC, Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, párr. 73).

La Corte también emplea el método evolutivo y afirma que las disposiciones jurídicas deben ser concebidas como instrumentos vivos que ayuden a solucionar los problemas actuales de las personas. De acuerdo con esta perspectiva, la Corte considera al matrimonio como un derecho fundamental para el plan de vida, la dignidad, la igualdad, la identidad y las libertades de las personas del mismo sexo. En efecto, la protección del vínculo matrimonial no puede responder

el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales”.

únicamente a las necesidades de aquellos arquetipos tradicionales de la familia, sino que debe cumplir con las exigencias que plantean las sociedades modernas.

Con base en estos razonamientos, la Corte concluye que “la exclusión del derecho al matrimonio por su identidad, es contraria a una sociedad democrática, incluyente, tolerante y sin discriminación” (CC, Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, párr. 115), expresó la Corte, concluyendo que “el artículo 67, que expresa “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer”, se complementa con la regulación e interpretación de la CADH, realizada por la Corte IDH mediante la OC 24/17, que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo”. (CC, Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, párr. 211).

El voto de minoría, en cambio, sostuvo que la interpretación de la sentencia de mayoría no garantiza la supremacía de la Constitución, produce un efecto de mutación arbitraria de la misma, desconoce la literalidad del artículo 67 del texto constitucional e inobserva los procedimientos de reforma constitucional. Además, expresó que las opiniones consultivas de la Corte IDH no constituyen instrumentos internacionales vinculantes y que, desde el punto de vista constitucional, el mecanismo de consulta de constitucionalidad de norma no habilita a la CC a determinar la aplicación directa de la OC 24-17 en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.2. Unión de hecho entre parejas del mismo sexo

El caso 603-12-JP llegó a conocimiento de la Corte a través del mecanismo de selección y revisión de garantías jurisdiccionales. En este caso, un tribunal de apelación aceptó una acción de protección propuesta por una pareja homosexual en contra del Registro Civil por la negativa de inscribir su unión de hecho.

La Corte ratificó la decisión del tribunal de apelación y señaló que el artículo 68 de la Constitución protege la unión de hecho entre

personas del mismo sexo⁵. Además, agregó que la Constitución en su artículo 11 numeral 2 prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual.

Desde la perspectiva argumentativa, la CC empleó un test de igualdad basado en tres parámetros: la comparabilidad entre parejas homosexuales y heterosexuales, la constatación del trato diferenciado en la inscripción de la unión de hecho y la verificación de la desigualdad de resultados. En consecuencia, expresó que la entidad pública demandada tenía “la obligación de registrar la unión de hecho entre dos personas, sin distinción alguna por su orientación sexual. La negativa del registro de la unión de hecho de parejas del mismo sexo es una discriminación y, por tanto, una violación a los derechos reconocidos en la Constitución” (CC, Sentencia No. 603-12-JP/19 (acumulados), 2019, párr. 20).

2.3. Acciones afirmativas y concursos públicos

Dentro del caso 7-11-IA, la Corte conoció una acción pública de inconstitucionalidad propuesta en contra de un acto administrativo, en el que el Consejo de la Judicatura convocó a un concurso público de méritos y oposición para la designación de 101 jueces de instancia. Dentro del concurso, se aplicó una medida de acción afirmativa en favor de las mujeres, otorgándoles 2 puntos adicionales en función de lo previsto en el reglamento para el efecto.

El problema jurídico que se planteó la CC fue: “¿la entrega de puntos adicionales a las mujeres en el concurso (...) vulneró el derecho a la igualdad?”. Para resolver este problema, la Corte aplicó un “test de igualdad” estructurado en función de cuatro parámetros: i. la legitimidad del objetivo de eliminar toda forma de discriminación por sexo o género; ii. la racionalidad de lograr una igualdad material en la

5 El artículo 68 de la Constitución señala que “la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”.

representación en cargos públicos; iii. la necesidad de la medida para aumentar la representación de mujeres en la rama judicial; y iv. la proporcionalidad en sentido estricto, en la que el organismo destacó que la medida afirmativa protegía derechos de un grupo históricamente excluido y generaba una satisfacción del derecho a la igualdad material alta. En suma, la CC declaró que las acciones afirmativas “no son una excepción al principio de igualdad sino un medio para promover el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones” (CC, Sentencia No. 7-11-IA/19, 2019, párr. 21).

2.4. Estereotipos de género en sentencias

El caso 525-14-EP fue conocido por la CC a través de una AEP. En este caso, la CC ratificó una decisión en la que la Corte Nacional de Justicia corrigió valoraciones realizadas por jueces inferiores basadas en estereotipos de género. “El uso de estereotipos, preconcepciones o prejuicios respecto de las mujeres (...) son el resultado de la situación actual de desigualdad y discriminación que muchas mujeres enfrentan...” (CC, Sentencia No. 525-14-EP/20, 2020, párr. 48), sostuvo la CC, añadiendo que “las mujeres requieren confiar en un sistema judicial libre de prejuicios y estereotipos, y en una judicatura cuya imparcialidad no se vea comprometida por supuestos sesgados” (CC, Sentencia No. 525-14-EP/20, 2020, párr. 49). La Corte además expresó que los operadores de justicia deben adoptar las medidas necesarias para erradicar los estereotipos de género y las prácticas discriminatorias.

2.5. Libertad de expresión

En el caso 282-13-JP, la Corte seleccionó una acción de protección presentada por el subsecretario de la Administración Pública en contra del Diario “La Hora”. En 2012, este diario publicó un artículo titulado “2012: 71 millones en propaganda”, en el que informó sobre los gastos del gobierno nacional en publicidad. De acuerdo con los personeros de la Administración Pública, el artículo contenía datos erróneos por lo que solicitaron su rectificación, misma que fue publicada bajo el título de “réplica” en el medio de comunicación días más tarde.

Inconforme con la publicación, el subsecretario de la Administración demandó a La Hora mediante una acción de protección en la que alegó la vulneración de los derechos constitucionales a obtener información veraz y a la rectificación de la información del Estado ecuatoriano. El juez de primera instancia aceptó la acción, declaró la vulneración de derechos y dispuso, entre otras medidas, que el medio de comunicación publique una rectificación y disculpas públicas. Esta sentencia fue ratificada por los jueces de apelación, quienes agregaron que el Diario había vulnerado el derecho a la honra del Estado.

En su sentencia, la CC se pronunció sobre dos temas. Por una parte, si el Estado puede ser titular de derechos constitucionales y solicitar la tutela de estos derechos a través de la acción de protección. Por otra, desarrolló el alcance del derecho a la libertad de expresión y su relación con el derecho a la rectificación y respuesta.

Sobre el primer tema, la CC revirtió el criterio jurisprudencial vigente desde 2009, según el cual todas las personas, incluidas las entidades públicas, podían reclamar la vulneración de derechos mediante garantías jurisdiccionales. La CC señaló que los derechos son atributos inherentes a los seres humanos y, en el caso ecuatoriano, a la naturaleza. “Los derechos nacieron para proteger a los individuos de los excesos del poder público”, son “límites al poder del Estado” y este último “está llamado a respetarlos y protegerlos” (CC, Sentencia No. 282-13-JP/19, 2019, párr. 29 y 30), acotó la Corte. En esta línea, la Corte afirmó que el Estado no es titular del derecho al honor, a la información veraz y a la rectificación, sino que estos derechos están derivados de la dignidad humana, y concluyó que lo declarado por los jueces inferiores era improcedente⁶.

6 La Corte reconoció que, en aras de garantizar el ejercicio de la defensa en condiciones igualdad dentro de procesos administrativos y judiciales, las personas jurídicas de derecho público pueden activar garantías jurisdiccionales que busquen tutelar el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la seguridad jurídica en su dimensión procesal.

Sobre el segundo tema, la Corte indicó que los medios de comunicación promueven el ejercicio de la libertad de expresión en su dimensión individual, consistente en la posibilidad de expresarse y utilizar los medios adecuados para difundir un mensaje al mayor número de destinatarios, y su dimensión social, que permite a las personas recibir información, opiniones y expresiones ajenas. Las autoridades públicas, por ello, deben abstenerse de limitar u obstaculizar el ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de prensa, cuyo ejercicio está protegido por “una presunción de constitucionalidad” (CC, Sentencia No. 282-13-JP/19, 2019, párr.63).

La Corte agregó que el ejercicio de la libertad de expresión, en línea con los artículos 13 numeral 2, 18 y 30 de la CADH, puede generar responsabilidades ulteriores que “deben: (i) estar expresamente previstas en una ley, (ii) perseguir un fin legítimo y, (iii) ser idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales” para asegurar “a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (UN-OHCHR, WGAD, 2019, párr. 111; CC, Sentencia No. 282-13-JP/19, 2019, párr. 61).

La CC además destacó que, si bien existen limitaciones a la libertad de expresión, la aplicación de las mismas debe ser excepcional y añadió que ciertos discursos -en particular aquellos sobre el interés público, asuntos políticos, sobre personas que ocupan o pretenden ocupar cargos públicos y aquellos relacionados con expresiones que viabilizan el ejercicio efectivo de derechos constitucionales- tienen una protección constitucional especial, configurada a partir de una “presunción de constitucionalidad”. Ello se debe a que este tipo de discursos:

- (i) fomentan el debate y el cuestionamiento de las posturas y decisiones de los distintos órganos del Estado;
- (ii) promueve la participación ciudadana en ejercicio de las actividades, cumplimiento de competencias estatales y diseño de políticas públicas;
- (iii) permite a los ciudadanos formarse una opinión, adoptar posturas y participar de manera efectiva e informada del proceso democrático;
- (iv) facilita el escrutinio y vigilancia respecto de las actividades estatales. (CC, Sentencia No. 282-13-JP/19, 2019, párr. 66)

La legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión, acotó la Corte, deben evaluarse en función de los estándares de reporte fiel, según el cual “no se podría trasladar la responsabilidad originada en los contenidos al medio que los reproduce citando su fuente” (CC, Sentencia No. 282-13-JP/19, 2019, párr. 81) y de real malicia, lo que implica que quien alega la restricción del derecho a la libertad de expresión debe comprobar que la difusión de información se ha realizado “con la intención de causar un daño y con conocimiento de la falsedad de la información difundida, o con un desprecio evidente por la veracidad de los hechos” (CC, Sentencia No. 282-13-JP/19, 2019, párr. 93).

Sobre la diferencia del derecho a la rectificación y el derecho a la réplica, la Corte expresó:

(...) En caso de que la información difundida sea falsa o errónea, corresponde solicitar una rectificación a fin de que se corrija tal situación. En los casos en que terceros requieran pronunciarse sobre la información difundida por considerarse agraviados sobre la base de motivos distintos a la falsedad de la información, corresponde solicitar un espacio para ejercer el derecho a la réplica o respuesta. (CC, Sentencia No. 282-13-JP/19, 2019, párr. 76)

En el caso concreto, la Corte consideró que la información publicada por el Diario La Hora aludía al gasto público, por lo que gozaba de protección especial, y adicionalmente cumplía con el estándar de veracidad establecido en el artículo 18 de la Constitución, en tanto dicho medio de comunicación reprodujo información manifestada por terceros, sin realizar apreciaciones subjetivas y citando la fuente.

Además de revertir las decisiones de los jueces inferiores y declarar que las mismas habían limitado inconstitucionalmente el derecho a la libertad de expresión del Diario La Hora, la CC ordenó la difusión de la sentencia con especial énfasis a los operadores de justicia encargados de resolver garantías jurisdiccionales.

2.6. Derechos de participación

Además de los derechos tradicionalmente vinculados con la democracia representativa, como el derecho a elegir, ser elegido y conformar organizaciones políticas, el artículo 61 de la Constitución ecuatoriana establece otros derechos relacionados con la democracia directa y participativa, como la iniciativa popular normativa, la consulta popular, la revocatoria del mandato y la fiscalización de las autoridades públicas. De hecho, la Constitución denomina a estos derechos políticos como derechos de participación (Noguera & Navas, 2016).

Los fallos más importantes en términos de estos derechos han sido emitidos en procesos en los que la CC se ha pronunciado sobre la procedencia de consultas populares y propuestas de reforma constitucional. Como explicamos anteriormente, en estos casos la Corte ejerce control constitucional previo y automático, dictaminando la constitucionalidad tanto de propuestas de a consultas populares, así como de iniciativas de reforma de la Carta Suprema. Estas propuestas pueden provenir de la ciudadanía, del Presidente de la República o de un grupo de legisladores.

En los casos 4-19-RC, 5-19-RC, 7-19-RC y 8-19-RC, la Corte resolvió varias iniciativas de reforma constitucional que pretendían regular el sufragio pasivo exigiendo que los candidatos a legisladores cuenten un título profesional de tercer nivel y experiencia profesional mínima de diez años. La CC estimó que esta propuesta buscaba introducir un “componente elitista” en la integración de la Asamblea Nacional. Este requisito, argumentó la Corte, podría restringir el derecho a ser elegido de más del 91% de la población total, incluido el 96% de los afroecuatorianos, 97% de los montubios y 98% de los indígenas. La Corte además manifestó que “la sabiduría práctica que algunos ciudadanos indígenas alcanzan a partir de los conocimientos ancestrales de su respectiva comunidad (que, sin duda, los capacitaría para desempeñarse como senadores) es imposible de ser acreditada mediante un título universitario” (CC, Dictamen No. 4-19-RC/19, 2019, párr. 30.5). En definitiva, la CC dictaminó que estas propuestas de reforma constitucional limitaban derechos políticos y, por ello, no podían ser tramitadas a través del procedimiento de enmienda constitucional.

También, sobre el sufragio pasivo, la Corte resolvió una propuesta orientada a instituir una prohibición constitucional para que aquellos ciudadanos llamados a juicios penales no puedan ser candidatos a asambleístas. La Corte consideró que esta iniciativa restringía la presunción de inocencia de las personas, misma que según la Constitución solo puede ser desvirtuada luego de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Quizás uno de los fallos más relevantes sobre el derecho a elegir y ser elegido fue el dictamen No. 7-19-RC/19, en el que la CC cambió el precedente sobre la eliminación de los límites constitucionales a la reelección, adoptada por los anteriores miembros del organismo (CC, Dictamen No. 7-19-RC/19, 2019).

En el dictamen No. 1-14-DRC-CC, de 2014, la Corte inicialmente había señalado que la reelección indefinida de las autoridades de elección popular, siempre y cuando se realicen elecciones periódicas, suponía una ampliación del sufragio activo y pasivo de las autoridades y los ciudadanos. Con esta polémica interpretación, la Corte habilitó la enmienda constitucional de las reglas de reelección, pasando de una fórmula de reelección limitada, que habilitaba la reelección por una sola vez de manera inmediata o no, a un sistema de reelección indefinida, que posibilita la reelección sin límites de las autoridades (CC, Dictamen No. 001-14-DRC-CC, 2014).

En 2019, la CC modificó esta interpretación e indicó que no existe un derecho a la reelección, que la eliminación de los límites a la reelección no amplía derechos de participación y que más bien estas limitaciones son regulaciones legítimas que coadyuvan a la alternancia democrática de las autoridades electas en sus cargos. La Corte además resaltó que la reelección indefinida podría distorsionar el sistema democrático, volviéndolo incompatible con un sistema de gobierno democrático, presidencial y republicano.

En otro tema, la Constitución establece un sistema de financiamiento mixto de las organizaciones políticas. En el caso 10-19-RC, la Corte conoció una propuesta de reforma que buscaba eliminar el financiamiento público de las mismas. La CC manifestó que las organizaciones

políticas son “canales de expresión de parte de la ciudadanía en los temas de interés y quehacer público” (CC, Dictamen No. 10-19-RC/20, 2020, párr. 43) y rechazó la propuesta de reforma, bajo el argumento de que el financiamiento público –más precisamente, el fondo partidario permanente– es un mecanismo que protege la participación y la igualdad material de las distintas organizaciones políticas.

Otro giro jurisprudencial importante en materia de derechos políticos, relacionado con el ejercicio de la iniciativa ciudadana para convocar a una consulta popular, se produjo en el caso 1-19-CP. Con anterioridad, en el Dictamen No. 1-13-DCP-CC de 2014, la CC había establecido que, previo a obtener un dictamen constitucional sobre la procedencia de una consulta popular, la ciudadanía debía presentar “el requisito de legitimidad democrática”, es decir, el número de firmas requerido para la convocatoria a consulta popular (CC, Dictamen No. 001-13-DCP-CC, 2013)⁷.

En contra de la argumentación sostenida por la anterior conformación de la CC, en el dictamen 1-19-CP/19, la magistratura sostuvo que obligar a la ciudadanía a recolectar firmas, sin tener la certeza sobre la constitucionalidad de la propuesta de consulta popular:

provoca dos efectos lesivos con relación al derecho de participación, uno directo y otro indirecto: el primero ocasiona un obstáculo injustificado que altera y agrava el proceso de consulta popular de iniciativa ciudadana. Y, el otro efecto, como consecuencia del primero, podría conducir a un desincentivo sistemático que disuada a los ciudadanos de promover consultas populares, debido a una exigencia previa que dificulta innecesariamente su derecho de participación. (CC, Dictamen No. 1-19-CP/19, 2019, párr. 23)

7 De acuerdo con el artículo 104 de la Constitución: “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”.

La Corte consideró que resultaba inoficioso solicitar miles de firmas que carecerían de validez si es que el organismo no emite un dictamen favorable. En consecuencia, el organismo concluyó que en virtud de una interpretación más favorable para la “efectiva vigencia del derecho de participación” (CC, Dictamen No. 1-19-CP/19, 2019, párr. 25) a ser consultado, primero se debe realizar el control de constitucionalidad de la pregunta y, una vez obtenido este dictamen de constitucionalidad, los ciudadanos deben acreditar el porcentaje de respaldo popular determinado en la Constitución y la ley.

Esta apertura jurisprudencial a la participación popular se extendió también a la posibilidad de realizar consultas populares sobre actividades extractivas de recursos naturales en los dictámenes 2-19-CP/19, 9-19-CP/19 y 10-19-CP/19. En estos pronunciamientos la Corte aclaró que la consulta popular, a más de un derecho de participación y de un mecanismo de democracia participativa y directa, es también una garantía de otros derechos. En esta línea, el organismo expresó que “no existe, en principio, una disposición constitucional que prohíba clara y expresamente que la ciudadanía pueda plantear como asunto de consulta popular temas relacionados con la explotación de recursos naturales no renovables y específicamente con actividades de minería” (CC, Dictamen No. 9-19-CP/19, 2019, párr. 21). Al contrario, la Corte consideró que “no solo el sistema democrático sino el régimen de desarrollo que establece la Constitución incluye expresamente la participación de los ciudadanos y ciudadanas como un derecho en sí mismo y como una garantía de todos los demás derechos constitucionales” (CC, Dictamen No. 9-19-CP/19, 2019, párr. 21).

A partir de este cambio jurisprudencial se han propuesto varias iniciativas de consultas populares, referéndums e incluso convocatorias a asambleas constituyentes a lo largo de 2019. En todos estos casos la Corte examinó cuál es la vía idónea de reforma conforme a la Constitución.

Finalmente, vale destacar la protección constitucional del “derecho a la protesta pacífica” expresada por la Corte en el caso 5-19-EE. En el contexto de las manifestaciones de varios sectores sociales, especialmente de las organizaciones indígenas, en contra del gobierno

de Lenín Moreno, la Corte controló la constitucionalidad de las medidas adoptadas por el Ejecutivo para aquietar las protestas ciudadanas. La Corte señaló que las medidas de suspensión provisional de las libertades de reunión y de libertad no debían afectar el derecho constitucional a la resistencia “del que son titulares todas y todos los ecuatorianos, siempre que el mismo sea ejercido de manera pacífica y sin atentar contra los derechos, libertades y garantías de terceros” (CC, Dictamen No. 5-19-EE/19A, 2019, párr. 20). Cabe resaltar que el artículo 98 de la Constitución ecuatoriana señala expresamente que los ciudadanos podrán ejercer “el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales y jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales” (CRE, 2008).

2.7. Los derechos de participación y el cogobierno en las instituciones de educación superior

En el caso 14-11-IN, la Corte resolvió una acción pública de inconstitucionalidad formulada, por la Federación Estudiantes Universitarios del Ecuador, en contra del artículo 47 y 60 de la Ley Orgánica de Educación Superior que preveía la reducción los porcentajes de participación estudiantil en organismos colegiados de cogobierno universitario, además de la reducción el peso relativo del voto de los estudiantes en la elección de los rectores y vicerrectores de estas casas de estudio. En la sentencia de mayoría, la Corte estimó que esta disminución era injustificada y regresiva para los derechos de participación de los estudiantes. En línea con el artículo 95 de la Constitución, esta decisión amplió el campo de acción de los derechos políticos no solamente en ámbitos tradicionales como las instituciones público-estatales, sino también en instituciones sociales de diversa índole como las universidades (CC, Sentencia No. 14-11-IN/20, 2020).

2.8. Derecho a la salud obstétrica de mujeres embarazadas y violencia obstétrica

En el caso 904-12-JP la Corte abordó el derecho a la salud, con énfasis en la protección constitucional orientada a evitar y erradicar la “violencia obstétrica” en contra de las mujeres, además del derecho a la seguridad social. El caso trata sobre una mujer embarazada que presentó fuertes dolores de parto y acudió a un hospital público en el que se le negó atención médica por una presunta mora patronal en sus aportes a la seguridad social. Como consecuencia, la mujer dio a luz sin asistencia y sufrió un desgarro de cuello uterino.

La CC señaló que las mujeres embarazadas, de acuerdo con los artículos 35 y 43 de la Constitución, forman parte de un grupo de atención prioritaria. Ello obliga al Estado a brindarles a ellas y a los recién nacidos servicios especializados, oportunos, adecuados y personalizados de manera preferente sobre otras personas y grupos (CC, Sentencia No. 904-12-JP/19, 2019, párr. 34).

En el caso de las mujeres embarazadas, la Corte resaltó que, según el artículo 363 numeral 6 de la Constitución, el Estado es responsable de “asegurar acciones y servicios de salud sexual y reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto”, añadiendo que el incumplimiento de esta obligación “tiene graves consecuencias para los derechos de las mujeres embarazadas” (CC, Sentencia No. 904-12-JP/19, 2019, párr.30).

En relación con el derecho a la salud, la CC desarrolló su contenido sobre la base de cuatro elementos esenciales establecidos en la Observación General (OG) No. 14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad. En el caso concreto, sostuvo que la atención médica incumplió con estos elementos debido a que:

el personal no actuó con la debida diligencia requerida porque pese a existir una emergencia dio prioridad a una supuesta mora patronal (...) volvió inaccesible [la atención médica] por una cuestión burocrática y un requisito innecesario, que no dependía de la persona afiliada y que, en la realidad ni siquiera fue incumplido. (CC, Sentencia No. 904-12-JP/19, 2019, párr. 54)

Añadió que el hospital “no prestó la atención personalizada que la paciente necesitaba” (CC, Sentencia No. 904-12-JP/19, 2019, párr. 58) y dejó de “proporcionar cama, disponer el personal especializado para el parto y alumbramiento, poner a disposición de los equipos y el instrumental necesario y así evitar que la paciente dé a luz en un lugar y momento inadecuado” (CC, Sentencia No. 904-12-JP/19, 2019, párr. 60).

También sobre la base de la OG No. 14, la Corte expresó que el derecho a la salud impone tres obligaciones generales: respetar, proteger y cumplir, que en el caso fueron inobservadas por el Estado principalmente porque el hospital demandado negó la atención requerida alegando un presunto incumplimiento de un requisito que, como observó la Corte, no se encontraba establecido en la ley (CC, Sentencia No. 904-12-JP/19, 2019, párr. 61).

Sobre la base de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención de Belém do Pará, la Corte señaló que la violencia obstétrica implica la negación del derecho a la salud de la mujer embarazada y, por ello, constituye un trato discriminatorio. Además, con fundamento en el “Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva” (A/74/137), la Corte indicó que este tipo de violencia puede comprender entre otras: la despreocupación del cuerpo y procesos reproductivos de la mujer por parte del personal de salud, obligar a la mujer a dar a luz en condiciones inseguras, insalubres y sin el acompañamiento médico y no brindar atención oportuna y eficaz ante una emergencia obstétrica.

La Corte concluyó que la accionante sufrió reiteradas prácticas de violencia obstétrica pues durante su embarazo no fue atendida por un ginecólogo, dio a luz sin la presencia de personal médico, su atención fue suspendida pese a tener una hemorragia uterina posparto, fue trasladada forzosamente a otro establecimiento sin tener en cuenta su grave estado de salud, fue separada de su hijo recién nacido y no tuvo información sobre su situación médica (CC, Sentencia No. 904-12-JP/19, 2019, párr. 69).

En relación con la seguridad social, la Corte expresó que este derecho, según los artículos 34, 367 y 369 de la Constitución y la Observación General No. 19 del Comité de DESC, incluye el acceso a la atención de salud y en particular la cobertura frente a la contingencia de maternidad. Estas prestaciones también implican tratamientos adecuados durante el período prenatal, el parto y el período posnatal (CC, Sentencia No. 904-12-JP/19, 2019, párr. 75).

La CC destacó que la cobertura de las prestaciones de seguridad social puede ser suspendida únicamente por causas razonables, proporcionadas y transparentes, que deben estar previstas en la legislación. En la legislación ecuatoriana, agregó la magistratura, no se permite suspender la atención de salud por mora patronal. Al exigir el pago de contribuciones, en consecuencia, la Corte consideró que se impuso un requisito arbitrario que impidió a la mujer embarazada el acceso a la cobertura y servicios de salud (CC, Sentencia No. 904-12-JP/19, 2019, párr. 76 y 77).

Entre las medidas de reparación integral dispuestas por la Corte se puede mencionar: i. una compensación económica a la accionante por los gastos de salud en los que incurrió la accionante, más el monto de \$5.000,00, por daños inmateriales; ii. disculpas públicas por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); iii. que el IESS y el Ministerio de Salud Pública elaboren una guía integral de atención a mujeres embarazadas y prevención de violencia obstétrica; y iv. que estas instituciones elaboren una evaluación técnica de los centros de salud para verificar que los mismos cuenten con condiciones adecuadas para atender mujeres embarazadas.

2.9. El derecho a la salud de las personas privadas de libertad

En el caso 209-15-JH y acumulado, la Corte Constitucional analizó la procedencia de un hábeas corpus propuesto por personas con enfermedades crónicas y privadas de su libertad. Al respecto, la CC estableció que estas personas presentan una condición de doble vulnerabilidad al estar privados de libertad y padecer enfermedades catastróficas, por lo que la ausencia de tratamiento médico ponía en riesgo su vida. (CC, Sentencia No. 209-15-JH/18 y acumulado, 2019, párr. 54).

Frente a esta situación, la CC señaló que limitar o impedir el acceso a tratamientos médicos a personas privadas de libertad, afecta al derecho a la salud y adicionalmente podría derivar en tratos crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, el Estado se convierte en un garante de que la privación de libertad no implique un menoscabo del derecho a la salud. Para tal efecto, las personas privadas de libertad deben acceder a servicios de salud a través de las siguientes vías: i. centros médicos dentro del lugar de privación de libertad; ii. atención dentro del sistema de salud pública cuando la persona requiera tratamiento especializado; y iii. excepcionalmente a través de medidas alternativas a la privación de libertad conforme a los límites establecidos en la ley.

Sobre este último punto, la CC enfatizó que estas medidas proceden únicamente si se cumplen dos condiciones. Por un lado, si el centro de privación de libertad no puede brindar tratamiento médico en sus instalaciones, y por otro, cuando tampoco sea posible acceder a estos tratamientos fuera del centro de privación de libertad en coordinación con el sistema de salud pública y el debido resguardo de la fuerza pública. Esta regla aplica también para las personas que se encuentren detenidas bajo prisión preventiva. Finalmente, la CC indicó que la persona que sufre de enfermedades catastróficas no tiene la obligación de “agotar los mecanismos legales o administrativos tendientes a recuperar su libertad o solicitar la atención de salud, previo a la interposición de un hábeas corpus” (CC, Sentencia No. 209-15-JH/18 y acumulado, 2019, párr. 53).

2.10. Seguridad social

Los casos 23-18-IN y 49-16-IN fueron conocidos por la CC a raíz de una acción pública de inconstitucionalidad presentada por colectivos de afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS). En ambos casos la Corte desarrolló el contenido del derecho a la seguridad social, en particular de las prestaciones a la decimotercera y decimocuarta pensiones jubilares y del auxilio de funerales.

Dentro de la causa 49-16-IN, se impugnó la constitucionalidad de una resolución del IESS que estableció que cuando un jubilado retorna a laborar bajo relación de dependencia se le descuenta temporalmente el 40% de su pensión. Este rubro proviene de un aporte que hace el Estado para financiar la seguridad social. El descuento se hace durante el tiempo dure el trabajo en relación de dependencia y únicamente si los nuevos ingresos del trabajador superan el valor de una canasta básica familiar⁸ (CC, Sentencia No. 49-16-IN/19, 2019, párr. 43). Cuando la persona regresa a la condición de jubilado, nuevamente percibe el mencionado subsidio (40%) y además tiene derecho a una mejora en su pensión. Este aumento no puede superar a la pensión máxima vigente a la fecha de la concesión inicial del beneficio (CC, Sentencia No. 49-16-IN/19, 2019, párr. 70).

En este caso, la Corte analizó si el descuento significa una restricción desproporcionada e injustificada en los ingresos del jubilado. La magistratura argumentó que la calidad de vida e ingresos no se ven afectados ya que la persona percibe el 60% de su pensión más su remuneración (CC, Sentencia No. 49-16-IN/19, 2019, párr. 59). Además, señaló que el 40% descontado sirve para que el Estado -que tiene recursos escasos- financie la seguridad social de otros ciudadanos en atención a los principios de solidaridad, obligatoriedad, subsidiariedad y universalidad (CC, Sentencia No. 49-16-IN/19, 2019, párr.66).

Por otra parte, la CC también analizó la constitucional del límite de mejora en relación con la fecha de concesión inicial de la pensión.

8 El valor de la canasta básica para el año 2019 fue \$714,47.

Al respecto, la CC determinó que este límite perjudicaría el cálculo de la reliquidación de la persona que regresa a la condición de jubilado y por lo tanto vulnera principio de desarrollo progresivo de la seguridad social. Bajo estas consideraciones, la CC declaró la constitucionalidad de la norma, siempre que se tenga como límite para la reliquidación la pensión máxima a la fecha del nuevo cese del trabajador (CC, Sentencia No. 49-16-IN/19, 2019, párr. 74).

En el segundo caso (23-18-IN), se realizó el análisis constitucional sobre una resolución del IESS que efectuó un descuento del 2,76% sobre las pensiones de los jubilados con el objeto de financiar parcialmente la decimotercera y decimocuarta pensiones jubilares y del auxilio de funerales⁹. La CC manifestó que de acuerdo con el artículo 369 de la Carta Fundamental, las prestaciones de la seguridad social deben crearse únicamente cuando estén debidamente financiadas (CC, Sentencia No. 23-18-IN/19, 2019, párr. 44). Adicionalmente, que según el artículo 371 de la Constitución el financiamiento de las prestaciones no puede ser deducido -incluso parcialmente- de las pensiones de los jubilados y que su financiamiento debió darse, de manera suficiente, mientras fueron afiliados activos (CC, Sentencia No. 23-18-IN/19, 2019, párr. 45).

De lo anterior, se deriva que el ejercicio de derechos cuya satisfacción se concreta en la percepción de un beneficio económico -como una pensión jubilar-, no puede ser disminuido a menos que exista una razón plenamente justificada como lo prescribe el artículo 11.8 de la Constitución. Por estas razones, la CC resolvió que el referido descuento del 2,76% constituye una retención inconstitucional de la pensión por jubilación y que los efectos de la sentencia no son retroactivos (CC, Sentencia No. 23-18-IN/19, 2019).

Finalmente, la CC hizo un llamado de atención a la Función Legislativa, para que futuras leyes que plantean beneficios de seguridad social tengan un tratamiento técnico y cuenten con el debido

9 La 13° pensión equivale a una pensión adicional, la 14° pensión equivale a un salario básico (USD 400), y el auxilio de funerales consiste en el pago de servicios exequiales.

financiamiento a fin de no poner en peligro la sostenibilidad de la seguridad social (CC, Sentencia No. 23-18-IN/19, 2019, párr.48).

2.11. Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades

Pese a que la Constitución ecuatoriana incluye un profuso catálogo de derechos colectivos, entre los que destacan los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, el desarrollo de estos en la jurisprudencia constitucional durante la gestión de la removida CC fue más bien incipiente. El retroceso de la justicia indígena y su problemática relación con la justicia ordinaria reflejan particularmente las limitaciones que la CC legitimó hasta el año 2018 (Santos y Grijalva, 2012).

Vale anotar que el artículo 57 numeral 10 de la Constitución (2008) consagra el derecho de las comunidades pueblos y nacionalidades a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales (...)”. La justicia indígena, en el marco del Estado plurinacional e intercultural, no solo es un derecho, sino que también forma parte de la organización institucional de la Función Judicial. De hecho, el artículo 171 de la Carta Suprema (2008) señala que “el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad”.

Durante el último año, la CC se pronunció sobre los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades a mantener sus sistemas jurídicos propios en dos casos. Ambos llegaron a conocimiento de la Corte mediante peticiones formuladas por la ciudadanía para reformar la Constitución. En el caso 5-19-RC, un grupo de ciudadanos propuso reformar la Constitución para crear un sistema estatal único de justicia indígena que opere de manera paralela al de la justicia ordinaria. Como se expuso previamente, la CC es competente para declarar, a partir de un control constitucional previo, si las propuestas de reforma constitucional proceden mediante los mecanismos propuestos por los peticionarios

Respecto a esta propuesta de reforma, la CC resaltó que el Ecuador es un Estado intercultural y plurinacional, que reconoce, protege y garantiza la coexistencia y el desarrollo de sistemas normativos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. La Corte señaló que estas comunidades tienen, según el artículo 57 numeral 10, “el derecho a [conservar y desarrollar] su propio Derecho”, derivado del derecho a la autodeterminación colectiva. Este derecho a su propio Derecho incluye las facultades para designar a sus autoridades, generar sus propias normas y decisiones y ejercer facultades jurisdiccionales.

La Corte además interpretó que, si bien la Constitución ecuatoriana reconoce a la justicia indígena, en singular, en realidad la misma alude y protege a sistemas heterogéneos que incluyen diversos procedimientos y normas que conforman el conjunto de manifestaciones de justicia propias de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. La Corte resaltó:

Los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas crean una esfera de autonomía que excluye la intromisión del Estado en el desarrollo, mantenimiento y aplicación de sus instituciones y sistemas jurídicos propios. La única justificación legítima para la intromisión del Estado en esta esfera es la protección de los derechos constitucionales. (CC, Dictamen N°. 5-19-RC/19, 2019, párr. 32)

Al igual que en el caso 5-19-RC, en el caso 9-19-RC, la Corte sostuvo que la creación de un sistema institucional único de justicia indígena “no fortalecería la justicia indígena, sino que las privaría de su autonomía al ser absorbidas por instituciones ajenas a su Derecho e instituciones propias” (CC, Dictamen No. 9-19-RC/19, 2019, párr. 18). Además, reiteró que la Constitución protege el derecho de cada comunidad, pueblo y nacionalidad a desarrollar sus propias costumbres y prácticas. En suma, la Corte dictaminó que la reforma propuesta restringía el derecho a la autodeterminación de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

2.12. Libertad ambulatoria y hábeas corpus

De acuerdo con la Constitución ecuatoriana, el hábeas corpus es una garantía jurisdiccional que protege el derecho a la libertad ambulatoria frente a detenciones ilegales, arbitrarias o ilegítimas, además de otros derechos como la vida y la integridad física, incluso de personas en condición de movilidad. Los casos analizados llegaron a la CC a través del mecanismo de selección y revisión mencionado previamente. En la sentencia 159-11-JH, la CC examinó el caso de una persona extranjera detenida de forma ilegítima dado que la única justificación para la detención fue ser de una nacionalidad distinta. Frente a esta situación, el extranjero presentó una acción de hábeas corpus que fue negada en dos instancias. Al respecto, la Corte estimó que la garantía no fue eficaz, dado que los jueces inferiores argumentaron que existía una orden de deportación y que la prueba presentada por el accionante fue insuficiente, mas no valoraron que la detención se produjo sin delito flagrante, tampoco existió una boleta de prisión emitida por autoridad competente y se atentó contra la dignidad de la persona durante la privación de libertad que duró más de cuarenta días (CC, Sentencia No. 159-11-JH/19, 2019). Adicionalmente, la CC señaló que un extranjero no puede ser privado de libertad por su condición migratoria y que los establecimientos para este efecto están prohibidos. Por estas razones el organismo declaró vulnerados los derechos de libertad, igualdad, debido proceso, integridad y a migrar. Frente a estas violaciones la CC dictó medidas de reparación integral que incluyeron: i. revocatoria de la decisión de los jueces inferiores y aceptación del habeas corpus, ii. que el Estado otorgue facilidades para el trámite de nacionalización por naturalización, iii. la difusión de la sentencia y iv. una compensación económica de USD 634,40, entre otras (ibídem).

Dentro de la causa 166-12-JH la CC revisó el caso de una persona detenida en contra de su voluntad en un “centro privado de desintoxicación”. La Corte estableció que la finalidad de la acción de hábeas corpus en estos casos consiste en: i. verificar el cumplimiento de las exigencias legales para la privación de libertad y ii. la recuperación de la libertad ambulatoria o la dignificación de las condiciones de privación de esta. Junto a esto, la Corte estimó que la manifes-

tación de la voluntad libre e informada del titular del derecho -en los casos en que sea posible- es un elemento decisivo para determinar si la privación de libertad es arbitraria e ilegítima. Sobre la audiencia en la que se decide sobre el hábeas corpus, la CC resaltó que en estas diligencias se debe ordenar la comparecencia de la persona privada de libertad y que si existe duda sobre las versiones respecto de la privación se debe resolver a favor de la libertad.

III. Otros casos relevantes de control de constitucionalidad

3.1. Inconstitucionalidad preventiva de la creación de un registro de violadores, abusadores y agresores sexuales

En ejercicio del control de constitucionalidad preventivo, le corresponde a la CC pronunciarse sobre la procedencia de las objeciones por inconstitucionalidad formuladas por el Presidente a los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional. En el caso 5-19-OP, la Corte analizó la objeción presidencial del proyecto de Ley Orgánica de Registro Ecuatoriano de Violadores, Abusadores y Agresores Sexuales de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley REVAAS). Este proyecto planteó la creación de un registro público de violadores, abusadores y agresores sexuales de menores de edad y su consecuente inhabilitación para el ejercicio de profesiones u oficios que involucren relaciones directas con niños, niñas y adolescentes, misma que duraría “por el mismo tiempo establecido en la sentencia condenatoria” (CC, Dictamen No. 5-19-OP/19, pág. 8).

La Corte argumentó que la creación de este registro: i. desconoce que, de acuerdo con los artículos 201, 202 y 203 de la Constitución, la rehabilitación es una de las finalidades de la pena; ii. discrimina a las personas debido a su pasado judicial; y iii. no cumple con el test de proporcionalidad. Sobre esto último, la CC señaló que la creación del registro público no era idónea, en tanto “la eficacia de estas medidas para evitar la reincidencia de este tipo de delitos, han sido

criticadas, pues no existe un consenso sobre real efecto que estas pueden generar en la sociedad y en las personas que se verían involucradas” (CC, Dictamen No. 5-19-OP/19, párr. 77), no era necesaria porque “existen medidas alternativas, tales como: la creación de protocolos de prevención, el fortalecimiento de la política pública de rehabilitación social, la implementación de políticas educativas” (CC, Dictamen No. 5-19-OP/19, párr. 79) y tampoco proporcional, por cuanto limita derechos laborales e impone una doble condena, sin que ello implique la consecución del derecho a la integridad personal de los niños, niñas y adolescentes. En síntesis, la Corte declaró la inconstitucionalidad por el fondo del proyecto de Ley REVAAS.

3.2. Juzgamiento especializado de adolescentes infractores

En el caso 9-17-CN, la CC fue consultada por jueces inferiores sobre la constitucionalidad de que un mismo juez trate las tres diferentes etapas del juzgamiento a adolescentes infractores: i. instrucción, ii. evaluación y preparatoria de juicio y iii. juicio (artículos 354, 356.7 y 357 del Código de la Niñez y Adolescencia, en adelante CNA). La CC razonó que no se cumple la garantía de ser juzgado por un juez imparcial si es un mismo juzgador quien sustancia la fase preparatoria y el juicio. En efecto, durante las dos primeras etapas del proceso de adolescentes infractores, el juzgador podría adquirir preconcepciones o sesgos por lo que a criterio de la CC se vuelve necesario que un juez distinto sustancie la fase de juicio. Por tales razones, la CC declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 357 del CNA siempre que se interprete que el juez que conoce la primera y segunda fase debe ser distinto al juez que tramita la tercera fase del juicio a un adolescente infractor.

Por otra parte, la Corte señaló que para cumplir con el estándar previsto en el párrafo anterior deben existir como mínimo dos jueces por cada cantón y al menos uno de ellos debe ser especializado en adolescentes infractores. Sobre el alcance de la especialización, la CC estableció estos parámetros:

i. conocimiento sobre derechos de niños, niñas y adolescentes (doctrina de protección integral), ii. comprensión de la distinción entre la justicia de adolescentes infractores y otras formas de hacer justicia, en particular la justicia penal de adultos, iii. compromiso con los fines del proceso de adolescentes infractores. (CC, Sentencia No. 09-17-CN/19, 2019, párr. 42)

Finalmente, la Corte dispuso al Consejo de la Judicatura¹⁰, entre otras medidas, que dentro de un plazo razonable diseñe y ejecute un plan para la “Administración de justicia para adolescentes infractores, que incluya tanto el modelo de justicia especializada como la formación continua y la acreditación a operadores de justicia especializada” (CC, Sentencia No. 09-17-CN/19, 2019, párr.78.4).

3.3. Momentos de control de la reforma constitucional

Dentro del dictamen 4-18-RC/19, la CC conoció tres propuestas de modificación constitucional y definió el alcance de la intervención del organismo en cuanto al control de constitucionalidad de este tipo de peticiones. La Corte determinó que el control de la reforma constitucional puede ser *ex ante* cuando se dictamina sobre la vía adecuada para modificar la Constitución y cuando se resuelve sobre la constitucionalidad de la convocatoria a referéndum constitucional aprobatorio. El control también puede ser *ex post* si la Corte analiza la constitucionalidad de las modificaciones ya aprobadas.

3.4. El control constitucional de los tratados internacionales

La Constitución ecuatoriana establece el control constitucional de los tratados internacionales celebrados por el Estado ecuatoriano. Este control puede ser *ex ante* y *ex post*, es decir, antes y después de la ratificación del Tratado. En el control *ex ante*, la Corte debe dictaminar si los tratados suscritos por el Ejecutivo requieren de

10 El Consejo de la Judicatura es el órgano de administración y disciplina de la Función Judicial.

aprobación legislativa, entre otros supuestos, porque comprometen la política económica del Estado o vinculan al país en acuerdos de integración y de comercio. Si se dictamina que el tratado requiere de aprobación legislativa, la Corte debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de este.

En el caso 2-19-TI, la Corte estudió la constitucionalidad del Acuerdo de Asociación Económica Inclusiva suscrito entre el Ecuador y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Este Acuerdo establece un área de libre comercio entre los Estados parte y regula, entre otros aspectos, el comercio de mercaderías y servicios, asuntos de propiedad intelectual, derecho de la competencia, cooperación, solución de controversias y contratación pública. Sobre este último aspecto, el dictamen de la Corte advirtió que el Acuerdo con la AELC incluía una cláusula de trato nacional para proveedores extranjeros, prohibiendo expresamente tratar a un proveedor extranjera de manera menos favorable que a un proveedor extranjero.

La Corte señaló que, si bien las disposiciones del Acuerdo relativas a la contratación pública mantienen conformidad con los artículos 284, 304, 337 y 416 de la Constitución, “en la medida en la que aspiran a impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial, asegurar la participación de la economía ecuatoriana en el contexto regional y mundial, y fomentar el comercio e inversión entre los Estados” (CC, Dictamen N°. 2-19-TI/19, 2019, párr. 95), la cláusula de trato nacional en materia de contratación pública contraviene lo establecido en el artículo 288 de la Constitución, que dispone: “las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales”. Por ello, la Corte dictaminó la constitucionalidad del Acuerdo, “siempre y cuando se establezca una reserva con respecto al Artículo 6.4 del Capítulo 6” (CC, Dictamen N°. 2-19-TI/19, 2019, párr. 154.a), relativa a la cláusula de trato nacional a proveedores extranjeros.

3.5. Principio de legalidad y reserva de ley en materia tributaria

En el caso 27-12-IN, la Corte examinó una demanda de inconstitucionalidad planteada en contra de los numerales 4 y 5 del artículo 55 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que disponen gravar con tarifa cero el impuesto al valor agregado (IVA) de ciertos productos del sector agropecuario definidos en la propia Ley e importados o adquiridos en el mercado interno de acuerdo con listas que establecidas el Presidente de la República mediante decreto ejecutivo. En particular, los accionantes alegaron que las normas impugnadas vulneraban los principios de reserva de ley y de legalidad tributaria, pues la Constitución, en su artículo 301, establece que “sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos” (CRE, 2008).

La sentencia de la CC indicó que el principio de legalidad en materia tributaria establece que “la creación, modificación o supresión de tributos debe ser efectuada a través de una ley, cuya expedición le corresponde a la Asamblea Nacional” (CC, Sentencia No. 27-12-IN/20, párr. 36), en tanto que el principio de reserva de ley “determina que todos los elementos de un tributo deberán estar previstos en la ley” (CC, Sentencia No. 27-12-IN/20, párr. 37). De acuerdo con estos principios, “la ley es la única forma idónea para contemplar la creación, modificación o supresión de un tributo” (CC, Sentencia No. 27-12-IN/20, párr. 38) y “debe contener los elementos esenciales del mismo”. Estos elementos esenciales son “el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones” (CC, Sentencia No. 27-12-IN/20, párr. 38).

La Corte indicó que las disposiciones acusadas de inconstitucionales enlistan una serie de bienes cuya transferencia e importación grava IVA con tarifa cero. Estas disposiciones, agregó el organismo, no habilitan que los elementos esenciales del tributo consten en actos normativos distintos a una ley, sino que permiten que a través de un decreto ejecutivo se establezcan “elementos adicionales” de carácter formal que no alteran la naturaleza del tributo. Por ello, concluyó que

las disposiciones impugnadas no inobservan los principios constitucionales de reserva de ley ni de legalidad en materia tributaria.

3.6. Inconstitucionalidad de informe de Contraloría General del Estado

Dentro del caso acumulado 5-13-IN la Corte analizó la constitucionalidad del inciso final del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano. La Constitución ecuatoriana, en su artículo 233, establece que las acciones y las penas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito son imprescriptibles. La disposición acusada como inconstitucional, sin embargo, requería que la Contraloría General del Estado (CGE)¹¹ emitiese un informe administrativo previo a que la Fiscalía General del Estado¹² pudiese ejercer la acción penal por delitos de peculado o enriquecimiento ilícito. En la práctica ello implicaba que estos delitos podían ser perseguidos únicamente durante siete años, pues este era el plazo para la emisión de informes con indicios de responsabilidad penal por parte de la CGE. Además, una vez iniciada la acción penal, se establecía el plazo de 180 días para su tramitación.

La CC argumentó que la Constitución asume “un especial compromiso para combatir la corrupción y la impunidad, como se desprende claramente de sus artículos 3(8), 83 (8), 204, 208 (1) y (4) y por ello los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito han sido declarados imprescriptibles (...) Ante esto, las regulaciones específicas de la Contraloría no pueden ser un óbice para que la Fiscalía pueda, en cualquier tiempo, iniciar, investigar y ejercer la acción penal en estos casos” (CC, Sentencia No. 05-13-IN/19, 2019, párr. 51). También señaló que “la subordinación del ejercicio de la acción penal pública al juzgamiento administrativo previo además de restringir las facultades propias de la Fiscalía, ocasiona que los

11 La CGE es un organismo especializado de control de las cuentas públicas.

12 La Fiscalía es el órgano encargado de la investigación pre procesal, procesal penal y del ejercicio de la acción penal pública.

delitos de peculado y enriquecimiento ilícito tengan un obstáculo legal para ser perseguidos” (CC, Sentencia No. 05-13-IN/19, 2019, párr. 50). Por ello, la Corte acotó que “los términos administrativos para que la Contraloría pueda emitir informes de auditorías (siete años y 180 días) burlan el mandato constitucional de que estos delitos sean imprescriptibles” (idem) y declaró la inconstitucionalidad del artículo 581 del COIP. Finalmente, el fallo reguló sus efectos en el tiempo a fin de evitar inseguridad jurídica e impunidad de delitos.

IV. Conclusiones

Durante el último año, la Corte ha emitido varios fallos con impacto estructural para los derechos y las garantías constitucionales. Los retos de la CC son aún importantes. Entre otros asuntos, el organismo deberá definir la fina línea entre la autocontención judicial y la necesaria firmeza frente al control constitucional de los poderes públicos, desarrollar criterios específicos que permitan un ejercicio canalizado bajo los parámetros constitucionales de ciertos derechos, como la consulta popular o los derechos colectivos en el marco del Estado plurinacional; determinar el alcance tutelar de ciertas garantías jurisdiccionales, especialmente de la acción de protección y armonizar sus métodos interpretativos. Todo ello, mientras lidia con un grave problema de congestión de causas judiciales, que aun obstaculizan las respuestas oportunas que debe emitir una CC aún en proceso de institucionalización y afianzamiento de su independencia.

Referencias Bibliográficas

Textos Jurídicos

- Andrade, K. (2013). La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional. En Benavides, J. y Escudero, J. (eds.), *Manual de Justicia Constitucional* (pp. 111-136). Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- Bazán, V. (2014). *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales: Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.
- Castro, JL., Llanos L., Valdivieso P., y García. W. (2016). La Acción de Protección como mecanismo de garantía de los derechos: Configuración institucional, práctica y resultados. *Ius Humani, Revista de Derecho*, 5, 9–44.
- Castro, JL y van Dijck, G. (2017). Judicial Politics in Unconsolidated Democracies: An Empirical Analysis of the Ecuadorian Constitutional Court (2008–2016). *Justice System Journal*, 0 (0), 1–19.
- González, J. (2017). From abusive constitutionalism to a multilayered understanding of constitutionalism: Lessons from Latin America. *International Journal of Constitutional Law*, 15 (2), 447–468. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mox017>
- Grijalva, A. (2012a). *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Grijalva, A. (2012b). Independencia judicial y derechos en Ecuador. *Ecuador Debate*, 83, 35-42.
- Jaramillo, JM. (2013). Las altas Cortes y la consolidación democrática en Ecuador luego de las reformas de 1998, 2008 y 2011. *Colombia Internacional*, 79, 121–154. DOI: <https://doi.org/10.7440/colombiaint79.2013.05>

- Landau, D. (2013). Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, 47 (189), 189-259. Recuperado de https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf
- Masapanta, C. (2013). Las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana: eficacia en su aplicación y efectividad de la garantía. En Benavides, J. y Escudero, J. (eds.), *Manual de Justicia Constitucional* (pp. 245-271). Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- Noguera Fernández, A., & Navas, M. (2016). *Los nuevos derechos de participación: ¿derechos constituyentes o constitucionales?: estudio del modelo constitucional de Ecuador*. Madrid, España: Tirant lo Blanch.
- Oyarte, R. (2016). *Debido proceso*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Oyarte, R. (2017). *Acción extraordinaria de protección*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Romero, D. (05 de febrero de 2020). La Corte Constitucional resolvió 595 causas en su primer año. *Diario El Comercio*. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/corte-constitucional-resolucion-causas-ecuador.html>
- Romero, J. (2017). *La cuestión de inconstitucionalidad en el Ecuador (Tesis de Maestría Universidad Andina Simón Bolívar)*. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5560/1/T2246-MDE-Romero-La%20cuestion.pdf>
- Salgado, H. (2013). ¿Guardianes o sepultureros de la Constitución 2008? Primer balance de la “Corte Constitucional en transición”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (17), 311-324.
- Santos, B. de S. y Grijalva, A. (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito, Ecuador: Editorial Abya-Yala.
- Suárez, E. (2015). Distorsiones del sistema de selección y revisión de sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana (Tesis de Maestría,

Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4769>

Trujillo, P. (2019). Consultas y Referéndum Populares ¿Búsqueda de legitimidad política en Ecuador?. *Apuntes Electorales: Revista del instituto electoral del Estado de México*, 18 (60), 95–119.

Valle, A. (2010). Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia No. 001-1L-SIO-CC (caso No. 0005-10-IO). *Foro, Revista de Derecho*, 13, 147–160.

Jurisprudencia Constitucional

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 001-13-DCP-CC, Caso No. 002-10-CP de 25 de septiembre de 2013. Jueza sustanciadora: Wendy Molina Andrade.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1-13-DCP, Caso No. 1-13-CP de 15 de octubre de 2014. Juez ponente: Tatiana Ordeñana Silva.

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 001-14-DRC-CC, Caso No. 001-14-RC de 31 de octubre de 2014. Jueza sustanciadora: Wendy Molina Andrade.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1-14-DRC-CC, Caso No. 1-14-RC de 31 de octubre de 2014. Juez ponente: Wendy Molina Andrade.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 184-18-SEP-CC, Caso No. 1692-12-EP de 29 de mayo de 2018. Jueza sustanciadora: Marien Segura Reascos.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1-19-CP/19, Caso No. 1-19-CP de 16 de abril de 2019. Juez ponente: Carmen Corral Ponce.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2-19-TI/19 Caso No. 2-19-TI. de 30 de abril de 2019. Juez ponente: Daniela Salazar.

- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 10-18-CN/19, Caso No. 10-18-CN/19 de 12 de junio de 2019. Juez ponente: Alí Lozada Prado
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19, Caso No. 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019. Juez ponente: Ramiro Ávila.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2-19-CP/19, Caso No. 2-19-CP de 20 de junio de 2019. Juez ponente: Agustín Grijalva Jiménez.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 05-13-IN/19, Caso No. 05-13-IN de 02 de julio de 2019. Juez ponente: Ramiro Ávila.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 9-17-CN/19, Caso No. 9-17-CN de 09 de julio de 2019. Juez ponente: Ramiro Ávila.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 4-18-RC/19, Caso No. 4-18-RC de 09 de julio de 2019. Juez ponente: Carmen Corral Ponce.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 4-19-RC/19, Caso No. 4-19-RC de 21 de agosto de 2019. Juez ponente: Alí Lozada Prado.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 282-13-JP/19, Caso No. 282-13-JP de 04 de septiembre de 2019. Jueza ponente: Daniela Salazar Marín.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 5-19-RC/19, Caso No. 5-19-RC de 04 de septiembre de 2019. Juez ponente: Daniela Salazar.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 9-19-CP/19, Caso No. 9-19-CP de 17 de septiembre de 2019. Juez ponente: Agustín Grijalva Jiménez.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 10-19-CP/19, Caso No. 10-19-CP de 17 de septiembre de 2019. Juez ponente: Karla Andrade Quevedo.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 5-19-EE/19A, Caso No. 5-19-EE de 10 de octubre de 2019. Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 8-19-RC/19, Caso No. 8-19-RC de 16 de octubre de 2019. Juez ponente: Hernán Salgado Pesantes.

¿Al fin una Corte Constitucional?: Breve revisión del desarrollo de los derechos y el control constitucional en la jurisprudencia reciente (2019-2020)

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 7-11-IA/19, Caso No. 7-11-IA de 28 de octubre de 2019. Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 603-12-JP/19 (acumulados), Caso No. 603-12-JP y 141-13-JP (acumulados) de 05 de noviembre de 2019. Juez ponente: Ramiro Ávila.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 49-16-IN/19, Caso No 49-16-IN de 07 de noviembre de 2019. Jueza ponente: Carmen Corral Ponce.

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 7-19-RC/19, Caso No. 7-19-RC de 05 de noviembre de 2019. Jueza ponente: Carmen Corral Ponce.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2019-15-JH/19 y (acumulado), Caso No. 209-15-JH y 359-18-JH (acumulado) de 12 de noviembre de 2019. Jueza ponente: Daniela Salazar Marín.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 9-19-RC/19, Caso No. 9-19-RC de 12 de noviembre de 2019. Juez ponente: Ramiro Ávila.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 159-11-JH/19, Caso No. 159-11-JH. de 26 de noviembre de 2019. Juez ponente: Ramiro Ávila.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 5-19-OP/19, Caso No. 5-19-OP de 05 de diciembre de 2019. Juez ponente: Enrique Herrería.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 904-12-JP/19, Caso No. 904-12-JP de 13 de diciembre de 2019. Juez ponente Ramiro Ávila.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 23-18-IN/19, Caso No. 23-18-IN de 18 de diciembre de 2019. Juez ponente: Carmen Corral Ponce.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 166-12-JH/20, Caso No. 166-12-JH de 08 de enero de 2020. Juez ponente: Ramiro Ávila.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 525-14-EP/20, Caso No. 525-14-EP de 8 de enero de 2020. Jueza ponente: Daniela Salazar Marín.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 27-12-IN/20, Caso No. 27-12-IN de 20 de enero de 2020. Juez ponente: Hernán Salgado Pesantes.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 14-11-IN/20, Caso No. 14-11-IN de 22 de enero de 2020. Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 10-19-RC/20A, Caso No. 10-19-RC de 11 de marzo de 2020. Juez ponente: Hernán Salgado Pesantes.

La intervención de la Corte Constitucional en los procedimientos de enmienda, reforma y cambio de Constitución.

The intervention of the Constitutional Court in the procedures of amending, reforming, and changing the Constitution

Msc. Esteban Polo Pazmiño*

Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 10 de septiembre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 03 de diciembre, 2020

Citación

Polo E. (2020). *La intervención de la Corte Constitucional en los procedimientos de enmienda, reforma y cambio de Constitución*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (133-167).

DOI: 10.26807/rr.vi02.52

Resumen: La Constitución ecuatoriana diseña un sistema novedoso para la reforma de su texto. A diferencia de otros modelos, en Ecuador existen dos mecanismos para el ejercicio del poder de reforma de la Constitución, la enmienda y la reforma parcial, los cuales se diferencian entre sí por su trámite, pero esencialmente por la magnitud y profundidad del cambio que cada uno permite realizar en las disposiciones constitucionales. Así mismo, la Norma Suprema

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador y Universidad Católica de Cuenca, en los programas de Derecho Constitucional y Derecho Procesal. Integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Ecuador.

desarrolla el denominado “poder preconstituyente”, que consiste en la regulación que orienta a una nueva legitimidad democrática que pretenda convocar al poder constituyente originario para sustituir la Constitución. Dentro de este sistema, la Corte Constitucional asume un rol fundamental a través de tres mecanismos: i. El dictamen de procedimiento; ii. La sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referendo; y, iii. La sentencia de control constitucional posterior. El momento para ejercer algunas de estas atribuciones, así como su ámbito y alcance, no han sido aspectos uniformes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por el contrario, los actuales integrantes de la Magistratura se han apartado de interpretaciones realizadas por anteriores composiciones y han establecido nuevas pautas al respecto. Los cambios jurisprudenciales son frecuentes y naturales en las altas Cortes, siendo necesario analizar minuciosamente las razones que los motivaron, más si versan sobre aspectos tan importantes para el régimen constitucional.

Palabras clave: Constitución, jurisprudencia, reforma constitucional, poder constituyente, Corte Constitucional.

Abstract: *The Ecuadorian Constitution designs a novel system for the reform of its text. Unlike other models, Ecuador’s Constitution provides for two mechanisms for exercising the power of constitutional reform: the amendment and the partial reform. These mechanisms differ from each other not only in terms of their procedure but mainly in the magnitude and depth of the modification that they allow in constitutional provisions. Likewise, the Supreme Norm develops the so-called “pre-constituent power”, which consists of the regulation that guides a new democratic legitimacy that seeks to exercise the original constituent power and thus replace the Constitution. In this system, the Constitutional Court assumes a fundamental role through three mechanisms: i. The decision of procedure; ii. The decision regarding the constitutionality of the call for a referendum; and, iii. The subsequent constitutional control. The moments in which the Court exercises some of these powers, as well as their scope, have not been treated uniformly in the Constitutional Court’s jurisprudence. On the contrary, the current members of the Magistracy have departed from interpretations made by previous compositions of the Court and have established new guidelines*

in these matters. The jurisprudential changes are frequent and natural in the High Courts, which prompts the necessity to analyze in detail the reasons that motivated them, especially if they deal with fundamental aspects of the constitutional regime.

Keywords: *Constitution, jurisprudence, constitutional reform, constituent power, Constitutional Court.*

Introducción

La Constitución ecuatoriana reconoce un control previo por parte de la Corte Constitucional que busca asegurar el adecuado ejercicio del poder de reforma del texto supremo, lo cual permite entrever la preocupación del constituyente porque su regulación en esta materia sea protegida.

Es necesario agregar que, a dicho mecanismo de control establecido en la Constitución, se suman otras dos modalidades de control que constan en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y que diseñan un sistema complejo de control constitucional en esta temática, que tiene por objeto garantizar la rigidez y la supremacía de la Constitución.

En efecto, en la doctrina nacional se ha subrayado que “el control de la reforma de la Constitución es esencial con el fin de preservar los procedimientos agravados que garantizan la supremacía constitucional de las meras coyunturas políticas.” (Benavides, 2018, p.17). De ahí la importancia de contar con un control jurídico independiente, responsable y eficaz que asegure el cumplimiento de las prescripciones que regulan la reforma de la Constitución.

En el presente trabajo, se analizarán inicialmente las particularidades de las normas que regulan el ejercicio de la reforma de la Constitución y se explicarán brevemente los procedimientos de enmienda y reforma parcial, para después referirse brevemente acerca del “poder preconstituyente” desarrollado en el artículo 444 de la Constitución. Como segundo aspecto, se describirán los mecanismos

constitucionales y legales de intervención de la Corte Constitucional en esta materia; y, finalmente, se examinará el desarrollo jurisprudencial de la Corte, el mismo que ha variado sustancialmente a partir del año 2019 con la actual conformación de aquel Organismo.

I. Las particularidades de las normas que regulan la reforma de la Constitución

Las disposiciones constitucionales que regulan la reforma de la Constitución son preceptos de capital y especial importancia para el Derecho Constitucional. Esto, debido a que, a diferencia de lo que ocurre con otros cuerpos normativos, la modificación de los preceptos constitucionales no recae en el mismo órgano que la expidió ni se lo efectúa bajo el mismo procedimiento.

Así, una ley será reformada mediante otra ley; un reglamento lo será a través de otro reglamento y así sucesivamente. Esto es a lo que Pérez Royo (2012) conceptualiza como el “paralelismo de las formas”, según el cual “[l]as normas sólo pueden ser modificadas de la misma forma en que han sido producidas” (p.124).

Aquello, sin embargo, difiere al tratarse de la reforma de la Constitución, puesto que este cuerpo normativo tiene varias particularidades que lo distinguen del resto de disposiciones que componen el ordenamiento jurídico. Una de estas particularidades es su origen; mientras que la ley, el reglamento, la ordenanza o cualquier acto jurídico inferior al texto constitucional, son el resultado del ejercicio de atribuciones y competencias conferidas a los poderes constituidos, la Constitución proviene del poder constituyente originario.

Ahora bien, una característica importante de los poderes constituidos es su continuidad en el ordenamiento jurídico vigente. Esto, por cuanto el sustento de su actuación se lo encuentra en la Constitución y en la ley, por lo que, mientras estén vigentes las normas que le atribuyen una competencia, las instituciones y organismos del Estado podrán asumir y ejercerlas de modo continuo. En contraposición a lo indicado, el poder constituyente originario es extraordinario, lo

cual conlleva que, una vez que cumple con su propósito, que no es ni puede ser otro que la elaboración de una Constitución, desaparece.

Al respecto, De Vega (2011) afirma, con suma precisión, que: “[f]orma parte de la lógica del Estado constitucional (...) que, una vez aprobada la Constitución, el poder constituyente desaparezca, cediendo su lugar a la propia norma por él creada. Todos los poderes del Estado pasan a ser así poderes constituidos” (2011, pp.34-35).

Lo anotado explica por qué una ley, por ejemplo, sí podrá ser modificada por la misma autoridad que la expidió y bajo el mismo procedimiento, ya que, al tratarse de una manifestación de un poder constituido, el órgano parlamentario ejerce sus atribuciones de manera continua. Resulta fácil identificar, entonces, cómo se aplica el paralelismo de las formas si se trata de la reforma de un acto normativo propio de los poderes constituidos.

En lo que concierne a la Constitución, el paralelismo de las formas no opera de manera exacta, ya que no es el poder constituyente originario, del cual emana su texto, quien lo reforma, sino que aquella tarea es ejercida por poderes constituidos¹ a la luz de un procedimiento y una regulación taxativa y específica que fue prevista al establecer el nuevo orden constitucional. En palabras de Pérez Royo (2012), “[l]a reforma de la Constitución es la forma en que el poder constituyente se proyecta a sí mismo hacia futuro. Cuando yo deje de existir, únicamente se podrán introducir modificaciones en la Constitución de esta manera” (p.125).

1 Por este motivo, el poder que tiene a su cargo la reforma de la Constitución suele denominarse “poder constituyente derivado” o “poder constituyente constituido”; esto, con la finalidad de distinguirlo del poder constituyente originario, cuyo propósito es la creación de una Constitución y no la reforma puntual del texto vigente. De este modo, es un poder derivado porque se trata de una potestad que “deriva” de la regulación constitucional aplicable a la reforma; y es constituido porque lo ejercen organismos constituidos.

Desde esta perspectiva, el poder constituyente originario, consciente que desaparecerá una vez que entre en vigor la Constitución, establece en su texto la regulación y las pautas específicas que deberán observarse para su reforma. De ahí que, como se señaló al iniciar este trabajo, estas disposiciones tienen un valor especial para el Derecho Constitucional, pues su cumplimiento es la forma en que, de modo particular y con matices, se aplica el paralelismo de las formas para la modificación de la Constitución.

Dicho aquello, y bajo el entendido de que la Constitución, además de ser una norma jurídica suprema se caracteriza por poseer una rigidez especial, se tiene que el procedimiento para la reforma de la Constitución se caracteriza por ser un trámite más agravado que el de la reforma legal. Así, suelen implementarse mecanismos que dificultan el procedimiento, como por ejemplo la inclusión de un mayor número de debates en el órgano parlamentario, plazos de espera obligatorios entre primer y segundo debate, mayorías especiales para la aprobación de textos, entre otros. También, es frecuente encontrar limitaciones materiales, es decir, contenidos cuya modificación está prohibida, como ocurre con las denominadas cláusulas pétreas o las de intangibilidad².

En definitiva, la regulación que versa sobre la reforma constitucional es la que, en gran medida, determina el grado de rigidez de la Constitución. Esto, toda vez que, mientras se reconozcan más mecanismos para dificultar la modificación de este texto, la Constitución será más rígida.

Por consiguiente, la observancia y debido acatamiento de estas prescripciones es de tal importancia que, si fueran obviadas o incumplidas, lo que estaría en riesgo es la rigidez de la Constitución, lo

2 Un ejemplo de cláusula pétrea se lo encuentra en la Constitución ecuatoriana, que prohíbe la modificación del procedimiento de reforma del texto constitucional. Mientras que una cláusula de intangibilidad, también establecida en nuestra Norma Fundamental, es la prohibición de restringir derechos, pues su modificación para ampliar su contenido sí está permitida.

cual desembocaría incluso en una posible afectación de la supremacía misma del texto constitucional.

Es por esta razón que las disposiciones que regulan la reforma de la Constitución deben encontrarse previstas en la misma Constitución, puesto que, lo contrario, podría relativizar la rigidez constitucional, debido a que el legislador podría flexibilizar el procedimiento de reforma, lo cual pondría en riesgo la supremacía de la Constitución y se tornaría inaplicable el paralelismo de las formas.

En este punto es importante recordar que la rigidez de la Constitución es una garantía de su contenido, pues evita que el poder constituido esté habilitado a modificar fácilmente y sin ninguna restricción prescripciones vitales para el régimen constitucional, pero que en ocasiones podrían ser incómodas para el poder político, como son los derechos, sus garantías, la soberanía popular o el equilibrio entre las funciones del Estado.

Por lo tanto, la rigidez de la Constitución, que se traduce en la existencia de normas que regulan de manera particular y con un mayor grado de dificultad la reforma del texto constitucional, es una “condición necesaria” de un Estado constitucional, como lo califica Guastini (2009), ya que, al existir un procedimiento específico y agravado para la reforma constitucional, “[l]a Constitución está por encima de la legislación ordinaria, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por ésta” (p.51).

Lo expuesto hasta aquí, busca evidenciar las particularidades y trascendencia de las disposiciones constitucionales referentes a la reforma de la Constitución y resaltar la importancia del control de constitucionalidad ejercido por la Corte, cuyo objeto es la garantía de la supremacía y de la rigidez constitucional.

II. Mecanismos para modificar la Constitución ecuatoriana

La Constitución de la República del Ecuador establece un sistema gradado de modificación constitucional. Se reconocen, así, a dos mecanismos propios del poder de reforma o poder constituyente derivado, como son la enmienda y la reforma parcial de la Constitución; y, también a una tercera vía, que consiste en el poder preconstituyente, que regula la posibilidad de convocar una Asamblea Constituyente para cambiar de Constitución.

2.1. La enmienda y la reforma parcial

Más allá de la similitud conceptual entre enmienda y reforma, la Constitución ecuatoriana ha establecido diferencias de índole material y formal, a partir de lo cual se distinguen estos mecanismos.

En primer lugar, desde el punto de vista material o de contenidos, la enmienda posee más limitaciones, pues no cabe para alterar (i) la estructura fundamental de la Constitución ni (ii) el carácter o elementos constitutivos del Estado; tampoco procede para (iii) restringir derechos o garantías constitucionales, ni para (iv) modificar el procedimiento de reforma de la Constitución (CRE, 2008, art.441).

Mientras que la reforma parcial mantiene solamente las prohibiciones materiales iii y iv, pudiendo, en principio³, alterar la estructura

3 Al respecto, corresponde señalar que nuestra Constitución plantea una fricción con un punto de vista teórico sobre un límite natural de la reforma. La doctrina manifiesta que “si un cambio es de tal magnitud que altera la esencia o la base fundamental de la Constitución, aquél no será producto de una reforma, sino que estaremos frente al ejercicio del poder constituyente originario.” (Polo, 2019, p. 101). Sin embargo, de la lectura de los artículos 441 y 442 de la Constitución, parecería que la estructura fundamental de la Constitución no puede ser alterada mediante una enmienda, pero sí a través de una reforma parcial, lo cual podría dar lugar a que el poder de reforma invada una esfera privativa del poder constituyen-

fundamental de la Constitución o los elementos constitutivos del Estado (CRE, 2008, art.442).

En segundo lugar, en lo concerniente al procedimiento, la enmienda se puede llevar a cabo a través de dos mecanismos: (i) Mediante un referéndum de iniciativa del Presidente de la República o de la ciudadanía con el respaldo del 8% del padrón electoral; o, (ii) a través de un trámite parlamentario, que requiere de la iniciativa de 1/3 partes de sus integrantes, un tiempo de espera de un año entre el primer y segundo debate y una mayoría calificada de las 2/3 partes para su aprobación.

En tanto que, la reforma parcial de la Constitución contempla un solo trámite que combina los dos procedimientos de la enmienda, toda vez que inicia con un proceso parlamentario y culmina con un referéndum ratificatorio. Por esta razón, el trámite de la reforma parcial es más rígido pues en cualquier caso exige la deliberación democrática en el parlamento y el pronunciamiento popular definitivo en referéndum.

2.2. El poder preconstituyente y la posibilidad de cambiar la Constitución mediante una Asamblea Constituyente

Finalmente, se encuentra el poder preconstituyente establecido en el artículo 444 de la Constitución. Tal como se anticipó, su propósito es regular la forma en la cual se pretende convocar al poder constituyente originario y así sustituir la Constitución; en otras palabras, regula “la competencia y procedimiento para convocar al titular del poder constituyente originario (art. 444 CRE)” (Oyarte, 2014, p.256).

te originario, ya que una modificación profunda de la estructura fundamental de la Constitución podría dar paso a un cambio de Constitución, más que una reforma. La Corte Constitucional deberá evitar que la reforma parcial sea desnaturalizada y empleada para sustituir la esencia de la Constitución, aspecto que puede ser ejercido, de manera privativa, por el constituyente originario.

Al respecto, De Vega (2011) señala que “mientras los poderes constituidos tienen su fundamento en la Constitución, y desde ella se explican sus posibilidades y modos de actuación, el poder constituyente se justifica por sí mismo. Su fundamentación no es jurídica” (p.28). Frente a esto, Pérez Royo (2012) advierte que el poder constituyente originario no puede ser leído o interpretado en términos de juridicidad, sino a partir de su legitimidad. En efecto, señala:

no todo poder que produce un ordenamiento jurídico estable para un Estado es un poder constituyente. Únicamente lo es aquel que está en el origen de una Constitución digna de tal nombre. Y para ello el poder tiene que ser legítimo (p.87).

Una Constitución será legítima, según Pérez Royo (2012), siempre que su titular sea el pueblo y se sustente, por lo tanto, en la soberanía popular. Pero, además, otro aspecto no menos importante es el proceso constituyente, que deberá asegurar que la legitimidad democrática esté exenta de manipulación: “[l]a titularidad del poder constituyente es decisiva para su legitimidad. Pero también lo es que se exprese sin manipulación de ningún tipo. De ahí la necesidad de tomar en consideración también del proceso constituyente” (p.89).

En consecuencia, el poder preconstituyente, que regula la competencia y el procedimiento para convocar al constituyente, tiene como propósito medular garantizar que el pueblo, en quien recae la soberanía y titularidad para expedir una Constitución, participe de manera activa, libre y sin manipulación en el proceso constituyente.

La promoción de la participación popular, en efecto, es la característica del artículo 444 de la Constitución, que establece que la Asamblea Constituyente solamente podrá ser convocada por decisión popular planteada en una consulta. Lo mismo ocurre con los integrantes de la Asamblea, electos democráticamente; y, culmina con la necesidad de que la nueva Constitución entre en vigor después de un referéndum ratificatorio (CRE, 2008).

Ahora bien, es poco frecuente que sea la misma Constitución⁴ la que regule el poder preconstituyente para sustituir su texto. En Ecuador, dada la tradición histórica de expedir nuevos textos constitucionales, su regulación podría deberse a la finalidad de institucionalizar el cambio de Constitución asegurando la participación democrática y evitando, así, que el poder político por sí solo o grupos minoritarios impongan nuevos procesos constituyentes.

Otra razón más pesimista alude a que, al institucionalizar este mecanismo, sus etapas pasan inevitablemente a un control estatal, lo cual podría restringir o limitar una nueva legitimidad democrática que busque el cambio de Constitución, en contra de la voluntad política. No obstante, la experiencia pasada y reciente evidencian que, si realmente existe una nueva legitimidad para sustituir el orden constitucional, ésta se impone por cauces de hecho o inclusive por la fuerza⁵.

Finalmente, no se debe confundir la regulación del poder preconstituyente con la función constituyente como tal. Esto, debido a que una cosa es que se regule el procedimiento y competencia para convocar al titular del poder constituyente y otra muy distinta asumir que el ejercicio constituyente sea susceptible de regulación positiva. Al respecto, Salgado Pesantes (2012) con precisión afirma que el poder constituyente originario “es un poder creador, primario, sin límites jurídicos porque se entiende que no existe todavía el derecho positivo fundamental o porque, en todo caso, está por encima del derecho positivo” (p.58).

4 El capítulo III del Título IX de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela regula el poder preconstituyente mediante la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente con la finalidad de “transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución” (CRBV, 1999, art. 347). Otro ejemplo es la Constitución de Paraguay, en la cual se prevé en los artículos 289 y 291 refieren a la Convención Nacional Constituyente (CP, 1992).

5 Esto precisamente porque el poder constituyente originario no se mide en términos de juridicidad. Al contrario, es un poder fáctico que debe estar respaldado democráticamente, lo cual le otorga legitimidad.

Bajo esta perspectiva, el ejercicio del poder constituyente originario encargado de crear una Constitución carece de limitación positiva⁶, a diferencia del poder preconstituyente, el mismo que no condiciona el ejercicio constituyente como tal, sino solamente la forma en que se convoca a su titular y se regula la participación democrática para el proceso constituyente.

2.3. Colofón

En definitiva, en el régimen constitucional ecuatoriano coexisten tres mecanismos con un distinto nivel de rigidez, es decir, se reconoce a la enmienda de uno o varios artículos que constituye el procedimiento menos riguroso; otro, como la reforma parcial que incluye medidas que dificultan más su tramitación; y, finalmente se encuentra el denominado poder preconstituyente, cuyo trámite es sumamente agravado ya que busca una mayor participación democrática.

Así mismo, estos mecanismos se diferencian entre sí por el grado en la profundidad de la modificación que puede ser implementada por medio de cada uno de estos procedimientos; así, la enmienda permite efectuar modificaciones menos profundas que la reforma parcial de la Constitución; y, evidentemente, el cambio del texto constitucional supone el mecanismo que habilita realizar el máximo nivel de profundidad, debido a que busca sustituir la Constitución vigente por otra.

La Corte Constitucional, en el Dictamen No. 4-18-RC/19, estableció que “[e]l cambio de Constitución es de una magnitud transformadora y transversal; superando el alcance de la enmienda, que es

6 Sin embargo, el poder constituyente originario sí posee limitaciones implícitas, las mismas que surgen por las condiciones mínimas que debe reunir una Constitución para ser considerada materialmente como tal. Por ejemplo, se deberán respetar los derechos, la soberanía popular, el equilibrio de poderes, entre otros valores fundamentales propios del constitucionalismo.

específico; y, al ámbito de la reforma constitucional, que es parcial.” (CRE, 2019, párr.15)

Entonces, se desprende que el grado en la rigurosidad de cada trámite y la magnitud o profundidad del cambio permitido, son dos elementos vinculados estrechamente en la Constitución ecuatoriana. Esto, debido a que mientras más riguroso o agravado es el procedimiento, mayores cambios están permitidos.

III. Intervención de la Corte Constitucional

Como se indicó anteriormente, la Corte Constitucional asume un papel sustancial en los procedimientos de enmienda, reforma parcial y cambio de Constitución, pues busca asegurar el pleno cumplimiento de las disposiciones constitucionales que rigen estos trámites y que, según se expuso al inicio del trabajo, están estrechamente vinculadas con la rigidez y supremacía constitucional.

Existen tres mecanismos mediante los cuales la Corte Constitucional interviene en la tramitación de estos procesos. El artículo 99 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina:

Art. 99.- Modalidades de Control Constitucional.- Para efectos del control constitucional de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales, la Corte Constitucional intervendrá a través de los siguientes mecanismos:

- I. Dictamen de procedimiento.
- II. Sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referendo.
- III. Sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales. (LOGJCC, 2009)

A continuación, se expondrá brevemente en qué consiste cada una de las modalidades previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3.1. Dictamen de procedimiento

Este mecanismo, además de su reconocimiento legal, tiene sustento en la misma Constitución. En efecto, el artículo 443 del texto constitucional establece que “[l]a Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso” (CRE, 2008).

De este modo, constituye un mecanismo de control material, previo y obligatorio de constitucionalidad. Material, porque se analiza el contenido de la propuesta y se lo confronta con las limitaciones de la enmienda o la reforma, previstas en los artículos 441 y 442 de la Constitución, esto es, se verifica si la propuesta conlleva la restricción de derechos, la modificación del procedimiento de reforma constitucional, la alteración de los elementos constitutivos del Estado o la estructura fundamental de la Constitución.

Es un control previo, debido a que su propósito es identificar cuál de los procedimientos es el que corresponde seguirse en cada caso; por ello, la decisión de la Corte Constitucional es lo que marca si la propuesta es viable por el trámite sugerido por el proponente⁷.

Por último, es una forma de control obligatorio, ya que los proponentes no son libres de elegir si remiten o no la propuesta a la Corte Constitucional; por el contrario, el artículo 100 de la Ley de la materia dispone: “Todo proyecto de enmienda o reforma constitucional debe ser enviada a la Corte Constitucional para que indique cuál de los procedimientos previstos en la Constitución corresponde” (LOGJCC, 2009).

De manera resumida, se colige que en esta etapa:

7 Según la parte final del artículo 100 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “En todos los casos se deberá anexar un escrito en el que se sugiera el procedimiento a seguir y las razones de derecho que justifican esta opción.” (LOGJCC, 2009)

la labor de la Corte Constitucional frente a propuestas de modificación constitucional, se limita a examinar si los contenidos propuestos para ser agregados, suprimidos o alterados incurren en alguna de las limitaciones explícitas, pues de ello dependerá el procedimiento a adoptarse -enmienda, reforma o asamblea constituyente- (Polo, 2018, p.83).

En función de lo expresado, el primer momento en que interviene la Corte Constitucional lo hace, según la ley, a través de un dictamen de procedimiento en el cual indica si la propuesta es apta para ser tramitada mediante enmienda, reforma parcial o cambio de Constitución.

Si bien se trata de una decisión de procedimiento, su importancia es sustancial ya que garantiza el adecuado ejercicio de los mecanismos de modificación constitucional previstos en el texto supremo. Aquello configura un resguardo de la rigidez de la Constitución y evita que se empleen mecanismos menos rigurosos para cambios profundos que exigen procedimientos más agravados, pues de lo contrario se flexibilizaría la reforma de la Constitución.

3.2. Sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referendo

Este segundo momento, como se indica en la ley, debe ser resuelto mediante una sentencia y tiene por objeto que la Corte Constitucional ejerza un control previo y obligatorio respecto de la propuesta de referéndum que pretenda modificar la Constitución.

Como se explicó previamente, solamente la enmienda parlamentaria regulada en el artículo 441.2 de la Constitución no involucra la realización de un referéndum aprobatorio o ratificatorio. En contraposición, la enmienda de iniciativa ciudadana o del Presidente de la República, la reforma parcial y el cambio de Constitución, suponen la celebración de un referéndum para que entre en vigor la modificación respectiva.

En consideración de aquello, únicamente la enmienda por vía parlamentaria está exenta de este control; no así, el resto de los mecanismos.

En el caso de la enmienda por vía de referéndum, la sentencia debería dictarse una vez que la Corte Constitucional haya dictaminado que el trámite de enmienda es el procedente en función del contenido de la propuesta. Mientras que, en el caso de la reforma parcial, se debería realizar este tipo de control luego de que la Asamblea Nacional haya culminado con el procedimiento parlamentario y antes de plantear a la ciudadanía el referéndum.

Son los artículos 103, 104 y 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las disposiciones que regulan esta forma de intervención de la Corte Constitucional.

El artículo 103 instituye un control formal respecto a las convocatorias a referéndum, en donde se verifica el cumplimiento de las reglas procesales para la realización de la convocatoria, la competencia del proponente y la garantía plena de la libertad del elector, en particular, el cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad.

Por su parte, el artículo 104 del mismo cuerpo legal, regula el control sobre los considerandos que introducen a cada pregunta; de este modo, se exige que la Corte Constitucional verifique que las frases iniciales, considerativas o introductorias no induzcan las respuestas, que tengan plena concordancia con la pregunta, empleen un lenguaje valorativamente neutro y sin carga emotiva, y que sean sencillos y comprensibles para el elector.

Finalmente, el artículo 105 reconoce el control constitucional del cuestionario, cuyo objeto, conforme el propio texto de la norma es “garantizar la libertad del elector o electora”. Este control consiste en verificar que se formule una sola cuestión por cada pregunta, que se pueda aceptar o negar varios temas individualmente, que la propuesta no esté encaminada a establecer excepciones que beneficien un proyecto político específico; y, que la propuesta normativa tenga efectos jurídicos. Así mismo, la parte final del artículo contempla el denominado dictamen ficto por el transcurso del tiempo (LOGJCC, 2009).

De la lectura de aquellos parámetros legales, se desprende que el control consagrado en estas normas, si bien aborda ciertos aspectos

sustanciales como la garantía de libertad de los electores, se trata de un control mayormente formal, pues en lo principal la Corte Constitucional analizará la estructura y redacción de los considerandos introductorios y de las preguntas.

Es comprensible que no se haya establecido un control material de constitucionalidad en este segundo momento, puesto que se entiende que para haber llegado a este punto ya se emitió el dictamen de procedimiento, el mismo que sí involucró un control material; y, sobre todo, porque “al tratarse de contenidos que buscan enmendar o reformar la Constitución, carecería de todo sentido lógico efectuar un control material y confrontar la propuesta de modificación con el texto que busca alterar” (Polo, 2018, p.83)

3.3. Sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales

El tercer momento se distingue por varias razones de los dos mecanismos antes expuestos. En primer lugar, se trata de un control posterior, es decir, las enmiendas, reformas o el cambio constitucional ya se encuentran vigentes al momento en que interviene la Corte Constitucional, a diferencia del dictamen de procedimiento y la sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referéndum, que, como se desarrolló en líneas previas, constituyen mecanismos de control previo o preventivo.

Así mismo, se caracteriza por ser un control a petición de parte y no obligatorio. En efecto, si cualquier modificación a la Constitución entraría en vigor, la Corte Constitucional no está obligada a intervenir, sino que, cualquier persona podrá presentar una demanda de inconstitucionalidad dentro de los 30 días siguientes a la entrada en vigencia de la enmienda, reforma o cambio constitucional (LOGJCC, 2009, art.106). En otras palabras, la Corte Constitucional solamente ejercerá el tercer momento a petición de parte, si se presentara una demanda de inconstitucionalidad en el término precisado.

Finalmente, según el artículo 106 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solamente se podrán demandar vicios formales, por lo que se trata de un mecanismo de control formal de constitucionalidad. Aquello significa que la Corte Constitucional únicamente podrá examinar si en la tramitación de la enmienda, reforma o cambio constitucional se menoscabaron las reglas procesales de índole constitucional que rigen tales mecanismos. No cabe, por lo tanto, que la Corte Constitucional efectúe un control material de constitucionalidad en el tercer momento.

Al respecto, hay quienes sostienen que esta limitación resultaría inconstitucional, puesto que el artículo 436.2 de la Constitución faculta a cualquier persona a demandar la inconstitucionalidad de todo acto normativo por razones de forma y de fondo. Sin embargo, la objeción a dicha postura sería que la Corte Constitucional ya efectuó un control material en el dictamen de procedimiento y, fundamentalmente, que no cabe un control material de preceptos que reformaron la Constitución, pues si modificaron el texto constitucional en su momento fueron opuestos a la Norma Suprema⁸. De todas maneras, es un aspecto abierto a discusión. En el Ecuador, solamente en una oportunidad existió un pronunciamiento de la Corte Constitucional en ejercicio de esta atribución. En aquella ocasión, de manera harto llamativa, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las enmiendas que fueron aprobadas por vía parlamentaria en el año 2015, como se expone a continuación.

Es necesario recordar que, el 31 de octubre de 2014, la entonces Corte Constitucional declaró que la enmienda por vía parlamentaria era el procedimiento adecuado para tramitar 16 de 17 propuestas que habían sido presentadas por varios legisladores afines al régimen

8 Sobre este aspecto, Pedro de Vega sostiene que: “las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución, y posteriores a ella, serán las que, por atenerse a los procedimientos de reforma, se presenten como revisiones constitucionales.” (2011, p.70). Por este motivo, no procedería un control material respecto de reformas constitucionales, ya que éstas, en efecto, fueron contrarias a la Constitución al modificarla en su momento.

de Rafael Correa. Así, se cumplió con el primer momento de intervención de la Corte y se emitió el dictamen No. 001-14-DRC-CC que permitió el tratamiento parlamentario de aquellas propuestas, entre las que se encontraban la eliminación de la limitación para optar por la reelección por una sola ocasión para cargos de elección popular, la supresión de la facultad de la Contraloría General del Estado de verificar el cumplimiento de los objetivos y gestiones de cada entidad del Estado, la eliminación del régimen del Código del Trabajo para las obreras y obreros del sector público, entre otras.

Con la autorización de la Corte Constitucional, se llevó a cabo el procedimiento de enmienda parlamentaria, el mismo que concluyó el 3 de diciembre de 2015 con la aprobación por parte de la Asamblea Nacional en segundo debate. Las enmiendas fueron promulgadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 653, del 21 de diciembre de 2015.

Frente a esto, dentro de los 30 días después de la publicación de las enmiendas, se presentaron varias acciones de inconstitucionalidad al amparo del artículo 106 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que cuestionaban la constitucionalidad de tales enmiendas.

Aunque las demandas fueron presentadas en diferentes días de los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016, la Corte Constitucional se tomó cerca de 2 años y medio para resolver las acciones. De hecho, casualmente, lo hicieron cuando el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio se encontraba evaluado la gestión de las juezas y jueces de dicha Magistratura. Este aspecto, aunque no es un componente jurídico, sin duda merece ser mencionado para conocer el contexto en el cual la Corte Constitucional emitió su sentencia.

El 1 de agosto de 2018, la Corte expidió la sentencia No. 018-18-SIN-CC, en la cual declaró la inconstitucionalidad por razones de forma de las enmiendas aprobadas en el 2015 por la Asamblea Nacional.

Lo curioso de la sentencia es que no se declaró la inconstitucionalidad de las enmiendas porque se verificó que los requisitos de forma o procedimiento establecidos en la Constitución fueron inobservados

por la Asamblea Nacional. Al contrario, en el fallo se dejó constancia expresa que la propuesta de enmienda cumplió con todos los requisitos formales previstos en el artículo 441 de la Constitución, es decir, existió la iniciativa de la 1/3 parte de los integrantes del órgano parlamentario, se respetó el año de espera entre el primer y segundo debate y se aprobó la propuesta con la mayoría calificada de las 2/3 partes de la Asamblea Nacional.

La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las enmiendas porque éstas fueron aprobadas en bloque, es decir, debido a que “se efectuó una sola votación por todos los artículos de la propuesta de enmienda constitucional presentada” (CCE, 018-18-SIN-CC, 2018).

Esto a pesar de que la propia Corte reconoció que la forma de votación no es un aspecto regulado en la Constitución: “la Corte Constitucional estima necesario precisar que, del análisis de la Constitución de la República, en efecto, no se determina la forma en virtud de la cual las enmiendas constitucionales debían ser aprobadas al momento de la votación” (CCE, 018-18-SIN-CC, 2018).

En otras palabras, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad por razones de forma, esto es, por un vicio de trámite, de un aspecto procedimental no regulado en la Constitución.

En este punto, vale resaltar un aspecto que fue destacado al inicio de este trabajo y se relaciona con el paralelismo de las formas. Se dijo que las normas que regulan la reforma de la Constitución son la manera en que el poder constituyente se proyecta a futuro cuando haya desaparecido, y determina cómo se reformará la Constitución por parte del poder constituido. En esta misma línea, se indicó también la necesidad de que las disposiciones que rigen los procedimientos de reforma constitucional estén previstas expresamente en la Constitución, pues aquello asegura una verdadera rigidez de su texto, ya que, si se encarga esta regulación al legislador, será él y no el poder constituyente originario, quien establezca el grado de rigidez de la Constitución.

Por estas razones, resulta más que llamativo que la Corte Constitucional haya encontrado un vicio de procedimiento de una enmienda a la Constitución, por un supuesto incumplimiento de un aspecto formal que no fue previsto por el constituyente para el trámite de la enmienda. Es evidente que una inconstitucionalidad tiene lugar cuando el texto supremo ha sido menoscabado; sin embargo, en este caso, se declaró la inconstitucionalidad formal sin que exista una contradicción con las reglas que rigen el procedimiento de la enmienda.

La Corte Constitucional trató de justificar su decisión, del modo que sigue:

ante la existencia de la omisión normativa referida, debería por analogía aplicarse una norma que guarde relación con el tema analizado, está sería el artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que desarrolla la forma en virtud de la cual debe presentarse la propuesta de votación a la ciudadanía, que determina que no deberá ser en bloque sino de forma individualizada (...).

Por lo expuesto, la Corte Constitucional concluye que la votación en “bloque” efectuada dentro del procedimiento de enmienda constitucional, como si se tratará de cualquier proyecto normativo, inobservó el principio de rigidez y supremacía constitucional, así como la esencia de los mecanismos de modificación constitucional previstos en la Constitución de la República. (CCE, 018-18-SIN-CC, 2018)

Esto, sin embargo, genera más dudas que certezas y más problemas que soluciones. En primer lugar, porque aplica “por analogía” una disposición legal que se refiere a un asunto completamente diferente. El artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como se explicó en líneas previas, regula el control constitucional del cuestionario que se somete a la ciudadanía en un referéndum. Tal como se indicó, este control busca que el ciudadano, al momento de elegir en un referéndum, lo pueda hacer pregunta por pregunta, pues lo contrario vulneraría la libertad del elector. Entonces, es claro que dicha regulación no puede hacerse extensiva a un proceso deliberativo parlamentario que se rige por sus propias normas

y principios y no mantiene vínculo alguno con la libertad del elector, que es el sustento de la disposición legal en referencia.

Y, en segundo lugar, la Corte insiste en declarar inconstitucional un aspecto que, más allá de lo reprochable que pueda resultar en la práctica parlamentaria, como es una aprobación en bloque, no es un requisito constitucional que haya sido fijado por el constituyente originario como parte del procedimiento de la enmienda. El hecho de que la Corte Constitucional declare una inconstitucionalidad por una formalidad no prevista en la Constitución es sumamente cuestionable, más allá de que las enmiendas que fueron dejadas sin efecto también lo eran.

IV. Principales cambios de líneas jurisprudenciales por parte de la actual composición de la Corte Constitucional

En esta sección, se examinarán los principales puntos divergentes entre las composiciones de la Corte Constitucional, de los años 2008 a 2018, con la composición del 2019 hasta la actualidad. Son tres los principales puntos que se analizarán: i) El momento en que interviene la Corte Constitucional en la segunda modalidad de control; ii) El contenido de la estructura fundamental de la Constitución y los elementos constitutivos del Estado; y, iii) La concepción acerca de la reelección indefinida.

4.1. El momento en que interviene la Corte Constitucional en la segunda modalidad de control

En el año 2011, el entonces Presidente de la República presentó ante la Corte Constitucional una propuesta de enmienda a la Constitución, para ser llevada a cabo mediante un referéndum. La temática planteada era variada; versaba, por ejemplo, sobre la prisión preventiva, la detención provisional, la propiedad de los medios de comunicación, la composición y forma de designación del Consejo de la Judicatura y el establecimiento de un Consejo de la Judicatura transitorio que ejerza sus atribuciones durante 18 meses.

La Corte Constitucional, frente a esta propuesta, expidió el dictamen No. 001-11-DRC-CC. Sin embargo, hay que destacar que, en la misma decisión, la Corte unificó los dos primeros momentos de su intervención, es decir, no solo estableció el dictamen de vía, sino que además verificó la constitucionalidad del referéndum.

En otras palabras, la Corte Constitucional interpretó que, tratándose de una enmienda por vía de referéndum, los dos primeros momentos debían ser analizados de manera conjunta. Por ende, además de establecer que la propuesta planteada cabía mediante una enmienda, la Corte se pronunció acerca de los considerandos introductorios y el cuestionario, lo cual conlleva la aplicación de los artículos 103, 104 y 105 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que fijan las pautas para el segundo momento de control.

Esta interpretación y práctica jurisdiccional de la Corte Constitucional provocó que, en el año 2017, el Presidente de la República aplique el artículo 105 de la LOGJCC, en cuanto al denominado dictamen ficto o favorable por el transcurso del tiempo⁹ dentro de una propuesta de enmienda que había planteado previamente ante la Magistratura constitucional.

En efecto, el 29 de noviembre de 2017, mediante decreto ejecutivo No. 229, se estableció que:

a la presente fecha superando en demasía el término de 20 días que dispone el artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para que el máximo organismo de control en materia constitucional del país, emita un dictamen sobre la constitucionalidad del proyecto de Referéndum remitido por el Presidente de la república; resulta

9 La parte final del artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone: “Si la Corte Constitucional no resolviera sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del referendo, dentro del término de veinte días siguientes a haber iniciado el respectivo control previo, se entenderá que ha emitido dictamen favorable. Esta omisión dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan.” (LOGJCC, 2009)

imperante aplicar los efectos legales previstos ante esta omisión, esto es, que se entenderá que se ha emitido un dictamen favorable.

Si bien es cierto que estaba pendiente, en primer lugar, el dictamen de procedimiento para la propuesta planteada, la práctica de la Corte Constitucional era unificar ambos momentos, pues interpretaba que, frente a una enmienda por vía de referéndum, podían realizarse conjuntamente los dos primeros momentos, tal como ocurrió en el dictamen No. 001-11-DRC-CC. Aquello dio paso para que en 2017 se aplique el artículo 105 de la LOGJCC en la propuesta de enmienda presentada por el Presidente de la República, debido a la práctica e interpretación de la entonces Corte Constitucional, acerca de los dos primeros momentos y su unificación en uno solo, lo cual significó también la aplicación de la base normativa de ambos mecanismos en un solo momento.

Por su parte, la Corte Constitucional integrada en el año 2019 y presidida por Hernán Salgado Pesantes, desde sus primeras decisiones dio una nueva lectura a los momentos en que interviene este Organismo y se distanció en varios aspectos de las interpretaciones y prácticas de la Corte Constitucional en su composición precedente. En efecto, en el dictamen No. 4-18-RC/19, se puntualizó:

17. En tal virtud, existen tres momentos claramente diferenciados de la actuación de la Corte Constitucional, el primero en cuanto a la determinación de la vía para proceder a la modificación constitucional, esto es para establecer si el procedimiento es el de enmienda, reforma o cambio constitucional (dictamen de procedimiento); el segundo en referencia al control constitucional de la convocatoria a referéndum popular para que se apruebe la modificación constitucional (sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referendo); y, el tercero en relación al control de la constitucionalidad de la modificación constitucional ya aprobada (sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales) (CCE, 2019, párr.17).

En este contexto, la Corte Constitucional sostuvo que los tres momentos están “claramente diferenciados” entre sí, lo cual marca ya un distanciamiento a la práctica de la composición previa de la Corte,

la misma que unificaba en un solo momento a los dos primeros mecanismos de control, en los casos de enmienda por vía de referéndum. Inclusive, en los párrafos posteriores del dictamen en referencia, la Corte describió la base normativa que regula cada uno de los tres momentos en que interviene la Magistratura y detalló que aquellas normas son aplicables única y exclusivamente en cada uno de los momentos en que rigen, sin que puedan ser extensivas a otros mecanismos de control.

En tal virtud, sobre el primer momento, esto es, el dictamen de procedimiento, la Corte puntualizó que “se rige por el artículo 101 de la LOGJCC (...) En esta primera etapa no se establece una temporalidad para la emisión del dictamen de procedimiento (...) no se puede confundir con los efectos de los otros dos momentos” (CCE, 4-18-RC/19, 2019, párr.18).

Por su parte, respecto del segundo momento, es decir, la sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referéndum, la Corte señaló que se rige por los “artículos 102 a 105 de la LOGJCC (...) En esta segunda fase es aplicable el inciso final de la disposición del artículo 105 (...) en este segundo momento opera el efecto del pronunciamiento ficto por el paso del tiempo legal” (CCE, 4-18-RC/19, 2019, párr. 19).

En consecuencia, la composición actual de la Corte Constitucional cambió la interpretación y práctica de los anteriores integrantes del Tribunal, la misma que rige a partir del dictamen No. 4-18-RC/19. Según el criterio vigente, entonces, no se pueden confundir los tres momentos ni ejercer los dos primeros de manera conjunta, pues cada uno posee su propia finalidad y su regulación específica. Aquello obliga a que la Corte Constitucional se ajuste a los parámetros legales aplicables a cada uno de los momentos.

Como muestra de este cambio de criterio, por ejemplo, en el dictamen No. 10-19-RC/20, la Corte Constitucional efectuó el primer momento de su intervención y dictaminó que varias de las propuestas planteadas por un grupo de ciudadanos procedían mediante una enmienda por vía de referéndum. En la parte resolutive de la decisión, se dispuso “que el expediente vuelva al despacho del juez

sustanciador, a efectos de que inicie el respectivo control previo de constitucionalidad de las propuestas aptas para ser tramitadas por intermedio del procedimiento de la enmienda” (CCE, 2020).

Con esto, se observa que la actual composición de la Corte Constitucional no unifica los dos primeros momentos de control; al contrario, una vez que culmina el primero y se expide el dictamen de procedimiento, la propuesta pasa al segundo momento de control, para que se expida la sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referéndum. En el caso en mención, posteriormente se emitió la sentencia No. 10-19-RC/20A, en la cual se cumplió con el segundo momento.

4.2. El contenido de la estructura fundamental de la Constitución y los elementos constitutivos del Estado

Como se expuso en secciones previas, la enmienda posee más limitaciones materiales que la reforma parcial de la Constitución. Estas limitaciones, según se anotó, constituyen contenidos cuya modificación está proscrita a través de determinado procedimiento. Mientras más limitaciones materiales se reconozcan para cierto procedimiento, éste permitirá cambios menos profundos y viceversa, es decir, a menos limitaciones de contenido, la magnitud y profundidad de la modificación será mayor.

Aquello ocurre, en efecto, con la enmienda y la reforma, ya que el segundo mecanismo al poseer menos límites materiales permite cambios a la Constitución de mayor profundidad. Tal como se indicó en párrafos previos, la enmienda no procede si la modificación restringe derechos o garantías constitucionales, si cambia el procedimiento de la reforma de la Constitución, si altera la estructura fundamental de la Constitución o los elementos constitutivos del Estado. Mientras que la reforma únicamente mantiene las dos primeras prohibiciones.

De este modo, el alcance y contenido de lo que se entiende por “estructura fundamental de la Constitución” o “elementos constitutivos del Estado” tiene una importancia capital, puesto que en función de

aquello se aceptarán o negarán las propuestas de enmienda, flexibilizando o rigidizando este mecanismo. En otras palabras:

Existe la posibilidad, por lo tanto, de que la Corte, en función del alcance que otorgue a cada limitación, determine el grado de rigidez de la Constitución al flexibilizar o reforzar el procedimiento de enmienda y reforma y los casos en los que procede cada uno de estos. Por ejemplo, si considera a la estructura fundamental únicamente como las funciones del Estado, el marco para la procedencia de una enmienda es mayor, pues la limitación tendría un alcance restringido. Por el contrario, si se adoptaría una teoría extrema que asimile la estructura fundamental a toda la parte orgánica de la Constitución, la rigidez aumentaría, pues el campo material de la enmienda sería mínimo (Polo, 2015, p.109).

Ahora bien, en cuanto al contenido y alcance de estas limitaciones también ha existido discrepancias entre la Corte Constitucional de la década 2008-2018 y la conformación actual.

La Corte Constitucional para el período de transición, en el dictamen No. 001-11-DRC-CC sostuvo: “[s]obre el carácter y elementos constitutivos del Estado, estos se encuentran contenidos en la propia Constitución, en sus artículos del 1 al 9”. Este criterio fue replicado por la Corte Constitucional en el año 2014, específicamente en el dictamen No. 001-14-DRC-CC.

Como se aprecia, la Corte interpretó literalmente el Título I de la Constitución, que se denomina “Elementos constitutivos del Estado”, para establecer que los artículos del 1 al 9 son todos los que reconocen dichos elementos. Así, la Corte pretendió darle un significado y un contenido único a esta limitación y aplicarlo frente a todas las propuestas de enmienda.

Por su parte, la actual composición de la Corte Constitucional, en el dictamen No. 4-18-RC/19, estableció al respecto que:

25. El criterio expuesto en el mencionado Dictamen No. 001-11DRC-CC, resulta insuficiente y simplificador, dado que para la actual Corte Constitucional el carácter y elementos constitutivos del Estado no se

circunscriben únicamente a características, sino que implica una amplia dimensión espacial, institucional, jurídica, política y social de la organización estatal. Por lo tanto, no se puede reducir a una lista de ítems cuantitativos, en su lugar implica un concepto cualitativo, integral y profundo (CCE, 2019, párr.25).

En este sentido, se observa que la Corte Constitucional, en la actualidad, no pretende dar una sola definición que aborde en su totalidad esta limitación material, sino que busca dotarle de ciertos rasgos básicos para ser considerados al momento de examinar las propuestas de enmiendas y verificar si existe alteración de los elementos constitutivos del Estado.

Aspecto similar ocurrió con la limitación material que consiste en la imposibilidad de alterar la estructura fundamental de la Constitución, que fue abordada por la Corte Constitucional (2008-2018) como si se tratase de la estructura fundamental “del Estado”. Al respecto, la Corte dijo en el dictamen No. 001-11-DRC-CC, que: “[s]obre la estructura fundamental del Estado, nuestro país básicamente se encuentra dividido en cinco funciones; si el fundamento de la reforma fuere prescindir del Consejo de la Judicatura, entonces se estaría alterando la estructura del Estado.” (CCE, 2011).

La Corte Constitucional reprodujo dicho criterio en el dictamen No. 001-14-DRC-CC. De este modo, para el máximo órgano de interpretación y control constitucional, la estructura fundamental del Estado se circunscribía única y exclusivamente en la supresión o alteración de cualquiera de las cinco funciones del Estado.

En mi opinión, este argumento es limitado e impreciso toda vez que el Estado, incluso desde una concepción minimalista, no puede ser concebido solamente como el conjunto de las tres o las cinco funciones, en el caso ecuatoriano. A manera de ejemplo, siguiendo la lógica de la Corte Constitucional (2008-2018), una propuesta para suprimir la Corte Constitucional no alteraría la estructura fundamental del Estado, porque se trata de un Órgano ajeno a las funciones, lo cual es más que dudoso y cuestionable.

La actual conformación de la Corte Constitucional, por su parte, modificó este criterio bajo el siguiente argumento:

En cuanto a la estructura fundamental de la Constitución, no hay disposición alguna que indique en qué consiste. Esta Corte Constitucional observa que la misma, no puede referirse a sólo un tema formal referente a la división de su texto en títulos, capítulos, y secciones, sino que su análisis debe profundizarse (CCE, 4-18-RC/19, 2019, párr.21).

Nuevamente la Corte Constitucional es crítica de la visión anterior del Organismo de control constitucional. Así, se aleja de la concepción de la estructura fundamental “del Estado” y estima que su análisis debe profundizarse. La Corte, al igual que en el caso anterior, no pretende dar una definición absoluta, única y cerrada sobre esta limitación, sino que, busca que sea la casuística la que vaya delimitando el contenido y esencia de la estructura fundamental de la Constitución.

A mi juicio, esta postura es más adecuada, puesto que pretender dar una sola definición de aspectos indeterminados como son las limitaciones antes señaladas, puede provocar equívocos. Lo más prudente es que sea el desarrollo jurisprudencial el que, a partir de la resolución de los casos puestos en conocimiento de la Corte, el que delimite el contenido de las limitaciones.

En definitiva, en la actualidad no se puede hablar de una definición y un alcance único de estas limitaciones materiales; será la jurisprudencia la que vaya delineando su contenido. En efecto, ya en los dictámenes 3-19-RC/19, 7-19-RC/19, 8-19-RC/19 y 9-19-RC/20, por tratarse de propuestas orgánicas de modificación constitucional, la Corte ha ido desarrollando algunas nociones y elementos que configuran estas limitaciones.

Así, para acercarse a una noción más específica sobre su contenido, corresponde examinar pormenorizadamente la línea argumentativa de la Corte Constitucional en los dictámenes a los que se refiera a estas limitaciones, contrario a lo pretendido por la Corte en su composición pasada, que buscó dar un significado único y luego analizar todas las propuestas de enmienda a la luz de esas definiciones, las cuales fueron sumamente criticadas por imprecisas y limitadas.

4.3. La concepción acerca de la reelección indefinida

Si bien esta temática no se relaciona directamente con la forma en que interviene la Corte Constitucional en los procesos de enmienda, reforma o cambio constitucional, sí se trata de un aspecto sumamente importante que tiene como antecedente dos dictámenes de la Corte en materia de modificaciones a la Constitución. Por esto, se la analizará brevemente.

En 2014, la Corte Constitucional dio paso a una propuesta de enmienda que pretendía instituir la denominada “reelección indefinida”, que eliminaba el límite de una sola reelección para el mismo cargo de elección popular. En su argumentación, además de establecer que esta propuesta no incurría en las limitaciones aplicables a la enmienda y, por tanto, procedía mediante dicho procedimiento, la Corte puntualizó las “bondades” y “beneficios” de la propuesta. Así, señaló que:

La eliminación de la referida restricción a la candidatura de las personas reelectas para un cargo público de elección popular no implica ninguna alteración o regresión a los derechos y garantías constitucionales previstos en nuestra Constitución. Por el contrario, se establece que lejos de poner límites o vulnerar derechos y garantías constitucionales, las propuestas constitucionales sugeridas buscan garantizar el principio constitucional de participación democrática de los ciudadanos, previsto en el artículo 95 de nuestra Constitución y los derechos de participación de los ecuatorianos (CCE, 1-14-DRC-CC, 2014).

En contraposición, la actual conformación de la Corte Constitucional se alejó de este criterio en el dictamen 7-19-RC/19, que estableció:

43. Esta Corte Constitucional, bajo el razonamiento expuesto en párrafos anteriores, se aparta de manera expresa del Dictamen No. 001-14-DRC-CC, considerando que, la eliminación de la limitación de reelección por una sola vez, que posibilitaría la reelección indefinida, no supone una ampliación del derecho de participación, ya que más bien, esta posibilidad supone una distorsión del sistema democrático, que resulta incompatible con la república como forma de Estado.

44. Dicho esto, sostener que la eliminación de la limitación de una sola reelección para las autoridades de elección popular, necesariamente implica la ampliación del derecho de participación, supone un examen que pierde de vista el hecho de que, por el contrario, la reelección indefinida o ilimitada, implicaría restricción del derecho a la participación, pues la falta de un límite temporal al ejercicio del poder puede conllevar a la personalización de éste, afectando ostensiblemente la participación democrática en igualdad de condiciones (CCE, 2019, párr.43 y 44).

Con esto, la actual Corte Constitucional cambió expresamente de criterio sobre la reelección indefinida. Ahora bien, vale señalar que actualmente se encuentra en trámite una solicitud de Opinión Consultiva presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la República de Colombia, sobre la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aquella opinión consultiva podría incidir en el criterio que rige en el país, toda vez que la Corte Constitucional, en sentencia No. 184-18-SEP-CC y en el fallo de mayoría No. 11-18-CN/19, confirmó que los derechos y garantías reconocidos en las opiniones consultivas tienen la misma jerarquía normativa de la Constitución y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano.

V. Conclusiones

El control constitucional respecto de las modificaciones de la Constitución es un pilar importante dentro del Estado constitucional, pues tiene como finalidad resguardar las disposiciones que regulan la reforma y que, consecuentemente, configuran el grado de rigidez de la Norma Suprema. Por su intermedio, la Corte Constitucional garantiza que el poder constituido, encargado de efectuar la reforma, observe y cumpla con las reglas fijadas por el constituyente para introducir modificaciones a la Constitución.

En el caso ecuatoriano, este control tiene sus propias particularidades, debido a que la Constitución diseña un sistema complejo de modificación constitucional, compuesto por tres mecanismos

con distinto nivel de rigidez y con diferente grado de profundidad, como son, la enmienda, la reforma parcial y el cambio de Constitución. Estos dos primeros mecanismos constituyen una manifestación del poder de reforma, también denominado poder constituyente derivado; mientras que la última modalidad reconoce el poder preconstituyente.

La Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional diseñan un modelo de control constitucional sobre las enmiendas, reformas y cambios de Constitución, compuesto por tres modalidades o momentos en los que interviene la Corte Constitucional. Cada uno de estos momentos tienen un propósito puntual y una regulación específica.

Así, el primer momento se trata de un dictamen de procedimiento que constituye un tipo de control previo, material y obligatorio, mediante el cual se verifica si la propuesta puede ser tramitada por la vía sugerida por su proponente, en función de si incurre o no en las limitaciones materiales previstas para cada uno de los mecanismos de modificación constitucional. En el segundo momento, se examina si la convocatoria a referéndum para enmendar, reformar o cambiar la Constitución, garantiza la libertad del elector, pues la Corte analiza, desde una perspectiva principalmente formal, el cuestionario y sus considerandos. Finalmente, el tercer momento cabe siempre que la modificación de la Constitución ya esté en vigor y se hubiere planteado una demanda de inconstitucionalidad en los 30 días posteriores a su vigencia; se trata de un control formal, posterior y que se activa a petición de parte.

A pesar de que la Constitución ecuatoriana es relativamente reciente, ha sido objeto de tres procedimientos de enmiendas, en los años 2011, 2015 y 2018. Esto ha propiciado que la Corte Constitucional haya ejercido ya los tres momentos de control en varios de estos procesos de modificación constitucional. Así, frente al planteamiento del entonces Presidente de la República, en el año 2011, la Corte de la época expidió el dictamen de procedimiento y la sentencia de inconstitucionalidad de la convocatoria a referéndum en un mismo momento.

En el año 2014 autorizó que la gran mayoría de planteamientos del bloque legislativo proponente sean tramitados mediante una enmienda parlamentaria, lo cual concluyó con su aprobación en 2015. Luego, en 2018, declaró la inconstitucionalidad de tales enmiendas en la sentencia No. 18-18-SIN-CC, ejerciendo así el tercer momento de control.

Finalmente, en el año 2017, ante la propuesta del Presidente de la República, la Corte incurrió en un “pronunciamiento favorable”, por aplicación del artículo 105 de la LOGJCC y debido a su criterio y práctica jurisdiccional de analizar en conjunto los dos primeros momentos, como lo hizo previamente en el dictamen No. 001-11-DRC-CC.

En la actualidad, por su parte, se encuentra en marcha un proceso de reforma parcial de la Constitución que plantea, en lo principal, la eliminación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y la implementación de un sistema bicameral. Procedimiento que inició con el dictamen de vía No. 4-19-RC/19, expedido por la actual Corte Constitucional.

Como se ha evidenciado, los procesos de modificación de la Constitución son frecuentes en nuestro medio, por lo que, la Corte Constitucional permanentemente interviene en estos procedimientos. Este Organismo no ha mantenido una posición uniforme respecto de su intervención en algunos de estos momentos. Por el contrario, existen criterios disímiles en función de la conformación de esta Magistratura; así, la composición de la Corte Constitucional en los años 2008 a 2018, mantuvo cierta postura en torno a sus atribuciones; mientras que la conformación actual se ha alejado expresamente de varios criterios.

Es natural que las altas Cortes cambien sus criterios; aquello, sin embargo, no puede convertirse en un aspecto arbitrario o de conveniencia, sino que para hacerlo deberán motivar y razonar jurídicamente por qué se cambia de línea jurisprudencial. La Corte Constitucional que se encuentra en funciones desde el año 2019, se ha alejado de varios criterios y prácticas aplicadas anteriormente. De la revisión de los principales fallos, se aprecia que se la Corte ha desarrollado sus motivos para variar de posición jurídica.

Es fundamental que la Corte Constitucional ejerza sus atribuciones de manera seria, transparente, responsable y, sobre todo, apegada a la Constitución; más todavía en lo referente a las modificaciones constitucionales, pues es el ente llamado a garantizar la rigidez y supremacía de la Constitución. Aquello, de modo alguno, significa oponerse y negar de plano toda iniciativa que busque enmendar, reformar o cambiar de Constitución, sino que le corresponde cumplir cabalmente con la regulación expedida por el constituyente originario y exigir que el poder constituido observe con sumo cuidado tales prescripciones.

Referencias Bibliográficas

- Benavides, J. (2018). El control de la reforma constitucional. Una aproximación a las normas que lo regulan en Ecuador. *Revista Ecuatoriana de Derecho Constitucional*, II. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Ecuador.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.
- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- Constitución de Paraguay, 1992.
- De Vega, P. (2011). *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*. 7ª reimpresión. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Guastini, R. (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (ed). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009.
- Oyarte, R. (2014). *Derecho Constitucional ecuatoriano y comparado*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Pérez Royo, J. (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. 13ª edición. Madrid, España: Marcial Pons.
- Polo, E. (2015). Comentarios sobre las limitaciones materiales expresas de la enmienda y reforma de la Constitución ecuatoriana. *Revista Ruptura*, No. 59. Asociación Escuela de Derecho, PUCE.
- Polo, E. (2018). El ámbito de control constitucional sobre la convocatoria a consulta popular. *Revista Ecuatoriana de Derecho Constitucional*, II. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Ecuador.
- Polo, E. (2019). La reforma de la Constitución: consideraciones conceptuales. *Revista Ruptura*, tercera época, diciembre. Asociación Escuela de Derecho, PUCE.
- Salgado Pesantes, H. (2012) *Lecciones de Derecho Constitucional*. 3ª edición. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.

Jurisprudencia Constitucional

- Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. Dictamen No. 001-11-DRC-CC, Caso No. 0001-11-RC de 15 de febrero de 2011. Juez ponente: Patricio Herrera.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 001-14-DRC-CC, Caso No. 001-14-RC de 31 de octubre de 2014. Jueza ponente: Wendy Molina.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 18-18-SIN-CC, Caso No. 0099-15-IN y acumulados de 01 de agosto de 2018. Juez ponente: Alfredo Ruiz.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 4-18-RC/19, Caso No. 4-18-RC de 09 de julio de 2019. Jueza ponente: Carmen Corral Ponce.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 7-19-RC/19, Caso No. 7-19-RC/19 de 05 de noviembre de 2019. Jueza ponente: Carmen Corral Ponce.



FLOR &
HURTADO

CONOCEMOS A PROFUNDIDAD

EL ENTORNO LEGAL
POLÍTICO Y
ECONÓMICO
DEL ECUADOR

DISTINCIÓN



THE AUTHORITATIVE GUIDE
TO THE LEGAL PROFESSION

FLOR & HURTADO
ABOGADOS

ÁREAS DE PRÁCTICA



CORPORATIVO
Y COMERCIAL



BANCAIRO Y
FINANCIERO



FUSIONES Y
ADQUISICIONES



DERECHO
ADMINISTRATIVO



PETRÓLEO Y
ENERGÍA



MINERÍA



TRIBUTARIO



COMPETENCIA



LABORAL

OTROS
RECONOCIMIENTOS



AV. 12 DE OCTUBRE N26-48 Y AV. ORELLANA
EDIFICIO MIRAGE - PISO 8
(+593) 2 394 1050
QUITO - ECUADOR
WWW.FHLEGAL.EC

PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE

PBP

**Entendemos los negocios,
pensamos en el país,
ideamos soluciones.**

Conozca nuestra
práctica de Arbitraje

Escanee este código con la cámara de su celular



www.pbplaw.com

 Pérez Bustamante & Ponce (PBP)

 @pbplaw

Quito

Av. República de El Salvador N36-140
Edificio Mansión Blanca
PBX: 02 400 7800
+593 2 382 7640 al 48

Guayaquil

Av. Francisco de Orellana,
Edificio Las Cámaras,
Torre B, oficina 904.
+593 4 370 7960

Las medidas cautelares constitucionales y su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

Constitutional precautionary measures and its development in jurisprudence of the Constitutional Court of Ecuador

PhD. Andrés Cervantes Valarezo*

Universidad Pompeu Fabra, España

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 23 de septiembre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 19 de noviembre, 2020

Citación

Cervantes, A. (2020). *Las medidas cautelares constitucionales y su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE. Edición 2020, p. (171-210).

DOI: 10.26807/rr.vi02.23

Resumen: El presente artículo analiza las medidas cautelares constitucionales, como una garantía jurisdiccional de la norma fundamental, desde la perspectiva teórica y jurisprudencial. Estas tienen como objeto la prevención de lesiones de derechos fundamentales o bien cesar una lesión en curso. En el primer caso, se propondrán de forma

* Abogado por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas por la Universidad Pompeu Fabra. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Valencia. Doctor (PhD) en Derecho con honores (cum laude) por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo y en la Universidad Pompeu Fabra. Correo electrónico: andrescervantes@upf.edu

autónoma y en el segundo deben necesariamente proponerse en conjunto a una garantía jurisdiccional de conocimiento. Los requisitos para ser concedidas son verosimilitud de la petición, la afectación potencial o actual de derechos fundamentales, la concurrencia de un daño irreversible, grave o sistemático y la ausencia manifiesta de causas de improcedencia. Además, se analiza el régimen de recursos de impugnación y la importancia del principio de proporcionalidad al conceder la protección cautelar. El artículo también destaca los principales cambios jurisprudenciales incorporados por la actual formación de la Corte Constitucional del Ecuador en esta materia, estos son, la improcedencia de la acción extraordinaria de protección y de la acción de incumplimiento en casos de autos de medidas cautelares constitucionales.

Palabras clave: Medidas cautelares, proporcionalidad, provisionalidad, procedimiento.

Abstract: *The paper analyses the precautionary measures in constitutional law, as a jurisdictional guarantee of the Ecuadorian constitution of 2008, both from the theoretical and jurisprudential perspective. Precautionary measures are intended to prevent or to cease fundamental rights violations. If the aim is to prevent a foreseeable damage, precautionary measures shall be solicited autonomously and if the objective is to cease and ongoing violation to fundamental rights, precautionary measures must necessarily be proposed along with another constitutional action. The legal requirements for precautionary measures to be granted are the coherence of the facts alleged in the petition, the potential or actual impairment of fundamental rights, the concurrence of an irreversible, serious or systematic damage and the manifest absence of inadmissibility causes as established in the law. In addition, the essay explains the system of appeal and the importance of the principle of proportionality when granting precautionary measures.*

Keywords: *Precautionary measures, proportionality, temporality, procedure.*

Introducción

Las medidas cautelares constitucionales son una garantía jurisdiccional de la norma fundamental y por ende de los derechos que esta reconoce a las personas. En esa medida, son también una manifestación procesal del derecho a la tutela judicial efectiva (CRE, 2008 Art.75) que, como ha manifestado la doctrina y recogido la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, tiene tres momentos procesales: el acceso a un órgano jurisdiccional, la tramitación de la causa conforme las exigencias del debido proceso y que la decisión jurisdiccional dictada sea efectivamente cumplida.

En ese sentido, el objetivo de las medidas cautelares constitucionales es prevenir o cesar una violación de derechos fundamentales producida por la acción u omisión de un particular¹ o del poder público. Lo interesante es que el procedimiento presenta notables diferencias respecto del procedimiento civil, por ejemplo. Como muestra de esto, valga señalar, sin ánimo exhaustivo, sino más bien introductorio, el hecho de que en el procedimiento constitucional las medidas cautelares no requieren ningún principio de prueba, como sí es exigible en el procedimiento civil, bastando con la verosimilitud de la petición. Además, en ejercicio de lo que en doctrina se denomina “*autonomía procesal*”, la Corte Constitucional del Ecuador ha ido construyendo el derecho procesal, así, por ejemplo, mientras que la Corte Constitucional cesada admitía la acción de incumplimiento y la acción extraordinaria de protección en autos referentes a medidas cautelares constitucionales, la actual formación lo ha descartado apartándose de aquel precedente jurisprudencial.

1 Como es bien conocido, las constituciones de posguerra, especialmente a raíz de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, amplían su eficacia de tal suerte que los derechos no son exigibles solo en las relaciones verticales entre el Estado y la persona sino también entre particulares, como manifestación de la fuerza normativa y total de la constitución en la vida social. A esta doctrina se le conoce, en Alemania, como *Drittwirkung der Grundrechte* o, si se prefiere, eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Vid. En general, (Valadés, 2011) y (Alexy, 1993).

Por tanto, el objeto de estudio, las medidas cautelares constitucionales, tiene dos características que merecen resaltarse: 1. Tiene una regulación procesal específica, que dista del derecho procesal general y se inscribe en la denominada dogmática del derecho procesal constitucional (Ferrer Mac-Gregor & Fix-Zambrano, 2013); y, 2. Esa regulación procedimental es dinámica y no estática, es decir, es constantemente moldeada por el intérprete autorizado de la constitución (Rodríguez-Patrón, 2001).

I. Las medidas cautelares: Una aproximación histórica y dogmática

En la historia del constitucionalismo ecuatoriano, el antecedente inmediato de las medidas procesales constitucionales es el denominado amparo constitucional de la Constitución Política de 1998². El artículo 95 del texto constitucional pretérito regulaba esta acción como “preferente y sumaria”, para “la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave”.

Es cierto, por otro lado, que el amparo jurisdiccional aparece nombrado por vez primera en la Constitución ecuatoriana de 1967, en el artículo 28.5, aunque el texto se limitaba a señalar que las personas tenían el “derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales”, pero no detallaba regulación procesal alguna para hacer efectiva la acción judicial. Por decirlo abreviadamente: la concepción del amparo como una acción cautelar constitucional es propia de los desarrollos legislativos de

2 Constitución Política del Ecuador, Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1 de 11 de agosto de 1998.

1997³ y constitucionales de 1998⁴ y son, por tanto, el antecedente inmediato de las medidas cautelares que recoge la Constitución de la República de 2008, actualmente vigente (Valle, 2012). Las medidas cautelares como garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales tienen asidero en el capítulo tercero, sección primera, del título tercero (garantías constitucionales) de la norma fundamental, específicamente, en el artículo 87 de la CRE⁵. Sirva resaltar aquella obviedad para listar algunas consecuencias normativas importantes derivadas del reconocimiento constitucional de esta institución:

1. Conforme a los artículos 441 y 442 CRE, los procedimientos de enmienda y de reforma parcial de la Constitución no pueden ser aplicados para introducir restricciones a las garantías de los derechos, entre las que se incluye, por supuesto, a la garantía de medidas cautelares constitucionales. Sí, resultaría procedente, en cambio, enmendar la norma fundamental para regular en forma más favorable las garantías jurisdiccionales.

3 La Ley de Control Constitucional de 1997 señalaba en su art. 46: “El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos. También podrá ser objeto de amparo la no expedición de un acto o la no ejecución de un hecho, si tales omisiones causaren o puedan causar los efectos señalados en el inciso anterior”.

4 Las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de 2001 (R.O. No. 378, de 27 de julio de 2001) y 2002 (R.O. No. 559, 19 de abril de 2002) establecieron un alcance restrictivo del amparo como medida cautelar.

5 La Constitución ecuatoriana reconoce garantías de tres niveles (“Aquéllas consisten en la obligación, a la cual está vinculado el legislador en correspondencia con tales derechos, de establecer una legislación de ejecución: en suma, en la obligación de introducir las garantías primarias y secundarias correlativas a los derechos fundamentales estipulados): normativas, jurisdiccionales y de políticas públicas, inspirada en la teorización del garantismo de Luigi Ferrajoli. Cfr. (Ferrajoli, 2006, p.28).

2. Para introducir una restricción a la -escueta- regulación que prevé la constitución en materia de medidas cautelares se requeriría entonces del procedimiento más riguroso previsto en la norma fundamental, la Asamblea Constituyente (Art. 444 CRE).

3. Lo dicho implica, en primer lugar, que el legislador está vedado de suprimir esta garantía de la ley de la materia (LOGJCC) o bien de tornarla impracticable ya que el artículo 84 CRE obliga al legislativo a adecuar “formal y materialmente” las leyes al contenido de la Constitución.

4. En todo caso, la regulación constitucional sobre medidas cautelares es mínima: se reconoce que pueden ser propuestas de forma autónoma o en conjunto a otra garantía jurisdiccional y que su razón de ser es la de prevenir una inminente violación de derechos fundamentales o bien hacerla cesar. Fuera de estos dos límites referentes al procedimiento y al objeto el legislador cuenta con un amplio margen de apreciación para regular la institución, siempre por medio de una ley orgánica (CRE, 2008, art.133.2) puesto que en caso de regularse por ley ordinaria se produciría una inconstitucionalidad por la forma⁶.

5. Conforme reconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, las medidas cautelares proceden respecto de derechos fundamentales, es decir, tanto en el caso de derechos previstos en la Constitución como respecto aquellos previstos en instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, las medidas cautelares tienen siempre un fin preventivo,

6 Aunque debe llamarse la atención sobre el hecho de que el trámite y los requisitos de votación son los mismos tanto para la ley orgánica como para la ley ordinaria. En efecto, el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa (LOFL) señala que la expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de leyes orgánicas y ordinarias requieren del voto de la “mayoría absoluta de las y los miembros de la Asamblea Nacional”. Esta situación se produce, básicamente, porque la Constitución no diferencia los requisitos de votación y trámite para leyes orgánicas y ordinarias.

pero nunca reparador y el proceso no es de conocimiento sino, más bien, sumario (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párrs. 19-20).

II. La legitimación en los procesos cautelares constitucionales

2.1. La legitimación activa

La legitimación en la causa es la titularidad del interés materia del litigio y que debe ser objeto la resolución judicial de medidas cautelares⁷. Y por lo que al demandado se refiere, consiste en la titularidad del interés en litigio. Dicho en otras palabras, el legitimado activo es quién afirma ser titular del derecho fundamental amenazado o lesionado. Recordar este primer concepto básico es útil por dos motivos:

Primero, el “accionante” no es siempre “la persona afectada” (LOGJCC, art.10) y, por ejemplo, el Defensor del Pueblo (LOGJCC, art.9) podría proponer la solicitud de medidas cautelares en relación con terceros. De darse el caso, el juez debe notificar obligatoriamente al afectado que “podrá comparecer en cualquier momento, modificar la demanda, desistir de la acción o deducir los recursos de ley, aunque no haya comparecido antes” (LOGJCC, art.10). Esto es especialmente relevante debido al artículo 27 de la LOGJCC que dispone: “Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho *por parte de cualquier persona* que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho”.

Dadas las singularidades de las que se ocupan las medidas cautelares, la ley permite que cualquier persona las solicite en favor de otra. Un ejemplo sencillo: quien requiere beneficiarse de un hábeas corpus

7 En ese sentido, el artículo 9 de la LOGJCC dispone: “Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño”.

por haber sido privado ilegalmente de su libertad no puede proponer por sí mismo la garantía jurisdiccional de conocimiento y tampoco una medida cautelar, como la comunicación inmediata del juez con las autoridades o la visita in loco al detenido. Por ese motivo, la ley faculta a que cualquier tercero pueda solicitar protección cautelar. Pero si el afectado no ratifica las actuaciones del tercero estaremos ante un supuesto de ilegitimidad de personería y eso explica las posibilidades que da la ley en el sentido de modificar o desistir de las medidas cautelares e inclusive interponer extemporáneamente recursos.

Segundo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 86.1 de la CRE y el artículo 32 de la LOGJCC, las medidas cautelares pueden ser solicitadas por “cualquier persona”. Ello naturalmente incluye a personas físicas y jurídicas de derecho privado pues gozan de derechos fundamentales. Pero esta afirmación merece matices, pues los derechos fundamentales de las personas naturales y de las personas jurídicas de derecho privado no son idénticos, ni en cuanto a número o alcance. La Corte Constitucional del Ecuador ha señalado al respecto que:

Pese a que las personas jurídicas no son titulares de todos los derechos constitucionales fundamentales, sí lo son de aquellos que les correspondan, según su naturaleza social y siempre en atención a la definición constitucional de los derechos de los que se trate (...) (CCE, sentencia No. 068-10-SEP-CC, 09 de diciembre del 2010).

Resulta evidente, por otro lado, que las personas jurídicas no pueden ser titulares de derechos como la libertad personal, el derecho de sufragio activo y pasivo o el derecho al matrimonio. Y esto resulta lógico a pesar de que el artículo 11.2 de la CRE afirme que: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”.

Con todo, debemos recordar que también entre personas jurídicas de derecho privado cabe hacer una distinción, al menos, entre aquellas que persiguen fines de lucro y otras que no. Así, por ejemplo, sería razonable extender el derecho a profesar libremente creencias religiosas y actuar conforme a ellas a fundaciones que respondan a un determinado credo. No tendría sentido, por otro lado, extender

ese mismo derecho a un fideicomiso mercantil o a un sindicato de trabajadores, por ejemplo (Cruz Villalón, 19992, pp.63-83).

¿Pero cómo afecta esta cuestión el análisis sobre las medidas cautelares constitucionales? La respuesta es que, si *ex ante* un sujeto no puede ser considerado titular de un derecho fundamental, tampoco podría solicitar medidas cautelares para prevenir la prevención de la lesión o el cese del daño, simplemente, porque ese derecho no es predicable de quién lo alega. Pero, sin duda, hay que advertir que esta distinción no es sencilla de trazar pues, como se vio, la Constitución no la hace, pero la impone la lógica y la jurisprudencia constitucional y, además, porque demanda del estudio y argumentación caso por caso.

De este modo, si bien se pueden plantear casos paradigmáticos en los que una persona jurídica de derecho privado no es titular de un derecho constitucional (derecho a la inviolabilidad de la vida o el derecho a contraer matrimonio); también existen casos en los que claramente se puede predicar dicha titularidad (derecho a la libertad de contratación, derecho a la libertad de asociación); y, finalmente, se pueden plantear casos que despierten dudas fundadas sobre la titularidad o falta de esta. Por ejemplo, “el derecho al honor y al buen nombre” que, por cierto, sí se reconoce en nuestro ordenamiento legal para las personas jurídicas titulares de la acción de daño moral en el ámbito civil⁸.

El segundo motivo por el cual es de importancia ahondar en la cuestión de la legitimación activa tiene que ver con la posibilidad de que personas jurídicas de derecho público hagan uso de la garantía jurisdiccional de medidas cautelares, especialmente, si se tiene en cuenta que las personas tienen derechos mientras que el Estado tiene competencias, atribuciones o potestades, es decir, que las garantías jurisdiccionales fueron pensadas para proteger al individuo frente al poder del Estado y no a la inversa.

Sobre este argumento, Díaz Lema (1989) manifiesta que:

8 Art. 2233. Código Civil ecuatoriano. “Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes”.

Difícilmente puede el Estado ser titular de derechos fundamentales, porque la misma persona vendría a ser sujeto activo y pasivo de la relación jurídica. ¿Qué sentido tendría que el Estado se protegiera de sí mismo? Pero si se analiza con más detalle, se advierte enseguida que no puede despacharse el asunto con ligereza. La confusión inicial de las posiciones activa y pasiva de esta relación jurídica no tiene por qué existir forzosamente en todos los casos. Al fin y al cabo, existen relaciones jurídicas entre las distintas Administraciones públicas de tipo territorial, así como respecto de sus Organismos autónomos o de la llamada Administración Corporativa. La pluralidad de centros de imputación o de organizaciones dotadas de personalidad jurídica obliga a plantearse la posibilidad de derechos fundamentales de personas jurídico-públicas (p.85).

En efecto, la doctrina en general ha debido aceptar que las personas de derecho público son titulares, al menos, del derecho al debido proceso como exigencia necesaria del orden público. Empero, el argumento de (Díaz Lema, 1989) va más allá y sostiene que ciertas instituciones públicas tienen derechos constitucionales -con todo el rigor del término- que pueden exigirse ante otras instituciones públicas. No se trata entonces de un problema conceptual indisoluble sino más bien de una cuestión contingente: existirán derechos constitucionales de personas jurídicas de derecho público en la medida que la constitución así lo reconozca. Veamos un ejemplo en el artículo 335 de la Constitución ecuatoriana:

Se reconoce a las universidades y escuelas politécnicas el derecho a la autonomía, ejercida y comprendida de manera solidaria y responsable. Dicha autonomía garantiza el ejercicio de la libertad académica y el derecho a la búsqueda de la verdad, sin restricciones; el gobierno y gestión de sí mismas, en consonancia con los principios de alternancia, transparencia y los derechos políticos; y la producción de ciencia, tecnología, cultura y arte (CRE, 2008).

Por tanto, las personas jurídicas de derecho público sí pueden ser titulares de derechos constitucionales en la medida que la propia norma fundamental así lo establezca. Igualmente, ciertas construcciones dogmáticas han permitido ampliar los derechos de orden procesal o principios generales como la igualdad, también a la esfera de

lo público. Esto significa que las personas jurídicas de derecho público también pueden proponer medidas cautelares constitucionales por sus propios derechos o en beneficio de los derechos de terceros, como veremos a continuación.

Sobre esta cuestión vale citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en su sentencia No. 2453-16-EP/19, que en lo principal indica:

16. La Corte Constitucional para el período de transición, en su sentencia No. 24-09-SEP-CC, determinó que en virtud de una aparente interpretación extensiva del artículo 86 numeral 1 de la CRE, las personas jurídicas de Derecho Público estaban facultadas para proponer garantías jurisdiccionales y reclamar, a través de estos mecanismos, sus derechos constitucionales, al igual que las personas naturales y jurídicas privadas. Es decir, estaban legitimados para ejercer el derecho de acción mediante la acción extraordinaria de protección, sin excepción alguna.

17. En las sentencias 0838-12-EP/19, 282-13-JP/19 y 2004-13-EP/19 esta Corte Constitucional se apartó de la línea jurisprudencial y, en efecto, consideró que las personas jurídicas públicas -en el caso concreto de la sentencia 0838-12-EP/19 el Banco Central del Ecuador-, no pueden comparecer a un proceso de acción extraordinaria de protección y alegar vulneraciones a derechos constitucionales sustantivos al menos en la medida en que no son titulares de estos derechos, sino que ejercen ciertas prerrogativas en función de competencias, atribuciones y obligaciones expresamente determinadas por la CRE y la ley. Ello, porque la CRE no reconoce derechos a las entidades públicas, sino que les reviste con ciertas facultades y atribuciones.

18. En la Sentencia 0838-12-EP/19, esta Corte concluyó que las entidades públicas podrán actuar como legitimados activos en procesos de acción extraordinaria de protección solo de manera excepcional, cuando se esgrima una vulneración a los derechos de protección en su dimensión procesal o, en el caso de ciertas instituciones públicas, cuando los derechos que aleguen estén relacionados con su actividad definitoria y, por tanto, reconocidos en la CRE, como esta Corte ratificó este pronunciamiento mediante la sentencia 282-13-JP/19. (CCE, Sentencia No. 2453-16-EP/19, párrs.16-18)

Por lo dicho, hay que reconocer que también las entidades de derecho público pueden hacer uso de las garantías jurisdiccionales, como la Acción Extraordinaria de Protección, aunque excepcionalmente, cuando los derechos que se reputen violados sean explícitamente reconocidos a estos entes en la propia Constitución o bien se trate de derechos procesales. La razón de ser de esta última excepción, que ha sido avalada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, es bastante sencilla: las normas del debido proceso constitucional son normas de orden público que deben respetarse en todos los casos.

En el caso de las medidas cautelares constitucionales puede afirmarse algo similar. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador:

es irrelevante si se trata de una persona natural por sus propios intereses o un servidor público en ejercicio de sus funciones y representación institucional. Lo importante es que se cumpla la finalidad de las medidas cautelares: prevenir o detener una violación de derechos (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párrs. 38-39).

El caso del que se extrae la cita tiene que ver con el almacenamiento de hidrocarburos incautados por parte de la Policía Nacional que estaban siendo almacenados en las unidades de policía, que no cuentan con las instalaciones ni el personal para manejar estas sustancias. Ello producía el peligro de explosiones e incendios que podían afectar tanto la vida de muchas personas como su salud y el medio ambiente. Por ese motivo, una juez dispuso, como medida cautelar, el traslado de esas sustancias a EP-Petrocomercial y EP-Petroamazonas que contaban con las instalaciones y personal adecuado para almacenar estas sustancias.

El caso que nos ocupa resulta bastante sencillo para justificar que las entidades de derecho público puedan solicitar medidas cautelares. Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador fijó acertadamente unas precisiones y limitaciones a esta posibilidad:

(...) con el fin de evitar posibles desnaturalizaciones en el uso de la medida cautelar por parte de servidores públicos, supuesto de carácter excepcional, conviene precisar que el Estado o sus servidores no pueden presentar me-

didias cautelares para: la simple ejecución de sus competencias constitucionales o legales; para deslindarse de las obligaciones legales que les correspondan en virtud de sus competencias; o, peor aún para legitimar medidas o actos arbitrarios que puedan violar, restringir o limitar el debido proceso o derechos. Por ejemplo, no cabría interponer medidas cautelares para incautar productos hidrocarburíferos o para mejorar las instalaciones de las unidades policiales. El Estado y sus servidores públicos, en el desempeño de sus funciones, ejercen potestades o competencias y su deber primordial es “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos (...) (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párr. 41).

Adicionalmente, la Corte Constitucional precisó que los jueces, cuando tramiten medidas cautelares u otras garantías jurisdiccionales presentadas por servidores públicos deben ser especialmente cuidadosos al analizar la petición para evitar que so pretexto de defensa de derechos de terceros se pretenda limitar, restringir o anular derechos de las personas. La Corte también señaló que no se puede utilizar conceptos como “interés general, bien común, seguridad pública, ciudadana o jurídica” para justificar los requisitos de gravedad y/o inminencia que exigen las medidas cautelares. Es decir, que estos requisitos no pueden ser satisfechos mediante alegaciones en abstracto sino mediante la alegación de circunstancias concretas (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párr. 42).

En caso de que un juez verifique que la petición de medidas cautelares por parte de una entidad pública pretende desnaturalizar la garantía para: 1. Ejercer sus competencias atribuidas legalmente; 2. Deslindarse del ejercicio de sus competencias atribuidas legalmente; o, 3. Violentar el debido proceso o los derechos de las personas, debe rechazarla de plano, esto es, en la primera providencia. De igual forma deberá actuar el juez si la fundamentación de la medida cautelar es abstracta.

2.2. La legitimación pasiva

Conocemos la doctrina según la cual la Constitución vincula tanto a los poderes públicos como a los sujetos privados, aunque alguna precisión debe hacerse. En el caso de los sujetos privados, las

medidas cautelares constitucionales resultan, en mi opinión procedentes, solamente cuando se demuestre alguno de los requisitos previstos en la ley para proponer una acción ordinaria de protección contra una persona física o jurídica privada: a) preste servicios públicos o impropios; b) presten servicios públicos por delegación o concesión; c) provoque daño grave; d) la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo; o, f) se trate de un acto discriminatorio (LOGJCC, art.41).

Esto tiene pleno sentido, a pesar de que la ley no lo señale así expresamente, porque un privado no puede proponer una acción de protección en tutela de sus derechos constitucionales en contra de otro privado fuera de los supuestos arriba enunciados. Por ende, si no se puede solicitar tutela principal del derecho debido al legitimado pasivo, tampoco se puede solicitar su protección cautelar.

Este es un criterio metodológico válido teniendo en cuenta que, por regla general, los distintos ordenamientos jurídicos (penal, administrativo, tributario, civil, etc.,) también prevén medidas cautelares y no es función de la jurisdicción constitucional reemplazar a las instancias judiciales ordinarias, pues ello implicaría desvirtuar la estructura jurisdiccional del Estado y desconocer la garantía institucional que representa la Función Judicial (CCE, Sentencia 1679-12-EP/20 de 15 de enero de 2020).

En cuanto a los poderes públicos, todos son pasibles de medidas cautelares. Sin embargo, no proceden en contra de providencias judiciales ni en conjunto con la acción extraordinaria de protección (LOGJCC, art. 27).

2.3. Amicus Curiae y Terceros con interés. Diferencias.

En el trámite de medidas cautelares constitucionales es posible que se impliquen a terceros además del legitimado pasivo que tengan un interés en la causa. El artículo 12 de la LOGJCC distingue entre Amicus curiae y la figura del tercero con interés. De acuerdo con

la doctrina en voz de Bazán (2014) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador el *amicus curiae* comparece para presentar argumentos adicionales que ayuden a los jueces a resolver la causa. Sin embargo, no siendo partes procesales no pueden presentar pretensiones, ni practicar pruebas ni tampoco interponer recursos (CCE. Sentencia No. 29-20-IS/20, 2020, párr. 71). Además, el Amicus participa, formalmente, por medio de un escrito que es admisible hasta antes de la sentencia, pero su participación en las audiencias públicas no es mandatorio, queda al criterio del juzgador.

Por el contrario, el tercero con interés no tiene un interés general en la causa sino un interés muy específico fijado por la ley. De acuerdo con el artículo 12 de la LOGJCC este tercero puede intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa (primera instancia, segunda instancia, ejecución) y no solamente “antes de la sentencia” como el Amicus curiae. Además, el tercero tiene un “interés directo” en que se mantenga (no en que se revoque) el acto u omisión que motiva la acción constitucional, en este caso, de medidas cautelares. Es decir, el tercero tiene un interés directo para apoyar a la parte accionada, por ejemplo, la Administración Pública en el mantenimiento de un acto administrativo.

Ahora bien, el tercerista, como es bien sabido, adquiere exactamente los mismos derechos y deberes procesales que las partes pudiendo presentar argumentos, pruebas y deducir pretensiones. De cualquier modo, la regulación de la tercería procesal en la LOGJCC es extremo deficiente y, quizá, también inconstitucional. Hubiera sido preferible adoptar un criterio similar al COGEP que exige ser un “tercero a quien las providencias judiciales causen perjuicio directo” y que, además, distingue entre tercerías coadyuvantes y excluyentes. En todo caso, téngase en cuenta que la disposición final de la LOGJCC remite al procedimiento civil de forma supletoria y en lo que fuera

9 Una interpretación amplia de esta disposición permitiría, sin inconveniente, presentar un escrito de Amicus curiae en segunda instancia (apelación) en el trámite de las garantías jurisdiccionales como acción de protección, habeas corpus, habeas data o acceso a la información pública.

compatible con la naturaleza del derecho procesal constitucional. Este aspecto, sin embargo, no ha sido analizado a profundidad por la doctrina ecuatoriana.

No se avizoran motivos para restringir, en el caso de la LOGJCC, a que el tercero con interés solamente pueda concurrir en apoyo del accionado y no del accionante. Siguiendo el tenor literal de la ley, en el caso de las medidas cautelares constitucionales, un tercero solo adquiere derechos procesales si acredita interés directo en mantener el acto u omisión que amenaza o lesiona derechos constitucionales.

III. Características Generales de las medidas cautelares

A. Temporalidad:

Por regla general, las medidas cautelares buscan garantizar la eficacia del proceso judicial y en ese sentido están condicionadas a la duración de este. No tienen sentido una vez que ya se ha dictado sentencia. Por eso mismo, se dice que son temporales y explica que el artículo 33 de la LOGJCC obligue al juez a especificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las medidas que decreta, en efecto, para mantener su carácter provisorio y no definitivo¹⁰.

Ahora bien, en nuestro sistema se permite también la posibilidad de presentar medidas cautelares autónomas cuando el derecho fundamental esté en peligro y la violación no haya concurrido aún. En ese caso, el objetivo de la institución se cumple por la adopción de

10 “Esta medida no es provisional, ni temporal, ni instrumental que son características propias de las medidas cautelares pues no fue una medida para asegurar luego el resultado de un proceso ni tampoco tiene una duración determinada ni responde a las circunstancias, pues tal como fue concedida por la Sala es una medida definitiva producto de una declaración de que se ha vulnerado derechos constitucionales, lo que es incompatible con la naturaleza de las medidas cautelares”. (CCE. Sentencia No. 61-12-IS/19 de 23 de octubre de 2019, párr. 36).

medidas que eviten la consumación del riesgo y, en ese sentido, dejan de ser temporales y se vuelven definitivas¹¹. Se trataría de lo que la doctrina en voz de Peyrano (1997, pp.11-26) ha denominado medidas cautelares autosatisfactivas.

B. No declarativa ni constitutiva de derechos:

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador “las medidas cautelares tienen una finalidad instrumental, consistente en asegurar el resultado de un proceso, o sea, evitar que luego de obtenida la sentencia favorable se frustre este resultado como consecuencia de la demora en obtener dicha resolución” (CCE. Sentencia No. 61-12-IS/19, de 23 de octubre de 2019).

En ese sentido, no pretenden declarar la violación de un derecho fundamental, que es cuestión reservada a la sentencia. Siguiendo la misma lógica, no se pretende que por medio de un auto de medidas cautelares se expidan auténticas sentencias declarativas de derechos personales, reales o de crédito. Tampoco sentencias constitutivas, que son aquellas que no declaran derechos, sino que constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas. Ejemplos típicos son las sentencias de divorcio, de prescripción adquisitiva de dominio o las de adopción, en el ámbito civil y de familia, respectivamente. En casos en los que se ha verificado esta situación, la jurisprudencia sostiene que se ha desnaturalizado el objeto de la protección cautelar.

C. No ordena la reparación integral:

Como hemos visto, las medidas cautelares no pretenden declarar un derecho, ni su lesión, ni tampoco constituir relaciones jurídicas. Simplemente, existen para prevenir o cesar una lesión de derechos fundamentales. Por ese motivo, un auto de medidas cautelares no puede

11 Ejemplo paradigmático de una medida cautelar autosatisfactiva es (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019).

ordenar la reparación integral (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párr. 20), entre otras cosas, porque sería necesario determinar el daño, fijar la relación de causalidad, descartar causas de exclusión de antijuridicidad (fuerza mayor, caso fortuito, el ejercicio de un derecho, etc.) y cuantificarlo. Y aquello es propio de un proceso de conocimiento, no de un proceso cautelar que, como veremos, se resuelve inaudita parte y sin necesidad de principio de prueba.

D. No dispone la suspensión de leyes o actos normativos:

El control de constitucionalidad en Ecuador es concentrado en la Corte Constitucional. Esto significa que solo este tribunal puede expulsar una norma del ordenamiento jurídico por considerarla contraria a la Constitución (CRE, 2008, art. 436). Los jueces, a lo mucho, pueden plantear una consulta de constitucionalidad si en el trámite de un caso concreto deben aplicar una norma jurídica con rango o fuerza de ley¹² que estimen inconstitucional (Art. 428 CRE). En ese sentido, los jueces tampoco pueden ordenar como medida cautelar la suspensión provisional de una norma jurídica con rango o fuerza de ley (CCE. Sentencia 110-14-SEP-CC, 2014). Esto último también es una facultad privativa de la Corte Constitucional en el trámite de la acción pública y abstracta de inconstitucionalidad (LOGJCC, art. 79.6).

E. Deben respetar el principio de proporcionalidad:

El artículo 26 de la LOGJCC prevé un listado no taxativo, sino más bien ejemplificativo de las medidas cautelares que el juez constitucional puede ordenar, estas son: 1. La comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación del derecho; 2. Suspender provisionalmente el acto lesivo de derechos; 3. Ordenar la vigilancia policial (que de ningún modo debe entenderse como medidas privativas de la libertad); 4. La visita al lugar de

12 Véase el caso de los decretos-leyes en los artículos 140 y 148 de la Constitución ecuatoriana de 2008.

los hechos. Sin embargo, como se dijo antes, la ley utiliza la fórmula “tales como” al momento de enunciar las medidas cautelares y señala también que estas “deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener”.

El principio de proporcionalidad, sin entrar aquí a analizar las múltiples discusiones y críticas que se le ha formulado al método para su aplicación, la ponderación, tiene expreso reconocimiento en nuestro ordenamiento legal (Art.3 LOGJCC). En pocas palabras y consciente de la ultra simplificación significa que el juez, al conceder una medida cautelar, debe verificar que aquella sea a priori necesaria para proteger el derecho que se alega en peligro o en lesión actual, que sea idónea o útil para lograr el fin que persigue y finalmente que no afecte más de lo necesario derechos o intereses legítimos de terceros (Moreso, 2009).

IV. Requisitos materiales de procedencia

Los requisitos para que una medida cautelar constitucional sea ordenada, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional son: 1) hechos creíbles o verosimilitud; 2) inminencia; 3) gravedad; y, 4) derechos amenazados o que se están violando. Veamos el alcance de cada uno de estos requisitos a continuación.

4.1. Verosimilitud de la petición

A criterio de la Corte Constitucional, la verosimilitud de:

los hechos creíbles deben desprenderse de la petición de medidas cautelares. Por la naturaleza de las medidas cautelares, al no ser una acción de conocimiento, no se requieren pruebas para demostrar la veracidad de lo descrito al momento de presentar la petición o demanda” (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párr. 27).

Por ese motivo lo resuelto por el juez no equivale a un prejuzgamiento sobre los hechos o la posible responsabilidad por estos (Art. 28 de la

LOGJCC). Igualmente, eso explica que la medida pueda ser revocada si es que los hechos no fueron ciertos o si no se presentaban los otros requisitos legales. Es decir, lo que el juez debe verificar es que la narrativa de los hechos sea coherente y que *prima facie* denote el peligro o violación de un derecho. Como bien decía Calamandrei (2006):

La cognición cautelar se limita, en todos los casos, a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar, basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, esto es, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar, por lo que el resultado de la cognición sumaria tiene el valor de una hipótesis.

4.2. Inminencia o actualidad

La Corte Constitucional ha dicho respecto de este requisito que “la inminencia tiene que ver con el tiempo. La relación entre un hecho u omisión con la violación del derecho tiene que ser estrecha. La violación del derecho tiene que estar pronto a suceder o estar sucediendo” (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párr. 28). Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha sido parca al desarrollar esta exigencia. De hecho, si uno lo analiza la inminencia es una cuestión de grado: un daño puede ser previsible y más o menos inminente (que está a punto de suceder o que está muy próximo en el tiempo) dependiendo de la certeza de su ocurrencia. Si el daño es actual, como se vio arriba, las medidas cautelares tienen que solicitarse en conjunto con una garantía de conocimiento.

4.3. Gravedad del daño

El requisito de la gravedad del daño viene establecido en la ley, que nos ofrece tres categorías que no necesariamente tienen que ser concurrentes: daño irreversible, daño intenso y daño frecuente o sistemático. Sobre esta cuestión, la Corte Constitucional de Ecuador ha indicado que:

Un daño es irreversible cuando no se puede volver a un estado o condición anterior. Un daño es intenso cuando el daño es profundo, importante, como cuando produce dolor o su cuantificación es considerable o difícil de cuantificar. Una violación es frecuente cuando sucede habitualmente e incluso cuando se puede determinar un patrón en la violación (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, 10 de septiembre de 2019, párr. 28).

4.4. Derechos fundamentales amenazados o violados

El artículo 87 de la CRE habilita al accionante a solicitar medidas cautelares cuando un “derecho” se encuentre amenazado o bien para cesar una lesión en curso. En todo caso esa disposición se complementa con los artículos 424 y 426 de la norma fundamental que realiza una apertura a los tratados internacionales de derechos humanos, por lo cual en casos en los que un tratado en esta materia específica reconozca “derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Es decir, en el caso de que la Constitución ecuatoriana no prevea un derecho en particular, pero ese derecho sí esté reconocido en un tratado internacional de derechos humanos ratificado por el Ecuador, ese derecho será directamente aplicable por los jueces de la república sin necesidad de desarrollo legislativo. En sentido similar, el artículo 11.5 de la Carta Suprema reconoce que la “interpretación” aplicable, tanto a los derechos como a las garantías jurisdiccionales, será la que más favorezca a su efectiva vigencia¹³.

Esto significa que los jueces nacionales deben aplicar directamente la interpretación más favorable de los derechos proveniente de la jurisprudencia de los órganos autorizados para interpretar los tratados internacionales de derechos humanos, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la cual

13 “La amenaza o violación tiene que ser a derechos reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de derechos humanos”. No podemos ingresar aquí a explicar la distinción entre “instrumentos” y “tratados” en materia de derechos humanos. (CCE. Sentencia No. 66-15-JC/19, de 10 de septiembre de 2019, p. 7.)

Ecuador es un sujeto de su jurisdicción, aunque la interpretación que configura los contenidos y alcances de esos derechos sean más restrictivos a nivel nacional. Todo esto en el sentido de que el propio artículo 11 de la CRE reconoce que los derechos consagrados en su texto no son excluyentes y exclusivos, sino que exigen un desarrollo progresivo a través de la jurisprudencia (SAGÜÉS, 2010).

Por tanto, las medidas cautelares pueden ser propuestas en casos de peligro o lesión de un derecho constitucional o un derecho humano, es decir, en casos de lo que genéricamente se conoce como los derechos fundamentales de la persona¹⁴.

V. Especificidades del procedimiento constitucional

En que corresponde al procedimiento de las medidas cautelares constitucionales, conviene poner de manifiesto algunas características especiales de éste.

1. **Jurisdicción y competencia:** Como en el resto de las garantías jurisdiccionales que no son de competencia exclusiva de la Corte Constitucional, las medidas cautelares pueden solicitarse ante el juez de primera instancia competente que será uno determinado por el sorteo de ley en razón del lugar “en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos” (Art. 7 LOGJCC).
2. No se requiere patrocinio de abogado para presentar la petición de medidas cautelares (Art. 8.7 LOGJCC).

14 La idea de los derechos fundamentales para Ferrajoli (2006) es que se traten de derechos universales, de los que toda persona sea titular: “Son derechos fundamentales, en el ordenamiento italiano o alemán, los derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo italiano o alemán. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos”. Cfr. (Párrs 116-117).

3. Las medidas cautelares constitucionales pueden solicitarse oralmente, solo con un documento de identificación válido (Art. 7 LOGJCC).
4. Son hábiles todos los días y horas (Art. 8.3 LOGJCC).
5. **Inaudita parte:** las medidas cautelares constitucionales se pueden conceder, rechazar, modificar o revocar sin necesidad de escuchar en audiencia a las partes procesales. De hecho, la audiencia es excepcional (Art. 36 LOGJCC).
6. Para comunicar sus decisiones, el juez puede utilizar los medios más eficaces a su alcance como una llamada telefónica o un fax, por ejemplo (Art. 33 LOGJCC).
7. **Medidas cautelares autónomas o en conjunto:** si lo que se pretende atajar con las medidas cautelares es un peligro inminente a un derecho fundamental procede la medida cautelar autónoma, pero si la lesión al derecho fundamental ya ocurrió corresponde una medida cautelar en conjunto con una garantía jurisdiccional de conocimiento (por ejemplo, acción de protección). El juez debe obrar diligentemente y observar estas cuestiones para no desnaturalizar el objeto de las medidas cautelares autónomas. En ese sentido, en virtud del principio *iura novit curiae* está obligado a enmendar el error del peticionario y tramitar una garantía jurisdiccional de conocimiento junto a la cautelar¹⁵.

15 “Esta Corte advierte que, en la actualidad, de ocurrir casos similares, en los que se alegue vulneración de derechos en una medida cautelar autónoma, los jueces constitucionales tienen el deber de enmendar el error en que incurre el solicitante y tramitar la medida cautelar en conjunto con la garantía de conocimiento que corresponda, en cumplimiento de la jurisprudencia vigente”. Cfr. (CCE. Sentencia No. 61-12-IS/19). También, (CCE. Sentencia No. 364-16-SEP-CC del 15 de noviembre de 2016).

5.1. El régimen de impugnación horizontal y vertical de las medidas cautelares constitucionales

La ley no aclara que naturaleza tienen los autos de medidas cautelares. Claramente, no son autos de sustanciación, pero tampoco son sentencias. Desde nuestro punto de vista, partiendo de la clasificación del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), son autos interlocutorios, es decir, una providencia que resuelve cuestiones procesales que no siendo materia de sentencia *pueden afectar los derechos de las partes*. Pero vale advertirlo desde ahora, si bien la disposición final de la LOGJCC invita a colmar las lagunas con las disposiciones del procedimiento civil, aquello solo es pertinente cuando fuera conforme a la naturaleza del derecho procesal constitucional. Por ese motivo, dichas remisiones deberán ser debidamente argumentadas y, por el contrario, ha de partirse de la premisa de que el derecho procesal constitucional es un sistema autorregulado.

Sobre las posibilidades de impugnación de un auto de medidas cautelares hemos de mencionar que, de acuerdo con el artículo 33 de la LOGJCC, en caso de que estas se concedan o se denieguen, no cabe recurso de apelación lo cual ha sido declarado como conforme con la Constitución (CCE. Sentencia No. 002-17-SIN-CC, del 8 de febrero de 2017)¹⁶.

De otro lado, conforme el artículo 35 de la LOGJCC solo se puede solicitar revocatoria una vez que las medidas cautelares hayan sido acatadas, es decir, la ley presupone que el juez ha decidido conceder las medidas solicitadas. En ese sentido, no es procedente solicitar la revocatoria de la negativa del juez de conceder medidas cautelares. Y si de hecho se presenta, el juez debe desechar el recurso horizontal *in limine*. Los únicos recursos horizontales que pueden aceptarse en caso de que la petición de medidas cautelares sea rechazada son la

16 En esta sentencia se ratifica la constitucionalidad del artículo 33 LOGJCC y declara que no es contraria a la garantía de recurrir de los fallos contenida en el art. 76 (7) (m) de la Constitución; asimismo ratifica la constitucionalidad del art. 35 LOGJCC.

aclaración y la ampliación y, por supuesto, sin que estos puedan mal utilizarse para cambiar el sentido de la decisión. Como veremos más adelante, frente a este auto interlocutorio tampoco cabe acción extraordinaria de protección.

Partamos ahora del supuesto contrario: se conceden las medidas cautelares. ¿Qué recursos puede interponer la parte afectada por la providencia? Como hemos visto, no hay norma que impida proponer recursos como la aclaración y la ampliación, que por regla general se conceden con efectos suspensivos según el procedimiento civil. Sin embargo, los principios legales que orientan las medidas cautelares constitucionales son la celeridad, la eficacia y la inmediatez (Arts. 29 y 33 LOGJCC). Si estos recursos se concedieren con efecto suspensivo las medidas cautelares constitucionales no podrían cumplir su objeto que es prevenir o cesar eficazmente una violación de derechos fundamentales. En ese sentido, teniendo en cuenta que ni la aclaración ni la ampliación pretenden alterar el sentido de la decisión, opinamos que las medidas cautelares dispuestas judicialmente deben cumplirse de inmediato.

En cuanto a la revocatoria, es posible solicitarla en cualquier momento, es decir, no es un recurso que tenga caducidad procesal. En ese sentido, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado:

(...) que estas son revocables por causas sobrevinientes que merecen ser justificadas por quien solicita la revocatoria de ellas y razonadas por el juzgador que las adopta (CCE. Sentencia No. 052-11-SEP-CC, 2012, p.19).

Lo que se debe justificar, según el artículo 35 de la LOGJCC es alguna de las siguientes circunstancias:

1. Que se evitó la violación de derechos.
2. Que cesó la violación de derechos.
3. Que cesaron los requisitos previstos en la ley.

4. Que la petición de medidas cautelares no tenía fundamento. Sobra decir que esta es la causal alegada por excelencia para requerir la revocatoria de las providencias cautelares.

Solamente en el caso de que el juez niegue la revocatoria de las medidas cautelares, se podrá apelar en la misma audiencia o en el término de tres días desde que el juez dictó su auto por escrito (CCE. Sentencia No. 001-11-SCN-CC, de 9 de Febrero del 2011). La apelación es tramitada por una sala de la Corte Provincial de Justicia del lugar del juez que conoce la petición de medidas cautelares. Este tribunal, por otro lado, se determina por sorteo y no necesariamente es el superior regular del juez¹⁷. Por ejemplo, si las medidas cautelares son resueltas por un juez penal, es perfectamente posible que el tribunal de apelación sea uno especializado en materia civil.

De la decisión del tribunal de apelación no cabe recurso de casación tratándose de jurisdicción constitucional sobre la cual la Corte Nacional de Justicia no tiene competencia. Conforme los criterios actuales de la Corte Constitucional, tampoco cabe de esta decisión acción extraordinaria de protección porque el juez de instancia puede, si surgen nuevos hechos o argumentos justificados, revocar la medida cautelar. En ese sentido, no es una decisión definitiva.

5.2. Un requisito fundamental para la procedencia de la revocatoria

“Para que proceda la revocatoria (de las medidas cautelares constitucionales), la institución o persona a quien se haya delegado o las partes, deberán informar a la jueza o juez sobre la ejecución de las medidas” (Art.35 LOGJCC). En efecto, la disposición citada inicia mencionando que “la revocatoria de las medidas cautelares procederá sólo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos”. El tenor literal de la ley nos lleva a afirmar que el

17 Art. 24 LOGJCC: “La apelación será conocida por la Corte Provincial; si hubiere más de una sala, se radicará por sorteo.”

informe de cumplimiento por parte del legitimado pasivo es de carácter obligatorio y que sin aquel la revocatoria puede ser negada de forma liminar. Dicho de otro modo: la ley parece apuntar a que es requisito acatar las medidas cautelares y solo después poder solicitar su revocatoria.

Esta disposición tiene su razón de ser, en primer lugar, en la importancia de los bienes jurídicos que se encuentran en peligro o lesión que son aquellos “fundamentales”. En segundo lugar, que, en caso contrario, las medidas cautelares dispuestas judicialmente no tendrían eficacia alguna. Sin perjuicio de lo dicho, la formación de la Corte Constitucional cesada mantiene una jurisprudencia que parecería admitir una excepción a la regla formulada cuando lo que se alega es la falta de fundamento de las medidas cautelares. Hasta el momento, dicho precedente no ha sido revocado¹⁸.

5.3. Improcedencia de las medidas cautelares constitucionales

Hay que distinguir entre causales de improcedencia y prohibiciones en el tema de las medidas cautelares constitucionales. Hay coincidencias: si el juez verifica una causal de improcedencia o una prohibición debe negar o, en su caso, revocar la medida cautelar. La diferencia radica en que mientras que *las prohibiciones son fácilmente apreciables de oficio por el juez, las prohibiciones generalmente requerirán que el legitimado activo haya podido defenderse y poner en conocimiento del juez la circunstancia.*

18 “(...) cuando la solicitud de revocatoria de las medidas cautelares sea interpuesta por considerar que no existe fundamento constitucional para su adopción, la condición de presentar un informe sobre el cumplimiento de las medidas cautelares concedidas para que proceda dicha solicitud de revocatoria...no constituye impedimento o motivo para que el juez constitucional, que incluye a las Cortes Provinciales de Justicia, en sede de apelación, valore y se pronuncie sobre los argumentos o pruebas presentadas con tal solicitud de revocatoria, pudiendo incluso convocar a audiencia para discutirlo (...).” (CCE. Sentencia No. 052-11-SEP-CC, 15 de diciembre de 2011, p. 19).

Es improcedente la medida cautelar cuando lo que se pretende es “ordenar medidas privativas de la libertad” (Art.26 LOGJCC). Al respecto, hay que señalar que las medidas privativas de la libertad “ambulatoria” solo pueden ser dispuestas por el juez penal competente, como es el caso de la prisión preventiva, la prohibición de salida del país, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez, el arresto domiciliario, utilización de dispositivos de vigilancia electrónica o la detención (Art. 522 COIP).

La ley también indica que “no procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias” (Art. 27 LOGJCC). Sin embargo, una interpretación literal de esta norma sería inconstitucional. En efecto, cuando el ordenamiento jurídico nos brinde la posibilidad de pedir medidas cautelares ante la jurisdicción ordinaria y aquellas sean adecuadas y eficaces, debemos recurrir a estas.

Sin embargo, si el legislador no ha previsto un régimen cautelar aplicable al caso concreto o bien ese régimen es *inadecuado* para la protección del derecho fundamental o ineficaz para la tutela a tiempo del derecho, consideramos que la jurisdicción constitucional queda habilitada. Por supuesto, la argumentación sobre la falta de idoneidad y eficacia de la jurisdicción ordinaria corresponderá al peticionario.

Adicionalmente, la mera existencia de medidas cautelares en el procedimiento administrativo no pueden ser un argumento válido para negar medidas cautelares. Los intereses de la administración y el administrado son muchas veces contrapuestos y aquellos no operan bajo los mismos estándares de independencia e imparcialidad con el que deberían operar los jueces (Art. 76 CRE).

También es improcedente ordenar una medida cautelar constitucional “cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales” (Art. 27 LOGJCC). Esto significa que no se puede utilizar la protección cautelar para suspender ningún tipo de providencia judicial, mucho menos la ejecución de una sentencia ejecutoriada.

En el mismo sentido, tampoco procede la medida cautelar constitucional cuando se interpone en conjunto con la acción extraor-

dinaria de protección (Art. 27 LOGJCC). Básicamente, porque de lo contrario la jurisdicción de la Corte Constitucional se convertiría en una suerte de “cuarta instancia” que desfiguraría la regular actuación de los órganos de justicia y la seguridad jurídica. Por ese mismo motivo, ni la interposición de la acción extraordinaria de protección ni su admisión a trámite suspenden la ejecución de la decisión judicial impugnada (Art. 62 LOGJCC).

Como se ha podido ver, las causas de improcedencia son fácilmente verificables a partir de la propia pretensión del accionante de la medida cautelar. En cambio, las prohibiciones generalmente deberán ser alegadas y probadas. Así, está expresamente prohibido proponer una medida cautelar para “contrarrestar” otra medida cautelar (Art. 37 LOGJCC). Igualmente, también está prohibido proponer varias acciones de medida cautelar de forma sucesiva o simultánea con identidad subjetiva y objetiva (Art. 23 LOGJCC). Finalmente, existen ocasiones en las que los peticionarios o los abogados de aquellos pueden actuar en franco “abuso de derecho” lo que ocurre cuando se presenten “peticiones de medidas cautelares de mala fe, desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño” (Art. 23 LOGJCC).

Sobre esto último, la legislación actual faculta a los jueces a imponer multas a los abogados de hasta 3 salarios básicos unificados (SBU) que en caso de impago conducen a la suspensión temporal del ejercicio profesional (Art. 336 COFJ). Además, en caso de abuso del derecho que provoque un daño, se genera responsabilidad extracontractual por la cual es procedente iniciar un proceso de daños y perjuicios por cuerda separada. Además, la ley no descarta la posibilidad de responsabilidad penal.

5.4. Improcedencia de la Acción Extraordinaria de Protección en contra de un auto de medidas cautelares

De acuerdo con lo previsto en la Constitución y la LOGJCC, la Acción Extraordinaria de Protección (AEP) es una garantía jurisdiccional cuyo conocimiento corresponde a la Corte Constitucional del

Ecuador para tutelar el respeto de los derechos constitucionales y del debido proceso en los procesos judiciales que terminen con un auto definitivo y resoluciones con fuerza de sentencia definitiva. Con ciertos matices en los que no cabe ahondar aquí, esta garantía también se extiende a los laudos de arbitraje.

La actual formación de la Corte Constitucional ha señalado que los autos de medidas cautelares no son autos definitivos conforme el artículo 94 de la CRE y, por tanto, no son susceptibles de ser impugnados por medio de una AEP. La argumentación de la Corte se centra en que: 1. La concesión de medidas cautelares no constituye prejuzgamiento sobre la presunta violación de derechos; 2. Que la concesión o negativa de medidas cautelares carece de valor probatorio (CCE. Sentencia No. 1589-13-EP/19, del 28 de octubre de 2019, párrs. 32-33); 3. Que las medidas cautelares, por su naturaleza, no son definitivas y pueden ser revocadas o modificadas en los casos previstos en la ley; 4. En línea con el argumento anterior, que los autos de medidas cautelares no constituyen cosa juzgada material (CCE. Sentencia No. 61-12-IS/19, del 23 de octubre de 2019, párrs. 27-28).

Es importante destacar, en todo caso, que la formación anterior de la Corte Constitucional del Ecuador consideraba que sí era procedente interponer una AEP en contra de autos de medidas cautelares (CCE. Sentencia No. 261-15-SEP-CC, 12 de agosto de 2015). De allí la importancia del concepto de *autonomía procesal* de la Corte Constitucional, en definitiva, el intérprete autorizado de las disposiciones jurídicas puede atribuir un significado u otro al texto, con consecuencias tan relevantes como la expuesta.

5.5. Improcedencia de la Acción de Incumplimiento en contra de un auto de medidas cautelares

La actual formación de la Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que la acción de incumplimiento de sentencias no es procedente respecto de autos de medidas cautelares constitucionales (CCE. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 61-12-IS/19, del 23 de octubre de 2019). A diferencia de la acción por incumplimiento

(Art. 93 CRE), la acción de incumplimiento no está expresamente prevista en la Constitución como una garantía jurisdiccional que aparecen en el título III capítulo III de la CRE. La acción *de incumplimiento* aparece como una “atribución” de la Corte Constitucional y tiene como finalidad “conocer y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales” (Art. 436.9 CRE). No es este el espacio apropiado para el desarrollo y distinción de estas dos acciones. Baste con señalar que lo que se pretende con la acción *de incumplimiento* es la realización del último elemento de la tutela judicial efectiva, esto es, el cumplimiento efectivo de las decisiones de los jueces de garantías constitucionales y la propia Corte Constitucional¹⁹.

Ahora bien, otro cambio jurisprudencial que evidencia la autonomía procesal de la Corte Constitucional es el cambio de jurisprudencia: mientras que la formación cesada admitía la acción de incumplimiento respecto de autos de medidas cautelares²⁰, a decir verdad, sin mayor justificación o análisis, la actual formación ha decidido que

19 En palabras de la Corte Constitucional: “la Constitución y la ley establece que a través de la acción de incumplimiento puede demandarse el cumplimiento de una sentencia o un dictamen constitucional en caso de que este no haya sido ejecutado o haya sido ejecutado defectuosamente. Ello trae como consecuencia que la competencia de la Corte Constitucional se circunscriba exclusivamente a pronunciarse sobre el cumplimiento o ejecución de lo decidido por las autoridades jurisdiccionales en materia constitucional y no a realizar un análisis del fondo del asunto que fue objeto del proceso”. Cfr. (CCE. Sentencia No. 61-12-IS/19, del 23 de octubre de 2019, párr. 24).

20 Cfr. CCE: Sentencia No. 23-13-IS/19 del 20 de agosto de 2019 (Niega acción de incumplimiento pues las cautelares fueron cumplidas); 2) Sentencia No. 026-14-SIS-CC del 13 de noviembre de 2014 (Niega acción de incumplimiento pues las cautelares fueron cumplidas); 3) Sentencia No. 032-17-S1S-CC del 2 de agosto de 2017 (Niega acción de incumplimiento pues la cautelar cuyo incumplimiento se acusa es inejecutable); 4) Sentencia No. 040-17-SIS-CC del 23 de agosto de 2017 (Niega acción de incumplimiento pues la cautelar fue revocada); 5) Sentencia No. 004-18-SIS-CC del 7 de febrero de 2018 (Niega acción de incumplimiento pues el fundamento de la cautelar quedó insubsistente).

aquella acción es improcedente respecto de los autos interlocutorios de medidas cautelares constitucionales²¹.

Los motivos son los siguientes: 1. Los autos de medidas cautelares constitucionales no son “sentencias” ni tampoco “dictámenes” y, por tanto, no son objeto de la acción de incumplimiento; 2. Precisamente, los autos de medidas cautelares constitucionales se caracterizan por ser provisionales, revocables y por no constituir prejuzgamiento y de allí que la acción en comento tampoco se ajuste a la decisión judicial; 3. No es deseable que la Corte Constitucional interfiera con las competencias de los jueces de garantías constitucionales que también pueden modificar o revocar esas medidas cautelares. 4. Además, son los propios jueces de garantías constitucionales los que deben asumir el deber de ejecutar sus propias decisiones y para ello, la LOGJCC les confiere herramientas según el artículo 22 de la referida ley. En ese sentido, pueden: 1. En caso de que el incumplimiento provoque daños, tramitar en procedimiento sumario un incidente de daños y perjuicios en contra del responsable público o privado; 2. Iniciar las acciones para la eventual destitución del funcionario judicial o servidor público que incumple el auto de medidas cautelares.

Una parte de la doctrina ecuatoriana afirma que el artículo 30 de la LOGJCC habilitaría expresamente la acción de incumplimiento en el caso de los autos de medidas cautelares constitucionales. La disposición citada reza: “El incumplimiento de las medidas cautelares será sancionado de la misma manera que en los casos de incumplimiento de la sentencia en las garantías jurisdiccionales constitucionales” (LOGJCC).

21 “Por lo expuesto, esta Corte Constitucional se aparta del criterio jurisprudencial anterior en el que se presupone que el cumplimiento de las resoluciones dictadas en procesos de medidas cautelares autónomas o las mismas medidas cautelares eran materia de una acción de incumplimiento”, pues el Pleno de este Organismo sostiene que la ejecución de una medida cautelar o decisiones provenientes de procesos de medidas cautelares autónomas no pueden ser objeto de dicha garantía jurisdiccional ante la Corte Constitucional”. Cfr. (CCE. Sentencia No. 61-12-IS/19, del 23 de octubre de 2019, párr. 29).

En efecto, una interpretación literal nos llevaría a equiparar automáticamente los autos de medidas cautelares con sentencias y, por tanto, habilitar de inmediato la acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional. Sin embargo, también podría interpretarse aquella disposición de modo diverso. Ejemplo: el artículo 30 de la LOGJCC se refiere a que el incumplimiento de los autos de medidas cautelares se sancionará de la misma forma que se sanciona el incumplimiento de una sentencia. Pero, entonces, lo que se vuelve equiparable es el régimen sancionatorio, es decir, lo que él puede disponer para coactivamente asegurar el cumplimiento de su decisión, pero eso en nada altera la naturaleza de auto interlocutorio de las providencias cautelares. Esta interpretación tiene pleno sentido si se tiene en cuenta que el mencionado artículo 22 de la LOGJCC se refiere únicamente al incumplimiento de “la sentencia o acuerdo reparatorio” y que en ningún momento se refiere a la acción de incumplimiento.

Finalmente, cabe presentar un matiz: la actual formación de la Corte Constitucional ha señalado que excepcionalmente es procedente la acción de incumplimiento cuando la medida cautelar se encuentre inmersa en un caso de decisiones constitucionales contradictorias (CCE. Sentencia No. 61-12-IS/19, del 23 de octubre de 2019, párr. 29). Así, por ejemplo, sería procedente una acción de incumplimiento dirigida a resolver conflictos jurisdiccionales que impidan la ejecución de una sentencia. Así, la Corte Constitucional del Ecuador ha aceptado esta acción indicando que una medida cautelar autónoma era contradictoria respecto de una sentencia de acción de protección, por lo que dejó sin efecto la medida cautelar (CCE. Sentencia No. 045-15-SIS-CC, del 9 de julio de 2015.)

5.6. Excepciones al principio de preclusión procesal

El principio de preclusión es, sin lugar a duda, un pilar fundamental del derecho procesal. Para la Corte Constitucional del Ecuador:

La preclusión procesal es principio general del derecho, por el cual las etapas procesales se van cerrando sucesivamente, es decir, la posibilidad de contradicción de las partes en las fases procesales una vez evacuadas,

se cierran inevitablemente y no es posible volver atrás, ya que hacerlo implicaría un desbalance procesal entre los contendientes. Es así que, conforme a este principio, se asegura, no solo el respeto a las etapas existentes en un proceso, ocasionando que el cierre sucesivo de estas no haga posible volver a revisarlas nuevamente, sino que además se garantiza la observancia de las normas jurídicas aplicables a cada una de las fases, lo cual genera certidumbre de que el ordenamiento jurídico será aplicado correctamente, en definitiva, da certeza de seguridad jurídica en la tramitación de un proceso (CCE. Sentencia No. 226-15-SEP-CC, 2015).

Como sabemos bien, una de las manifestaciones más claras del principio de preclusión aparece a nivel procesal en la distinción entre la fase de admisibilidad y la fase de decisión sobre el fondo de la controversia. Se trata, desde mi perspectiva, de una división funcional del trabajo para el correcto funcionamiento -en general- del sistema de justicia. En ese sentido, mientras que en la fase de admisibilidad (que corresponde a la Sala de Admisión²²) se verifican cuestiones formales como haber recurrido dentro del término legal, que el escrito contenga los requisitos formales mínimos para ser tramitados o, en el caso que nos ocupa, que la acción de incumplimiento esté dirigida contra una sentencia o dictamen, en la fase de análisis sobre el fondo (que le corresponde a la Corte Constitucional en pleno) no debe haber discusión alguna sobre estas cuestiones²³. Los jueces deben limitarse a decidir, tomando la decisión de admisibilidad como un presupuesto, sobre si se cumplió o no la decisión jurisdiccional en cuestión.

22 Vid. Arts. 188, 189 y 197 de la LOGJCC.

23 Se trata de una regla jurisprudencial erga omnes según el artículo 436 de la CRE: “Una vez que la Sala de Admisión ha admitido a trámite una acción extraordinaria de protección, y por tanto se ha superado la fase de admisión, el Pleno de la Corte Constitucional en la fase de procedibilidad deberá dictar sentencia en la cual se analice el fondo del asunto, esto es se verifique la vulneración de derechos en la decisión judicial impugnada, sin que pueda volver a analizar los presupuestos de admisibilidad ya superados en la primera fase de esta acción”. Cfr. (CCE. Sentencia No. 037-16-SEP-CC, 2016).

Empero, ha sido la Corte Constitucional del Ecuador la que a golpe de jurisprudencia ha ido desarrollando “excepciones” al principio de preclusión arriba comentado. Esa jurisprudencia se concentra en la acción extraordinaria de protección²⁴, pero las mismas razones son extensibles a la acción de incumplimiento. En síntesis, existe una excepción al principio de preclusión si se recurre un auto de medidas cautelares autónomas mediante una acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales. Dicho de otro modo: si la sala de admisión de la Corte Constitucional cesada admitió este tipo de acciones, el pleno de la actual formación de la Corte Constitucional no está obligado a dictar una decisión sobre si existió o no incumplimiento, debe limitarse a rechazar la acción porque aquella fue admitida de manera improcedente.

Lo mismo puede decirse respecto de una acción extraordinaria de protección respecto de un auto de medidas cautelares. Si una sala de admisión de la formación anterior de la Corte Constitucional del Ecuador, el pleno actual del máximo órgano de justicia constitucional en el Ecuador puede desechar la acción sin necesidad de pronunciarse sobre el fondo.

VI. ¿Posibilidades para la contratutela?

Sabemos bien que, en el derecho cautelar, la contra atacara de las medidas provisionales son las medidas de contracautela, es decir, una exigencia impuesta por el juez para el peticionario de las medidas

24 La Corte Constitucional estableció una excepción a la regla jurisprudencial establecida en la sentencia No. 037-16-SEP-CC, por considerar que las demandas de acciones constitucionales necesariamente deben cumplir con los requisitos básicos que guardan relación con el objeto de la acción referida. En tal sentido, si en la etapa de sustanciación el Pleno de la Corte identifica, de oficio, que el acto impugnado no es una sentencia, un auto definitivo o una resolución con fuerza de sentencia, no puede verse obligado a pronunciarse sobre el mérito del caso, pues hacerlo desnaturalizaría la acción extraordinaria de protección. Cfr. (CCE. Sentencia No. 154-12-EP/19, 2019).

cautelares para, eventualmente, responder de los daños y perjuicios que puedan causar injustificadamente aquellas sobre el legitimado pasivo o terceros. Lamentablemente, el estudio de la contracautela se ha circunscrito siempre al ámbito patrimonial (así los ejemplos clásicos son la caución y la fianza personal).

En todo caso, no hay que olvidar que los derechos fundamentales de contenido económico también son tutelables por medio de la acción de protección y las medidas cautelares, aunque la distinción entre la legalidad/constitucionalidad rebasa la idea de este texto, es una afirmación correcta. Pero fuera de estos casos, difícilmente se puede pensar en ejemplos de contracautela. Más allá de aquello, en derecho público el juez solo puede hacer lo que está permitido y está institución no consta en la LOGJCC.

VII. Corrupción judicial y abuso del derecho procesal constitucional

Es imprescindible poner de manifiesto, antes de concluir este artículo, que la nueva jurisprudencia procesal de la Corte Constitucional del Ecuador respecto de las medidas cautelares me parece correcta en la mayoría de sus aspectos. Me refiero, especialmente, a la improcedencia de la acción extraordinaria de protección y a la acción de incumplimiento de sentencias respecto de autos de medidas cautelares.

Pero no es novedad que las medidas cautelares autónomas son constantemente utilizadas, con la anuencia de un aparato judicial mayoritariamente corrupto, para declarar derechos o constituir relaciones jurídicas de forma definitiva, desnaturalizando totalmente la razón de ser de las medidas cautelares autónomas, ignorando que existen vías cautelares en la jurisdicción ordinaria²⁵.

25 Este problema no es desconocido en absoluto para la Corte Constitucional del Ecuador, vid. (CCE. Sentencia No. 61-12-IS/19, del 23 de octubre de 2019, párr. 36).

Además, también por la galopante corrupción que aflige a nuestra nación, los tribunales de apelación no representan mayor garantía de la correcta aplicación del derecho. Y si no bastase lo comentado, los jueces frecuentemente ignoran e incumplen con la obligación de remitir sus decisiones sobre medidas cautelares para una eventual selección de la Corte Constitucional (Arts. 25 y 38 LOGJCC), que dicho sea de paso es una de las pocas instituciones del país que goza del prestigio y respeto de la ciudadanía.

El problema es claro: la corrupción ha perfeccionado un modus operandi en el que un juez penal puede ordenar algo propio de un juicio civil, sin pruebas, de inmediato y sin escuchar a la contraparte. Y si la corrupción extiende sus tentáculos al tribunal de alzada poco o nada hay que hacer por el infortunado ciudadano preso en las fauces del sistema. ¿Qué hacer ante tan inquietante realidad? La respuesta a largo término es reconstruirnos como sociedad, por supuesto. Una respuesta mediata podría pasar por reformar la LOGJCC y el COFJ y crear una jurisdicción especializada en materia constitucional a nivel nacional, lo que sería una forma de concentrar los esfuerzos de capacitación judicial y atención disciplinaria.

Referencias Bibliográficas

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bazán, V. (2014). Amicus Curiae, Justicia Constitucional y Fortalecimiento Cualitativo Del Debate Jurisdiccional. *Revista Derecho del Estado* 33.
- Calamandrei, P. (2006). *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. Lima: Ara Ediciones.
- Cruz Villalón, P. (1992). Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas. *Revista española de derecho constitucional* 35.

- Díaz Lema, J. ¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas? *Revista de administración pública* 120.
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones constitucionales 15.
- Ferrajoli, L. (2006). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29.
- Ferrer Mac-Gregor, E. & Fiz-Zamudio, H. (2013). *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. México: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Moreso, J. (2009). Alexy y la aritmética de la ponderación. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Peyrano, J. (1997). *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*. IUS ET VERITAS 15.
- Rodríguez-Patrón, P. (2001) *La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal*. *Revista Española de derecho constitucional* 62.
- Sagiús, N. (2010). *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. *Estudios constitucionales* 8.1.
- Valadés, D. (2011). “*La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*”. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época 12.
- Valle, A. (2012). *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador*. Quito: UASB, Corporación Editora Nacional.

Jurisprudencia Constitucional

- Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. Sentencia No. 068-10-SEP-CC, Caso No. 0734-09-EP de 09 de diciembre de 2010. Juez ponente: Manuel Viteri Olvera.

Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. Sentencia No. 052-11-SEP-CC, Caso No. 0502-11-EP de 15 de diciembre 12 de 2011. Juez ponente: Roberto Bhrunis Lemarie

Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. Sentencia No. 001-11-SCN-CC, Caso No. 0031-10-CN y acumulados, de 11 de enero 2011. Juez ponente: Patricio Pazmiño Freire.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 026-14-SIS-CC, Caso No. 0041-11-IS de 13 de noviembre de 2014. Juez ponente: Antonio Gagliardo Loor.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 045-15-SIS-CC, Caso No. 0095-11-IS de 09 de julio de 2015. Juez ponente: Fabián Jaramillo Villa.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 226-15-SEP-CC, Caso No. 1344-11-EP, de 15 de julio de 2015. Jueza ponente: Tatiana Ordeñana Sierra.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 261-15-SEP-CC, Caso No. 0383-13-EP, de 12 de agosto de 2015. Jueza ponente: María del Carmen Maldonado Sánchez.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 037-16-SEP-CC, Caso No. 0977-14-EP de 3 de febrero de 2016. Juez ponente: Patricio Pazmiño Freire.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 364-16-SEP-CC, Caso No. 1470-14-EP de 15 de noviembre de 2016. Jueza ponente: Tatiana Ordeñana Sierra.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 002-17-SIN-CC, Caso No. 0021-11-IN de 08 de febrero de 2017. Jueza ponente: Marien Segura Rescos.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 032-17-SIS-CC, Caso No. 0106-11-IS de 2 de agosto de 2017. Jueza ponente: Pamela Martínez Loayza.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 040-17-SIS-CC, Caso No. 0044-16-IS de 23 de agosto de 2017. Jueza ponente: Wendy Molina Andrade.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 004-18-SIS-CC, Caso No. 0032-14-IS de 07 de febrero 02 de 2018. Jueza ponente: Ruth Seni Pinoargote.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 23-13-IS/19, Caso No. 23-13-IS de 20 de agosto de 2019. Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 154-12-EP/19, Caso No. 154-12-EP de 20 de agosto de 2019. Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 66-15-JC/19, Caso No. 66-15-JC de 10 de septiembre de 2019. Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2453-16-EP/19, Caso No. 2453-16-EP, de 02 de octubre de 2019. Juez ponente: Agustín Grijalva Jiménez.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1-12-IS/19, Caso No. 1-12-IS de 23 de noviembre de 2019. Juez ponente: Agustín Grijalva Jiménez.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1589-13-EP/19, Caso No. 1589-13-EP, de 28 de octubre de 2019. Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez.

Control de mérito en la Acción Extraordinaria de Protección

Fact check in the Extraordinary Protection Action

Josuha Cisneros Rodríguez*

Investigador Jurídico Independiente

Información del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido/ Received: 3 de octubre, 2020

Artículo aceptado/Accepted: 9 de noviembre, 2020

Citación

Cisneros, J. (2020). *Control de mérito en la Acción Extraordinaria de Protección*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (211-225).

DOI: 10.26807/rr.vi02.29

Resumen: El objeto de esta investigación es abordar uno de los puntos más polémicos de la acción extraordinaria de protección: el control de mérito. Se trata, pues, de la posibilidad de que la Corte Constitucional pueda revisar los hechos que motivaron la controversia. Sin duda alguna la acción extraordinaria de protección es la garantía jurisdiccional más usada en el país y sobre la cual más jurisprudencia se ha desarrollado. En tal sentido, la Corte de 2019 ha cambiado de argumentos y de línea jurisprudencial en este tema, por lo que el presente estudio analizará esta modificación, y alguna inconsistencia o contradicción de la misma.

* Estudiante de sexto semestre de Derecho en la Universidad Nacional de Chimborazo, Riobamba – Ecuador. Correo electrónico: josuha.cisneros@gmail.com

Palabras clave: Acción extraordinaria de protección, control de mérito, Constitución, Corte Constitucional, garantía, jurisprudencia.

Abstract: *This research will study the “fact check” in the extraordinary protection action. This means that the Constitutional Court could review the facts of the original case. The extraordinary protection action is the most used jurisdictional guarantee in the country. That is why the Court has developed a great deal of jurisprudence on this. Without doubt this review of facts is a controversial side of this guarantee. Recently, the Court has changed arguments on this issue. So this investigation will analyze these changes and some apparent contradictions.*

Keyword: *Extraordinary protection action, fact check, Constitution, Constitutional Court, guarantee, jurisprudence.*

Introducción

La acción extraordinaria de protección significó un cambio basilar en la concepción del régimen de garantías jurisdiccionales determinado en la Constitución de 1998. Esta nueva garantía abrió la puerta al control de constitucionalidad de las actuaciones judiciales, toda vez que se reconoce la posibilidad de que las decisiones tomadas por los jueces puedan violar derechos constitucionales.

Nos encontramos frente a la garantía jurisdiccional más utilizada en el país, según el Informe de Rendición de Cuentas de la Corte Constitucional (2020), durante el año 2019 se receptaron 6.698 causas, de las cuales 3.311 fueron acciones extraordinarias de protección, es decir, el 49,43% de casos que llegaron en dicho año a la Magistratura pertenecen a esta categoría. (p. 16).

Asimismo, durante alrededor de once años, la jurisprudencia sobre esta acción ha sido abundante y en ocasiones, como diría Oyarte, farragosa. Desde el primer fallo dictado por la Corte Constitucional para el periodo de transición –Sentencia No. 001-09-SEP-CC–, hasta los dictámenes más recientes –Sentencias No. 1000-17-EP/20 y No.

1828-15-EP/20–, es indiscutible que se trata de la garantía de mayor desarrollo jurisprudencial en el país.

Por los motivos antes mencionados, la demanda de protección extraordinaria es un tema de obligatorio conocimiento para todo profesional del derecho, pues resulta muy probable que, al menos una vez en el ejercicio de la profesión, nos encontremos frente a esta garantía. En este sentido, han sido varias las críticas de jueces constitucionales sobre el uso que los abogados han hecho de ella, se los acusa de valerse de tal acción como una suerte de cuarta instancia y, en consecuencia, de congestionar el trámite de las causas en la Corte Constitucional.

Los problemas jurídicos que han surgido en la práctica de esta garantía son varios; las interpretaciones constitucionales han solucionado algunos, han empeorado otros, y han generado otros tantos nuevos. Sin embargo, el estudio integral de la tornadiza jurisprudencia constitucional ayuda, en retrospectiva, a reconocer estos conflictos.

Por tal razón esta investigación plantea un estudio de la jurisprudencia constitucional, esto específicamente en cuanto a la posibilidad de analizar los hechos del caso subyacente en una acción extraordinaria de protección, a propósito del reciente cambio de criterio por parte de la Corte de 2019.

I. La acción extraordinaria de protección y un acercamiento al control de mérito

El sistema de garantías jurisdiccionales instaurado por la Constitución de 2008 procuró cambios significativos en la protección de derechos y en la visión del constitucionalismo ecuatoriano. Indudablemente, con la Constitución de 1998 resulta impensable la posibilidad de acudir a la justicia constitucional para objetar providencias judiciales (Oyarte, 2020).

Una de las innovaciones de la Constitución de 2008 fue, precisamente, la acción extraordinaria de protección. Esta garantía tiene

por objeto, como su nombre lo dice, la protección de derechos constitucionales, pero solamente cuando estos hayan sido vulnerados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a través de sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia o, si los fallos se expiden violando el debido proceso (CRE, 2008).

Siguiendo esta línea, la Corte Constitucional (2019) en la Sentencia No. 1534-14-EP/19 ha precisado que este organismo “puede verificar (...) que la decisión impugnada corresponda al tipo de decisiones antes mencionadas, es decir que esté dentro del ámbito material de sus competencias” (párr. 9). Según ha señalado la propia Corte (2019) en la Sentencia No. 154-12-EP/19, esto sería posible incluso a pesar de que la causa se haya admitido a trámite, de modo que:

(...) si en la etapa de sustanciación el Pleno de la Corte identifica, de oficio, que el acto impugnado no sea una sentencia, un auto definitivo o una resolución con fuerza de sentencia (...), la Corte no puede verse obligada a pronunciarse sobre el mérito del caso. (párr. 52)

Entonces, queda claro cuales son las decisiones jurisdiccionales que son objeto de la demanda de protección extraordinaria; sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, existe la posibilidad de realizar un “control de mérito”, es decir, un análisis integral del fondo de la causa, lo que se traduce en una dilatación del ámbito de actuación de la justicia constitucional.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ecuatoriana ha esgrimido tres razonamientos con el fin de legitimar dicho análisis de fondo: (i) la protección de derechos; (ii) el principio *iura novit curia*; y; (iii) la dimensión objetiva de la acción extraordinaria de protección (Morales, 2019). Estos argumentos han sido usados de manera habitual y conjunta para justificar el control de mérito; empero, la Corte Constitucional de 2019 ha superado estas interpretaciones y ha establecido una nueva línea jurisprudencial que se estudiará en apartados posteriores.

1.1. La naturaleza de la acción extraordinaria de protección

El constituyente ha incurrido en contradicciones sobre esta garantía jurisdiccional, toda vez que el artículo 94 de la Constitución la denomina “acción” y “recurso” a la vez. A fin de resolver el aparente conflicto es necesario recurrir a la doctrina. Couture (1958) afirma que “la acción es, (...), el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión” (p. 57); entonces, la acción es la facultad de activar el sistema jurisdiccional. Por otra parte, el recurso, de acuerdo con el mismo autor, “quiere decir, literalmente, regreso al punto de partida” (p. 340), lo que implica que ya se ha activado el aparato jurisdiccional, por lo tanto, un recurso se usa como “medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso” (p. 340).

Ahora bien, a primera vista la acción extraordinaria de protección parece ser un recurso puesto que se objeta una decisión judicial, entendiéndose que ya se ha activado el sistema jurisdiccional mediante el fallo objetado, pero en realidad se trata de una acción, toda vez que a través de ella “se conforma un proceso autónomo posterior al que se impugna” (Oyarte, 2020, p. 40).

En la misma línea, la Corte Constitucional (2011) en la Sentencia No. 013-11-SEP-CC señala que:

(...) el accionante (...) confunde a la Corte Constitucional con un Tribunal de Alzada (...). Pretende que esta Corte se inmiscuya revisando el fondo del asunto, sin tomar en cuenta que el juez constitucional no puede suplantar al juez natural en el análisis de los asuntos fácticos o de mera legalidad, pues la Corte Constitucional no es una instancia judicial de análisis sobre la litis, sino que su competencia radica exclusivamente en este tipo de acciones, en examinar la conformidad y observancia del trámite, y que en la misma no se violen derechos. (p.12)

Entonces, queda claro que la acción extraordinaria de protección es un proceso independiente que activa y se desarrolla en la justicia

constitucional, por lo tanto, su naturaleza es la de una acción, mas no la de un recurso ni mucho menos se trata de una cuarta instancia.

II. Breve reseña del argumento: protección de derechos

La Corte Constitucional en transición (2009) inicia con la concepción de esta tesis en el voto salvado de la Sentencia No. 019-09-SEP-CC, el juez constitucional analiza el fondo del caso subyacente, concluyendo que “es evidente que el IESS ha vulnerado el derecho al habeas data del peticionario” (p. 38); así, el juez infiere que una institución pública no judicial –IESS– ha violado derechos, aspecto que excedería el alcance de la garantía en cuestión. Además, el magistrado sugiere que el Tribunal debería ordenar al IESS que “implemente mecanismos efectivos de acceso a la información por parte de los afiliados (...) para evitar la vulneración de derechos fundamentales, bajo los parámetros establecidos en la Constitución de la República y esta sentencia” (p. 39). De tal modo surge la idea de que la Corte use el argumento “proteger derechos” con el objeto de legitimar un control de mérito.

Posteriormente la Magistratura ha usado este argumento en sus sentencias. Morales (2019) asegura que “se han encontrado 40 decisiones en que la Corte Constitucional deja en firme una decisión, luego de ejecutar un examen sobre el fondo de la controversia. Estos dictámenes aumentan progresivamente desde el 2009 hasta el 2013” (p. 18).

III. Breve reseña del argumento: *iura novit curia*

La competencia para conocer la acción extraordinaria de protección recae sobre el magistrado constitucional; para Oyarte (2020) el juez, en virtud del principio *iura novit curia*, puede “fundamentar su decisión en cualquier precepto constitucional vulnerado, aunque no se lo invoque expresamente y, (...) aunque el peticionario lo haya fundamentado en uno distinto o incluso equivocado” (p. 65). Asimismo, la Corte Constitucional (2010) en la Sentencia No. 0010-10-SEP-CC señaló que, en función de la regla *iura novit curia*, “esta Corte está

plenamente facultada para analizar y pronunciarse sobre una serie de aspectos no argüidos por las partes y que podrían devenir en vulneraciones a derechos constitucionales” (p.15).

Para resumir, la regla *iura novit curia* es un principio procesal del derecho constitucional, en razón del cual, los operadores de justicia pueden aplicar una norma distinta a la solicitada por los participantes de un proceso constitucional (LOGJCC, 2009, art. 4 numeral 13).

Ahora bien, la Magistratura superó el argumento de la protección de derechos para arribar a este principio; en tal sentido, la Corte Constitucional (2018) ha manifestado en la Sentencia No. 003-18-SEP-CC que, “en atención a (...) los principios *iura novit curia*, (...) esta Corte está facultada para analizar la integralidad del proceso y la posible afectación a derechos constitucionales cuando los operadores de justicia de instancia no lo hubieren realizado” (p. 19). Sobre el tema, Morales (2019) señala que:

(...) la Corte Constitucional no ha utilizado mucho el fundamento del *iura novit curia* para dejar en firme una sentencia, luego de analizar la sustancia del caso. De esta manera, de las 636 sentencias revisadas se detectaron 13 decisiones de este tipo que surgieron a partir del año 2015. (p. 24)

IV. La “dimensión objetiva” de la acción extraordinaria de protección: una interpretación superada por la Corte de 2019

Como ya se ha mencionado a lo largo de esta investigación, la jurisprudencia constitucional acerca de este tema ha sido contradictoria, inicialmente se restringió la posibilidad de que la Magistratura se pronuncie sobre el fondo de la controversia; sin embargo, también se ha justificado el control de mérito con la protección de derecho y el principio *iura novit curia*. La jurisprudencia trascendió estos dos argumentos con otro tanto más controvertido: la “dimensión objetiva”.

La Corte Constitucional (2014) en el fallo No. 113-14-SEP-CC plantea la “dimensión objetiva” de esta garantía jurisdiccional como nuevo

argumento para el control de mérito. La Magistratura en dicha sentencia expone que “(...) asumirá también la dimensión objetiva de la acción extraordinaria de protección y establecerá un precedente en la materia” (p. 10). Dejando de lado lo cuestionable del razonamiento y de los argumentos de la Corte que fundamentan esta decisión, resulta tanto o más criticable que no se define la supuesta dimensión objetiva, mucho menos se la demarca en cuanto a sus alcances y restricciones, simplemente se limita a “asumirla”.

En posteriores fallos la Corte se pronuncia sobre la visión del constitucionalismo ecuatoriano en torno a esta garantía jurisdiccional, ahora sí, precisando a que alude la presunta bidimensionalidad¹ de la acción extraordinaria de protección. La Magistratura ha explicado que la dimensión subjetiva responde a la tutela de derechos vulnerados por sentencias, mientras que la dimensión objetiva tiene relación con la disposición de precedentes jurisprudenciales en esquemas fácticos específicos (CCE-EP-119-15-SEP-CC, 2015). Con esta explicación, por una parte parece aclararse el panorama en cuanto a la dimensión objetiva, al menos respecto a su definición, sin embargo, sobran interrogantes.

La Corte Constitucional de 2019 se ha desvinculado de dicha línea jurisprudencial, y hasta cierto punto parece criticarla. El Tribunal considera que no existe más “dimensión” que la posibilidad de proponer esta acción ante sentencias judiciales que hayan vulnerado derechos; sin embargo, la propia Magistratura determina que ocurren casos cuya gravedad exige un pronunciamiento de la Corte sobre posibles violaciones de derechos en el fondo del asunto. Por lo tanto, se acepta la posibilidad de un análisis de mérito; empero, se niega la existencia de una doble dimensión. Continuando con el argumento, la Corte (2019) en la Sentencia No. 1162-12-EP/19 expone que “(...) solo de manera excepcional se puede ampliar su ámbito de actuación y analizar los hechos o procedimientos administrativos a los que se

1 Se hace referencia a una doble dimensión porque al asumir que la acción extraordinaria de protección cuenta con una dimensión objetiva, implícitamente se reconoce la existencia de otra subjetiva.

refieran esas decisiones jurisdiccionales” (párr. 61), razón por la cual no debe tomarse como regla general un estudio de la sustancia de la causa, *a contrario sensu*, esta es una facultad inusitada.

Asimismo, la Corte sostiene que el fundamento del examen fáctico radica en su carácter de máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional, motivo por el cual está obligada a verificar que las garantías jurisdiccionales cumplan con su fin, cuestión que en algunos casos podría exigir que el Tribunal examine los hechos del caso subyacente (CCE-EP-1162-12-EP/19, 2019). Con base en esta argumentación, la Magistratura se aparta de la dimensión objetiva planteada en la jurisprudencia previa y, aunque permite el control de mérito, lo hace en función de otro contexto interpretativo.

En el mismo sentido, la excepcionalidad sólo podría ser verificada de oficio (CCE-EP-176-14-EP/19, 2019) y en el contexto de casos que provengan de sentencias emitidas en el marco de garantías jurisdiccionales, en las cuales los jueces ordinarios actúan en virtud de la competencia constitucional (CCE-EP-162-12-EP/19, 2019). Esto implica la prohibición de un análisis fáctico si el fallo que origina la acción extraordinaria de protección emana de la justicia ordinaria, ya que no se trata una cuestión de orden constitucional, sino meramente legal. Vale enfatizar esta idea, el control de mérito procede exclusivamente cuando se objeta una sentencia dictada por la justicia constitucional.

Posteriormente la Corte (2019) en la Sentencia 1162-12-EP/19 delimita las condiciones que se deben cumplir para aplicar el análisis de fondo, entonces se debe verificar:

- (i) que la autoridad judicial inferior haya violado el debido proceso u otros derechos de las partes en el fallo impugnado o durante la prosecución del juicio (...); (ii) que prima facie, los hechos que dieron lugar al proceso originario puedan constituir una vulneración de derechos que no fueron tutelados por la autoridad judicial inferior; y, (iii) que el caso no haya sido seleccionado por esta Corte para su revisión. (p. 55)

Adicionalmente, la Magistratura señala otro requisito, de modo que la causa debe cumplir al menos uno de los siguientes cuatro criterios de relevancia: gravedad del asunto; novedad del caso; relevancia nacional; o, la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte (CCE-EP-176-14-EP/19, 2019).

Ahora, es pertinente realizar un análisis de la aplicación material de la nueva línea jurisprudencial que regula el control de mérito; en este sentido, la Corte Constitucional (2020) en la Sentencia No. 1000-17-EP/20 realiza un examen de los hechos del caso originario, decretando que una autoridad no judicial –Registro Civil– incurrió en vulneraciones de derechos del accionante.

La citada providencia inicia, igual que todas las causas de acción extraordinaria de protección, verificando la violación de derechos constitucionales proveniente del fallo objetado, siendo el caso que dicha sentencia vulnera el derecho a la seguridad jurídica y el debido proceso en la garantía de la motivación. Posteriormente, antes de emprender un control de mérito, se comprueba que la causa proviene de la justicia constitucional –acción de protección–; y, como ya se ha verificado que la autoridad judicial transgredió derechos del accionante, se cumple el primer filtro. A continuación se constata que, *prima facie*, los hechos objeto de la controversia podrían implicar detrimento de derechos no tutelados por los jueces de instancia. Asimismo, se inspecciona que la causa no haya sido seleccionada por la Magistratura para su revisión (CCE-EP-1000-17-EP/20, 2020).

Adicionalmente, como ya se ha mencionado en párrafos previos, debe cumplirse al menos uno de los cuatro presupuestos necesarios para el análisis de fondo: gravedad de la cuestión; novedad del asunto; relevancia nacional; o, la inobservancia de precedentes constitucionales. En el antedicho dictamen se cumple la gravedad del caso, toda vez que la condición de vulnerabilidad del sujeto –adulto mayor– involucra la necesidad de proporcionar amparo eficaz e inmediato al sujeto con el fin de evitar que el daño sea irremediable. (CCE-EP-1000-17-EP/20, 2020).

Por último, el Tribunal Constitucional se plantea las implicaciones procesales de realizar un control de mérito. Como primer punto, se reconoce que las partes procesales de la demanda de protección extraordinaria y del proceso originario no son las mismas. Por esta razón, es preciso que la contraparte de instancia –Registro Civil– sea tratada como parte procesal en la causa constitucional, en tal sentido, las correspondientes notificaciones son obligatorias. Como segunda medida, la Corte advierte la necesidad de efectuar una nueva audiencia con la autoridad judicial accionada y la parte procesal del caso subyacente, con el objetivo de analizar el marco fáctico de dicho proceso.

Con estos antecedentes, la Magistratura procede con el control de mérito, lo que lleva a la Corte a preguntarse si existió vulneración de derechos en el fondo de la controversia, ya sea por parte de un particular o de una autoridad pública no judicial. El Tribunal Constitucional concluye que la negligencia del Registro Civil, efectivamente, se tradujo en violación del derecho a obtener servicios públicos de calidad y del derecho a la identidad personal del accionante.

De modo complementario, Agustín Grijalva Jiménez y Daniela Salazar Marín, magistrados de la Corte Constitucional, desarrollaron votos concurrentes en los que, de manera interesante, realizan un control de mérito más amplio que el efectuado en la propia sentencia. En este aspecto, ambos jueces coinciden en que los hechos del caso denotan la vulneración del derecho a la personalidad jurídica; sin embargo, la jueza constitucional Daniela Salazar también plantea argumentos que, a su criterio, señalan la existencia de una violación del derecho al debido proceso en las garantías de defensa y presunción de inocencia.

En definitiva, la Corte Constitucional ha erigido una nueva línea jurisprudencial, misma que consolida indicadores más idóneos para la aplicación del control de mérito, lo que otrora era inexistente. Sin embargo, se advierte una aparente o real contradicción en cuanto un aspecto referido en esta novel jurisprudencia.

La propia Corte Constitucional (2019) en la sentencia No. 1162-12-EP/19 apunta que el control de mérito solo podría verificarse de

oficio, de igual forma en el fallo No. 176-14-EP/19 precisa el mismo punto, señalando que la ampliación del ámbito de actuación del Tribunal a revisar lo decidido por los jueces de instancia en procesos constitucionales no se realiza a petición de parte.

Esta cuestión parece clara; no obstante, la misma Corte (2019) en el fallo No. 176-14-EP/19 del juez constitucional Enrique Herrería expresa que:

(...) en la acción extraordinaria de protección le corresponde limitarse a verificar las vulneraciones del debido proceso o de otros derechos constitucionales por parte de la autoridad judicial. Esto, al (sic) menos que el accionante haya solicitado un control de méritos, en cuyo caso la Corte verificará si se cumplen los presupuestos para determinar la excepcionalidad del caso. (párr. 65)

El primer criterio señala que el control de mérito no se realiza a petición de parte, lo que implicaría que la Corte no está obligada a motivar la negativa a esta solicitud; por el contrario, el otro argumento faculta al accionante a solicitar el examen de fondo, de lo que se deduce que la Magistratura estaría forzada a pronunciarse sobre la excepcionalidad del caso para no caer en inmotivación.

El problema surge con la incertidumbre del accionante y el amplio margen de discrecionalidad y arbitrariedad de los jueces constitucionales para pronunciarse o no sobre la verificación de la excepcionalidad del caso. Concretamente, cuando el demandante solicite un análisis de fondo, se desconoce qué postura tomará el juez constitucional, este bien podría argumentar que dicho examen fáctico se ejecuta únicamente de oficio, negándose a motivar tal decisión. Esta posibilidad es totalmente contradictoria con la disposición del juez Herrería que, en el mismo fallo, indica que el control de mérito se realiza a petición de parte.

V. Conclusiones

La Corte Constitucional ha permitido analizar la sustancia del caso en la acción extraordinaria de protección, cuestión ampliamente criticada desde sus inicios; en este sentido, la calidad de los argumentos, la desnaturalización de esta garantía, la vaguedad de sus límites y alcances, y la actuación de la Corte como juez de instancia han sido algunas de las posturas críticas ante la posibilidad que ha brindado la Magistratura.

A pesar de ello, la nueva línea jurisprudencial marcada por la Magistratura de 2019 ha determinado nuevos fundamentos para el control de mérito, además ha limitado el ejercicio de esta facultad a casos excepcionales que cumplan requisitos específicos previamente determinados.

Aunque la posibilidad de realizar un control de mérito en una acción extraordinaria de protección no está prevista en la Constitución del Ecuador, es la Corte Constitucional quien, como máximo organismo de interpretación y justicia constitucional, ha expresado que existen casos en los que la necesidad de asegurar que las garantías jurisdiccionales cumplan con sus objetivos constitucionales exige un pronunciamiento sobre los hechos que dieron origen al proceso constitucional de instancia.

Sin embargo, no faltan quienes consideran que la Corte Constitucional debe respetar la naturaleza y alcance de las garantías jurisdiccionales; razón por la cual permitir un control de mérito en una acción extraordinaria de protección sería un criterio hipergarantista que no justifica una extralimitación de la Corte Constitucional, ni siquiera cuando se pretenda tutelar derechos constitucionales.

Referencias Bibliográficas

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. [LOGJCC]. (21 de septiembre de 2009). RO Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009)

Constitución de la República del Ecuador [Const]. 2008. 2da Ed. CEP.

Couture, E. J. (1958). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma. Recuperado de <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf>

Morales, A. (2019). La desnaturalización de la acción extraordinaria de protección a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Quito: Universidad San Francisco de Quito. Recuperado de: <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/8197/1/142339.pdf>

Oyarte, R. (2020). Acción Extraordinaria de Protección. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Jurisprudencia Constitucional

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 013-11-SEP-CC, Caso No. 0793-09-EP de 18 de agosto de 2011. Juez ponente: Hernando Morales Vinuesa. R.O. No. 629 de 30 de enero de 2012

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 0010-10-SEP-CC, Caso No. 0502-09-EP de 08 de abril de 2010. Juez ponente: Luis Jaramillo Gavilanes. R.O. No. 177 de 22 de abril de 2010.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 019-09-SEP-CC, Caso No. 0014-09-EP de 06 de agosto del 2009. Jueza ponente: Nina Pacari Vega.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 113-14-SEP-CC, Caso No. 0731-10-EP de 30 de julio de 2014. Jueza ponente: Ruth Seni Pinoagote.

- Corte Constitucional del Ecuador. . Sentencia No. 119-15-SEP-CC, Caso No. 0537-11-EP de 22 de abril de 2015. Juez ponente: Marcelo Jaramillo Villa.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 003-18-SEP-CC, Caso No. 0948-13-EP de 03 de enero de 2018. Jueza ponente: Pamela Martínez Loayza.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1162-12-EP/19, Caso No. 1162-12-EP de 02 de octubre de 2019. Jueza ponente: Daniela Salazar Marín.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 176-14-EP/19, Caso No. 176-14-EP de 16 de octubre de 2019. Juez ponente: Enrique Herrería Bonet.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1000-17-EP/20, Caso No. 1000-17-EP de 23 de septiembre de 2020. Jueza ponente: Carmen Corral Ponce.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 154-12-EP/19, Caso No. 154-12-EP de 20 de agosto de 2019. Jueza ponente: Daniela Salazar Marín.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1534-14-EP/19, Caso No. 1534-14-EP de 16 de octubre de 2019. Juez ponente: Alí Lozada Prado.
- Corte Constitucional del Ecuador (2020). Informe de Rendición de Cuentas 2019. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/rendicion-de-cuentas/rdc-2018-2030/4100-informe-de-rendici%C3%B3n-de-cuentas-2019/file.html>

La Derogación de Normas Jurídicas y Principios de Solución de Antinomias*.

The Repeal of Legal Norms and the Principles for the Solution of Antinomies

Dr. Juan Francisco Guerrero**

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 5 de octubre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 2 de diciembre, 2020

Citación

Guerrero, J. (2020). *La Derogación de Normas Jurídicas y Principios de Solución de Antinomias*. Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (227-252).

DOI: 10.26807/rr.vi02.30

Resumen: El presente artículo analiza la naturaleza de la derogatoria tácita de las normas jurídicas y explica por qué esta no conlleva la pérdida de vigencia de la norma, sino la generación de una antinomia. Sobre esta base, se abordan los diferentes principios y criterios de solución de antinomias aplicables en el Ecuador: (i) el principio de jerarquía; (ii) el principio de competencia; (iii) el principio

* El presente artículo ha sido elaborado con la colaboración de María Yépez Idrovo en calidad de investigadora.

** Abogado por la PUCE es especialista superior en derecho procesal por la UASB, tiene una certificación superior en derecho constitucional por la PUCE. Actualmente se desempeña como docente en derecho procesal y constitucional en grado en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y Universidad San Francisco de Quito y en posgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

de especialidad; y, (iv) el principio cronológico. Una vez analizados estos criterios, se busca establecer cuál es el orden de prelación con el que deberían ser aplicados por el intérprete.

Palabras clave: Derogación, derogatoria tácita, solución de antinomias, interpretación jurídica, norma jurídica.

Abstract: *This paper addresses the nature of the implied repeal of legal norms and explains why it does not entail the loss of validity of the norm, but rather the generation of an antinomy. On this basis, this investigation analyzes the different principles and criteria applicable in Ecuador to solve antinomies: (i) the hierarchy principle, (ii) the competence principle, (iii) the specialty principle and (iv) the chronological principle. Once these criteria have been analyzed, this article aims to establish the order in which they should be applied by the interpreter.*

Keyword: *Repeal, implied repeal, antinomy solution, juridical interpretation, legal norm*

Introducción

En más de una ocasión, criterios claramente errados o desfasados son repetidos sistemáticamente hasta convertirse en verdades incuestionables.

El presente artículo, además de aclarar ciertos conceptos básicos necesarios para realizar cualquier ejercicio interpretativo jurídico, procura desmitificar dos cuestiones que de manera constante se escuchan, incluso, entre quienes tienen un amplio recorrido en el ámbito jurídico ecuatoriano y exponer un punto de vista diferente, más acorde a la normativa constitucional vigente: a) para resolver una antinomia, en primer lugar, se debe considerar el principio de competencia, en virtud del cual, una norma jerárquicamente inferior puede llegar a prevalecer sobre una norma superior; y, b) las normas y preceptos del Código Civil ecuatoriano, que es una ley ordinaria de derecho privado, no pueden ser considerados como

parámetros absolutos e infalibles para interpretar y solucionar antinomias, incluso en el ámbito del derecho público.

I. La derogación de normas jurídicas en el Ecuador

Una norma se encuentra vigente cuando “rige efectivamente la convivencia social en un lugar determinado, ya sea por cumplimiento voluntario de la población o en virtud de ser aplicada por los funcionarios competentes (en definitiva los jueces)” (Torré, 2009, p.252). Por lo dicho, la pérdida de vigencia implica que la norma ya no sea aplicada a las situaciones de hecho que regulaba y, por ende, que deje de generar efectos jurídicos.

Una norma puede perder vigencia formal a través de dos mecanismos: (i) una declaratoria de inconstitucionalidad que, conforme al artículo 96 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC), genera que “ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica”; y, (ii) una derogatoria.

La derogación de una norma implica un acto de voluntad legislativa, implícito o explícito, que provoca que la norma no pueda aplicarse para situaciones jurídicas futuras que se produzcan con posterioridad a su derogatoria. En el caso concreto de las normas jurídicas legales (leyes), para que éstas puedan ser derogadas, requieren de la expedición de otra ley, es decir, que no se puede derogar una norma jurídica legal a través de una norma infra legal¹.

La derogación de una disposición normativa puede ser de dos tipos²: expresa o tácita. Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana ha dicho:

-
- 1 Lo dicho es una evidente aplicación del principio en virtud del cual “*las cosas en Derecho se deshacen como se hacen*”.
 - 2 Sin embargo, en países como Colombia, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un tercer tipo de derogatoria, denominada “orgánica”, aun cuando

[...] la derogación de una norma consiste en dejarla sin efecto; generalmente, debido a la aparición de una nueva norma jurídica que hace perder su vigencia a la anterior. Existen dos tipos de derogación: la expresa y la tácita. La primera es aquella en la que la norma posterior proclama que revoca la que le precede; **y, la segunda, nace a partir de la incompatibilidad entre la nueva norma y las disposiciones de la antigua** (Sentencia No. 001-13-SIA-CC, 2013, 27) (énfasis añadido).

De lo dicho se desprende que la derogatoria expresa se produce cuando una norma posterior incluye en su texto una declaración explícita en el sentido de que una norma anterior pierde su vigencia³. Por su parte, la derogatoria tácita se produce cuando la norma posterior no incluye una declaración explícita en cuanto a la pérdida de vigencia de la norma anterior, pero su contenido es incompatible con el contenido de la norma preexistente.

Es importante señalar que por cuestiones de seguridad y certeza jurídica siempre será preferible que la derogación de una norma opere

también se ha dicho que la misma puede ser asimilada a una especie de derogatoria tácita. En este orden de ideas, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que: “[...] en cuanto al procedimiento de pérdida de vigencia, el ordenamiento positivo distingue entre la derogatoria expresa y la derogatoria tácita. La primera se produce cuando explícitamente una nueva disposición suprime formalmente a una anterior; mientras que, la segunda, supone la existencia de una norma posterior que contiene disposiciones incompatibles con aquella que le sirve de precedente. **A estas categorías se suma la denominada derogatoria orgánica, en algunas ocasiones identificada como una expresión de derogatoria tácita, la cual tiene ocurrencia en aquellos casos en que es promulgada una regulación integral sobre una materia a la que se refiere una disposición, aunque no haya incompatibilidad entre sus mandatos**” (Sentencia C-668/14, 2014, párr. 6.3.1) (énfasis añadido).

- 3 Un ejemplo de derogatoria expresa es la disposición derogatoria primera del Código Orgánico General de Procesos, que dispone: “Deróguese el Código de Procedimiento Civil, codificación publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005 y todas sus posteriores reformas”.

de forma expresa⁴. Sin embargo, es prácticamente imposible que el legislador pueda prever y contemplar todas las normas que una nueva disposición jurídica va a afectar. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que sostener que la derogación siempre debe ser expresa implicaría exigirle al legislativo que “confronte cada nueva ley con el resto del ordenamiento”, lo cual resulta en “una dispendiosa labor que no tiene razón de ser” (Sentencia C-159/04, 2004). Por lo mismo, es claro que la denominada derogatoria tácita es una realidad que se ha presentado y que se va a seguir presentando.

II. La derogatoria tácita: ¿pérdida de vigencia de la norma o generación de una antinomia?

Si bien no existe duda de que la derogatoria expresa causa que la norma derogada pierda vigencia, cuando se produce una derogatoria tácita existe debate en cuanto a si la consecuencia de tal tipo de derogatoria es la pérdida de vigencia de la norma o la generación de una antinomia normativa que debe ser resuelta a favor de la norma posterior.

Respecto del debate referente a los efectos de la derogatoria tácita, la doctrina ha señalado lo siguiente:

[...] la derogación expresa hace cesar la vigencia de las disposiciones jurídicas. La derogación tácita, por el contrario, **ya se conciba en clave de mera regla de preferencia, de derogación o de invalidez sobrevinida, termina resolviéndose en un problema de interpretación** que, sobre todo allí donde no existen mecanismos fuertes de unificación jurisprudencial, puede constituir una seria amenaza para la certeza del Derecho y para la igualdad en su aplicación. Al final, por tanto, la derogación tácita plantea un problema (Gascón, 1994, p.858) (énfasis añadido).

4 Lo mencionado seguramente llevó al constituyente ecuatoriano a incluir el artículo 136 de la Constitución de 2008, una disposición que exige que todo proyecto de ley incluya “la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían o se reformarían”, bajo el apercibimiento de no ser admitido a trámite el proyecto.

El problema que plantea la interpretación de los efectos de la derogatoria tácita es sumamente relevante. Así, si se acepta que los efectos de la derogatoria tácita son los mismos que los de la derogatoria expresa, aquello implicaría que la norma anterior, en ambos casos, pierde su vigencia y es excluida del ordenamiento jurídico del país; mientras que si se acepta que lo que se genera es una antinomia, ambas normas conservarían su vigencia y convivirían en el ordenamiento jurídico, correspondiéndole al intérprete solucionar la antinomia generada.

Por ejemplo, si la Ley A deroga tácitamente a Ley B y se acepta que la derogación tácita tiene los mismos efectos que la expresa, aquello implicaría que la Ley B es excluida del ordenamiento jurídico y cesa su vigencia. Por el contrario, si se hace una distinción en cuanto a los efectos de la derogación tácita frente a la expresa, la Ley B continuaría vigente, pero se produciría una antinomia frente al contenido de la Ley A, la cual debería ser dilucidada por el intérprete.

En nuestro criterio, el afirmar que los efectos de la derogatoria tácita son los mismos que la derogatoria expresa resulta inexacto. Es necesario recalcar que el que una norma haya sido derogada tácitamente implica que se ha expedido una norma posterior, cuyo contenido resulta incompatible con ella. A raíz de esta incompatibilidad entre ambas normas, se genera una antinomia, que debe resuelta por el intérprete a quien le corresponda conocerla. Por lo tanto, resulta claro que una norma que ha sido derogada tácitamente continúa formando parte del ordenamiento jurídico y, más bien, genera un problema de interpretación. En este sentido, la doctrina ha dicho que:

La derogación tácita requiere ser declarada. Tal declaración –que generalmente emana de un órgano jurisdiccional o un órgano aplicador del Derecho– importa un acto de interpretación al caso particular.

El profesor chileno, Antonio Bascañán, confirma que la derogación que se produce por la aplicación del criterio cronológico es la derogación tácita. A su juicio, la derogación tácita se produce cuando el órgano que debe resolver un caso, y debe fundar su decisión sujetándose al derecho vigente, constata que éste contiene dos soluciones distintas para ese caso, incompatibles entre sí. En opinión del mismo autor, **la**

derogación tácita de la ley anterior no es el efecto de un acto realizado en ejercicio de una potestad normativa, sino los efectos de un complejo de reglas que gobiernan el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Estas reglas obligan al órgano adjudicador a seleccionar de una manera determinada la norma aplicable al caso. Por tal motivo, la derogación tácita de la ley anterior es constatada y declarada por el tribunal en la fundamentación de su sentencia. **Por eso supone un acto interpretativo de la norma anterior y la posterior, que identifique sus respectivos sentidos y constate su incompatibilidad entre sí** (Henríquez, 2013, pp.468-469) (énfasis añadido).

De lo dicho se desprende que la derogatoria tácita de una norma no se puede declarar a través de un acto normativo general⁵. Se trata, por el contrario, de la consecuencia de un ejercicio interpretativo en el cual, la autoridad a la que le corresponde aplicar la norma verifica que existe otra posterior que la contradice y, en tal virtud, deja de aplicar la norma anterior.

En el Ecuador, no existe una norma jurídica que le atribuya a alguna autoridad o entidad pública la competencia para declarar derogada tácitamente una disposición jurídica con efectos generales⁶. Sin embargo, a través de los precedentes vinculantes de la Corte Nacional de Justicia⁷ y de las decisiones de la Corte Constitucional⁸, se podría obtener una decisión jurisdiccional que, luego del

5 Si se declara derogada una norma a través de un acto normativo general, la derogación ya no sería tácita y se convertiría en expresa.

6 El único ejercicio interpretativo que tiene efectos generales y obligatorios en materia legal se presenta cuando la Asamblea Nacional emite una ley interpretativa. No tengo conocimiento de que en el Ecuador se haya emitido una ley interpretativa en la cual se declare derogada tácitamente una norma. Sin embargo, desde mi punto de vista, en ese caso estaríamos frente a una derogatoria expresa, por lo expuesto en el pie de página precedente.

7 El artículo 185 de la Constitución prevé el procedimiento para que la Corte Nacional de Justicia emita una jurisprudencia obligatoria.

8 El artículo 436 numeral 1 de la Constitución establece que las decisiones de la Corte Constitucional tendrán carácter vinculante.

correspondiente ejercicio interpretativo, declare derogada tácitamente una disposición. Además, el hecho de que no exista ninguna otra autoridad u órgano público que esté en la capacidad de declarar tácitamente derogada con efectos generales y obligatorios una disposición normativa no es incompatible con que, en el ejercicio de sus atribuciones, una autoridad pública pueda establecerlo para un caso en concreto.

Lo dicho implica que una disposición jurídica que señala que una determinada ley no podrá ser derogada tácitamente, es inútil, ineficaz y carente de relevancia, pues por disposición normativa no se puede impedir o prohibir la existencia de antinomias. Así, cuando el legislador aprueba y promulga una nueva norma legal de cualquier tipo o especie, está expuesto a que ésta se encuentre en contradicción con otras normas preexistentes, y ninguna disposición legal elimina ese riesgo innato a la tarea legislativa. Aunque sería ideal que el legislador, al expedir una norma, revise todo el ordenamiento jurídico y verifique que esta no contradiga ninguna disposición vigente, como quedó señalado, aquello es fácticamente imposible.

Incluso, el sostener que el legislador no puede incurrir en antinomias por existir una ley que prescriba que no es susceptible de derogación tácita, podría considerarse una postura contraria a las facultades legislativas y jurisdiccionales otorgadas constitucionalmente a la Función Legislativa y Función Judicial, respectivamente. En este sentido, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen varias disposiciones –inclusive de carácter constitucional– que permiten resolver eventuales antinomias, las cuales demuestran que se contempla expresamente la posibilidad de que éstas se generen y que, por ende, es ineficaz cualquier disposición normativa que pretenda desconocerlas. Además, afirmar que una determinada ley no puede ser derogada tácitamente, equivale a sostener que el legislador se encuentra impedido de promulgar normas que contradigan dicha ley, lo cual: (i) resulta imposible de prever hasta que se produzca una situación fáctica concreta que evidencie la existencia de una antinomia;

y, (ii) limita inconstitucionalmente la potestad legislativa que está atribuida al legislador⁹.

En este orden de ideas, la doctrina ha sido clara en cuanto a que es imposible prever todas las antinomias que se pueden generar con la nueva legislación, al sostener que:

[...] la incompatibilidad entre normas depende del significado que se atribuya a las disposiciones normativas promulgadas por los distintos órganos normativos. Por ello, es imposible conocer a priori qué antinomias se van a producir al promulgar una disposición nueva: porque no pueden determinarse a priori las normas ya existentes en el sistema jurídico, porque no pueden determinarse a priori las normas que se incorporan al sistema por medio de la nueva disposición, y porque, en consecuencia, **no pueden determinarse a priori los conflictos que pueden surgir entre las normas anteriores y las nuevas.** Por ello, es importante distinguir entre las distintas técnicas que los poderes normativos pueden utilizar para sustituir una norma por otra, es decir para derogar normas ya existentes y promulgar otras nuevas en su lugar (Ezquiaga, 2010, pp.28-29) (énfasis añadido).

El que una ley contenga una disposición en el sentido de que solamente puede ser modificada por otra ley dictada expresamente para tal fin, no implica que sus disposiciones estén blindadas de enfrentar eventuales contradicciones con otras normas, producto de preceptos jurídicos promulgados con posterioridad a su vigencia. Así, independientemente de su contenido, ninguna norma jurídica puede estar exenta de contradicciones con otras normas. Por lo tanto, resulta erróneo afirmar que una norma no puede ser derogada tácitamente,

9 Al respecto, es importante mencionar que la Constitución de 2008, de forma expresa, señala que cuando un proyecto de ley urgente en materia económica es publicado como decreto-ley, este puede ser reformado o derogado por la Asamblea Nacional, sin contemplar restricciones para una eventual derogatoria tácita (art. 140). Por lo tanto, en virtud del principio "*cuando el legislador no distingue, no le es lícito al intérprete hacerlo*", no es admisible aceptar que mediante una ley, se restrinja una potestad constitucionalmente otorgada a la función legislativa.

pues como ha quedado demostrado, aquello equivale a sostener que la norma no es susceptible de contradicción por parte de otras disposiciones. A continuación, examinaremos la forma en que se deben resolver las inevitables contradicciones (antinomias) que existen en el ordenamiento jurídico.

III. Criterios de solución de antinomias normativas en el Ecuador

La antinomia se presenta cuando existen dos normas que, frente a una misma situación fáctica, contemplan consecuencias jurídicas diversas e incompatibles entre sí. La actividad legislativa genera antinomias, pues como quedó indicado, es fácticamente imposible que en un país de tradición romano germánica¹⁰, el legislador verifique toda la normativa vigente a fin de asegurarse que la nueva normativa que pretende expedir no va a contradecir ninguna norma preexistente¹¹. De hecho, aunque hiciese el esfuerzo por hacerlo, resultaría imposible que se plantee todas las hipótesis fácticas de aplicación de la distinta normativa en la cual eventualmente se podría generar una antinomia. Tan es así, que la doctrina ha señalado que “las antinomias son una consecuencia natural del dinamismo de los sistemas jurídicos”, pues el “conjunto de normas que llamamos Derecho positivo es el fruto de actos de producción normativa sucesivos en el tiempo y que responden además a intereses e ideologías heterogéneas” (Prieto, 2002, p.97).

De lo dicho queda claro que la antinomia es sobreviniente a la actividad legislativa, es decir, que se produce una vez que una determinada norma ha sido promulgada y el intérprete evidencia que es incompatible con otra norma que también se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico. Por ello, la inclusión por parte del legislador,

10 Es decir que pertenece al sistema jurídico de derecho continental europeo, cuya fuente de derecho principal es la legislación.

11 Es interesante señalar que, al 23 de septiembre de 2020, el sistema legal LEXIS certifica la existencia de 24.884 cuerpos legales vigentes en el Ecuador.

en un cuerpo normativo, de fórmulas absolutas en cuanto a que determinada ley prevalecerá sobre otras –incluso que se promulguen en el futuro y cuyo contenido se desconoce–, si bien es común en nuestro ordenamiento jurídico, es irrelevante y no tiene un efecto práctico concreto. Es al intérprete, que en muchos casos es un órgano jurisdiccional, a quien le corresponde dilucidar cuál de las normas en conflicto prevalece sobre la otra, en función de los principios de solución de antinomias previstos en la legislación.

Ahora, como quedó señalado en el acápite anterior, la derogatoria tácita enfrenta al intérprete a una antinomia que debe ser dilucidada. Lo que debe hacer el intérprete frente a esta antinomia es escoger a una de las normas en conflicto por sobre la otra. Para ello, existen los siguientes criterios o principios: (i) jerarquía; (ii) competencia; (iii) especialidad; y, (iv) cronológico¹².

IV. Principio de jerarquía

El principio de jerarquía es una consecuencia de que el ordenamiento jurídico sea una estructura escalonada. Este principio implica que las normas superiores, más cercanas a la cúspide de la estructura, prevalecen sobre las normas inferiores, más cercanas a la base.

La estructura escalonada del ordenamiento jurídico está directamente relacionada con el principio de creación y aplicación del derecho, en virtud del cual “sólo es posible aplicar una norma, creando otra norma más restringida que la aplicada, es decir, creando dentro del marco de posibilidades establecido por aquella” (Torré, 2009, 211). Por ello, no es posible que la norma creada contradiga a la norma cuya aplicación le dio origen.

12 Es importante señalar que en la doctrina no existe unanimidad en cuanto a los criterios para resolver antinomias, sin embargo, los cuatro criterios enunciados están contemplados en el artículo 3 numeral 1 (Reglas de solución de antinomias) de la LOGJCC.

Por todo lo expuesto, en caso de contradicción entre dos normas de diferente jerarquía normativa, prevalecerá la superior frente a la inferior. En el caso del Ecuador, la jerarquización de las normas jurídicas se encuentra en el artículo 425 de la Constitución¹³ y es esta norma la que el intérprete deberá aplicar para resolver una eventual antinomia entre normas de distinta jerarquía.

V. Principio de competencia

El ordenamiento jurídico, especialmente en la Constitución, establece ciertas materias que deben ser reguladas por una determinada especie de norma jurídica (reserva normativa).

En virtud de lo indicado, cuando existe una contradicción entre dos normas jurídicas de diversa especie, prevalece la norma que tiene competencia para regular la materia, es decir, aquella norma a la que la reserva normativa –contenida en una tercera norma jerárquicamente superior a las normas en conflicto– le faculta a regular esa situación¹⁴.

Resulta claro que la aplicación del principio de competencia depende de la existencia del principio de jerarquía, pues el primero solamente será aplicable en un sistema en el cual una norma superior

13 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 [...]”.

14 Por ejemplo, en la Constitución de 2008, existen, entre otras, las siguientes reservas normativas: (i) la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 133; (ii) la reserva de ley prevista en el artículo 132; y, (iii) la reserva de normas regionales prevista en el artículo 262. En caso de existir una contradicción (antinomia) entre este tipo de normas, deberá determinarse la materia en la cual se produce la antinomia y verificar a cuál de los tipos de normas mencionadas le corresponde regularla, a fin de establecer la norma aplicable al caso.

a las dos en conflicto establezca una reserva normativa que permita resolver la antinomia. En este sentido, Guastini afirma que el principio de competencia es “parasitario del principio jerárquico”, en la medida que “[l]a reserva de competencia a favor de una determinada fuente A es “vinculante” para otra fuente B si, y sólo si, está dispuesta por una tercera fuente C que está supraordenada a la fuente A y a la fuente B” (1999, p.440). Caso contrario, señala este mismo autor, “la invasión de parte de la fuente B, de la esfera de competencia atribuida a la fuente A, no sería causa de invalidez de las normas provenientes de la fuente B” (Guastini, 1999, p.440). En el Ecuador, las reservas normativas en materia de leyes se introdujeron en la codificación constitucional de 1998, cuando se incorporó una reserva de ley orgánica máxima¹⁵ y una reserva de ley ordinaria mínima¹⁶. En caso de contradicción entre una ley ordinaria y una ley orgánica, el Tribunal Constitucional señaló que debía prevalecer aquella cuya reserva normativa le habilitaba para regular la materia en la cual se producía la antinomia (Resolución No. 030-2003-TC, 2003).

La incorporación de la categoría de “leyes orgánicas” en nuestra legislación ocasionó una distorsión, pues los legisladores consideraban que la ley orgánica dotaba de una mayor relevancia a la materia regulada, por lo que se aprobaron varios cuerpos normativos con el carácter de orgánicos que no correspondían a la reserva normativa constitucionalmente establecida para dicho tipo de normas ¹⁷

15 El artículo 142 de la codificación constitucional de 1998 contenía una enumeración taxativa de las materias que debían ser reguladas a través de una ley orgánica. Se trataba entonces de una reserva máxima, pues fuera de las materias enumeradas en dicho artículo, ninguna otra podía ser regulada por ley orgánica.

16 El artículo 141 de la codificación constitucional de 1998 contenía una enumeración ejemplificativa de las materias que debían ser reguladas a través de una ley ordinaria. Se trataba, por tanto, de una reserva mínima, pues no excluía el que otras materias no previstas en dicho artículo, puedan ser reguladas también por medio de una ley ordinaria.

17 Ejemplos de lo señalado, entre otras varias leyes, son: Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, publicada en el Registro Oficial No. 589 de 4 de junio de 2002; Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional,

Por su parte, la Constitución de 2008 diluyó la diferencia entre leyes orgánicas y ordinarias. Además de no establecer una diferencia formal, existen inconsistencias al momento de la formulación de las reservas normativas. En consecuencia, es complejo establecer su diferencia material, pues hay materias que se encuentran incluidas en ambas reservas, es decir, que podrían ser reguladas tanto por leyes ordinarias como por leyes orgánicas. Así, los numerales 1 y 4 del artículo 132 de la Constitución¹⁸ –norma que regula a la reserva de ley de forma general– tienen un texto prácticamente idéntico al contenido en los numerales 2 y 3 del artículo 133 –norma que establece una reserva de ley orgánica–¹⁹. De la similitud entre ambas normas se desprende que la Constitución

publicada en el Registro Oficial No. 387 de 30 de octubre de 2006; Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Registro Oficial No. 77 de 15 de mayo de 2000 y dotada de la calidad de orgánica mediante Resolución Legislativa No. 22-058 publicada en el Registro Oficial No. 280 de 8 de marzo de 2001; Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, publicada en el Registro Oficial No. 116 de 10 de julio de 2000.

- 18 Art. 132.- “La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: **1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.** 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. 3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados. **4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados.** 5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias. 6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales” (énfasis añadido).
- 19 Art. 133.- “Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: **1.** Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución. **2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.** **3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.** 4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral. [...] Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica” (énfasis añadido).

parece confundir a la reserva de ley ordinaria mínima con la reserva de ley orgánica máxima. Además, es importante notar que la amplitud del numeral 1 del artículo 132 y del numeral 2 del artículo 133 de la Constitución –esto es, la regulación del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales mediante ley ordinaria y ley orgánica– lleva a que, con una interpretación amplia, prácticamente cualquier materia pueda ser regulada mediante ley orgánica u ordinaria, sin contravenir la reserva normativa constitucionalmente establecida.

VI. Principio de especialidad

El principio de especialidad implica que, en caso de contradicción entre dos normas, deberá prevalecer la norma especial frente a la norma general. Evidentemente, el principio de especialidad es aplicable para resolver antinomias entre normas de la misma jerarquía. Caso contrario, el conflicto se resolvería por medio de la aplicación del principio jerárquico y no sería necesario recurrir al principio de especialidad.

La dificultad de este principio radica en determinar cuál es la norma especial, pues ninguna norma jurídica puede considerarse especial por sí misma, sino que su especialidad debe determinarse en función de la norma con la cual se la contrasta y los hechos que se pretenden regular. De hecho, incluso dentro de un mismo cuerpo normativo pueden existir disposiciones que se consideren especiales respecto a otras generales del mismo cuerpo normativo (Código Civil, 2005, art. 12)²⁰.

20 Un ejemplo claro lo encontramos en el propio Código Civil, respecto de los artículos 696 y 1814. Por un lado, el artículo 696 es una norma general sobre la tradición, que señala que esta puede estar sujeta a una condición, y que permite que el vendedor se pueda reservar el dominio de la cosa hasta el pago del precio. Por otro lado, el artículo 1814 es una norma especial al contrato de compraventa, que prescribe que la reserva de dominio hasta el pago del precio no surte efectos (la norma establece que la falta de pago del precio únicamente habilita el derecho a resolver el contrato o a demandar su cumplimiento forzoso). En este orden de ideas, para determinar si en el contrato de compraventa cabe reservarse el dominio hasta el pago del precio, por el principio de especialidad el intérprete debería aplicar el artículo 1814 y concluir que no.

Aun cuando el legislador denomine o incluya en la denominación de una norma la palabra “especial”, aquello no implica que sus disposiciones deban ser consideradas especiales de forma absoluta para efectos de aplicación del principio de especialidad, pues como quedó indicado, la especialidad de una norma es relativa a con qué norma se la compara, pudiendo ser en algunos casos general respecto a la norma con la cual se compara y en otros resultar especial.

En razón de lo indicado, cuando se analiza una ley que contiene varias disposiciones, tampoco es posible señalar que todas las disposiciones de esa ley son especiales frente a las disposiciones de otra ley que se consideran generales, sino que el análisis debe realizarse caso por caso, siendo posible que ciertas normas de la ley analizada resulten “especiales” frente a las normas de otra y viceversa. En este sentido, se ha dicho que un problema que debe resolverse en cada caso concreto respecto del principio de especialidad es “el de la relatividad del criterio general-especial, en tanto que una norma A puede ser general con respecto a una norma B, pero, a su vez, especial con respecto a una norma C” (Tardío, 2003, p.200).

VII. Principio cronológico

Este principio implica que la norma posterior prevalece sobre la anterior y parte de la lógica elemental de que, si el legislador promulga una nueva normativa, es con el propósito de modificar la anterior y que prime sobre ésta.

No resulta coherente pensar que una nueva normativa no pueda ser aplicada por la existencia de normas previas que la contradicen, pues aquello, como señala Bobbio (2012), “obstaculizaría el progreso jurídico y la gradual adaptación del derecho a las exigencias sociales” (p. 208). En este orden de ideas, la doctrina ha reconocido que si el legislador “elabora una norma que entra en conflicto con otra anterior es porque ha decidido conscientemente modificar la regulación de una materia de tal modo que será la más reciente la que deba prevalecer” (Ezquiaga, 2010, p.28). De lo dicho se desprende que el principio cronológico se relaciona directamente con la derogatoria

tácita de una norma, pues es precisamente cuando se expide una norma posterior que contradice a la anterior que se dice que ha operado una derogatoria tácita.

Al igual que ocurre con el principio de especialidad, el criterio cronológico es aplicable cuando se contrastan dos normas de la misma jerarquía que son competentes para regular esa materia, pues si se trata de dos normas de distinta jerarquía normativa, la antinomia quedará resuelta con la aplicación del principio jerárquico. Justamente, en palabras de Bobbio (2012), “el criterio cronológico vale como criterio de elección entre dos normas puestas en el mismo plano, más cuando dos normas están colocadas en planos diferentes, el criterio natural de elección es el que nace de la misma diferencia de planos” (p.208).

VIII. Prelación en la aplicación de los principios de resolución de antinomias

Una vez analizados los cuatro criterios o principios para resolver las antinomias que se presentan en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, corresponde determinar si existe algún tipo de prevalencia entre los mencionados principios, pues puede ocurrir que en función del principio que aplique el intérprete, cambie el resultado en cuanto a qué norma prevalece sobre la otra. Para Bobbio (2012), la respuesta al planteamiento realizado “depende del hecho de si hay o no reglas tradicionalmente admitidas para la solución del conflicto entre criterios, así como existen reglas admitidas para solucionar el conflicto entre normas” (p.207).

IX. El principio de competencia y el principio jerárquico

El artículo 425 de la Constitución de 2008 establece un orden jerárquico de aplicación de las normas y de forma expresa dispone que “en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”. Aquello implica que el criterio jerárquico

para resolver antinomias normativas tiene rango constitucional y, en principio, prevalecería sobre el resto de criterios.

Sin embargo, es necesario advertir que el inciso final del propio artículo 425 de la Constitución de 2008, prescribe que “la jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia [...]”, lo que implica que la aplicación del principio de competencia, frente a una antinomia, puede derivar en que una norma inferior prevalezca sobre una de superior jerarquía normativa, por ser competente para regular una determinada materia. Un ejemplo bastante ilustrativo consiste en un posible conflicto entre una norma regional²¹ y una ley, pues, en caso de que exista una antinomia entre estas normas, el intérprete deberá establecer qué norma es competente para regular la materia en que se produce la incompatibilidad. Dicha competencia deberá determinarse en función de las reservas normativas constitucionalmente establecidas y, en caso de que la materia deba ser regulada por una norma regional, esta norma, a pesar de ser jerárquicamente inferior, podría prevalecer sobre la ley por el principio de competencia.

En consecuencia, es posible afirmar que el primer criterio aplicable para la solución de antinomias en el Ecuador debe ser el de competencia. En caso de que este criterio no permita resolver el conflicto – ya sea porque no existe una reserva normativa que abarque la materia en la cual se produce la contradicción de las normas o porque ambas normas son competentes para regular la materia– se deberá aplicar el principio de jerarquía.

X. El principio cronológico y del principio de especialidad

Contrario a lo que ocurre con los principios de competencia y jerarquía, los principios de especialidad y cronológico no tienen

21 Al respecto, cabe señalar que la Constitución les atribuye a los gobiernos autónomos regionales la competencia exclusiva para expedir normas regionales (2008, art. 262).

sustento constitucional sino tan solo legal²² y, por ello, es mucho más complejo determinar cuál prevalece sobre el otro.

Respecto de las regulaciones que contiene el Código Civil sobre solución de antinomias, es necesario destacar que dicho cuerpo normativo es una ley ordinaria que regula esencialmente las relaciones entre privados, pero que dada la tradición civilista del Ecuador, contiene una serie de principios que no corresponden al ámbito de su regulación²³. Por lo mismo, es importante aclarar que sus disposiciones son meramente referenciales en cuanto a la solución de una antinomia entre leyes que regulan aspectos de derecho público.

El conflicto entre los principios de especialidad y el cronológico se produce especialmente cuando se promulga una ley general posterior que contradice una ley especial anterior y existen varios criterios en cuanto a cuál puede ser su solución. Si bien tradicionalmente se ha dicho que el principio de especialidad debería ser considerado antes que el cronológico, actualmente la doctrina cuestiona dicha afirmación, pues cuando el legislador expide una norma general posterior se infiere que pretende unificar el régimen jurídico respecto de esa materia y eliminar excepciones previstas en leyes especiales. Al respecto, se ha dicho que:

Los criterios de la cronología y de la especialidad entrarían en conflicto si una norma posterior y general es incompatible con otra norma anterior y especial. Según el criterio de la cronología prevalecería la poste-

22 Estos principios cuentan con regulación de índole legal en las siguientes normas: (i) artículo 3 numeral 1 de la LOGJCC; (ii) artículo 12 del Código Civil –norma que consagra el principio de especialidad–; (iii) artículo 37 del Código Civil –norma que recoge los postulados del principio cronológico–.

23 En palabras de Juan Montaña Pinto (2012), “[n]o se debe olvidar que la estructuración del llamado “sistema de fuentes” en los países tributarios del sistema jurídico romano germánico, se hizo mediante el derecho privado, particularmente del Código Civil por ser este el “texto” y el “lugar” donde se establecían los criterios de interpretación, armonización y ordenación de las distintas normas que integran el ordenamiento jurídico” (p. 17).

rior y según el de la especialidad la especial. **Este conflicto es de difícil solución y no hay una postura unánime al respecto.** Por un lado, puede afirmarse que si el legislador ha dictado una regulación general que contradice otra anterior especial es porque deseaba terminar con ese trato excepcional, ya que, de lo contrario, en la nueva norma general hubiera incluido una salvedad expresa en relación con la situación anterior. Pero, por otro, pueden invocarse argumentos de justicia para mantener la regulación especial aunque sea anterior. **En definitiva, será el órgano jurisdiccional el que deberá decidir en cada caso,** aunque en los Tribunales puede apreciarse una cierta línea jurisprudencial en favor del criterio de la especialidad. Esta solución es admisible, por supuesto, siempre que las dos normas en conflicto tengan el mismo rango jerárquico, ya que de lo contrario prevalecerá la superior aunque se trate de la anterior o **de la general** (Ezquiaga, 2010, 34-35) (énfasis añadido).

Respecto de la prevalencia del principio de especialidad sobre el cronológico, se ha sostenido que:

Esta regla, por otra parte, debe ser tomada con cierta cautela, ya que tiene un valor menos perentorio que el de la regla precedente [en referencia al principio de jerarquía]. Se diría que *lex specialis* tiene menos fuerza que la *lex superior*, y que por consiguiente, su victoria sobre la *lex posterior* es más discutida. Sin embargo, para hacer afirmaciones más precisas en este campo, es necesario disponer de una amplia casuística (Bobbio, 2012, 208).

También se ha mencionado en cuanto a esta problemática, que es necesario distinguir dos situaciones: “[...] a) si la ley posterior es particular, no hay duda que constituye una modificación parcial, y b) si la ley posterior es general, puede ser que derogue totalmente la anterior, o bien que la deje insubsistente a título de excepción, según el caso” (Monroy Cabra, 2003, 178).

En nuestro criterio, un eventual conflicto entre el principio de especialidad y el principio cronológico, la intención del legislador es sustancial para determinar la prevalencia de un principio frente a otro. Al respecto, la Corte Constitucional italiana (Sentencia 29/1976, 1976), citada por Guastini (1999, p.444), señaló que:

[...] en la hipótesis de sucesión de una ley general a una ley especial, no es verdadera en lo absoluto la máxima de que *lex posteriori generalis no derogar priori speciali*: ya que los límites de dicho principio van, en efecto, de vez en vez, **siempre verificados en la medida de la intención del legislador**. Y no se excluye en concreto la interpretación de la *voluntas legis*, de la que depende la solución del indicado problema de sucesión de normas, **evidencie una amplitud de la ley general posterior, tal que no tolere excepciones, ni siquiera de parte de leyes especiales**: las cuales quedan, de ese modo, tácitamente abrogadas (énfasis añadido).

El Código Civil ecuatoriano respecto a este conflicto establece que “la ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa” (2005, art. 39), es decir que admite la posibilidad de que el principio cronológico prevalezca sobre el principio de especialidad, pero instituye una condición: la ley general posterior debe manifestar que deroga a la especial anterior. La cuestión que debe plantearse frente a esta disposición del Código Civil es si una derogación general expresa²⁴ cumple esta condición y si es suficiente para que la norma general posterior prevalezca sobre la especial anterior.

Al respecto, es claro que si lo que busca el legislador es terminar todo tratamiento excepcional y por ende establecer una regulación general que derogue toda disposición anterior que se le oponga, basta con que incluya una disposición derogatoria general en tal sentido, sin necesidad de que mencione el nombre de la ley o el número del articulado, para considerar que esa disposición ha sido tácitamente derogada y por ende, en aplicación del principio cronológico, la norma posterior prevalezca sobre la anterior.

24 Un ejemplo de una derogación general expresa es el siguiente: “Esta Ley deroga toda norma especial o general que se le oponga”. Esta fórmula se utiliza en la disposición General Cuarta de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Registro Oficial No. 181-S de 22 de diciembre de 1999. Incluso, cabe señalar que la misma Constitución de 2008 contiene una Disposición Derogatoria General, en virtud de la cual se deroga la Constitución del año 1998, así como “toda norma contraria a esta Constitución”.

Resulta una interpretación extremadamente literal y asistemática respecto a todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el sostener que solamente una ley general posterior puede prevalecer sobre una especial anterior, si la ley general hace mención expresa a la denominación de la ley especial y proclama su derogación. La referida afirmación no considera la intención del legislador de unificar el tratamiento jurídico de una determinada situación, que en muchos casos es expresa, y desecha por ende la posibilidad de que la ley general posterior derogue expresamente toda disposición especial que se le oponga, sin necesidad de mencionar los nombres de las leyes derogadas.

Desde nuestro punto de vista, cuando exista forma de determinar que la intencionalidad del legislador es la unificación de un determinado régimen jurídico y la norma contenga una disposición derogatoria general, aun cuando se trate de una norma general posterior, es razonable sostener que prevalece sobre la norma especial anterior.

Por ejemplo, si se decide unificar y regular todos los procedimientos judiciales en un solo Código de Procesos y esta intención es expresamente manifestada por el legislador, tanto durante la discusión del nuevo Código, como en los considerandos y texto del mismo, aun cuando no se derogue expresamente un procedimiento judicial establecido en una ley especial anterior, el intérprete puede llegar a la conclusión de que dicho procedimiento establecido en la ley especial ha sido derogado tácitamente por la ley general posterior y por ende no es aplicable. En el ejemplo expuesto, la ley general posterior derogaría tácitamente a la especial anterior²⁵.

En tal sentido, nos apartamos del criterio de cierto sector de la doctrina, que sostiene que solamente si se menciona de forma expresa a la ley

25 En el Ecuador se vive un proceso de esta naturaleza con la expedición del Código Orgánico General de Procesos promulgado el 22 de mayo de 2015 en el Registro Oficial No. 506, el cual unifica toda la actividad procesal en todas las materias salvo la constitucional, electoral y penal. Los procedimientos judiciales previstos en normas especiales anteriores, aun cuando no hayan sido expresamente derogados, son considerados por los jueces como tácitamente derogados.

especial como derogada en la ley general posterior, ésta podrá prevalecer sobre la especial. Sin embargo, parece ser que es esta posición la que se ha adoptado en nuestro país. Los pronunciamientos del Procurador General del Estado sobre las disposiciones derogatorias del Código Orgánico Administrativo (COA) son un claro ejemplo de aquello.

Al respecto, es necesario recordar que el COA representa el intento de superar la “no codificación” del Derecho administrativo y que, por lo mismo, fue expedido con el fin de regular de manera uniforme e integral el ejercicio de la función administrativa (Guerrero, 2019, 40-41). La uniformidad que se buscó lograr con el COA se refleja no solo en el artículo 1 de dicho cuerpo normativo²⁶, sino también en sus disposiciones derogatorias. En este sentido, para que exista uniformidad en la regulación del procedimiento administrativo, la Disposición Derogatoria Primera del COA prescribe que se derogan “todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa, caducidad de las competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando” (COA, 2017). Por su parte, la Disposición Derogatoria Novena contiene una derogación general expresa, en virtud de la cual se derogan “**otras disposiciones generales y especiales que se opongan al presente Código Orgánico Administrativo**” (COA, 2017) (énfasis añadido).

El Procurador General del Estado, en el año 2019, se pronunció sobre dos consultas referentes a la derogatoria tácita de procedimientos administrativos especiales contenidos en normas anteriores al COA. En ambas consultas, consideró que la derogación general contenida en el COA no es suficiente para derogar tácitamente las normas especiales anteriores a dicho cuerpo normativo. En materia de salud, el Procurador observó que la Ley Orgánica de Salud y el COA contienen normas incompatibles respecto del procedimiento administrativo sancionador, pero determinó que las disposiciones de la referida ley no fueron derogadas por el COA en los términos del

26 Art. 1.- “Este Código regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público”.

artículo 39 del Código Civil (Oficio PGE No. 02145, 2019). El Procurador sostuvo el mismo razonamiento en materia de derecho de la competencia, al señalar que el COA no derogó, ni expresa ni tácitamente, el procedimiento sancionador especial establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (Oficio PGE No. 06578, 2019).

En nuestro criterio, estas decisiones, sustentadas en el Código Civil (ley ordinaria de derecho privado), vacían el contenido de las disposiciones derogatorias del COA y desconocen la intención del legislador al expedir este cuerpo normativo. Por lo mismo, consideramos que sí se deberían entender tácitamente derogadas aquellas normas especiales anteriores a la vigencia del COA.

Desde nuestro punto de vista, la afirmación de que la norma general posterior no modifica ni deroga la norma especial anterior no es absoluta y, por lo tanto, es necesario un riguroso análisis casuístico para determinar la forma en que debe resolverse la antinomia, siendo razonable y jurídicamente correcto que, en determinados casos, prevalezca la norma general posterior.

XI. Conclusiones

A lo largo de este artículo, hemos buscado enfocar a la derogatoria tácita de una norma como un problema de interpretación, que genera una antinomia. Para solucionar antinomias, existen varios criterios, previstos tanto a nivel constitucional como legal. En un primer momento, el intérprete deberá aplicar el principio de competencia y de jerarquía, los cuales tienen sustento constitucional. Por su parte, los principios de especialidad y de cronología deben aplicarse con posterioridad a los dos primeros. Sin embargo, ante la falta de un criterio claro sobre cuál de los dos principios debe prevalecer, consideramos indispensable que el intérprete realice un minucioso análisis casuístico, en el cual deberá considerar, particularmente, la intención del legislador.

Referencias Bibliográficas

- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Civil. (24 de junio de 2005). Registro Oficial Suplemento 46.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Administrativo. (07 de julio de 2017). Registro Oficial Suplemento 31.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (22 de octubre de 2009). Registro Oficial Suplemento 52.
- Bobbio, N. (2012). *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). Recuperado de <https://www.lexis.com.ec/>
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (1998). [Derogada] Recuperado de <https://www.lexis.com.ec/>
- Corte Constitucional de Colombia. (10 de septiembre de 2014) Sentencia C-668/14. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional del Ecuador. (21 de marzo de 2013) Sentencia No. 001-13-SIA-CC. [MP Fabián Marcelo Jaramillo Villa]. Registro Oficial Suplemento 933.
- Ezquiaga Ganuzas, F. (2010). *Conflictos e interpretación jurídica. Michoacán*, México: Cuadernos de Divulgación sobre Cultura de la Legalidad, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán.
- Gascón Abellán, M. (1994). *Cuestiones sobre la derogación*. Revista Doxa, N. 15-16, 845-859. DOI: 10.14198/DOXA1994.15-16.42
- Guastini, R. (1999). *Antinomias y lagunas*. Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 29, 437-450.

- Guerrero, F. (2019). *Nueva visión del Derecho Administrativo: Sustentada en el Código Orgánico Administrativo y normativa conexas*. Quito, Ecuador: Cevallos.
- Henríquez, M. (2013). *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno*. Estudios constitucionales, 11(1), 429-476. DOI: 10.4067/S0718-52002013000100012
- Monroy, M. (2003). *Introducción al Derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Montaña, J. (2012). *Teoría Utópica de los Derechos*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Prieto, L. (2002). *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*. Diritto & Questioni Pubbliche, 2, 97-114.
- Procuraduría General del Estado. Oficio No. 06578. (11 de noviembre de 2019). Registro Oficial 111.
- Procuraduría General del Estado. Oficio No. 02145. (03 de enero de 2019). Registro Oficial 436.
- Tardío, J. (2003). *El principio de especialidad normativa (LEX SPECIALIS) y sus aplicaciones jurisprudenciales*. Revista de Administración Pública, 162, 189-225.
- Torré, A. (2009). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot.
- Tribunal Constitucional del Ecuador. (19 de noviembre de 2003) Resolución No. 030-2003-TC. Registro Oficial 223.

El régimen jurídico de la motivación de sentencias y actos administrativos, su relación de causalidad con la vulneración de derechos y actos de corrupción.

Lack of motivation for judicial decisions and administrative acts: a window open to acts of corruption

Carlos Villacreses Valencia*

Investigador Jurídico Independiente

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 26 de agosto, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 25 de noviembre, 2020

Citación

Villacreses, C. (2020). *El régimen jurídico de la motivación de sentencias y actos administrativos, su relación de causalidad con la vulneración de derechos y actos de corrupción*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (253-281).

DOI: 10.26807/rr.vi02.5

Resumen: La investigación se encuentra dividida en cuatro etapas conexas, las dos primeras pretenden contextualizar al lector sobre la naturaleza jurídica de la sentencia judicial, la importancia de la motivación en la sentencia y la protección normativa que el derecho constitucional prescribe en favor de toda resolución de naturaleza

* Estudiante de Jurisprudencia y Finanzas de Cuarto año por la Universidad San Francisco de Quito. Diplomado Superior en Ciencias Penales y Criminología (c) por el Instituto Interamericano de Investigación y Publicaciones Jurídicas. Editor Junior de la USFQ Law Review VII Edición (2020). Actualmente es asistente legal en Responsibility Firm, ciudad de Quito. Correo electrónico: cvillacreses1@estud.usfq.edu.ec

pública, la cual debe ser suficiente y coherentemente motivada como método de protección ante eventuales abusos de poder y casos de corrupción por parte de funcionarios públicos. La investigación aborda un estudio profundo sobre la potestad administrativa sancionadora que cubre al funcionario público e incluso la responsabilidad penal.

Una vez realizado el análisis que incluye doctrina y jurisprudencia internacional, la investigación analiza casos reales en que la falta de motivación tiene efectos sobre los derechos de los ciudadanos. En la sección tercera, la investigación revela faltas reiteradas por parte de los jueces del Tribunal Multicompetente de Pastaza, lo cual merece especial atención por parte del Consejo de la Judicatura. En la sección final, se evidencia un caso donde la ausencia de motivación en un proceso de contratación pública directa ocasionó un escándalo por supuesta corrupción.

Palabras clave: Juez; Sentencia; Destitución; Corrupción; Acto Administrativo; Contratación pública.

Abstract: *The investigation is divided into four related stages, the first two are intended to contextualize the reader about the legal nature of the court ruling, the importance of the motivation in the judicial resolution and the way in which the law protects the constitutional right to receive any resolution of a public nature in a sufficiently and coherently motivated way as a method of protection against possible abuses of power and cases of corruption by public officials. The investigation deals with a deep study on the administrative sanctioning power that covers the public official and even criminal responsibility.*

Once the analysis that includes international doctrine and jurisprudence has been carried out, the investigation analyzes real cases in which the lack of motivation has effects on the rights of citizens. In the third section, the investigation reveals repeated faults on the part of the judges of the Multi-competent Court of Pastaza, which deserves special attention from the Council of the Judiciary. In the final section, there is evidence of a case where the lack of motivation in a direct public procurement process caused a scandal for alleged corruption.

Keywords: *Judge; Judicial Decision; Dismissal; Corruption; Administrative Act; Public contracting.*

Introducción

Esta investigación encuentra razón suficiente para considerar que la sentencia judicial y los actos administrativos inmotivados son hechos que merecen especial atención por parte de los organismos de control tanto para la protección efectiva de los derechos del particular como para identificar posibles actos de corrupción.

El orden de prelación que manejará la investigación es un análisis de la naturaleza jurídica de la sentencia judicial desde el punto de vista doctrinario, las garantías esenciales del debido proceso y la motivación como un derecho constitucional reconocido y tutelado. Posteriormente se analiza la potestad administrativa sancionadora y su diferencia con la potestad coactiva como método de sanción a la actitud negligente o dolosa del funcionario público.

Para materializar fácticamente todo lo estudiado, se analizarán casos de dictámenes judiciales objeto de recurso de casación por la Corte Nacional de Justicia debido a un vicio en la motivación, tema que resulta alarmante por la recurrente participación de los jueces que conformaron el Tribunal Multicompetente de Pastaza y por la falta de indagación de los hechos por parte del Consejo de la Judicatura. Adicionalmente, se estudiará el acto administrativo que adjudica un contrato público de manera directa en virtud del estado de emergencia que vive el país debido al COVID-19 que aparentemente maneja sobreprecios, evento que causó alarma social en la última semana del mes de marzo de 2020 y cuya consecuencia son más de una docena de casos judicializados hasta la actualidad.

Se pretende, de forma sucinta pero suficiente demostrar el nexo que existe entre el cometimiento de actos de corrupción, la vulneración de derechos y la falta de motivación en los actos y resoluciones de los poderes públicos.

I. Sobre la naturaleza jurídica de la sentencia judicial y el acto administrativo. La implicación del deber de motivación

En palabras de Vescovi (2006):

Los hombres en sociedad tienen conflictos de intereses en virtud de que los bienes de la vida no alcanzan para las necesidades ni los deseos de todos. Surgen así las pretensiones de algunos que no son aceptados por otros sino resistidas, lo cual genera la controversia. (p.76).

La traba de la litis nace de las pretensiones particulares contrapuestas y, por ende, se requiere de un ente imparcial y ecuánime que decida, en subsunción de los hechos y la norma jurídica a quién ampara el derecho reclamado y por qué. Esta visión corresponde al sentido más tradicional de administración de justicia, aun cuando las nuevas vertientes admiten los métodos alternativos de solución de conflictos, en los cuales los particulares son investidos por las partes para actuar en el lugar del juzgador.

Las controversias, según Vescovi (2006), han de ser resueltas en restricto apego a normas jurídicas previamente sometidas al principio de publicidad. El tratadista antes referido desarrolla dentro de la teoría de los derechos “prestacionales” y “abstencionales” la hipótesis de existencia de derechos que requieren la intervención del Estado como medio de garantía, mientras que otros requieren la abstención de intromisión del Estado para ser respetados y ejercidos. Cuando se trata de administrar justicia, por regla general, es el Estado quien posee la facultad de resolver el conflicto a través de sus órganos jurisdiccionales. La Constitución de la República del Ecuador así lo prescribe en el artículo 75:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley (CRE, 2008).

La Función Judicial, en palabras de Oyarte (2019) determina que “está compuesta por órganos que ejercen la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (p.164). El núcleo del sistema procesal consiste en una serie de actos procesales encaminados en el tiempo, dominados por el principio de preclusión procesal y amparados en normativa previa y expresa que permitan al juez dirimir la controversia y actuar conforme la pretensión de las partes, en representación de la Función Judicial y revestidos de competencia.

Sin embargo, para que la actuación judicial tenga sentido y eficacia, necesita ajustar su labor al acto que le distingue de los demás funcionarios públicos. Este acto especial se puede atribuir a un acto decisorio o sentencia. Es el juez quien, en las palabras de Devis-Echandía (2019), “dirige y decide el litigio o resuelve las peticiones que sin controversia se le presenten” (p.211). Para cumplir el mandato constitucional, el juez claramente tiene algunos poderes únicos otorgados por su jurisdicción; poder de decisión, de coerción y de ejecución. Según Devis-Echandía (2019), “la sentencia 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 demandando” (p.213).

La sentencia es el acto central de todo proceso, cada uno de los actos procesales llevados a cabo por las partes y el juez están encaminados a la resolución judicial motivada, es aquí donde se concretiza la efectividad de la norma jurídica y se materializa el derecho abstracto en una realidad plausible. Sin embargo, no podemos simplemente pensar en una sentencia como una decisión, sino en una decisión razonada. Atienza (2018), enfatiza que “La obligación de los jueces de motivar sus decisiones significa que se deben ofrecer razones suficientes en la forma adecuada para lograr la persuasión” (p.71).

Cuando Atienza (2018) discute sobre “la obligación” del juez de motivar la sentencia, se relaciona a una connotación histórica del cual se extrae el latinismo “Da mihi factum dabo tibi ius” que expresa “quien tiene la Ley, tiene el poder”. En un ejercicio práctico, el particular se relaciona con el juez dándole la capacidad de examinar los hechos a expectativa de que se le otorgue o ratifique un derecho

alegado en virtud de un análisis fáctico y normativo. ¿El juez da el derecho? La respuesta es sin duda afirmativa, el juez puede restringir, reconocer o ratificar un derecho en virtud de su potestad pública de administración de justicia materializada en la sentencia.

La evaluación del razonamiento judicial es sin duda fundamental para discutir una arista esencial del Derecho Procesal; la doble instancia o capacidad de impugnación, pues ¿cómo podría una parte apelar la decisión de un juez si no conoce su razón de decidir?, ¿cómo puede una parte sentirse igual en un proceso si no hay una razón que explique su decisión? Debido a estos cuestionamientos, el legislador lleva a un grado normativo expreso la obligación de tener una sentencia razonada en el texto Constitucional.

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. 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. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (CRE, 2008, art.76 numeral 7 inciso l).

Analizando la norma constitucional, resalta la sanción que el legislador prevé para la indebida o insuficiente motivación de un acto o resolución de poder público. La doctrina señala dos tipos de sanciones; subsanables y no subsanables, siendo estas últimas conocidas como “nulidades absolutas”. La nulidad absoluta se entiende como un vicio en la actuación cuya gravedad es tal que no puede ser saneada ni siquiera por ratificación o consentimiento del sujeto a quien afecte sus derechos. Este análisis doctrinario permite dimensionar la gravedad de la falta de motivación y su doble consecuencia; la nulidad del acto y la sanción correspondiente al servidor público responsable.

En efecto, el Código Orgánico General de Procesos prescribe:

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 (COGEP, 2015, art.89).

De esta norma resalta la plena concordancia con la norma constitucional al establecer la importancia de que la decisión judicial tenga un sustento de razonamiento. La falta de motivación podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación, siendo claramente el derecho al debido proceso aquello que se pretende tutelar. Por otro lado, abordando la naturaleza jurídica del acto administrativo, la definición que otorga el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo, se desprenden varios elementos que conforman esta manifestación de la administración pública, tales como; la existencia de una declaración unilateral, la voluntad, el ejercicio de la función administrativa y los efectos jurídicos particulares o generales.

No cabe duda la relevancia de los elementos “unilateralidad” y “voluntad”. En palabras de Guechá Medina (2011), la unilateralidad implica “la sola sujeción a la legalidad para el ejercicio del acto”, mientras que el elemento volitivo implica “que la administración, tenga una facultad directa de imposición del derecho frente al particular”. No obstante, el autor es cauto en definir estas características del acto administrativo pues las delimita en el ámbito de la sujeción al principio de legalidad, entendiéndose de forma implícita que el acto administrativo surte sus plenos efectos siempre y cuando exista un sustento normativo.

A precisión de aquello, el artículo 100 de la norma *ibidem* prescribe que la motivación del acto se compone de 3 elementos; i) el señalamiento de la norma aplicable con determinación de su alcance, ii) la calificación de los hechos relevantes y iii) la explicación de la pertinencia al régimen jurídico invocado en relación a los hechos determinados. El COA, asume una postura clásica sobre la legalidad del acto, siendo en principio un ejercicio de subsunción entre la norma y los hechos. Le corresponde entonces a la administración pública

llevar a cabo dicho ejercicio, basándose en la legitimidad que la Ley le otorga para el efecto procurando no caer en la arbitrariedad.

No obstante, resultaría ingenuo y ajeno a la realidad afirmar que la administración pública no se encuentra sujeta al fallo o incluso susceptible a la arbitrariedad. Por lo cual, la norma acompaña a medida de contrapeso esa facultad de ejercer la voluntad unilateral acompañada de la presunción de legitimidad del acto administrativo con el derecho a la debida motivación y la impugnación tanto en sede administrativa como judicial. La motivación del acto administrativo cobra especial importancia cuando existe un margen de discrecionalidad en la actuación del funcionario público. En criterio de Solanes y Gonzalez (2017):

las potestades regladas requieren necesariamente de un margen (aunque mínimo) de discrecionalidad en la aplicación de las formas, las cuestiones resolutivas y los métodos a emplearse. Pues la norma no pretende convertir a la administración en un ente mecánico sino dinámico (en medida de lo posible) (p.112).

Pretender deslindar el deber de motivación dentro del margen de discreción por más pequeño que este sea podría afectar a la legalidad de los actos, las formas y el proceso que la Ley dispone.

Precisamente, la norma cataloga a la motivación como un elemento esencial del acto administrativo incluso en su fase discrecional pues los argumentos fácticos y jurídicos permiten que el particular a quien el acto afectó su esfera de derechos pueda ejercer su derecho de impugnación de manera efectiva. Por ejemplo, si se demostrase que no existe vía idónea más directa para la protección de un derecho y se desea dejar sin efecto el acto administrativo por la vía constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece en su artículo 42 como causal de improcedencia de la acción que “de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales”. No obstante, si la administración no expresa dentro del mismo acto cómo determinada norma y determinados hechos confluyen para dar razón al acto, el particular queda desprovisto de una herramienta fundamental para su defensa. No conocería

el fundamento legal que da origen a la arbitrariedad y por ello sería atentatorio contra los intereses del administrado. Realizado este breve análisis, cabe proceder al estudio de las consecuencias jurídicas por la falta o indebida motivación de los actos de poder públicos.

II. Consecuencias de la falta de motivación de los actos de poder público: la potestad administrativa sancionadora y la responsabilidad penal.

El legislador ha buscado incorporar a la norma un elemento persuasivo a la arbitrariedad; una consecuencia derivada del incumplimiento, la cual no dista demasiado de una función punitiva y se materializa a través de la potestad administrativa sancionadora.

De acuerdo con Perdomo (1997), La potestad administrativa sancionadora se define como:

la facultad de la administración pública de imponer sanciones a través de un proceso administrativo al administrado como consecuencia de una conducta ilícita, con finalidad represora que tengan como fin corregir la actuación desviada del funcionario de manera proporcional al daño causado (p. 58).

El Código Orgánico Administrativo (COA), maneja con especial cautela los procesos de sanción. Estableciendo para ello algunas reglas, entre ellas, que el funcionario conozca de manera premeditada las causales que provocarían la eventual sanción y que, en caso de establecerse la sanción, esta sea comunicada de forma oportuna para garantizar el pleno goce de su derecho a la contradicción. Demás reglas están contenidas en el artículo 248 del COA.

Los procesos sancionatorios inician en virtud del principio de unilateralidad, es decir, por simple voluntad sustentada de la entidad pública legalmente habilitada para sancionar. La sustanciación de dicho proceso está reglada en el artículo 250 del COA y subsiguientes. Realizando una breve síntesis, el procedimiento inicia de oficio o a petición de parte mediante acto administrativo que contenga la identificación

de la o las personas presuntamente responsables, la relación con los hechos, el detalle de los documentos necesarios para esclarecer los hechos y la determinación del órgano competente para resolver el caso. Posteriormente, se procede a la notificación del oficio a los interesados, se da un término de 10 días para la contestación y consecuente oposición del particular, análisis de la prueba y dictamen.

Es menester puntualizar que, la sanción cubre a todos los funcionarios públicos en razón de sus obligaciones implícitas y explícitas. Por ejemplo, no es necesario que la norma afirme explícitamente el principio de “alterum non laedere” o “prohibición de dañar injustificadamente”, sino que se entiende implícita por los principios que envuelven al funcionario público contenidos en el COA y la Constitución

Respecto al análisis doctrinario sobre la importancia de la motivación en las resoluciones judiciales, Oyarte (2014) opina que:

La motivación, como lo ha indicado nuestra jurisprudencia constitucional, no se cumple de un modo meramente formal o con la simple cita de preceptos jurídicos o de tratadistas, ni con la reproducción total o parcial de los argumentos esgrimidos por las partes dentro de un fallo. Todo lo contrario, la motivación constituye un juicio lógico que enlaza los hechos y el derecho para obtener como conclusión una consecuencia jurídica (p.117).

Las normas reglamentarias y sancionatorias de los funcionarios judiciales constan en el COFJ con un diferente estándar al de otros funcionarios públicos. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional de Colombia interpreta que:

La responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados no puede abarcar el campo funcional, esto es el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del derecho según sus competencias. Por consiguiente, el hecho de proferir una sentencia judicial en cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno. Si se comprueba la comisión de un delito al ejercer tales atribuciones, la competente para imponer la sanción es la justicia penal en los términos constitucionales y no la autoridad disciplinaria. (Corte Constitucional de Colombia, No. C-417-1993).

En Ecuador, las sanciones administrativas no son excluyentes de la responsabilidad penal. El legislador ha optado por categorizar la gravedad de la falta entre leves, graves y gravísimas (COFJ, artículos 107-109). Esta gradualidad existe en virtud del principio de proporcionalidad, atendiendo a la frecuencia y la concurrencia de una o varias faltas. La sanción disciplinaria persigue una finalidad distinta a la responsabilidad penal, pues la primera se agota con lo dispuesto en el artículo 105 del COFJ, siendo la destitución la consecuencia más severa prevista en el ámbito administrativo. Por otro lado, la responsabilidad penal considera el elemento subjetivo de la conducta, así mismo la necesidad de reparación integral por los actos u omisiones causados. En el caso de la falta o incorrecta motivación de las resoluciones judiciales, la Ley es clara al contenerla dentro de las faltas graves. Causales que se contienen dentro del Código Orgánico de la Función Judicial:

No haber fundamentado debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias, según corresponda, o en general en la substanciación y resolución de las causas, haber violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República (COFJ, 2009, artículo 108).

La falta de motivación ha sido considerada como una circunstancia constitutiva de infracción incluso por la jurisprudencia internacional. En el caso “Zegarra Marín vs Perú” (CIDH, 2017) La Corte Interamericana de Derechos humanos reconoció la importancia de tener una sentencia motivada. En el caso, se determinó que el Estado violó la presunción de inocencia y no se garantizó la motivación del fallo.

Es precisamente el análisis intelectual llevado a cabo por el juez, materializado en su motivación lo que debe constituir el factor determinante que fracture el principio de Presunción de Inocencia. El análisis debe basarse en los principios procesales comunes a la legislación peruana, entre ellos la libertad probatoria, pero sobre todo la conexión lógica entre la norma aplicable al caso y las pruebas aportadas al proceso que acrediten los hechos facticos pertinentes” (Corte IDH, 2017).

La sentencia condenatoria emitida en el proceso penal en contra del señor Zegarra Marín carece de efectos jurídicos en lo que respecta a la víctima del caso, y por lo tanto, que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para dejar sin efecto las consecuencias que de ella derivan, así como los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales que existieran en su contra a raíz de dicho proceso; como medida de satisfacción (Corte IDH, 2017, Caso Zegarra Marín vs. Perú). En la responsabilidad internacional, una sentencia que no haya cumplido con el estándar mínimo de la debida motivación adolece de un vicio de nulidad insubsanable, consecuentemente al derecho de reparación del ciudadano afectado por una actuación judicial errada. Esto concuerda con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8 ya menciona un pilar muy importante para esta discusión:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (OEA, CADH, art.8)

Con “debidas garantías” se entiende, según el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte interamericana de DD. HH. Número 12 la garantía al “debido proceso”.

Igualmente, las garantías generales contenidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), como “el derecho a ser oído dentro de juicio, a ser juzgado por un tribunal independiente, imparcial y competente, así como a obtener una resolución motivada.” (Corte IDH, 2016). Los párrafos precedentes son clara muestra de la concordancia del Derecho interno ecuatoriano con las normas y jurisprudencia de carácter internacional que concuerdan en el deber judicial de motivación de la sentencia como un pilar esencial del debido proceso, cuya inobservancia constituye infracción grave que puede claramente llevar a una destitución del cargo.

Una vez abordada la problemática desde la normativa internacional y explicado el carácter sancionador de la administración pública, es menester realizar una pregunta que sostenga una realidad menos dogmática y más práctica. ¿Por qué un juez conociendo de todo este antecedente no motivaría su sentencia?

Claramente no existe una respuesta académica a esta pregunta sino un abanico multicausal de posibilidades. En este punto es determinante la labor investigativa de los organismos de control sobre la posible implicación del funcionario en delitos contra la administración pública; es decir, eventuales casos de corrupción (Corte IDH, 2017).

En un país donde existe escasa credibilidad del sistema de administración de justicia, no es descabellado que exista una natural desconfianza sobre la ecuanimidad del juez al momento de decidir. Ya sea por presiones políticas o por dádivas económicas, un sistema de justicia quebrantado tiene serios riesgos en incurrir en ilícitos penales. En esencia, el temor del particular es que el juez actúe de forma apartada a la Ley y en beneficio de una de las partes a cambio de un enriquecimiento patrimonial ilícito. La gravedad del asunto radica en que el poder judicial se vería condicionado al poder económico, dejando indefensas a las partes vulnerables dentro de la relación jurídico-procesal y convirtiendo el principio de la igualdad ante la Ley en una completa ficción. La forma más sencilla para lograrlo es disfrazar la legalidad de una sentencia judicial con una motivación aparentemente suficiente, pero que en el fondo no se ajusta a los hechos del caso ni a la norma jurídica pertinente. Cuando el funcionario recibe dádivas o se enriquece a costa de su puesto concurren tipos penales como el del artículo 280 del COIP:

Cohecho.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años [...] (COIP, 2014, artículo 280).

Resulta complejo creer, en medida de la practicidad, que el funcionario se aleje de sus obligaciones incluso sabiendo las sanciones previstas para ello en el Código Orgánico de la Función Judicial sin recibir algún tipo de beneficio patrimonial. Muestra de ello es el proceso penal número 17721-2019-00013, en el cual el Ex Juez de la Provincia de Pastaza, Aurelio Quito fue sentenciado por cohecho y condenado a cumplir pena privativa de libertad más medidas de reparación integral (Letamendi, 2020). El Ex Juez habría ofrecido a otro magistrado beneficio económico para ratificar una sentencia dictada por concepto de acción de protección. El juez denunciante, Dr. John Álava manifestó en audiencia que se pretendió de él una actuación apartada del derecho, maleando los hechos del caso e interpretando parcial e inconsistentemente la prueba, por lo cual la motivación de su sentencia sería favorable a los intereses de la parte demandada. En otros casos, que no se explicarán a profundidad pues cuestiones de síntesis, otros tipos penales han sido configurados por actuaciones dolosas de los jueces, tal es el caso del ex juez provincial de Pichincha Édgar Flores Gonza por el presunto delito de tráfico de influencias (Galarza, 2020).

III. La falta de motivación en las sentencias y su presencia en la administración de justicia en el Ecuador. ¿Es el Tribunal de Pastaza merecedor de una sanción administrativa?

Esta labor investigativa determinó una serie de acontecimientos que merecen especial atención por parte del Consejo de la Judicatura debido a la recurrente actuación equivocada de los jueces que conforman el Tribunal Multicompetente de Pastaza en los diversos procesos puestos a su conocimiento desde el año 2013. Para efectos de este ensayo, constituye una muestra ejemplificativa de cómo la falta de motivación de parte de la administración de justicia puede vulnerar derechos y cómo la problemática no es ajena a la realidad jurídica del país. En todos ellos, la motivación de la sentencia ha excedido la Ley, ha sido insuficiente o incorrecta, lo cual resulta tremendamente perjudicial para las partes involucradas.

Se analizará las siguientes causas que son de acceso y conocimiento público:

3.1. Causa No. 16281-2016-0013

La Sala Especializada de los Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, casa la sentencia emitida en 2016 el 20 de febrero de 2017 por el Tribunal Multicompetente de la Corte Provincial de Pastaza integrado por los Jueces Juan Sailema Armijos, Enrique Bolívar Torres y Carlos Medina Riofrío debido a la ausencia de un sustento motivacional adecuado a los hechos. En el caso, el Tribunal Provincial llegó a la conclusión de la culpabilidad del procesado, Sr. Marco Vinicio Barrionuevo sin que se haya probado en juicio la forma en que se materializó el supuesto delito: modo, tiempo, lugar ni monto del perjuicio al Estado por el delito de Peculado. La CNJ recalca que, si bien la norma jurídica ampara la sana crítica como método de valoración de la prueba, esta no puede ser incoherente ni arbitraria. En palabras de la Corte Nacional, la sentencia casada:

evidencia una falta de coherencia en la construcción de la argumentación, que transgrede el principio de la lógica. Lo expuesto, repercute en la parte resolutoria del fallo por cuanto los Jueces de segunda instancia ratifican la inocencia del procesado (...) sin efectuar un análisis coherente (...) (CNJ, No. 16281-2016-0013).

3.2. Causa No. 256-2013-SF

En este proceso, la Sala especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia determina que el Tribunal ad quem de Pastaza, emitió un fallo declarando la inocencia del procesado revocando lo decidido por el Tribunal Penal. Dado que la decisión judicial modifica la esfera jurídica del individuo respecto de sus derechos, aplica lo dispuesto en el artículo 76.7.1 de la Constitución. Sin embargo, la Corte Provincial de Pastaza vulneró, en palabras de la Corte de Casación: “las garantías más básicas del debido proceso. Aplicó normas penales

imprecisas, incongruentes e inadecuadas a los hechos fácticos, por lo cual se procedió a anularla por indebida motivación” (CNJ, No. 256-2013-SF). Los Jueces que actuaron en esta causa fueron la Dra. Tania Masson, Dr. Bolívar Torres y el Dr. Oswaldo Vimos (voto salvado).

3.3. Causa No. 234-2013

En esta causa, el Tribunal de la Corte Provincial de Pastaza integrado por el Dr. Bolívar Torres, Dra. Tania Masson y el Dr. Frowen Alcívar, declara por unanimidad la culpabilidad del ciudadano Eddy Rafael Barreno Rojas como autor del delito de uso doloso de documento público falso. La sentencia referida fue objeto de recurso extraordinario de Casación. La CNJ casa la sentencia en su totalidad debido a un error en la aplicación de la norma jurídica. La Corte precisa que:

se evidencia el yerro en que ha incurrido la Sala Única de la Corte Provincial de Pastaza al tomar en consideración que el recurrente no es una persona peligrosa, de haber reparado el daño con la licencia profesional, expresiones y consideraciones personalísimas del órgano jurisdiccional que no se adecuan a las circunstancias atenuantes previstas en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano (...)” (CNJ, No. 234-2013).

La precisión antes citada se encuentra a fojas ciento treinta y cuatro del expediente pertinente. Es menester resaltar que, el dicitum de la sentencia dispone se oficie al Consejo de la Judicatura un proceso de investigación acerca de la actuación de los jueces del Tribunal ad quem.

3.4. Causa No. 17721-2016-1704

La Corte Nacional de Justicia (2016), anula nuevamente una sentencia emitida por la Corte Provincial de Pastaza debido a la falta de motivación. En el caso el tribunal de alzada excluye sin sustento apropiado el testimonio de Galo Altamirano bajo la denominación de “amigo íntimo” de la persona procesada acudiendo a la semántica y a la norma Procesal Civil, que es ajena a la norma propiamente aplicable del Código

de Procedimiento Penal que, en su artículo 84 prescribe el principio de Libertad Probatoria. (CNJ, No. 17721-2016-1704).

Por lo expuesto, la CNJ resuelve casar la sentencia del tribunal de segunda instancia a costas de los jueces que lo componen, en el presente caso: Dr. Bolívar Torres, Dr. Carlos Medina y Dr. Juan Sailema.

En los casos antes expuesto confluyen dos alarmantes factores: primero, que el error que provoca la nulidad de la sentencia tiene que ver con yerros en la motivación y segundo, la recurrente actuación de los jueces Torres, Medina, Sailema y Masson. Si bien el Consejo de la Judicatura tiene entera potestad discrecional sobre el procedimiento de sanción, se cree menester la apertura de un profundo proceso de investigación afín de precautelar un sistema de administración de justicia responsable. Dado que el efecto de la casación es retrotraer el proceso al momento en que se incurrió en la causal alegada, es tremendamente gravoso para las partes, para la credibilidad del sistema de justicia y la celeridad del proceso que esto ocurra por inadecuada labor judicial. El *Iura novit curia* no se evidencia en la investidura sino en la experticia de la labor judicial materializada a través de una motivación jurídicamente conexas entre los hechos probados y la norma aplicable al caso.

Ante la actuación del tribunal de Pastaza, el Consejo de la Judicatura debería determinar si concurren los elementos configurativos de sanción contenidos en los artículos 108, 110 y 112 del COFJ. A criterio del autor, quedan claramente alineados los elementos del numeral cuarto del artículo 110 sobre la recurrencia de las infracciones. Por otro lado, el inciso final del artículo 108 vuelve menester analizar si existe reiteración en las faltas por tres ocasiones en un periodo de un año. En este sentido, la norma es oscura respecto a la necesidad de que la infracción deba ser declarada varias veces vía sumario administrativo para considerarse una reiteración, o si basta condensar en un solo proceso sancionatorio la evidencia de faltas reiteradas. En nuestro criterio, sería improcedente ignorar el principio de celeridad como una columna rectora en los procedimientos administrativos, por lo cual, la acumulación debidamente justificada de infracciones en el mismo proceso sancionatorio debería ser suficiente para determinar que una conducta impropia del funcionario

merece ser catalogada como recurrente y merecedora de una sanción más fuerte. Todo lo antedicho queda expuesto sin perjuicio de que la autoridad administrativa pudiere llegar a considerar una actuación atentatoria recurrente como contenida dentro del artículo 109 del COFJ respecto a la manifiesta negligencia, el dolo o el error inexcusable. Es claro que la falta de motivación atenta contra los principios rectores del debido proceso contenidos esencialmente en los artículos 76 y 77 de la Constitución, por cuanto la actuación que los ignora podría incluso ser manifiestamente negligente o dolosa.

A propósito del procedimiento sumario administrativo, la Corte Constitucional (2020), en la sentencia 3-19-CN/20 decidió que “previo al eventual inicio del sumario administrativo en el Consejo de la Judicatura contra un juez, fiscal o defensor público, se realice siempre una declaración jurisdiccional debidamente motivada de la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable”. Decisión que fue altamente criticada pues limita la capacidad del Consejo de la Judicatura para actuar de forma oficiosa en los procesos sancionatorios y crea un requisito de prejudicialidad. El proceso sumario administrativo requerirá una declaración jurisdiccional conocida por el juez superior, lo cual pretende proteger el derecho a la independencia judicial. No obstante, crea una traba al control de las actuaciones irregulares de los jueces por cuanto la carrera judicial es extensa y se ignora un elemento extrajurídico: la humanidad de los jueces y la amistad que existe entre ellos. Confiar el control de un juez en manos de otro juez con quien comparte carrera, colegas e incluso aspiraciones es sumamente peligroso para la administración de justicia.

Ante todo lo expuesto sobre el Tribunal Multicompetente de Pastaza, queda claro que la realidad jurídica del país aún conserva el problema latente de la indebida o insuficiente motivación en las decisiones judiciales. No existe un mecanismo eficaz para proteger los derechos de los particulares ante las actuaciones negligentes de los jueces pues el procedimiento sancionatorio ahora requiere un elemento de prejudicialidad que retarda y vuelve inverosímil la materialización de una sanción. La consecuencia de ello recae sobre la credibilidad del sistema de justicia, y sobre el menoscabo del debido proceso, institución que un país caótico como el nuestro aún está en miras de construirse.

IV. La implicación de la falta de motivación en la lesión de los intereses generales del Estado: los procesos de contratación pública inmotivados y los actos de corrupción.

Los procesos de contratación pública no escapan al deber de motivación, por cuanto la adjudicación de una obra pública se emite vía acto administrativo. De acuerdo con el artículo 89 del Código Orgánico Administrativo (2017), el acto administrativo es una forma en la cual se expresa la voluntad de la administración pública, entendida como una “declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa [...]”. La adjudicación de una obra, bien o servicio por parte de una entidad pública a un contratista privado es un acto administrativo que no escapa de dos facetas a menudo contrapuestas: 1) La presunción de legitimidad y validez 2) la nulidad constitucional por falta de motivación (Pérez, 2009).

La contraposición existe dado que, incluso aquellos actos cuya motivación sea manifiestamente arbitraria se presumen válidos y requiere ser declarados nulos después de un proceso contencioso administrativo, ya que el ordenamiento jurídico no prevé la nulidad de ipso iure.

Respecto a las compras públicas, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), en adelante LOSNCP, prevé varios tipos de modelos precontractuales sustentados en el principio de legalidad. Su diferencia radical con la contratación privada es el interés colectivo que se esconde detrás y la naturaleza de los fondos públicos. Muestra de esto es lo prescrito por la norma constitucional; “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social” (CRE, 2008, artículo 288).

La doctrina define la eficiencia desde la lógica jurídico-económica como “la capacidad de satisfacer una necesidad existente y prioritaria utilizando la menor cantidad de recursos económicos y temporales posibles” (Gómez, 2019), la igualdad es entendida como “el

similar punto de partida entre los oferentes respecto a su poder de negociación y participación” (Gómez, 2019) y la transparencia es “la característica esencial de un proceso de compra pública en el cual el privado obtiene su calidad de contratista de forma legítima y meritoria” (Morales, 2016, p.26). El legislador entendió que la forma de evitar la natural tendencia al enriquecimiento del funcionario por medio de dádivas era limitando su potestad discrecional, respaldando su accionar normativamente, esto es expreso dentro del artículo 9 numeral tercero de la LOSNCP que plantea como uno de sus objetivos “evitar la discrecionalidad en la contratación pública”. El constituyente plasmó este objetivo en la unificación del proceso de compras públicas a través del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) evitando que prosiguiese la antigua costumbre de permitir a cada institución que se declare independiente en sus reglas de contratación.

Las reglas que anteceden un proceso precontractual se contienen en los artículos 23 a 26 de la LOSNCP, siendo el orden menester un Plan Anual de Contratación, estudios (a cargo de la misma entidad o de un consultor) y finalmente la estimación de un presupuesto referencial del costo de la obra. El presupuesto referencial se contiene en los pliegos (modelos precontractuales) que ofrecen al contratista información sobre aquellos que se pretende contratar y bajo qué procedimiento. La Ley prevé un “mejor costo” en su artículo 6 numerales 17 a 19, criterios ineludibles para declarar el adjudicatario. El breve recuento realizado tiene como objeto demostrar cómo la Ley intenta limitar al máximo la potestad discrecional al momento de contratar, desde la inversión en estudios que brinden un presupuesto referencial hasta el diseño de modelos precontractuales que varíen según el monto de la contratación y según el tipo de bien, obra o servicio (normalizado o no normalizado) que se pretenda adquirir. Sin embargo, hay varios vacíos en los cuales la norma permite la contratación directa, volviéndose la motivación absolutamente necesaria para evitar actuaciones negligentes o eventuales casos de corrupción.

El artículo 57 de la LOSNCP prevé uno de los casos más delicados de la actuación administrativa; la contratación directa en situaciones de emergencia. La norma jurídica no excluye la necesidad de

emitir “resolución motivada que declare la emergencia para justificar la contratación”. En la práctica, pese a que la misma Ley define una situación de emergencia en su artículo sexto numeral 31, no deja de ser peligroso la ausencia de un proceso de adjudicación por mérito o por mejor costo. En la legislación ecuatoriana, la máxima autoridad de la entidad puede contratar directamente si en base a su criterio se cumple alguno de los supuestos contenidos en el numeral 31 del artículo 6 de la Ley. La norma prescribe “una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”.

Ocurrida la pandemia mundial por COVID 19, Ecuador ha realizado numerosas compras con modalidad directa, la pregunta menester es: una serie de contagios que se expandieron desde el mes de octubre de 2019 y cuya llegada a Ecuador y demás territorios de la región era prevista, ¿puede ser considerada susceptible de contratación directa? Si se analiza el caso de Colombia el sistema de compras públicas de material necesario para afrontar la crisis no escapa de un concurso público y una modalidad precontractual (Pérez Becerra, 2020). Por tanto, es de imperiosa necesidad analizar cuál fue el sustento de la resolución emitida por la autoridad de Salud Pública que declaró la emergencia en territorio ecuatoriano. Para desmentir la imprevisibilidad de la urgencia en el Sistema, bastan las declaraciones que constan en el Diario El Telégrafo (2020) donde la ex ministra de Salud Pública, Catalina Andramuño afirmó que “es una situación para la cual nos preparamos desde diciembre pasado y se veía venir”. A efecto de la emergencia sanitaria, el país inició numerosos procesos de contratación pública que no escapan a irregularidades.

Uno entre tantos casos irregulares en procesos de contratación salió a la luz el 22 de marzo de 2020. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, adjudicó el contrato de compra de “Dispositivos y/o insumos médicos para solventar la emergencia declarada por el COVID 19” a la empresa ALMANTOP S.A. tal como consta en el proceso con código IESS-DG-AL-2020-03200001. La motivación que acompaña al proceso de contratación es manifiestamente insuficiente: “se ha verificado el precio más conveniente para los intereses del IESS, y que representan el mayor ahorro y el cumplimiento de las especificaciones técnicas requeridas (...)” (Instituto

Ecuatoriano de Seguridad Social, 2020). A propósito de la declaratoria de emergencia, el SERCOP publicó un boletín en su página oficial que reveló que la institución “viene realizando una supervisión estricta y permanente al 100% de los procedimientos de contratación pública, que se ejecuten bajo la modalidad de emergencia, con el objetivo de salvaguardar el buen uso de los recursos públicos”.

Dicho boletín afirma que “con el objetivo de transparentar la información, el SERCOP puso a disposición en su página web www.sercop.gob.ec, un micrositio donde se alojan todas las Resoluciones que inician los procedimientos de contratación pública por emergencia”. Revisando minuciosamente dicho espacio, notamos que a ningún momento se encuentra a libre escrutinio público las ofertas presentadas por parte de posibles adjudicatarios y menos aún la motivación que, basándose en un criterio técnico y de estándar internacional verifique que la compra se sujeta estrictamente al mejor costo señalado en el artículo 6 de la LOSNP.

Días más tarde, una denuncia ciudadana respecto de este proceso de contratación, replica que las Mascarillas N95 cuyo precio referencial unitario en el Portal Compras Públicas es de USD \$12.00, en realidad tienen un precio en el mercado que ronda los \$3.95 (al mes de marzo de 2020, pues la oferta al mes de julio abarató los precios). En reacción al escándalo realizado por entes del sector privado, la autoridad administrativa superior manifestó que “no existe irregularidad pues se ha suspendido la adjudicación del contrato” (Diario el Comercio, 28/03/2020). Sin embargo, el Portal COMPRAS PÚBLICAS refleja claramente como adjudicatario a ALMANTOP S.A.

A menester de este trabajo investigativo, es de recalcar que la norma permite la contratación directa en casos de emergencia, por tanto, en el hipotético que se demostrase que la emergencia no fue previsible, podría afirmarse que el IESE actuó con respaldo normativo respecto al procedimiento. Sin embargo, eso no excusa al ente de motivar con sustentos técnicos la adjudicación de un contrato cuyo monto total es de USD \$10,017,754.60 a determinado contratista. Dichos procesos en su integralidad deberían estar sujetos al principio de publicidad según señala la LOTAIP.

A propósito del caso, la problemática ha llegado a manos de la Contraloría General del Estado, que anunció un proceso de auditoría respecto a los procedimientos precontractuales que se realicen en virtud del estado de emergencia sanitaria (Diario El Comercio, 2020). Dado que el asunto en cuestión saltó a la opinión pública pocas semanas antes a la entrega de este trabajo, esta investigación no puede adelantarse al pronunciamiento del organismo de control. Sin embargo, cabe puntualizar que las consecuencias derivadas de las actuaciones de los funcionarios públicos pueden ser:

- **Responsabilidad administrativa culposa:** según prescribe el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2002). En síntesis, incurren en estas faltas los funcionarios que, por falta a la debida diligencia hubieren actuado equivocadamente, pero sin causar perjuicio económico.
- **Responsabilidad civil culposa:** cuando el funcionario actúe en virtud de lo prescrito en el artículo 52 de la LOCGE, causando un perjuicio económico para la entidad pública.
- **Responsabilidad penal:** a propósito de esto, la Contraloría General del Estado se encuentra facultada para emitir un IRP (Informe sobre Indicios de Responsabilidad Penal) y remitirlos a la Fiscalía General del Estado, ente que debe iniciar de oficio una investigación¹.

Visto que a la fecha de publicación del presente ensayo los hechos irregulares precedentes han sido judicializados, cabe opinar sobre ellos recalcando que el principio de presunción de inocencia acompaña a los imputados durante el proceso penal y se rompe únicamente ante

1 Cabe puntualizar que, desde Julio de 2019, un IRP ya no es un requisito de procedibilidad para iniciar un proceso penal contra un funcionario público por los delitos de Peculado y Enriquecimiento Ilícito. Antiguamente, el artículo 583 del COIP inciso tercero establecía dicho requisito. Cosa que fue declarada inconstitucional por intervenir en las atribuciones constitucionales de la Fiscalía (Corte Constitucional del Ecuador, 2019).

la sentencia condenatoria ejecutoriada. Por lo cual, muy aparte de determinar la culpabilidad de los involucrados si es pertinente concluir en que el factor origen de las irregularidades es la falta de motivación suficiente al momento de contratar. La contratación arbitraria en favor de determinados proveedores del Estado es el problema medular, que se asienta en la obtención de beneficios ilícitos para el funcionario público. A efectos de ello, se presume existe aquello que la Convención Interamericana contra la Corrupción describe en su artículo quinto:

El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas (Organización de Estados Americanos, 1978).

En resumen, se ignoraron los parámetros y estándares técnicos que la LOSNCP pretendía para los concursos públicos y la contratación directa. Evidencia de aquello es la abismal diferencia entre los precios comerciales de los insumos médicos contratados con los precios efectivamente pagados, ante lo cual la administración pública no supo justificar por qué se apartó del parámetro de mejor costo contenido en el artículo 6 de la Ley *ibidem*. Por cuanto los hechos de la contratación no fueron enunciados con claridad y no existe congruencia con la norma aplicable para el caso, deviene en una decisión inmotivada cuyo móvil se presume incluso menester de investigación en la vía penal.

V. Conclusiones

El juez, está investido de poderes especiales de decisión, coerción y ejecución. La sentencia, es el acto solemne que faculta al juez a reconocer en favor de uno de los protagonistas de la traba de litis un derecho, recortar la esfera de la libertad del sujeto e incluso permite que ciertos derechos constitucionales puedan ser limitados. La Función Judicial encuentra su núcleo en los administradores de justicia, éstos a su vez en la sentencia, y la sentencia en la debida motivación.

Vista la diferencia entre la carga y la obligación, la motivación de la sentencia es un elemento esencial de dicho acto procesal sin el cual carece de legitimidad y eficacia. La motivación tanto de sentencias como actos administrativos se componen de tres elementos sustanciales: i) la norma, ii) los hechos, iii) el razonamiento lógico del juez por el cual abstrae y complementa los dos elementos anteriores. Tal es su importancia que la norma constitucional, el Código Orgánico Administrativo y el Código Orgánico de la Función Judicial sancionan la omisión de dicha obligación.

Los actos administrativos son una manifestación de la voluntad unilateral de la administración pública cuyo efecto modifica la esfera de derechos del particular. El legislador ha delimitado dicha potestad sujetándolo a tres elementos: el principio de legalidad, el derecho a la impugnación y la debida motivación. Como resulta obvio, la administración pública se encuentra sujeta al fallo y sus funcionarios son susceptibles de quebrantar la norma ya sea por dolo o negligencia.

El legislador ha pretendido incorporar un elemento disuasivo a la falta de motivación de los actos administrativos y las sentencias a través de la potestad administrativa sancionadora que no exime al funcionario de responsabilidad penal. El funcionario judicial, tiene previsto como sanción grave el no motivar debidamente las resoluciones a su cargo. En este punto, la investigación concluye en que existe un evidente nexo causal entre las actuaciones arbitrarias de los servidores públicos y los casos de corrupción que afectan la realidad nacional y la credibilidad de todo el sector público. La corrupción galopante tiene como origen la falta de control de las actuaciones de los funcionarios públicos, siendo evidente que existe una sospecha permanente por el funcionario y su ecuanimidad.

Los actos arbitrarios, la ausencia o indebida motivación de los actos de poder públicos son una realidad presente en el país. Muestra de ello son las actuaciones reiteradas el tribunal multicompetente de Pastaza, los procesos de adjudicación de obras públicas inmotivados que derivan en procesos penales e incluso la historia reciente, a través de casos como los de los ex jueces; Aurelio Quito y Edgar Flores Gonza, procesados por cohecho y tráfico de Influencias respectivamente.

La herramienta directa del ciudadano para luchar contra la arbitrariedad es la denuncia. No obstante, en un sistema ineficiente y demoroso, difícilmente se podrá reivindicar los derechos afectados sin requerir al ciudadano que se involucre en una tramitología interminable. Este ensayo concluye planteando un punto de discusión profunda, en el cual las autoridades de control no pueden tomar los actos inmotivados como meros acontecimientos negligentes. En muchas ocasiones, los funcionarios públicos se ven inmiscuidos en actos deshonrosos para la administración pública en miras de su propio beneficio patrimonial. Hechos que quedan en la absoluta impunidad si no existe un mecanismo pleno de investigación y sanción al funcionario que decida en desapego a la Ley o ignorando su obligación a la debida motivación. El acto más lesivo de la corrupción es el costo de oportunidad, de lo que pudimos haber sido y no somos. Por aquellas normas jurídicas que requieren urgentemente ser legisladas en beneficio del progreso, pero que son postergadas en un vaivén de interminables juicios políticos, escándalos y sainetes que mantienen al legislador ocupado mientras se aproximan las elecciones y la crisis se agudiza.

Referencias Bibliográficas

- Atienza, Manuel. “*La Evaluación Del Razonamiento Judicial*”. Curso De Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, 2018, pp. 549–549.
- Becerra, R. P. (02 de Marzo de 2020). Así será la contratación pública tras declaratoria de emergencia por el coronavirus. *La FM Colombia*.
- Cabanellas, G. (s.f.). *Enciclopedia Jurídica*. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/potestad-sancionadora/potestad-sancionadora.htm>
- Desconocido. (04 de Julio de 2019). Fiscalía ya no requiere informe previo de Contraloría para investigar peculado. El Universo.
- Desconocido. (17 de Febrero de 2020). Ecuador está preparado para eventual ingreso del coronavirus: ministra. El Telégrafo.

- Galarza, V. (17 de Agosto de 2020). Exjuez de Pichincha enfrenta audiencia por tráfico de influencias. Pichincha Comunicaciones.
- Guechá Medina, C. (2011). Los atributos de los actos administrativos unilaterales son aplicables a los contactos administrativos. Universidad Santo Tomás.
- Imbaquingo, J. (28 de 03 de 2020). Tras Contratación de USD 12 por mascarilla, Contraloría hará auditoría. El Comercio.
- Letamendi, X. (04 de Febrero de 2020). Juez Aurelio Quito condenado a un año de prisión. Primicias.
- Martinez-Morales, R. (2016). *Derecho Administrativo*. Bogotá.
- Oyarte, R. (2009). Debido Proceso. Quito: Centro de Estudios y Publicaciones.
- Oyarte, R. "Capítulo Décimo Séptimo. Los Órganos Jurisdiccionales." *Derecho Constitucional*, Corporación De Estudios y Publicaciones, 2019, p. 943
- Perdomo, J. V., & Betancur, C. M. M. (1997). *Derecho administrativo*. Temis.
- Pérez-Camacho, E. (2012). *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Rivera, M. G. (2015). *Temas de Derecho Administrativo*. Madrid: Trotta.
- Sercop. Boletín por Estado de Emergencia. Obtenido de: <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop-regula-y-controla-las-contrataciones-por-emergencia/>
- Solanes, J. González M. *Independencia Judicial y Estatuto de los Jueces*. Temis.
- Velez, R. (28 de Marzo de 2020). IESS suspende órdenes de compra de mascarillas N95 para emergencia sanitaria por coronavirus en Ecuador. El Comercio.

Vazquez-Portomeñe, F., Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general, (Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela 2003), pág. 83

Vescoví, E. “Teoría General del Proceso.”, TEMIS S.A, 2006, p. 167.

Normativa

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 del 22 de mayo de 2015. Artículo 89.

Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial Suplemento 31 del 7 de julio de 2017. Artículos 248-250

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 del 09 de marzo de 2009. Artículo 108.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 del 14 de febrero de 2014. Artículo 280.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008. Artículo 76.

Convención Interamericana contra la Corrupción. Artículo 5.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395 del 4 de agosto de 2008. Artículos 23-26, 59.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 del 22 de Octubre de 2009. Artículo 42.

Jurisprudencia Constitucional

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 5-13-IN/19, Caso No. 5-13-IN de 2 de julio de 2019. Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría. Gaceta Judicial No. XI del 2019.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 3-19-CN/20, Caso No. 3-19-CN de 29 de julio de 2019. Juez ponente: Alí Lozada. Gaceta Judicial No. II del 2020.

Jurisprudencia Interamericana

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zegarra Marín vs Perú. Emitida el 15 de febrero de 2017.

Jurisprudencia Comparada

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-417-1993 Gaceta Judicial No XXII de 1993.

Decisiones judiciales

Corte Nacional de Justicia. Sala de Casación. Sentencia No. 16281-2016-0013

Corte Nacional de Justicia. Sala de Casación. Sentencia No. 256-2013-SF

Corte Nacional de Justicia. Sala de Casación. Sentencia No. 234-2013

Corte Nacional de Justicia. Sala de Casación. Sentencia No. 1772120161704

Buena Administración y procedimiento administrativo en el Ecuador

Good Administration and Administrative Procedure in Ecuador

Sheyla Cuenca Flores*

Investigadora Jurídica Lex Conseil Abogados

Información del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido/ Received: 28 de junio, 2020

Artículo aceptado/Accepted: 8 de julio, 2020

Citación

Cuenca, S. (2020). *Buena administración y procedimiento administrativo en el Ecuador*. Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE, p (283-301).

DOI: 10.26807/rr.vi02.56

Resumen: La buena administración hace referencia a aquella institucionalidad que cumple las disposiciones establecidas en el ordenamiento normativo, justifica sus decisiones y se orienta a la consecución del interés público y protección de derechos de las personas. Como derecho, principio u obligación ha sido incorporada de forma paulatina a los diferentes ordenamientos jurídicos. En el Ecuador, únicamente el Código Orgánico Administrativo tiene una norma que reconoce este derecho, sin otorgarle contenido. Es preciso articular

* Abogada, por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Licenciada en Ciencias Jurídicas, por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista en Derecho Administrativo, por la Universidad Andina Simón Bolívar. Magister en Derecho Administrativo, por la Universidad Andina Simón Bolívar. Doctorando en Derecho, por la Universidad Carlos III de Madrid. Partner en el estudio jurídico Lex Conseil, Quito, Ecuador. Correo electrónico: sheylacuencaflores@gmail.com

medidas que garanticen el efectivo cumplimiento de este derecho en el procedimiento administrativo.

Palabras Clave: Buena administración, administración pública, derecho administrativo, procedimiento administrativo.

Abstract: *Good administration refers to the institution that complies with the provisions established in the normative order, justifies decisions and is oriented to the achievement of the public interest and protection of people's rights. As a right, principle or obligation, it has been gradually incorporated into the different legal systems. In Ecuador, only the Organic Administrative Code recognizes this right, without granting it with content. It is necessary to articulate measures to guarantee the right to good administration in the administrative procedure.*

Keywords: *Good administration, public administration, administrative law, administrative procedure.*

Introducción

El Estado como estructura, desde sus inicios y a consecuencia de su evolución, se orientó a la consecución de fines determinados. Estos fueron modificándose o perfeccionándose según el modelo de Estado. En la actualidad, gran parte de los países orientan su actuar a la consecución de un objetivo base, la satisfacción del bien común, del interés público y protección de derechos de las personas.

Con el objeto de satisfacer de forma efectiva su finalidad principal, el poder del Estado se articula en funciones que ejecutan determinadas actividades a través de órganos e instituciones. Cada una de ellas; y, desde luego el ordenamiento que los regula propende a la satisfacción de los fines descritos.

La Administración Pública y el Derecho Administrativo, son parte de la institucionalidad del Estado; y, como ocurrió con este, la Administración y Derecho Administrativo, son producto de una evolución histórica compleja (Damsky, 2019).

No podríamos hablar de Administración Pública, sin un Derecho Administrativo. La primera goza de atributos de unilateralidad, autoritarismo y otros, frente a los cuales es imperativa la existencia de un ordenamiento que efectúe control, encauce su finalidad a la fijada por el Estado y rectifique las eventuales desviaciones (Parejo Alfonso, 2012). Comadira y Escola (s.f.) al referirse al Derecho Administrativo y a la Administración Pública, hablan de la exorbitancia como su característica. Advierte que esta rama, es una rama esencialmente política, por lo que debe observarse un especial equilibrio.¹ Para tal equilibrio, se requiere la articulación de un ordenamiento jurídico.

I. La Administración Pública

La evolución histórica a la que hacemos referencia y las finalidades a las que se orienta la norma que regula la Administración Pública, permiten concebir al Derecho Administrativo como un derecho Constitucional concretizado, pues la Administración Pública se ha convertido en el instrumento para la ejecución del programa Estatal (Parejo Alfonso, 2012).

Siendo el Derecho Administrativo, un derecho constitucional concretizado, no resulta extraño afirmar que los fines que orientan la actividad estatal; y, que han sido insertos en el texto de la Constitución,

1 Entre las primeras: creación unilateral y presunción de legitimidad de sus actos, ejecutoriedad de éstos, potestad de volver sobre ellos por razones de ilegitimidad o inoportunidad llamadas sustanciales; y, procesales plazos breves de caducidad para accionar judicialmente contra el Estado, mayor plazo para el cumplimiento de ciertas cargas procesales, entre otras. Sobre las garantías hace mención a las sustanciales, el principio de juridicidad; la propiedad; la igualdad; la razonabilidad del actuar administrativo; el acceso a la Justicia; responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Mientras que las procesales son: el informalismo en favor del administrado (o, más propiamente, formalismo moderado a causa del carácter de colaborador que a éste corresponde reconocerle), un concepto amplio de legitimación y el debido procedimiento previo a todo acto administrativo, que incluye el debido proceso adjetivo. (Comadira y Escola, s.f.)

son los mismos que deben conducir la actuación de la Administración Pública. Pues como lo señalan Comadira y Escola (s.f.), toda la actuación del Estado, encuentra su fundamento jurídico primario y límite en la Constitución del Estado, así como en su sistema de juridicidad.

Así lo resalta el profesor Rodríguez-Arana (2015), quien concibe al Derecho Administrativo como la rama del Derecho Público, que se orienta a la realización del modelo de Estado Social y democrático del Derecho. Dependiente del interés general y de aquellos asuntos que reclaman ser satisfechos en el marco de la racionalidad y justicia. El profesor enfatiza, que en modelos democráticos avanzados, las personas dejan de ser sujetos pasivos o inertes que se limitan a recibir bienes o servicios, para convertirse en sujetos activos y partícipes en la toma de decisiones de la Administración Pública, orientadas a un efectivo desarrollo en libertad solidaria (Rodríguez-Arana, 2014).

En este contexto, toma relevancia el concepto de Buena Administración, entendida como:

Aquella que cumple con las funciones que le son propias en democracia. Es decir, una Administración Pública que sirve objetivamente a la ciudadanía, que realiza su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se orienta continuamente al interés general. (Rodríguez-Arana, 2014, 26)

Tomó aún más vigencia este concepto en el período de tiempo en el cual, el llamado Estado de Bienestar se volvió estático; y, la Administración, lejos de cumplir sus funciones y orientarlas a la satisfacción del interés general, se vio ensombrecida por prácticas erróneas y alejadas de las disposiciones jurídicas (Rodríguez-Arana, 2014).

Si bien no es un concepto nuevo, lo sigue siendo hoy en países como el nuestro. Como derecho del ciudadano y principio rector de las actuaciones de la Administración Pública. En un primer momento, el reconocimiento del derecho fundamental a la buena administración se verifica en la Recomendación número R (80) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980, en lo relativo al ejercicio de poderes discrecionales por parte de las autoridades admi-

nistrativas. Posteriormente, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia. Además, en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de diciembre de 2000 y se ratifica tal reconocimiento en la Carta expedida de 12 de diciembre de 2007 y 2016. (Rodríguez-Arana, 2014).

Este derecho fundamental, ha ido operando de forma progresiva en diferentes ordenamientos jurídicos. Como se dijo, es producto de la redefinición de fines Estatales y la consideración de la persona como eje central del actuar estatal. Así lo resalta Rodríguez-Arana, al señalar que es frecuente que las nuevas Constituciones incorporen en su texto este derecho “Por una poderosa razón: porque la razón de ser del Estado y de la Administración es la persona, la protección y promoción de la dignidad humana y de todos sus derechos fundamentales” (Rodríguez-Arana, 2014, 25).

Son parte del Derecho a la Buena Administración² entre otros, el derecho a la motivación de las actuaciones administrativas, dado que, toda decisión de la Administración deberá fundarse en razonamientos adecuados. En palabras del profesor Rodríguez-Arana, mientras más extensa e intensa sea la discrecionalidad, más intensa y extensa deberá ser la motivación. El derecho a la tutela administrativa efectiva, durante la sustanciación del procedimiento administrativo, ordena a la Administración que su actuar evite que el ciudadano se encuentre en situación de indefensión. El derecho a obtener una resolución en un plazo razonable, se fundamenta en que la Administración deberá emitir un pronunciamiento en plazos que permitan al ciudadano hacer efectivo su derecho a la defensa, con uso de medios materiales y personales que se encuentren a disposición de la Administración (Rodríguez-Arana, 2014).

Se le ha atribuido además “el carácter de principio orientador del procedimiento administrativo que tiene por finalidad proteger las

2 El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, regula el derecho a la buena administración. “ARTÍCULO 41.- Derecho a una buena administración.

garantías jurídicas de cualquier persona ante las decisiones de la Administración” (Milkes, 2018, 158). Entre otros, estos principios son: juridicidad, servicio objetivo a los ciudadanos, principio promocional de los poderes públicos, racionalidad, igualdad de trato, eficacia, publicidad de las normas, seguridad jurídica, previsibilidad y certeza normativa, proporcionalidad, ejercicio normativo del poder, imparcialidad e independencia, relevancia, coherencia, buena fe, confianza legítima, asesoramiento, responsabilidad, facilitación, celeridad, transparencia y acceso a la información de interés general, protección de la intimidad, ética, debido proceso, cooperación (Rodríguez-Arana, 2014).

La buena administración, es entonces, el resultado palpable de un largo proceso de evolución de distintas instituciones, dentro de las que se incluye el Estado. Cuyos fines en la actualidad se orientan a la consecución efectiva del interés público y protección efectiva de los derechos de los ciudadanos. La evolución debe articular su regulación e instituciones a la satisfacción de necesidades del individuo y contribuir a su desarrollo integral en observancia de los derechos del ciudadano como fin último. En otras palabras, “se trata de un útil instrumento en el control administrativo en garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos, tanto individuales como colectivos” (Ponce, 2014, 36).

El estatus especial de la buena administración, como derecho, principio u obligación, constituye una también especial exigencia para la Administración Pública., pues no cabría alegar ausencia de regulación o insuficiencia de recursos para no garantizar este derecho. La Administración está llamada a desarrollar las políticas, implementar herramientas y adecuar su normativa, con el objeto de garantizar a satisfacción el ejercicio del derecho. Recordemos que los principios que rigen un modelo de Estado, no sólo constan en su Carta Suprema, sino que se transfieren y forman parte de cada una de sus instituciones y órganos, guían su actuar y dictan un modelo de conducta orientado a la consecución de un fin.

II. Regulación de la Buena Administración en Ecuador

La Constitución de la República del 2008 define al Estado como un Estado constitucional, de derechos y justicia. Así lo establece el artículo 1 del texto: “Art. 1.- 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.” (CRE, 2008, art. 1). En el Estado Constitucional, la Constitución adquiere especial importancia, pues determina el contenido de la ley, estructura del poder, reconoce derechos que se conciben como límites y vínculos del poder. Los poderes del Estado están llamados a efectivizar y procurar la maximización de los derechos de las personas. Sobre el calificativo “derechos”, particular término que se incluyó en el texto constitucional, se refiere a la obligación de todo poder sea este privado o público, incluido el constituyente, de someterse a los derechos (Ávila, 2009).

El texto constitucional del año 2008, de conformidad su estructura, principios y derechos insertos, coloca a la persona como eje central del actuar estatal. De esta forma, toda la institucionalidad del Estado está llamada a adecuar su actuación a la efectiva garantía de derechos. Siendo la persona y sus derechos, como se ha dicho, el eje del actuar Estatal, la misma protección y observancia le corresponde desempeñar al derecho administrativo.

Nuestra Carta Magna no menciona de manera expresa a la buena administración, como un derecho, principio u obligación de la Administración. Sin embargo, referencia a su contenido, lo encontramos en el artículo 76, que regula el debido proceso. Así, el numeral primero del artículo señala que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de normas y derechos de las partes. El numeral séptimo, regula el ejercicio del derecho a la defensa que incluye el derecho a contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la misma (literal b), presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de la otra parte (literal h), motivación de resoluciones de poderes públicos (literal l) y recurrir de las resoluciones que se emi-

tan en procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (literal m) (CRE, 2008). Como principio, tampoco se hace referencia expresa, no obstante, el artículo 227 de la Constitución señala que la administración pública constituye un servicio a la colectividad y está regida por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización (CRE, 2008). Por lo anterior, podemos decir que los principios declarados en el artículo 227, conducirían al ejercicio pleno del derecho a la buena administración.

Respecto de las normas que regulan la Administración Pública, en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no existía mención expresa a la buena administración (ERJAFE, 2002). En el Código Orgánico Administrativo, sí consta referencia expresa. El artículo 31 de la norma califica a la buena administración como un derecho fundamental, esto sin perjuicio de que como se expresó anteriormente, en la Constitución de la República no se menciona verifica tal derecho. Lo que sí señala la norma que la titularidad del derecho corresponde a las personas y se concreta con la aplicación de la Constitución, instrumentos internacionales, ley y el Código Orgánico Administrativo (COA, 2017). A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en los que se detalla el contenido de este Derecho, como en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y otros, en el país el legislador habla de la concreción del derecho por el cumplimiento de todo el sistema jurídico.

Si se revisa el Código Orgánico Administrativo, encontramos disposiciones que guardan relación directa con la Buena Administración. El artículo 32, señala que las personas tienen derecho a formular peticiones y recibir de parte de las Administraciones respuestas motivadas y de forma oportuna. El artículo 33 habla sobre el debido procedimiento administrativo. El artículo 35, dispone a los servidores públicos remover los obstáculos que retrasen o dificulten el pleno ejercicio de los derechos de las personas. El artículo 36, prohíbe a las Administraciones exigir requisitos o documentos que se hallan en el poder de la propia Administración. El artículo 37, reitera la finalidad de la Administración, interés general y garantía de goce de derechos (COA, 2017).

Sobre principios que pueden vincularse con la buena administración, la norma dispone que su actividad deberá regirse por los siguientes principios: eficacia (art. 3), eficiencia (art. 4), calidad (art. 5), jerarquía (art. 6), desconcentración (art. 7), descentralización (art. 8), coordinación (art. 9), participación (art. 10), planificación (art. 11), transparencia (art. 12), evaluación (art. 13), juridicidad (art. 14), responsabilidad (art. 15), proporcionalidad (art. 16), buena fe (art. 17), interdicción de la arbitrariedad (art. 18), imparcialidad e independencia (art. 19), control (art. 20), ética y probidad (art. 21), seguridad jurídica y confianza legítima (art. 22), racionalidad (art. 23), protección de la intimidad (art. 24) (COA, 2017).

Por otro lado, el artículo 5 de la Ley para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, reconoce como derechos de los administrados el obtener información completa y oportuna de los trámites administrativos, conocer el estado del trámite en cualquier momento, abstenerse de cumplir procedimientos no previstos en la norma, acceder a los registros, archivos y documentos de la Administración (Ley Orgánica para la optimización y eficiencia de trámites administrativos, 2018).

Como se puede apreciar, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe una regulación óptima sobre la buena administración como derecho, principio u obligación. En la Constitución, no existe referencia expresa y es apenas en el Código Orgánico Administrativo, donde se incluye este derecho y se le da la categoría de fundamental. A pesar de aquello, tampoco se determina en qué consiste este derecho, pues no se determina su contenido.

Otro aspecto que merece especial atención, es la categoría que se asigna al derecho a la buena administración, “fundamental”. Quizá el legislador advirtió la necesidad de otorgar un estatus de protección especial al derecho, dada su importancia. Pero hay que recordar que este derecho no es reconocido expresamente en la Constitución de la República; y, que en este cuerpo normativo se establece que en el país todos los derechos gozan de igual jerarquía: “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.” (CRE, 2008). Entonces, ¿cuál es la consecuencia práctica de que el legislador haya calificado al derecho a la buena administración, como fundamental?, si como se verifica, la Constitución otorga igual jerarquía a todos los derechos y más importante aún, no se ha determinado contenido para este derecho.

Como advertimos, nuestro ordenamiento jurídico no tiene un desarrollo adecuado respecto del derecho a la buena administración, mientras opera una reforma del Código Orgánico Administrativo (que debe ejecutarse), corresponde a la Administración, ciudadano y en suma a todos quienes sean parte en un procedimiento administrativo, efectuar un análisis doctrinario-normativo, para determinar cuáles de los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, pueden insertarse dentro del derecho a la buena administración.

III. Buena Administración en el Procedimiento Administrativo

Se ha reiterado desde el inicio del texto, que los principios y fines del Estado impregnan todas sus instituciones. Si hablamos de buena administración, se debe decir que toda la actividad de la Administración Pública deberá articularse para garantizar este derecho, entonces ¿por qué hacer referencia a la buena administración en el procedimiento administrativo?

La Administración Pública, tiene múltiples manifestaciones jurídicas, todas ellas orientadas a la consecución de fines específicos. Una de estas manifestaciones, es el procedimiento administrativo (Parejo Alfonso, 2012). Conocemos por procedimiento administrativo a la “serie, secuencia o sucesión de actos a través de la cual se expresa, ordenada y sistemáticamente, la voluntad administrativa. [...] Se puede decir, en fin, que el procedimiento administrativo constituye el cauce formal de la función administrativa” (Comadira y Escola, s.f., 2).

Este conjunto de actuaciones ejecutadas de conformidad lo dispuesto en un ordenamiento jurídico, reflejadas en expedientes

administrativos, que preparan la declaración final o decisión de la Administración, bajo la forma de actos resolutorios (Parejo Alfonso, 2012) están orientadas a fines específicos. Parejo Alfonso (2012), los clasifica en tres: el primero, garantizar el sometimiento de las actuaciones administrativas a la ley y derecho; permitir la satisfacción de necesidades colectivas de forma ágil y rápida, por medio de la uniformización y racionalización; y, posibilitar la participación de los particulares en la toma de decisiones del poder público administrativo. Comadira por su parte, haciendo referencia a los dicho por Escola conceptúa al fin del procedimiento administrativo como “el fin de preparar la emisión de actos dirigidos a la satisfacción directa e inmediata del interés público” (Comadira y Escola, s.f., 2).

Se puede notar que los fines del procedimiento administrativo, son en suma, los fines del Estado. Por lo que no existiría problema alguno que analizar, pues luego de un breve ejercicio se ha determinado que el procedimiento administrativo, como actividad de la Administración debe sujetarse al ordenamiento normativo, orientarse a la satisfacción del interés público y desde luego al respeto y garantía del derecho a la buena administración. El problema surge cuando la aplicación de la norma, no se sujeta de forma efectiva a sus preceptos, tampoco se orienta a los fines descritos y por último, no garantiza el derecho a la buena administración.

¿Por qué reiterar en la buena administración en el procedimiento administrativo? Porque en ocasiones obviamos la importancia del procedimiento y centramos la atención de forma exclusiva en la resolución final. Este particular lo resalta García Pulles, quien señala la importancia que tiene el procedimiento administrativo en el efectivo respeto y garantía de derechos del ciudadano:

¿Por qué hablar de procedimiento administrativo, porque lejos de ser la mera “enfermería del derecho”, como de forma errónea se ha pretendido llamarlo, la inobservancia de las disposiciones jurídicas en el conjunto de etapas que conducen a la emisión de actos administrativos, garantiza el efectivo respeto de derechos de los ciudadanos. (García, s.f., s.n.)

De ahí que sea imprescindible que la Administración garantice el derecho a la buena administración en todas y cada una de las etapas del procedimiento; y, desde luego en todos los procedimientos que lleva a cabo. Pero más aún resulta imprescindible, que el ciudadano exija el respeto de su derecho a la buena administración en todo el procedimiento administrativo.

El artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluye como parte del derecho a la buena administración, el derecho de las personas a que sus asuntos sean resueltos de forma imparcial y equitativa dentro de un plazo razonable, el derecho a ser oída antes de que se emita la resolución, derecho de acceder al expediente, entre otros. Estos y otros derechos referidos por autores, tal como fue señalado, constan en el artículo 76 de la Constitución de la República, en la parte relativa al debido proceso. Si bien estos derechos, no se insertan como parte del derecho a la buena administración en nuestro ordenamiento, al estar regulados en la norma, deben ser observados y cumplidos por la Administración Pública en el procedimiento administrativo.

Entonces, si se inicia un procedimiento administrativo, la persona tiene derecho a que se emita una resolución en los plazos fijados por la norma; y, no sólo deberá cumplirse este plazo, sino también todos aquellos relativos a actuaciones procedimentales previas. De igual forma, el ciudadano tiene derecho a acceder al expediente administrativo con las excepciones previstas en el ordenamiento jurídico; además el derecho a ser escuchado de forma previa a emitir una resolución.

En el Ecuador lejos estamos a que estos derechos se cumplan de forma efectiva por la Administración Pública. Una vez iniciado un procedimiento administrativo, suelen incumplirse los plazos fijados por la norma para la ejecución o practica de etapas del procedimiento, qué decir del plazo para la emisión de la resolución final. En pocos casos, las resoluciones cumplen los parámetros requeridos por la norma para considerarlas motivadas. Acceder a un expediente administrativo resulta ser una tarea complicada, pues la Administración Pública del país, conserva aún los caracteres burocráticos de antaño.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, prevé mecanismos jurídicos para exigir el cumplimiento de estos derechos, de forma individual (no como un solo derecho a la buena administración). Ante la falta de pronunciamiento de la Administración se puede activar la institución jurídica del silencio administrativo, ante la falta de motivación, la impugnación en sede administrativa o contencioso administrativa. O bien se puede iniciar un procedimiento sancionatorio contra un servidor público que incumpla sus funciones, hay que recordar que el artículo 233 de la Constitución de la República establece que ningún servidor público está exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones (CRE, 2008). Además se ha previsto que determinadas instituciones dentro del ámbito de su competencia, puedan vigilar el debido proceso en procedimientos administrativos, es el caso de la Defensoría del Pueblo.

Las principales razones que expone la Administración Pública por el incumplimiento de la norma, es la acumulación de trámites, ausencia de personal, entre otras. Quizá tienen la razón, como lo señala la profesora Ivanega (2020):

Una de las consecuencias de la desorganización o de la falta de recursos suele ser el exceso de trabajo como justificativo de la demora. En esto supuestos, es probable que los funcionarios judiciales o administrativos no resulten directamente responsables de tales deficiencias, sino que también sean víctimas de ellas. Pero esto no libera de responsabilidad al Estado y a los funcionarios competentes que omitieron articular mecanismos efectivos (91).

Como lo señala la doctora Ivanega, a pesar de los argumentos que pueden emitirse como justificación; y, quizá resultan ser ciertos, no se extingue la responsabilidad de la Administración Pública y de los servidores públicos, por el incumplimiento de la norma y consecuente vulneración de derechos. Más aún, si los derechos a los que hacemos referencia, son parte de aquel derecho que merece tan especial protección, por los fines a los que se orienta, el derecho a la buena administración.

Se ha dicho que el Derecho Administrativo, junto con el Estado ha sido parte de un proceso de evolución, de dejar atrás instituciones de tinte autoritario para convertirse en una verdadera herramienta de garantía de derechos de la persona. Es momento entonces, que la Administración Pública ecuatoriana articule mecanismos para garantizar el cumplimiento efectivo del derecho a la buena administración en el procedimiento administrativo, que lejos de propender a la sanción como principal solución, se constituyan en una herramienta de prevención de vulneración de la norma. Antes de exponer las medidas que considero debería adoptar la Administración Pública ecuatoriana, es pertinente revisar aquellas propuestas desde la doctrina.

Para el profesor Damsky (2020), los procedimientos administrativos han adquirido una nueva perspectiva, cada vez son más abiertos, democráticos, participativos y están superando las antiguas características de bilateralidad y antagonismo, propias del proceso judicial. Resalta la importancia de hacer efectivo el principio de colaboración entre el ciudadano y la Administración. Por otro lado, el mismo Profesor nos habla de la necesidad de transparentar todas las actuaciones de la administración, la herramienta que nos permite hacerlo efectivo, las nuevas tecnologías de la información.

Por su parte, el profesor Juli Ponce Solé al hablar del principio de buena gobernanza, refiere que la Administración Pública debe ser ágil, rápida y consistente, sobre todo si se afecta derechos fundamentales. Debe desarrollar procedimientos internos que permitan la transparencia y disminuyan errores. (Ponce, 2014).

La doctora Ivanega (2020) por su parte, señala que al ser la buena administración una manifestación viva de la relación del ciudadano con la Administración, el modificar las estructuras administrativas, es un trabajo permanente, pues también es permanente la adecuación a demandas sociales y derechos individuales. Es decir, las actividades que decida ejecutar la Administración, deberán permanecer en el tiempo y evolucionar, de conformidad evolucionan las necesidades de la persona.

Prats habla de políticas de buena administración, dentro de las que incluye la articulación de observatorios e instrumentos de evaluación, que cuenten con la participación, control y vigilancia del ciudadano. (Prats, 2011).

IV. Conclusiones

Ahora bien, en este contexto en el que hemos resaltado la necesidad urgente de garantizar los derechos de la persona, en su relación con la Administración Pública, cobijados bajo la especial configuración de la Constitución de la República que coloca a la persona en el centro del actuar Estatal; y, la evolución en materia de derecho administrativo y garantía de derechos que viene operando en el mundo entero ¿qué medidas debería adoptar la Administración para garantizar el derecho a la buena Administración?

La primera de ellas, regular de forma adecuada el derecho a la buena administración en el ordenamiento jurídico. Es imprescindible que el legislador dote de contenido al derecho, siendo fiel a la categorización como fundamental (tal cual consta en el Código Orgánico Administrativo), se incorpore herramientas para que la persona lo pueda hacer efectivo. Pues de nada sirve reconocer un derecho, si no se incorpora garantías para exigir su protección.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como se señaló en este artículo, existen disposiciones que regulan y se orientan al cumplimiento de derechos que son parte de la Buena Administración, tales como motivación de actos, emisión de resoluciones en el tiempo previsto, entre otras. Sin embargo, si la norma no establece de forma precisa y clara el contenido del derecho a la buena administración (incluido principio y obligación), ante un eventual incumplimiento, la persona deberá activar una a una las herramientas jurídicas previstas en la norma, una por cada derecho vulnerado.

Si bien con la expedición de la Ley para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, se buscó facilitar la relación entre Administración Pública y ciudadanos, es imprescindible que la entidad rectora de la simplificación de trámites vigile su real cumplimiento.

Se tienen que establecer políticas públicas orientadas de forma exclusiva a la Buena Administración, políticas en las que se incluya: programas de capacitación permanente para los servidores públicos. Se ha insistido que la Constitución de la República, coloca a la persona como eje central del actuar estatal, en consecuencia, también el servidor público debe ser sujeto de atención. Más aún cuando, en sus manos está la observancia de la norma en un procedimiento administrativo; y, desde luego el efectivo respecto del derecho a la buena administración. El derecho administrativo, como el derecho en general, está en constante cambio, por lo tanto, los servidores públicos deben actualizarse de forma permanente.

El profesor Damsky señalaba que los procedimientos administrativos deben ser más colaborativos, es momento entonces que el ciudadano y la Administración Pública colaboren de forma efectiva. Dejemos de lado la posición de adversarios, propia de un proceso judicial y entendamos que el fin del procedimiento administrativo es diferente al fin que persigue un proceso judicial. Sólo con la activa y colaborativa participación de las partes, se puede cumplir los fines del procedimiento, del derecho administrativo, en suma del Estado.

Por otro lado, es preciso que las personas efectúen un seguimiento permanente a la actividad de la Administración Pública, la mejor forma de hacerlo, a través de asociaciones, observatorios u otro tipo de instituciones creadas con este fin específico.

Las medidas que se pueden adoptar son muchas, es momento de activar la participación; y, desde el ámbito de nuestra competencia ejecutar acciones para una debida regulación y garantía del derecho a la buena administración. Recordemos que la buena administración no es el fin, sino uno de los medios para la consecución de una finalidad superior, la garantía plena de derechos y la satisfacción del interés público.

Referencias Bibliográficas

- Ávila, R. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (15), (775-793).
- Comadira, J. y Escola, H. (s.f.). Curso de derecho administrativo. Recuperado de: https://www.academia.edu/38606845/AUTORES_JULIO_RODOLFO_COMADIRA_-HÉCTOR_JORGE_ESCOLA?email_work_card=title
- Damsky, I. (2019). Desde los derechos: aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Rap S.A.
- Damsky, I. (2020). Revitalización del procedimiento administrativo: nueva legitimidad democrática, expansión tecnológica y rol del abogado. En D. Márquez, (Coord.). *Derecho Administrativo*. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- García, F. (s.f.). Lecciones de Derecho Administrativo. Recuperado de: https://www.academia.edu/40299878/Garcia_Pulles_Lecciones_de_Derecho_Administrativo
- Ivanega, M. (2020). Derechos fundamentales. Plazo razonable y administración pública. En D. Márquez, (Coord.). *Derecho Administrativo*. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Milkes, I. (2018). Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales. *Revista digital de Derecho Administrativo*, (21), (pp. 153-178). DOI: <https://uexternado3.metarevistas.org/index.php/Deradm/article/view/5703>
- Parejo Alfonso, L. (2012). *Lecciones de derecho administrativo*. 5ta edición. Valencia, España: Tirant lo Blanch. Recuperado de: https://www.academia.edu/25782275/Lecciones_de_Derecho_Administrativo-Luciano_Parejo_Alfonso

- Prats, J. (2011). La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración. *Cuadernos de derecho público*, (31). Recuperado de <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/811>
- Ponce, J. (2014). Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De La lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Nueva Época, (11), (pp. 23-42). DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/gapp.v0i11.10176>
- Rodríguez-Arana, J. (2015). El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). *Revista de Direito ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL*, 15(60), (pp. 13-37). Recuperado de: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/viewFile/51/354>
- Rodríguez-Arana, J. (2014). La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *MISIÓN JURÍDICA Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, (6), (pp. 23-56). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5167578>

Normas jurídicas

- Código Orgánico Administrativo. Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial: Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.
- Código Orgánico General del Procesos. Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial: Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428. (27 de junio de 2017). R.O: 536 de 18 de marzo de 2002.
- Ley Orgánica para la Optimización y eficiencia de trámites administrativos. Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial: Suplemento 353 de 23 de octubre de 2018.

Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Constituyente. Registro Oficial (2008).

Parlamento Europeo. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C 83/389. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133501>



SDRLawyers
CONSULTORES LEGALES

sdr.com.ec



**FREIRE
SEGARRA & FAGGIONI**
ESTUDIO JURÍDICO

Quito

Guayas E3-112 y Av. Amazonas - 170507
Edificio Torre Centre
Décimo piso - Oficina 1010

Loja

Bernardo Valdivieso 197-12 y Jose Antonio Eguiguren
Edificio Alcántara
Segundo piso - Oficina 7B

Contacto:

+593 99 386 5508

+593 07 2587149

mffreiresegarra@gmail.com



@FSFjuridico



@fsfjuridico

El gobierno por agencias y autoridades administrativas independientes y su vinculación con la Función de Transparencia y Control Social.

The government by independent administrative agencies and authorities and its link with the Transparency and Social Control Function

Msc. Andrés Aguilar Chamorro*

Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, Ecuador

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 9 de octubre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 8 de diciembre, 2020

Citación

Aguilar, A. (2020). *El gobierno por agencias y autoridades administrativas independientes y su vinculación con la Función de Transparencia y Control Social*. Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (305-346).

DOI: 10.26807/rr.vi02.27

Resumen: El gobierno a través de agencias independientes es una situación global que en cada una de las diferentes realidades se ha ido asentado en menor o mayor medida. Este artículo inicia con concepciones teóricas de aproximación al estudio de las agencias

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (2013). Máster en Análisis Político y Asesoría Institucional por la Universidad de Barcelona (2016). Máster de Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla (2020). Actualmente es asesor de la Comisión de Carreras y de la Comisión de Universidades del Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CACES). Correo electrónico: araguilarch@gmail.com

independientes para contar con los conceptos claros y verificar su implementación en el Ecuador. Continúa con la referencia a autoridades administrativas independientes que ya existían en el Ecuador desde inicios del siglo XX y que se impulsaron en 2008 con la incorporación constitucional de la Función de Transparencia y Control Social, especialmente con su órgano central, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, sobre lo cual se hace un análisis en específico la parte final. Este artículo busca verificar hasta qué punto la constitucionalización de las autoridades independientes fue una herramienta efectiva para la neutralización política de este tipo de instituciones y para la consecución de sus objetivos originarios.

Palabras clave: Agencias independientes; Autoridades administrativas independientes; Ecuador; Órganos autónomos; Función de Transparencia y Control Social; Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Abstract: *Government through independent agencies is a global situation that in each of the different realities has settled to a lesser or greater extent. This article begins with theoretical conceptions of approach to the study of independent agencies to have clear concepts and verify their implementation in Ecuador. It continues with the reference to independent administrative authorities that have already existed in Ecuador since the beginning of the 20th century and that were promoted in 2008 with the constitutional of the Transparency and Social Control Function, especially with its central body of the Council for Citizen Participation and Social Control, about this an analysis is made in the final part. This article tries to verify to what extent the constitutionalization of the independent authorities was an effective tool for the political neutralization of this type of institutions and for the achievement of their original objectives.*

Keywords: *Independent agencies; Independent administrative authorities; Ecuador; Autonomous bodies; Function of Transparency and Social Control; Council for Citizen Participation and Social Control.*

Introducción

El aparato estatal es una configuración compleja que desde el momento que empezó a implantarse en los estados modernos ha estado en constante evolución. Si bien hasta la fecha son reconocibles muchos de los postulados que sirvieron como base ideológica y teórica para su nacimiento, desde el siglo XVIII ha corrido mucha agua bajo el puente. El hecho de que las funciones del Estado superen las expectativas de padres fundadores, revolucionarios o emancipadores que fundaron a estos Estados va de la mano con la historia de la humanidad, el avance de la economía, la sociología y la política como catalizadores de cambios formales y materiales. Pensemos que estos constituyentes originarios concibieron al Estado moderno como uno solo y trino. En mayor o menor medida este dogma de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial es inherente a la mayoría de las realidades, por lo menos en el papel. Sin embargo, cada vez es más evidente que hay resquicios de poder que se resisten a ser etiquetados dentro de estos poderes “clásicos”. En este espacio gris se desarrollan las agencias o autoridades independientes (AAI), independientes de otros poderes y que han sido concebidas para temas concretísimos de interés estatal, hasta que en la actualidad han llegado a formar parte indispensable de la ingeniería constitucional de cada estado. El tratamiento de las AAI en el mundo no ha sido unívoco, es por eso aquí se tendrá una mirada global a otras realidades y a concepciones teóricas para finalmente aterrizar con este tipo de instituciones que no son ajenas al Ecuador, sino quizá poco estudiadas.

I. Naturaleza de las agencias y autoridades administrativas independientes

El principio de la separación de poderes del Estado es el punto de arranque de este documento debido a que las agencias o autoridades administrativas irrumpen en el escenario constitucional y administrativo como “agujeros negros” que flotan en el entramado del Estado sin que pueda decirse que pertenecen a uno u otro Poder. Este consabido principio de organización política ya era tema de discusión desde la Grecia clásica, sin embargo, serían Blackstone, Locke

y Montesquieu quienes darían las bases doctrinarias para su implementación a escala constitucional. La separación de poderes del Estado se estableció en Europa como un contrapunto al absolutismo del siglo XVIII, lo cual se difundió en Occidente hasta América donde se implementó como un sistema político posterior al periodo colonial del continente. Es así como en las primeras constituciones de Francia y Estados Unidos se estableció en su parte orgánica que el poder debía estar fragmentado. En un inicio no estaba claro cuántos y cuáles serían los poderes, con el paso del tiempo a más del poder Ejecutivo y Legislativo habría de acompañarle la independencia del poder judicial. Sería Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes* quien señalaría: “hay en todo Estado tres especies de Poderes: el Poder legislativo; el Poder ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho civil.” (Montesquieu, 1942). En la Constitución francesa post Revolución Francesa queda explícita la separación de estos tres poderes, se canoniza como premisa constitucional y con ello se esparce por el mundo jurídico “occidental” hasta la fecha (Clavero, 2005).

Este principio obliga a que los estados se construyan en esta triple dirección para así garantizar, en teoría, el respeto a los límites establecidos para cada uno en las normas positivas que los prevén. A pesar de este loable objetivo, en palabras de García de Enterría y Fernández, este encuadre apretadísimo de un estado tricéfalo cercenaría la esencia sociológica del Estado, pues los órganos-poderes públicos son parte de un ente superior; y no concebir otra forma de estructurar el poder podría convertir al ser humano en prisionero de su propia creación (García de Enterría & Fernández, 1997). La ficción de un Estado tripartito es una construcción que ha servido para el establecimiento de los estados modernos con altos y bajos, con su debida justificación y su lógica, pero no reflexionar y cuestionar los límites que este traje a medida tiene, sería por lo menos ingenuo, más aun cuando la realidad se ha encargado de demostrar que la concepción de Estado va más allá de Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Para García-Trevijano Fos al existir necesidades de índole social, económica y política es insostenible mantener esta estructura inalterable, de ahí que no sería descabellado que el poder se dividiera en

4 o 5 poderes (García-Trevijano, 1968), tal como sucede en la Constitución China de 1931¹, la Constitución de Venezuela de 1999² o la Constitución ecuatoriana de 2008³. Las nuevas dimensiones en las que el Estado se ha ido involucrando paulatinamente, han traído consigo que la invariabilidad de la tripartición del Estado se rompa poco a poco. Esto es visible con la aparición también paulatina de instituciones alejadas e independientes de estos poderes, las autoridades y/o agencias administrativas independientes (AAI). Este fenómeno ha generado que este concepto, que en un inicio era la excepción a la regla, ahora sea la generalidad en las estructuras administrativas de las entidades públicas y sus relaciones en un sinnúmero de países.

Las leyes aprobadas, salvo contadas excepciones, no pueden ser ejecutables sin el impulso de una autoridad intermedia y generan dudas de su ejecución, es por eso que en un inicio las agencias y autoridades administrativas independientes se crearon para ayudar a atender las tareas que la administración iba asumiendo de forma paulatina. (Mashaw, 2006) Con el intervencionismo que en los Estados Unidos se fue acrecentando a finales del siglo XIX se vio la necesidad de implementar nuevas y más variadas instituciones administrativas, lo cual además servía para inyectar experiencia,

-
- 1 La organización institucional del Estado se articulaba a través de la teoría, inicialmente elaborada por Sun Yat-sen, de los cinco yuanes (poderes), que añadía a los tres poderes clásicos ya conocidos —legislativo, ejecutivo y judicial— otros dos poderes adicionales de control: el yuan de los exámenes, encargado del control en el acceso a los cargos públicos y el yuan de control en el plano administrativo y financiero de todos los órganos estatales. (Ayala, 2005) La larga marcha constitucional de la República Popular China: el período Mao Tse-tung. *Revista de estudios políticos* (129), 39-87.
 - 2 La Constitución venezolana de 1999 hasta la fecha divide al Estado en: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Ciudadano y Poder Electoral.
 - 3 La Constitución ecuatoriana de 2008, inspirada en la división hecha en Venezuela, hasta la fecha divide al Estado en las siguientes Funciones: Función Ejecutiva, Función Legislativa, Función Judicial, Función de Transparencia y Control Social y Función Electoral.

profesionalismo y bipartidismo en un sistema de gobernanza que estaba totalmente “infectado” por el juego político (Mashaw, 2008).

Indudablemente, el quiebre de la concepción clásica de división de poderes se vio influenciada por la crisis del Estado liberal clásico y con la entrada de un Estado social más intervencionista⁴. Manuel García Pelayo justifica que se vaya más allá de los tres poderes para alcanzar los objetivos estatales de forma más eficaz. En su opinión tanto el crecimiento de los poderes de la tecnoburocracia, así como la intervención de las organizaciones en el proceso estatal se sustentan en un nuevo principio de legitimidad inherente al Estado ‘manager’ y que, si no rigurosamente proclamado, no es por eso menos sentido. Esto se traduce en que la eficacia sería lo que otorgue legitimidad a ciertos órganos, eficacia entendida como la capacidad para satisfacer las demandas crecientes que plantea la sociedad (García Pelayo, 1987).

La sustitución de este Estado burocrático, imprevisible, confuso y conflictivo se hace por el poblamiento de una multitud de agencias y autoridades independientes que se encargarían de optimizar los resultados de las intervenciones públicas. Con ellas se busca ge-

4 El Estado liberal que el mundo conoció en el siglo XIX, aquel que se le atribuía la conocida locución francesa *laissez faire, laissez passer*, concebía libertad absoluta en el ámbito económico: libertad de producción, libertad de competencia, libertad de mercado, libertad de trabajo, libertad de comercio y libertad de consumo. Pero dicha concepción cambia cuando se da la crisis de 1929 y la gran depresión que estuvo presente en toda la década de los treinta. Dada la importancia e influencia de la economía estadounidense, la crisis se internacionalizó y trajo nefastas consecuencias para la mayoría de países europeos y los que estaban estrechamente relacionados con éstos. Esto dio paso al apogeo de la doctrina del intervencionismo estatal basada en las propuestas del economista británico John Maynard Keynes y su obra central “Teoría general de la Ocupación, el Interés y el Dinero”, la cual se fundamentaba en la demanda agregada, y dadas las circunstancias de la época establecía la intervención estatal para incrementar el consumo y la inversión, como medida para corregir el sistema capitalista. (Lazzarato, 2015) *Neoliberalism, the financial crisis and the end of the liberal state. Theory, Culture & Society*, 32(7-8), 67-83.

nerar confianza hacia la acción del poder público, que posibilite la aprobación de los ciudadanos. La crisis de la Administración sigue en la mira en la actualidad, la gestión política a pesar de contar con el voto popular como respaldo, se encuentra en medio de una profunda crisis de legitimidad. Se la acusa de ineficaz, nada transparente, que persigue en el fondo intereses particulares y que solo busca repartirse el botín político. Esto no hace más que acrecentar el apoyo a contar con una gestión administrativa profesionalizada, no contaminada por intereses políticos y que se maneje con criterios exclusivamente técnicos. Hoy hay muchos sectores que se muestran adeptos a apostar por las administraciones independientes como una separación visible del Estado entre sus entes políticos y sus entes de gestión administrativa.

A pesar de esto, tal como lo advierte Andrés Betancor, esta decepción o incluso indignación en contra del juego político y su infección en los entes de la administración, no debería ser suficiente para mitigar la fórmula de las AAI, pues cuentan con sus propios males y no puede considerárseles tan solo por su naturaleza, instituciones más eficientes y objetivas, ni podrían serlo a costa de principios capitales del Estado constitucional (Betancor, 1994, pp.234-244). Queda aún la duda, en concreto que implica ostentar el título de AAI.

1.1. ¿Agencia independiente, autoridad independiente u órgano autónomo?

Si se analiza el caso concreto de EE. UU., vemos que su doctrina ha zanjado como término adecuado *independent agencies*⁵ para distinguir-las de otros organismos del Estado (Datla & Revesz, 2013, p.776). Reino Unido las ha denominado *quangos* el cual es un acrónimo de *quasi*

5 En la actualidad el gobierno cuenta con un listado de las agencias federales que se consideran como tal para los más variados deberes, entre las cuáles por ejemplo se tiene la constancia de: *The Central Intelligence Agency (CIA)*, *The Federal Trade Commission (FTC)*, *The National Aeronautics and Space Administration (NASA)*, *The Social Security Administration (SSA)*, *The Smithsonian Institution (SI)*.

autonomous non governmental organisations. Alemania por su parte para referirse a este fenómeno lo hace como *Funktionale Selbstverwaltungsträgern* (Instituciones titulares de autoadministración o instituciones autónomas)⁶. En Francia se las bautizó como *autorité administrative indépendante*⁷. La influencia de la definición francesa permeó en España e hizo que sea su traducción “autoridades administrativas independientes”, el término se ha utilizado en ese país y, no de forma categórica pero sí generalizada, también en Latinoamérica.

Las AAI en Chile se han basado en la creación de superintendencias que son adscritas a ministerios, a pesar de esta escasa independencia, se las denomina autoridades administrativas independientes. En Perú, Bolivia y Colombia se ha determinado en la redacción de sus constituciones vigentes (1991, 1993, 2009, respectivamente) la existencia de los llamados “órganos constitucionalmente autónomos”, y se los ha designado como de igual jerarquía al Ejecutivo, Legislativo o Judicial, de ahí que las AAI nacen de sus constituciones, sin que estas instituciones se agrupen dentro de un Poder específico.

En el Ecuador han existido infinidad de formas de referirse a estos órganos, sin llegarse a una conclusión definitiva, a veces se los confundía con órganos de control o simplemente se los denominaba como “otros organismos del Estado”. En la actualidad muchas autoridades independientes ecuatorianas se agrupan dentro de la Función de Transparencia y Control Social, sin aún contar con una etiqueta definida, lo que sí es claro es que comparten las características esenciales de este tipo de instituciones.

6 En Alemania, a diferencia de lo que ocurre en los otros países, no resulta difícil determinar cuáles son las “autoridades independientes”, pues son aquellas instituciones que, expresamente por ley, gozan de autonomía (*Selbstverwaltung*), aunque formalmente pertenezcan a la Administración indirecta (descentralizada)

7 El Parlamento Francés expidió la Ley Orgánica Nro. 2017-54 y la Ley Ordinaria Nro. 2017-55 el 20 de enero de 2017; que buscaba la clarificación y racionalización de las autoridades independientes, aquí se fijaron reglas en común y la creación de un estatuto de funcionamiento único para todas las instituciones seleccionadas por el legislador.

Por lo tanto, nos referiremos a todas estas instituciones como Autoridades Administrativas Independientes (AAI) por ajustarse a las características de su composición y diferenciación. Esto incluye a las diferentes denominaciones utilizadas sin distinción alguna, sino más bien para su agrupamiento en una categoría jurídica específica. Además, el término englobaría también a las agencias independientes anglosajonas por compartir los rasgos característicos que los distinguen de otro tipo de instituciones.

1.2. Características de las AAI

En la búsqueda del origen de las AAI es necesario delimitar cuáles podrían ser consideradas como tal y cuáles no. Debido a la compleja organización de los Estados esto puede ser más difícil de lo que parece, en palabras de Bilbao, las AAI por sí mismas constituyen una categoría organizativa sumamente heterogénea, para estas no existe un patrón concreto que sirva como modelo para su identificación, de hecho hay una amplia tipología (Bilbao, 1999, p.164). Esto puede deberse a que la estructuración de las AAI obedece más que nada a razones técnicas o económicas que estaban imprevistas.

Apoyémonos en las características que atribuye en su tesis doctoral Hugo Sánchez Hernández (Sánchez, 2015) por su análisis global y comparado con la realidad estadounidense, inglesa, francesa, española y colombiana.

- a) Para él, las AAI son personas jurídicas de derecho público, con personalidad jurídica propia, es decir con autonomía para su auto organización; de gestión del personal a su servicio; y de auto disposición de su patrimonio. Esto, evidentemente, permitiría reducir las posibilidades de que el gobierno y el resto de la Administración condicionen de manera indirecta su actividad.
- b) En segundo lugar, las normas por las cuales se rigen deberían ser especiales y privativas. Esta característica y su carácter público tienen el efecto de que las AAI se encuentren sujetas a su propia ley y además se encuentren vinculadas con el ejercicio de su actividad.

- c) Tercero, no deberían estar sujetas al poder de tutela y de dirección a las cuales el resto de las instituciones se someten, en síntesis, deberían ser independientes.
- d) Los miembros de los órganos rectores y representantes de las AAI deberían contar con un periodo fijo en su cargo y solo podrían ser removidos por causales muy específicas. En contraposición a la mayoría de los altos cargos directivos de otro tipo de administraciones, que son de libre nombramiento y remoción. Hay otras modalidades de limitación, como la atribución de nombramientos a órganos no administrativos. En determinados casos, los nombramientos pueden ser realizados por el Ejecutivo o el Legislativo, previo acuerdo o delimitación con otro poder del Estado. Además, hay casos en que se encarga al Poder Judicial o una autoridad ajena al nombramiento, el cese de las autoridades por incurrir en causales específicas.

Hasta aquí las características propuestas inicialmente por este autor, sin embargo, evidentemente hay más elementos que considero se deberían tomar en cuenta, los cuales apunto a continuación sin interrumpir con los literales que como guía se utilizaron en el enlistado.

- e) El surgimiento de estas instituciones dentro de los diferentes sistemas jurídicos por lo general obedece a momentos en los cuales el intervencionismo estatal se ha encontrado con áreas especialmente “sensibles”, estas pueden ser económicas, estratégicas o vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales. Manuel García Pelayo a más de coincidir con este criterio, matiza que esta injerencia específica se da gracias a la legitimidad de la existencia autónoma de estas organizaciones, en virtud de su funcionalidad, para satisfacer las necesidades sociales. Para él, en estos ámbitos el Estado ha considerado que es más importante *the principle of performance* por sobre *the principle of authority*, se persigue que haya mayor eficiencia, por sobre dilemas de legitimidad (García, 1987).
- f) Se les encarga el ejercicio de potestades sustantivas para la regulación y el control de un sector determinado. La mayoría de las veces se trata de potestades de regulación diversas, que engloban capacidad de autorización, inspección y sanción (Vergara, 2017).

- g) Son instituciones con un refuerzo en su neutralidad política, que se apoya en la preparación técnica profesional relacionada al ramo específico de los representantes de las AAI. Para esto en algunos casos se fijan requisitos mínimos exigidos por alguna norma de carácter obligatorio. Es así que para estas designaciones se confiaría en criterios de expertos por encima de los políticos, en síntesis, criterios de tecnócratas. (Pomed, 1993), (García, 1993). Esta neutralidad política estaría por encima de la ideología del gobierno, el accionar de las AAI no responde al discurso del gobierno, cuenta con una neutralidad política reforzada y donde el *government speech*⁸ no debería incidir.
- h) En mi opinión es característico que las AAI son difíciles de encastrar dentro de un poder clásico del Estado, desde su parte orgánica y funcional sus miembros y acciones cuentan con controles diferentes al resto de instituciones. Así mismo, sus miembros cuando son cuerpos colegiados provienen de diferentes poderes o incluso desde la sociedad civil.

Con esto se pretendería alcanzar objetivos diversos como: la transparencia informativa, la seguridad nuclear, la estabilidad monetaria, el buen funcionamiento del mercado de valores o la defensa de la intimidad frente al uso indebido de la informática. Soluciones a problemas que afectan al conjunto de la sociedad y cuya proyección temporal se extiende más allá de la vida de los gobiernos de turno.

Con base en los elementos que preceden, considero que una definición que abarca en líneas generales las características de las AAI

8 El *government speech* se asocia con el concepto acuñado por la Corte Suprema de los Estados Unidos que señala que todo gobierno ha de poder articular un discurso ideológico no neutral a través de sus actos, esto se enfrenta a las diferentes concepciones políticas existentes en la sociedad, y su control, en un Estado democrático, corresponde al proceso político y no a los jueces. Para mayor desarrollo al respecto y su problemática, véase: Vázquez Alonso, V. J. (2017). La neutralidad del Estado y el problema del *government speech*. Revista de Estudios Políticos, 177, 13-55. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.177.01>.

y que sirve para diferenciar de otro tipo de instituciones que componen el aparataje estatal sería: Las Autoridades y/o Agencias Administrativas Independientes son personas jurídicas autónomas, de derecho público, no identificables con alguno de los poderes clásicos del Estado, cuya designación y remoción de representantes se hace de manera independiente, a personas que cumplen con requisitos mínimos que obedecen a preparación técnica o profesional, por un periodo fijo en el plazo, con neutralidad política reforzada y que se establecieron para regular un sector muy específico en el cual el Estado consideró que era más óptimo que el juego político no interviniera para garantizar su eficiencia.

II. Orígenes de las autoridades administrativas independientes en el Ecuador

2.1. Las agencias independientes en EE. UU.

El primer antecedente del fenómeno de las agencias y autoridades administrativas independientes ocurrió en los Estados Unidos. El Congreso de este país creó en 1887 la *Interstate Commerce Commission* (ICC), organismo encargado entre otras cosas, de velar por el servicio de ferrocarriles comerciales que cruzaban el país. Aunque en un inicio la palabra independencia no se tomó en cuenta para su establecimiento, la conformación de esta Comisión dio pie a que se la considere de hecho muy independiente, ya que exigía que sus miembros provengan de partidos políticos diferentes y que sus cargos sean fijos sin la interferencia de otras autoridades. Su categorización como agencia federal independiente tuvo que esperar para concretarse hasta 1930 con el *New Deal* (Kirti & Revesz, 2013).

El mayor desarrollo y estudio de las agencias independientes se dio justamente en el periodo del *New Deal* estadounidense. El *New Deal* buscaba una transformación constitucional y administrativa que permitiera al gobierno federal lidiar con los múltiples problemas

sociales y económicos, producto de la “Gran Depresión”⁹. Consistía en una serie de políticas impulsadas por el presidente F. D. Roosevelt para una acción positiva del Estado, una intervención que promovía que las instituciones sean independientes, proactivas, técnicamente expertas y de orden apolítico para estimular reformas técnicas para recuperar al Estado (Sunstein, 1987). En este escenario, las agencias federales tenían una posición determinante en la dirección política del país, por su carácter experto (Vázquez, 2018, p.7)

Para ir perfilando las características de las Agencias en los EE. UU. el Tribunal Supremo ha generado jurisprudencia que analiza estos organismos¹⁰, de ahí que a partir de estas resoluciones se puede verificar cuáles han sido las concepciones por las que las AAI han tenido que pasar a través del tiempo.

En el periodo del presidente Ronald Reagan y con el trasfondo de la Guerra Fría, al ser las agencias independientes imprescindibles para hacer realidad la nueva orientación de la política económica del país, en buena parte desamortizadora de los propios valores del *New Deal* (Vázquez, 2018, pp.13-14), se emitió la sentencia *Chevron U.S.A., Inc. V. Natural Resources Defense Council*, 467 U. S. 837 (1984) Inc., una de las decisiones más importantes respecto al papel de las agencias federales

9 También conocida como “Crisis del 2019”, se le considera la mayor crisis financiera a nivel mundial en el siglo XX. Se originó en Estados Unidos a partir de la caída de la bolsa de valores de New York en octubre de 1929. Sus efectos se esparcieron por la mayoría de los países y entre estos estaba la caída de la renta nacional, los ingresos fiscales, los beneficios empresariales, el comercio internacional y los precios; así como la dramática subida del desempleo. La recuperación progresiva no sería hasta mediados de la década de los 30 o incluso hasta durante la Segunda Guerra Mundial. Véase (Sunstein, 1987).

10 Para poder acercarse a este fenómeno es esencial tener en consideración que los Estados Unidos de América cuenta con un sistema jurídico derivado del Common Law británico, de ahí que su control constitucional sea abstracto y el sistema de jurisprudencias obligatorias emitidas por la Corte Suprema (*stare decisis*) muchas veces perfila los roles de los organismos que componen su Administración, incluyendo a las agencias independientes.

dentro de la administración¹¹. Para poner esta decisión en contexto, tenemos que en 1977 el Congreso reformó la *Clean Air Act* (Ley del aire libre de contaminación) para obligar a los estados a cumplir con los estándares de calidad del aire establecidos por Agencia de Protección Ambiental (*Environmental Protection Agency EPA*), debiendo establecer un programa de permisos que regulara las principales *stationary sources* (fuentes estacionarias) nuevas o modificadas de contaminación del aire, la ley no establecía que se entiende por “stationary source”. Por su parte, la EPA aprobó un reglamento que entendió fuente como “cualquier equipamiento en una planta que producía contaminación”. Pero en 1981, la EPA adoptó una nueva definición que permitía a una planta existente obtener permisos para adquirir nuevo equipamiento que no cumpliera con los estándares, siempre y cuando el total de las emisiones de la planta en su conjunto no incrementaran. Varios grupos ambientalistas, incluido el Consejo de Defensa de los Recursos Naturales (*Natural Resources Defense Council NRDC*), cuestionaron la disposición contraria a la Ley. El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito DC descartó la regulación de la EPA como inapropiada para un programa promulgado para mejorar la calidad del aire. Ante lo cual, en la sentencia del Tribunal Supremo, por unanimidad, se establece que la regulación hecha por esta agencia independiente es una interpretación razonable de “*stationary source*” (fuente estacionaria) que se

11 En el artículo de Jorge Pérez Alonso, (2011) sobre el auge y ocaso de la Deferencia Chevron, el autor afirma que desde la expedición de esta sentencia pasó a convertirse en la resolución más estudiada, analizada y citada por la doctrina y jurisprudencia norteamericana. En el tratado de Derecho Administrativo y políticas de regulación de Breyer y otros (Breyer, Sunstein, Spitzer, & Stewart, 2002), citado en el artículo de Pérez Alonso se afirma lo siguiente: “*In a remarkably short period, Chevron has become one of the most cited cases in all of American law. Indeed, it may have become the most frequently cited case of all time. As of December 2001, Chevron had been cited in federal courts over 7000 times—far more than three far better known and much older cases Brown v. Board of Education, Roe v. Wade and Marbury v. Madison—and indeed far more often than the three of them combined! In terms of sheer number of citations, Chevron may well qualify as the most influential case in the history of American public law.*”

encontraba dispuesto en la *Clean Air Act*. El Congreso no tenía una interpretación específica para el término y el reglamento emitido por la EPA era una opción de política razonable.

Esta decisión establece dentro del sistema norteamericano la deferencia a favor de las agencias independientes en la interpretación jurídica cuando no haya una previsión legislativa expresa o la misma sea de interpretación dudosa pudiendo los tribunales intervenir, pero sin que ello suponga imponer su propia interpretación o criterio, sino que la revisión judicial debe circunscribirse a determinar si la posición de la agencia a la hora de interpretar el texto legal es permisible o acorde con el mismo y, en caso de que tal interpretación administrativa no sea arbitraria o manifiestamente contraria al texto legal, los tribunales deben otorgar deferencia a la misma, sin que quepa en modo alguno al tribunal sustituir la misma con criterios o construcciones propios (Pérez, 2011).

En las últimas décadas la deferencia Chevron se ha puesto bajo la lupa y el propio Tribunal Supremo ha pintado matices para su aplicación restringiéndola para ciertos casos específicos y bajo ciertas condiciones. En la actualidad las agencias independientes en los Estados Unidos se han consolidado como un mecanismo fundamental para mantener el equilibrio de los poderes del Estado, desde un punto de vista constitucional. En la actualidad el gobierno cuenta con un listado de las agencias federales que se consideran como tal para los más variados deberes, entre las cuáles por ejemplo se tiene la constancia de las famosas CIA, NASA y otros ámbitos variadísimos entre sí.

2.2. Latinoamérica y la Misión Kemmerer

Después del fin de la Primera Guerra Mundial se sintieron en Latinoamérica dos efectos verificables: el incremento de la influencia estadounidense en la región a través de la inversión externa y el regreso al patrón de oro como base del sistema financiero. Esta influencia en los sectores comercial y político se debía principalmente al debilitamiento y destrucción europea después de la “Gran Guerra”, es así como entre 1913 y 1929, los Estados Unidos lograron separar la

influencia británica de este territorio (Naranjo, 2017). Sobre esto Drake señala lo siguiente:

(...) en 1913, Gran Bretaña había estimado \$ 532 millones invertidos en las cinco repúblicas andinas, mientras que Estados Unidos tenía solo \$ 72 millones. Dieciséis años después, la inversión de Inglaterra había aumentado solo un 14 por ciento, mientras que la de los Estados Unidos había aumentado, según el entusiasmo, en más del 1200 por ciento. (Drake, 1995, p.11)

El vehículo con el cual los Estados Unidos influyeron en el subcontinente fue la Misión Kemmerer, que en realidad fueron varias misiones que operaron entre 1919 y 1931, contratadas por algunos gobiernos latinoamericanos para realizar una serie de propuestas de remodelación de los sistemas monetarios, bancarios y fiscales de estos países. El líder de estos trabajos era Edwin Walter Kemmerer, economista estadounidense, profesor de Economía de la Universidad de Princeton (Posso, 2016). Las misiones estuvieron integradas por distintos colaboradores expertos en banca, contabilidad, organización tributaria y auditoría, se realizaron en los siguientes países, con los siguientes resultados:

- **Guatemala (1919):** actuó como consejero del gobierno en la creación del Banco Central de Guatemala y en otras reformas económicas.
- **Colombia (1923):** asesoró al Presidente Pedro Nel Ospina. Fruto de su gestión se fundó la Contraloría General de la República y el Banco de la República.
- **Chile (1925):** asesoró al gobierno de Arturo Alessandri Palma. Sus propuestas se materializaron en el Banco Central de Chile, la Superintendencia de Bancos y la Contraloría General de la República.
- **Ecuador (1926):** asesoró a la administración de Isidro Ayora, quien instauró el Banco Central del Ecuador, la Superintendencia de Bancos y la Contraloría General de la República.

- **Bolivia (1928):** asesoró al gobierno de Hernando Siles. Sus propuestas se plasmaron en el Banco Central de Bolivia, la Superintendencia de Bancos y la Contraloría General de la República.
- **Perú (1930):** asesoró la Junta de Gobierno que presidía en ese entonces Luis Miguel Sánchez Cerro. Fruto de sus recomendaciones se crearon el Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca.

Además, como asesor financiero particular, en 1917 Kemmerer sirvió al gobierno de México asistiendo a la Comisión de Reorganización Administrativa y Financiera (Gozzi & Tappatá, 2010).

Estas instituciones tuvieron un desarrollo propio en cada una de sus realidades, sin embargo, poseían en común la característica de buscar desligarse de la influencia gubernamental ejercida sobre el manejo bancario y bursátil. Los bancos centrales buscaban otorgar la atribución de emitir la moneda local con un respaldo en oro, las superintendencias de bancos se conformaron para controlar el accionar de los bancos que estaban acrecentando su incidencia en sectores políticos; y las contralorías pretendían ser el vigilante para que la administración se ciña a sus propias normas no solo estatutarias y de funcionamiento, sino que los presupuestos e inversiones realizadas se ejecuten de acuerdo a la planificación programada. Tal como se pudo advertir la Misión Kemmerer incidió directamente en la conformación de las primeras autoridades administrativas independientes en esta parte de Latinoamérica.

2.3. Las AAI en Ecuador

El caso ecuatoriano es particular pues no ha existido una aproximación doctrinaria específica, sin embargo, las instituciones que se considerarían como AAI, han sido agrupadas en algunas Constituciones con nombres que no ayudan a su entendimiento (Aguilar,

2007, p.98). Tal es así que, en la Constitución de 1946¹², se las agrupó como “Organizaciones varias” al no poder incluirlas en los poderes clásicos del Estado. En el caso de la Constitución de 1967¹³ en el capítulo “otros organismos del Estado”. La Constitución de 1978¹⁴ las incluyó simplemente como “organismos del Estado” y un subapartado para “organismos del control”. La Constitución de 1998¹⁵ convirtió a todas estas organizaciones en “organismos de control”. En la Constitución vigente publicada en 2008¹⁶, se aglutinó a la mayoría de las autoridades independientes dentro de la Función de Transparencia y Control Social, sin decantarse por una etiqueta concreta.

El apareamiento de las primeras AAI en el Ecuador se generó a partir de 1927 en el sector financiero y bancario con el Banco Central, la Contraloría y la Superintendencia de Bancos, mismas que Kemmerer solicitó fueran de independientes de la autoridad gubernamental (Aleman, 2002). El reconocimiento constitucional de estas instituciones se daría en la Constitución Política de 1946, donde el constituyente señalaría que se garantizaba su estabilidad y autonomía.

A este listado se le sumaría en los años 60 la primera superintendencia diferente a la de Bancos, la de Compañías, que vería la luz el 27 de enero de 1964, mediante Decreto Supremo Nro. 164¹⁷ que dictó la primera Ley de Compañías en el Ecuador. En esta Ley se contemplaba ya la figura del Superintendente de Compañías. En 1967 la Constitución de ese año la incluiría en el Capítulo V del Título X “De Otros Organismos Del Estado”.

A esto le seguiría ya en los años 90 una superintendencia encargada de las telecomunicaciones, mediante la Ley Especial de Telecomuni-

12 Publicada en el Registro Oficial Nro. 773, de 31 de diciembre de 1946.

13 Publicada en el Registro Oficial Nro. 133, de 25 de mayo de 1967.

14 Publicada en el Registro Oficial Nro. 800, de 27 de marzo de 1979.

15 Publicada en el Registro Oficial Nro.1 de 11 de agosto de 1998.

16 Publicada en el Registro Oficial Nro. 449, de 20 de octubre de 2008.

17 Publicado en el Registro Oficial Nro.181, de 15 de febrero de 1964.

caciones de 1992¹⁸, el Congreso Nacional creó la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUPERTEL), dirigida por un Superintendente. Por su parte, la Constitución 1998 fue el primer antecedente en la historia constitucional que estableció requisitos técnicos para fungir como superintendente en general, incluyendo al Superintendente de Telecomunicaciones, el segundo inciso del artículo 223 señalaba que era necesario tener al menos 35 años, título universitario relacionado a la función y experiencia de por lo menos diez años en el ejercicio de su profesión, avalada por notoria probidad. La Superintendencia de Telecomunicaciones funcionaría hasta el año 2015, cuando sus funciones fueron asumidas directamente por el Ejecutivo.

En la actualidad, la Función de Transparencia y Control Social asumió la titularidad de todas las superintendencias y creó nuevas dependencias, entre esas, la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria que se creó formalmente en mayo 2011, con la expedición de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria¹⁹, la Superintendencia de Poder y Control del Mercado que se instituyó por orden de la Ley Orgánica de Regulación y Poder del Mercado²⁰, la Superintendencia de Información y Comunicación, en adelante SUPERCOM, fue una autoridad administrativa independiente que se creó en 2013 a través de la Ley Orgánica de Comunicación²¹; sin embargo, el 20 de febrero de 2019 se reformaría esta Ley y se eliminaría la SUPERCOM; y, la última superintendencia en integrarse a la Función de Transparencia y Control Social es la Superintendencia de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, cuya creación se dispuso en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, expedida en 2016²².

Dentro del aparataje institucional ecuatoriano no se introdujeron dentro de la Función de Transparencia y Control Social a

18 Publicada en el Registro Oficial Nro. 996, de 10 de agosto de 1992.

19 Publicada en el Registro Oficial Nro. 444, de 10 de mayo de 2011.

20 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 555, de 13 de octubre de 2011.

21 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 22, de 25 de junio de 2013.

22 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 790, de 05 de julio de 2016.

autoridades administrativas independientes encargadas de la educación superior, estas son el Consejo de Educación Superior y el Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, tampoco a la Procuraduría General del Estado, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y tampoco a la ya extinta Agencia de Garantía de Depósitos, estas instituciones siguen funcionando a excepción de la última, manteniendo formalmente independencia de los 5 poderes en su ámbito específico.

Pero quedan en el aire una serie de órganos que no cuentan con todos los elementos de independencia como tal, para considerarse como AAI pero que cumplen con funciones de regulación y control para determinados sectores que requieren que se les dé un mayor grado de autonomía, este es el caso de las agencias ministeriales que se las denomina así por estar adscritas al ministerio de su ramo. La multiplicación de agencias ministeriales que responden directamente al Ejecutivo empezó a desarrollarse a partir de 2008, a la fecha en el país subsisten un total de 11 agencias ministeriales que se encargan de los asuntos de sectores estratégicos y sensibles tales como los hidrocarburos, energía, minas, telecomunicaciones, salud, el agua, el régimen postal, entre otras²³.

Estas agencias de regulación y control ministerial están encargadas de ser el órgano técnico de su respectivo ministerio para proveerle de insumos científicos de las decisiones que se tomen, de ahí que aquí se encuentra el grueso de profesionales específicos en el sector

23 Las agencias de regulación y control que existen en el ordenamiento ecuatoriano son: Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM), Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH), Agencia de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA), Agencia de Regulación y Control Minero (Agencia Postal), Agencia de Regulación y Control Fito y Zoonosanitario (AGROCALIDAD), Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), Agencia de Regulación y Control de Electricidad (ARCONEL), Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada (ACCESS), Agencia de Regulación y Control de la Bioseguridad y Cuarentena para Galápagos, Agencia Nacional de Tránsito (ANT), Agencia de Regulación y Control del Agua (ARCA).

y si bien no se especifica que sus informes son vinculantes, por su carácter técnico, es casi obligatorio para los ministerios.

A más de eso se les ha facultado la capacidad reglamentaria en asuntos técnicos de los sectores a los que se les vincula y cuentan con capacidad sancionatoria con resoluciones en firme en instancia administrativa, es decir sus sanciones no pueden ser recurridas ante el ministro, lo cual le da una cierta autonomía administrativa. A pesar de lo señalado, no se les ha incluido como AAI en toda regla, debido a la falta de autonomía financiera y por la conformación de sus titulares, la cual suele hacerse por libre nombramiento y remoción del Ejecutivo, con un Directorio conformado íntegramente por funcionarios ministeriales, por eso estas instituciones se quedarían a medio camino y no estarían exentas de contar con neutralidad política reforzada.

A estas instituciones no consideradas AAI, se pueden sumar los Consejos Nacionales de Igualdad que, si bien se conforman de forma paritaria por representantes de la sociedad civil y del Estado, son presididos por el delegado de la Función Ejecutiva y en el Organigrama Institucional pertenecen a esta²⁴ y no tienen autonomía administrativa y financiera, de ahí que no se profundiza en estos.

III. Función de Transparencia y Control Social

3.1. Constitución 2008

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 es el producto de una nueva crisis del Estado, en este caso del Estado neoliberal. La indignación popular en contra de la clase política y la ingobernabilidad que se produjo en el país desde 1997 allanó el camino para que un proyecto político rupturista irrumpiera en las elecciones presidenciales, consagrando al candidato Rafael Correa como Presidente.

24 Véase los artículos 156 y 157 de la Constitución ecuatoriana.

Dar de baja a la “neoliberal” Constitución de 1998 y, consecuentemente, el llamado a una Asamblea Nacional Constituyente fueron algunas de sus principales promesas de gobierno.

El proceso para elegir constituyentes se llevó a cabo en octubre de 2007, con un resultado muy favorable al movimiento político del Presidente Correa, con 80 de los 130 asambleístas constituyentes a su favor (Paz y Miño, 2008). Finalmente, el 25 de julio de 2008 la Asamblea aprobó el nuevo proyecto de Constitución, que fue ratificado mediante consulta popular²⁵.

Tal como las constituciones de Bolivia y Venezuela, la Constitución ecuatoriana se considera como el producto de la corriente neoconstitucional latinoamericana, con un carácter pluralista y transformador que afirma la identidad latinoamericana. Este enfoque busca hacer una propuesta de descolonización en el ámbito epistemológico que ofrece una diferenciación de las teorías constitucionales de Estados Unidos y de Europa, diferente a postulados que asumen la doctrina de países más desarrollados como válidas, de manera irreflexiva, propagada por constitucionalistas que postulan su “sofisticación teórica” por medio de la colonialidad intelectual (Wolkmer & Radaelli, 2017, p.44). De ahí que el actual Juez de la Corte Constitucional del Ecuador, Ramiro Ávila Santamaría, con los caracteres y problemática exclusivos de Latinoamérica y su región andina, señala que la Constitución de 2008 es un claro representante del neoconstitucionalismo andino o neoconstitucionalismo transformador, el cual ofrece respuestas más completas a las que otros neoconstitucionalismos del “norte” ofrecen, para la realidad ecuatoriana (Ávila, 2011).

25 En el referéndum de 28 de septiembre de 2008 participó más del 75% de los electores; ante la pregunta: “¿Aprueba usted el texto de la nueva Constitución Política de la República elaborado por la Asamblea Constituyente?”, el 63,93% de los votos fueron a favor de la Constitución, y el 28,10% en sentido negativo; los votos en blanco y nulos fueron el 7,98%. De acuerdo con la disposición derogatoria del nuevo texto constitucional, quedaba abrogada la Constitución de 1998.

A breves rasgos, entre las innovaciones de la Constitución 2008 aprobada en la ciudad ecuatoriana de Montecristi, estaba la creación de una estructura institucional-constitucional más amplia que una mera carta política de derechos; se establecieron una serie de objetivos comunes para la sociedad articulados en torno a la incorporación de un sistema axiológico constitucional (*sumak kawsay*²⁶, derechos de la naturaleza, algunos derechos para minorías étnicas, derechos para la comunidad LGBTI.) que dan vida propia al mandato constitucional y crean una institucionalidad novedosa destinada a consolidar un mejor gobierno y una aplicación directa de las normas constitucionales (Martínez, 2017, p.99). Se implementó un nuevo sistema de control constitucional mixto, se atribuyeron derechos a la naturaleza; una extensa Constitución que define al Ecuador en su artículo 1 como un Estado “constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Además, se incluyeron de forma adicional al Ejecutivo, Legislativo y Judicial, la Función Electoral y la Función de Transparencia y Control Social y la Función Electoral como ruptura al Estado tripartito clásico.

A pesar de este esperanzador afán participativo e indudablemente ante la percepción de vientos de cambio, el periodo que prosiguió a la entrada en vigencia de esta neoconstitucional andina Constitución de 2008 se vería empañado por una acumulación cada vez más vertiginosa de poder político en el Ejecutivo y tergiversación de los textos constitucionales, al respecto afirma Roberto Gargarella:

26 El *Sumak Kawsay*, es una cosmovisión ancestral de la vida, que procede de los pueblos originarios de los Andes americanos. Desde finales del siglo XX es también un paradigma epistémico y una propuesta política, cultural y social desarrollada en Ecuador y Bolivia. En Ecuador la expresión se ha traducido del kichwa/quechua erróneamente como “buen vivir”, lo más acertado sería “vivir en plenitud”. A breves rasgos, se refiere a una serie de principios vinculados con el desarrollo personal, espiritual y económico en plenitud, equilibrio y armonía con la naturaleza como alternativa al desarrollo tradicional. Si bien el concepto se incluyó en la Constitución ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009, sería una aún un concepto en construcción. Véase (Acosta, 2008).

(...) la práctica inmediata que siguió a la aprobación de la Constitución reafirmó cada una de las sospechas señaladas. De manera nada sorprendente, fue el propio presidente de la República quien puso límites a la participación popular, desalentando la organización ciudadana que la Constitución alentaba, o directamente vetando las iniciativas legislativas destinadas a poner en marcha los institutos creados en los debates de Montecristi. (Gargarella, 2011, p.297).

3.2. La Función de Transparencia y Control Social (FTCS)

Según Rubén Martínez Dalmau la Función de Transparencia y Control Social (FTCS) es un nuevo poder cuya existencia ya fue debatida en otros procesos constituyentes anteriores en Latinoamérica, estos son los casos de Colombia en 1991, en el mismo Ecuador en 1998 y en Venezuela en 1999 donde se incorporaría el Poder Electoral y el Poder Ciudadano (Martínez, 2017). A esto yo añadiría dos antecedentes, el Poder Moral propuesto por Simón Bolívar en 1819 para incorporarse en la Gran Colombia²⁷ y la Constitución peruana de 1993, que como fue visto en el apartado específico, cuenta con órganos equiparados expresamente con los poderes del Estado, sus órganos constitucionalmente autónomos.

27 Ante el Congreso de Angostura, Bolívar propuso la creación de un “Poder Moral” o moderador, ejercido por un “Areópago” dividido en dos cámaras. La primera se encargaría de promover la moral en toda la República y la segunda estaba dedicada a la educación. El Areópago era, en realidad, un poder de control de la ética pública y promoción educativa y cultural. Era elegido por el Congreso, pero funcionaba con independencia. Para la Constitución de Bolivia, el Libertador propuso que el Congreso tuviera tres cámaras. La tercera sería de la de los “censores”, con poderes de control, especialmente sobre el presidente de la República. (Ayala, 2018, p.211). Esta idea habría sido presentada pues los congresos se reunían en lapsos más dilatados de tiempo por las distancias de los departamentos de la Gran Colombia de ahí que, en estos recesos, las cámaras del Parlamento no podían ejercer sus funciones de control gubernamental.

La FTCS se conforma por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Hasta la enmienda constitucional de 2018, los titulares de estas instituciones, con excepción de las superintendencias, eran seleccionados mediante concurso público de oposición y méritos. Entre sus titulares se conforma una instancia de coordinación, y elegirán de entre ellos, cada año, a la Presidenta o Presidente de la Función.

Concretamente, la Constitución 2008 establece en su artículo 204 al respecto:

La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción. (CRE)

De la exégesis de este artículo se evidencia que la FTCS se crea como un contrapeso de control a los demás poderes, sin embargo, este control iría vinculado directamente con la participación ciudadana, es decir la Constitución prevé un contrapeso que se aleje de las luchas político-partidistas y se integre por ciudadanos sin afiliación política, lo cual haría que no estén infectados por ese afán de llevarse el botín político y actuaran sin influencia de intereses de grupo.

Gargarella en 2011 afirmaba que la construcción constitucional de la Función de Transparencia y Control Social sería inconveniente “por contener o directamente diluir, antes que asegurar y promover, la participación ciudadana, que queda encorsetada en una serie de burocráticos mecanismos estatales” (Gargarella, 2011, p.296). Es decir, que al momento de que estos “simples ciudadanos” se conviertan en burócratas y autoridades, indefectiblemente entrarán a formar parte del juego político tan venido a menos. En este sentido dice Juan Pablo Aguilar que para él “Una nueva función del Estado no es sociedad participando; es, ante todo y sobre

todo, institucionalidad pública y, como tal, Estado.” (Aguilar, 2009, p.97). Por esto, la FTCS no es una instancia de poder popular como se nos presenta en el discurso gubernamental, sino que lo único que hace es agrupar a los tradicionales órganos de control en una Función nueva a la que se asigna un nombre largo y rimbombante.

Con todo esto, sería inviable afirmar que las AAI que surgieron en el Ecuador se agruparon dentro de la FTCS como un intento de sellar su independencia, más bien la implementación de un nuevo poder serviría de disfraz para el Poder Ejecutivo de influir de manera más directa y disfrazada en diferentes ámbitos estatales.

3.3. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS)

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) heredaría el trabajo y las obligaciones de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (CCCC) creada en 1997²⁸. Este Consejo es el encargado de designar a los titulares de algunas AAI: el Procurador General y Superintendentes a propuesta del Presidente de la República; el Defensor del Pueblo, el Defensor Público, el Contralor, el Procurador General del Estado, el Fiscal General, los miembros del

28 La Comisión del Control Cívico de la Corrupción (CCCC) se creó mediante Decreto Ejecutivo Nro. 107-A, de 4 de marzo de 1997, con el propósito de canalizar la participación de la sociedad civil en procesos de denuncia, investigación y prevención de la corrupción. Esta Institución estuvo conformada por cinco miembros de la sociedad civil nombrados por iniciativa del Presidente de la República y tres miembros nombrados por iniciativa del Presidente del Congreso Nacional. Posteriormente, en la Constitución 1998 dentro de los organismos de control se contemplaba a la CCCC, y se la definió como una persona jurídica de derecho público, con autonomía e independencia económica, política y administrativa que promovía la eliminación de la corrupción; receptaba denuncias sobre hechos presuntamente ilícitos cometidos en las instituciones del Estado, para investigarlos y solicitar su juzgamiento y sanción. Se dejó por sentado que su accionar no interferiría en las atribuciones de la Función Judicial.

Consejo Nacional Electoral, del Tribunal Electoral y del Consejo de la Judicatura después del respectivo concurso público.

El artículo 207 de la Constitución publicada en 2008 señalaba originalmente que el CPCCS se integrará por siete consejeros, cuya selección se realizaría de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía, a través de un concurso público organizado por el Consejo Nacional Electoral. Se requería: ser ecuatoriano, en goce de derechos de participación, mayor de edad, probidad notoria reconocida por el manejo adecuado y transparente de fondos públicos, para aquellas personas que los hayan manejado; y, desempeño eficiente en la función privada y/o pública, así como diligencia y responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones.

Al revisar los requisitos mínimos exigidos para integrar este órgano me pregunto lo mismo que Ayala Mora (2018):

¿Qué certificados le hacen a uno un buen ciudadano? ¿Qué preguntas deben contestar quienes deben demostrar que son buenos ciudadanos? ¿Cómo se mide el nivel de ciudadanía? ¿Hay un mecanismo para establecer cómo una persona “sabe” ser buen ciudadano? ¿Hay un ‘ciudadanómetro’ en alguna parte? (p.212)

A pesar de contar con este procedimiento que parecía alejar a las otras funciones en la conformación del CPCCS no se logró este objetivo. El primer CPCCS que se posesionó en 2010 fue cuestionado por diversos sectores por falta de transparencia o irregularidades que el Consejo Nacional Electoral no logró desvirtuar nunca. Desde el primer CPCCS los “no políticos” afines al “correísmo” ganaron los concursos realizados con notas casi perfectas²⁹. De ahí que los siete miembros elegidos del Consejo para el primer periodo que inició en 2010 hayan tenido claras vinculaciones políticas y la mayoría de

29 Como Edwin Jarrín, Vicepresidente del CPCCS, con 92 puntos sobre 100; y, también fue el caso del ex Contralor, Carlos Pólit, con una calificación de 47 puntos sobre 50, este último ahora prófugo de la justicia con acusaciones de corrupción por acciones realizadas en el desempeño de su cargo (Revista Digital GK, 2019).

ellos fuesen cuota directa del gobierno, haciendo que no haya meritocracia posible ni democracia real.

El fin de expulsar la política no se consiguió, es por eso que Amalia Ospina acusa que las prácticas políticas de la “vieja partidocracia”, para la conformación de los organismos de control entre anteriores presidentes y el ya extinto Congreso Nacional encontraron un nuevo cauce para esconderse y de alguna forma legitimarse en la funcionalidad del CPPCS. Las negociaciones políticas por poner en puestos estratégicos a personas afines al ex Presidente Rafael Correa fueron habituales. La ciudadanía que no era política de hecho se repolitizó siempre a favor del régimen con el fin de ocupar cargos (Ospina, 2012). Quienes participaron en el primer concurso para conformar el CPCCS, provinieron de los sectores movilizados y no la ciudadanía en su conjunto. A la larga, algo bastante parecido al sistema de partidos de la democracia representativa.

El segundo Consejo se instaló para el periodo 2015-2020, sin embargo, debido a escándalos de corrupción y más críticas emitidas desde muchos sectores incluyendo el nuevo Presidente de la República, contrario al régimen de Correa, Lenín Moreno (2017- 2021), se impulsó desde el Ejecutivo una consulta popular y enmienda para modificar al CPCCS.

3.4. La enmienda constitucional de 2018.

En octubre de 2017, el Presidente de la República, Lenín Moreno, ya a todas luces contrario a Correa³⁰, anunció que llevaría a cabo una

30 Luego de un cambio presidencial en el que el sucesor de Correa, Lenin Moreno, quien inicialmente y en campaña se presentó como perteneciente a su misma línea política, a pocos meses de su posesión, Moreno inició un paulatino distanciamiento del régimen anterior por cómo recibió el país luego de una década en el poder de su antecesor, situación agravada por una serie de escándalos de corrupción que expusieron a varias altas autoridades del gobierno anterior y partidos de ideologías más tradicionales que apoyaron al nuevo régimen.

consulta popular y referéndum constitucional³¹, que finalmente se realizó el 4 de febrero de 2018. En lo concerniente a la FTCS, la tercera pregunta del referéndum constitucional señalaba:

¿Está usted de acuerdo con enmendar la Constitución de la República del Ecuador para reestructurar el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, así como dar por terminado el periodo constitucional de sus actuales miembros y que el Consejo que asuma transitoriamente sus funciones tenga la potestad de evaluar el desempeño de las autoridades cuya designación le corresponde, pudiendo, de ser el caso, anticipar la terminación de sus períodos de acuerdo al Anexo 3?. (2018).

El Anexo 3, a más de cesar a los consejeros del CPCCS e implantar un Consejo Transitorio, modificó los artículos 205 y 207 de la Constitución al establecer que las consejeras y consejeros serán elegidos por sufragio universal, directo, libre y secreto cada cuatro años coincidiendo con las elecciones a las autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados³². Para postularse deberán

31 De conformidad con el artículo 441 de la Constitución de la República del Ecuador la enmienda de la Constitución se podrá realizar mediante referéndum solicitado por el Presidente de la República o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. En síntesis, el referéndum es una especie del género consulta popular. La consulta popular no ha sido definida expresamente en la Constitución; sin embargo, se lo reconoce en el artículo 103 se lo reconoce como mecanismo de democracia directa, junto con la iniciativa popular normativa (art. 103), la consulta popular (art. 104) y la revocatoria del mandato (arts. 105 y 106). De ahí que la consulta popular consiste en plantear un número de preguntas al pueblo, mientras que el referéndum versa sobre un cuerpo jurídico o algún asunto definido, existiendo un anexo o un archivo adjunto sobre lo que se va a preguntar al pueblo, lo que implica un posterior cambio y perfeccionamiento a la Constitución. La consulta popular son preguntas que se realizan al pueblo en temas relevantes, su característica principal es que no contienen ningún texto de reforma, solo se consulta y se aplica, en cambio el referéndum, contiene un texto adjunto, que una vez aprobado enmienda la Constitución.

32 Las elecciones de gobiernos autónomos descentralizados se realizan cada 4 años, siendo la última la que se llevó a cabo en marzo de 2019. Esto origina que las

ser ciudadanas y ciudadanos con trayectoria en organizaciones sociales, en participación ciudadana, en la lucha contra la corrupción o de reconocido prestigio que evidencie su compromiso cívico y de defensa del interés general. Las consejeras y consejeros no podrán ser afiliados, adherentes o dirigentes de partidos o movimientos políticos, durante los últimos cinco años. Esta pregunta contó con el voto favorable (CNE, 2018).

Las reformas a la Constitución de 2018 se enfocaron en el régimen de elecciones para la conformación del CPCCS que pasaron de un sistema de selección a uno de sufragio universal y procesos derivados de éste, redefiniendo el periodo de sus miembros a 4 años; modificación de requisitos para ser consejero, aumento de las prohibiciones; terminación anticipada de los cargos de los miembros del CPCCS en funciones; conformación de un Consejo Transitorio; evaluación de las autoridades designadas por el CPCCS y posibilidad de un cese anticipado de sus funciones. El Consejo Transitorio³³ sería el encargado de realizar las acciones para cumplir con el mandato popular votado por la ciudadanía (Jara, 2019).

Con la enmienda se pretendía legitimar de manera democrática al CPCCS, para paliar las críticas de falta de legitimación democrática, pero corresponde preguntarnos si en verdad el CPCCS es una AAI. El criterio técnico de las autoridades ya no sería un factor para encasillarla como un elemento de tecnocracia para obtener mejores

elecciones de las autoridades del CPCCS se organicen 2 años posteriores a las elecciones de presidenciales y de assembleístas, cuya última posesión fue en mayo de 2017.

- 33 Capítulo aparte merece el CPCCS Transitorio posesionado el 28 de marzo de 2018, el cual si bien contó inicialmente con una inmensa simpatía popular por la labor anticorrupción que ejerció y el intento de construir un mecanismo de participación autónomo, sin la injerencia de los poderes del Estado (Páez & Rodríguez, 2018, p.11), desde varias voces también se lo acusó de extralimitarse en sus funciones, abuso de poder, el cese de autoridades que no designaba y la ejecución de investigaciones que eran competencia de la Contraloría General del Estado y no del CPCCS (Jacho & Ronquillo, 2019).

resultados, sino que el sufragio universal decidiría quién es el mejor ciudadano para ocupar este cargo.

Así como el examen que estaba ideado para el original CPCCS no mostraba quien era un mejor ciudadano, la votación popular tampoco sería el mecanismo adecuado. Es más, expone a que una institución que estaba alejada al juego político busque llevar el mensaje de los candidatos a partir del sistema de partidos, que son quienes manejan estrategias e infraestructuras institucionales para llevar mensajes al electorado. Con esta modificación, desde mi punto de vista, las puertas están abiertas para que los partidos políticos interfieran de forma más visible en la FTCS: en este escenario considerar que el CPCCS sería un órgano revestido de neutralidad política sería una aseveración por lo menos temeraria.

El 24 de marzo de 2019 se efectuaron las primeras elecciones del CPCCS, con los 7 candidatos electos, el 13 de junio de 2019 se instalaría el tercer pleno del CPCCS, esta vez democrático. Entre las principales críticas que se esgrimieron en contra del Presidente del organismo, José Tuárez, la Vicepresidenta Rosa Chalá, el Consejero Walter Gómez y la Consejera Victoria Desintonio, es que habían sido apoyados frontalmente por el partido político del ex Presidente de la República, Rafael Correa.

El 14 de agosto de 2019 la Asamblea Nacional, luego de un juicio político llevado en contra de estos cuatro Consejeros, los destituyó por irregularidades en sus hojas de vida (Vélez, 2019) y por el incumplimiento del Dictamen de la Corte Constitucional Nro. 2-19-IC/19, de 07 de mayo de 2019 que prohibía la revisión de las actuaciones realizadas por el CPCCS Transitorio³⁴.

34 En el literal e del inciso 84 correspondiente a la decisión del Dictamen de la Corte Constitucional Nro. 2-19-IC/19, de 07 de mayo de 2019 (pág. 19), al respecto la Corte Constitucional señala: El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social definitivo no ostenta las competencias extraordinarias que el 'Régimen de transición del Consejo de Participación Ciudadanía y Control Social' otorgó al Consejo transitorio. Por tal razón, no goza de autotutela para

3.5. Constitucionalización de las AAI

La Constitucionalización de las autoridades administrativas independientes se presenta en ocasiones como fórmula para superar los déficits de legitimidad constitucional (Delcros, 1988, p.467). La constitucionalización de las autoridades independientes, sea a través de órganos sin clasificación o incluso dentro de la creación de una Función o Poder, se hace como un intento de frenar el reparto político del Ejecutivo y del Legislativo en el nombramiento de los órganos que los auditan y que se encargan de funciones muy específicas de interés del Estado.

Es así por ejemplo que Aguilar Andrade señalaba que el hecho de incluir a la Contraloría, Superintendencia y otros órganos de control dentro del texto constitucional, más obedecía a razones históricas que a razones prácticas para salvaguardar su legitimidad. Para este autor, no habrían razones de fondo para dar a estas AAI un tratamiento distinto del que se concede a otros organismos de regulación y control de actividades privadas (Aguilar, 2007, p.102). Lo cual como se ha visto, no sería del todo acertado pues las AAI son heterogéneas en las labores que cumplen y no se constriñen necesariamente a ser organismos de control, además no podrían confundirse con órganos ministeriales o ejecutivos por la distinta naturaleza que poseen, además de su difícil clasificación y refuerzo en su neutralidad política. Lo afirmado por Aguilar se haría un año antes del establecimiento de la Función de Transparencia y Control Social.

Un año después a la implementación de la FTCS, el mismo Juan Pablo Aguilar afirmaría que el sistema implementado en 2008 le da excesiva confianza al sistema cuasi corporativo del concurso de oposición y méritos. Para él, es poco probable establecer un sistema matemático que permita encontrar al funcionario ideal. Además, el

revisar las decisiones tomadas por el Consejo transitorio en ejercicio de aquellas. En consecuencia, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social definitivo está sujeto de manera íntegra a las reglas constantes en el artículo 208 numerales 10, 11 y 12 y artículo 209 de la Constitución.

principal problema del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social es que necesitaba establecer renovaciones parciales de los cuerpos colegiados y periodos distintos para el ejercicio de las funciones de ciertas autoridades, cosa que sí hace la Constitución, permitiendo con ello que la elección de un nuevo Presidente no se convierta en la ocasión ideal para reorganizar completamente las cortes y los organismos de control (Aguilar, 2009, pp.101-102).

Esto efectivamente se cumpliría en 2018, pero como hemos visto por cualquiera de los medios aún es un reto reforzar la neutralidad política del CPCCS y por ende al resto de la FTCS. Por eso considero que el mejor sistema, cualquiera que sea este, es el que quienes nombran y sean nombrados como autoridades independientes, asuman esta característica en el desempeño de sus acciones y no terminen como instrumentos de manipulación y rédito político. Si no se puede cumplir esto significaría que el mismo sistema de partidos y la temida “partidocracia”, no es que hayan sido combatidas sino que se han revitalizado a través de mecanismos mejor engrasados y más difíciles de ser comprendidos y, por lo mismo, criticados.

El establecimiento de un nuevo sistema que en la teoría prometedora permitía premiar a quienes sean mejores ciudadanos, ciudadanos menos contaminados por la política, mejor preparados, con mayores méritos profesiones y al mismo tiempo castigar a quienes convirtieron a la Administración en una cloaca que llevó al país a ser de los más corruptos de la región y del mundo, y en la práctica ya con más de 10 años de su establecimiento, comprobar que la corrupción mutó en nuevas y más complejas formas de enquistarse en la Administración, es un acto de hipocresía que nació de un discurso gubernamental que tuvo como principal amplificador a la propia Constitución. A la vista ya se ven nuevos retos de la renovada Función de Transparencia y Control Social y sus órganos, pero en los escasos dos años que han pasado, a pesar de solventarse la legitimación política, se ha visto que la independencia es un adjetivo muy fácil de colocarlo en el papel, pero muy difícil de asumirlo cabalmente.

IV. Conclusiones

El aparecimiento de las agencias y autoridades administrativas independientes se origina como una ruptura a los poderes tradicionales en los cuales la mayoría de Estados se ha dividido, de ahí que la crítica deriva en donde encasillarlos efectivamente. La ruptura de los poderes clásicos se ha visto influida por la crisis del Estado Liberal y un afán más intervencionista de la Administración.

Las AAI son instituciones pertenecientes al sector público que cuentan con un grado de independencia en su permanencia, institucionalización, financiamiento, que las aleja de la arena política donde confluyen los poderes clásicos del Estado, cuentan con un carácter técnico de sus autoridades, en síntesis son órganos tecnocráticos que regulan determinados sectores.

Las características identificadas de las AAI son las siguientes: personas jurídicas distintas al Estado, con personalidad jurídica propia, con autonomía para su auto organización; de gestión personal a su servicio; y de auto disposición sobre sus medios patrimoniales; las normas por las cuales se rigen son especiales y privativas; son instituciones independientes, esto es que no están sujetas al poder de tutela y de dirección a las cuales el resto de instituciones se someten; los representantes de las AAI deberían contar con un periodo fijo en su cargo y solo podrían ser removidos del mismo por causales muy específicas para garantizar su independencia; con potestades sustantivas para la regulación y el control de un sector determinado; reforzadas en su neutralidad política; y, que no son identificables dentro de un poder clásico del Estado.

Los orígenes históricos de las AAI están en los Estados Unidos de América a partir de la construcción jurisprudencial realizada a través de las instituciones que se fugaban de los poderes ejecutivo y legislativo de ese país y que se fueron incrustando poco a poco desde el siglo XVIII. A través de la Deferencia jurisprudencial Chevron se ha catapultado la facultad interpretativa de las agencias por sobre las que se realizaren por jueces, de ahí la importancia que tienen y su constante controversia.

En el Ecuador y Latinoamérica, a inicios del siglo XX y con la influencia estadounidense de la Misión Kemmerer se empezaron a ver las primeras AAI.

El aparecimiento de las primeras AAI en el Ecuador se generó a partir de 1927 en el sector financiero y bancario (Banco Central, Contraloría y Superintendencia de Bancos), en los años 60 en el sector corporativo con la Superintendencia de Compañías. A esto le seguiría en los años 90 una superintendencia encargada de las telecomunicaciones y la Comisión de Control Cívico de la Corrupción.

La Constitución 2008 contiene 2 poderes diversos a los tres clásicos, entre ellos, la Función de Transparencia y Control Social (FTCS). La FTCS está ideada de insertar la participación ciudadana en el sistema de rendición de cuentas y control social. Sus instituciones son algunas de las AAI identificadas y su eje central es el Consejo de Participación y Control Social (CPCS).

El CPCCS es una AAI que en un inicio se conformó por miembros con concurso de oposición y méritos, trató de apartarse de la denostada “partidocracia”, justamente para realizar su labor de control. Se encarga entre otras cosas de la designación del resto de autoridades de la FTCS y de titulares de otras instituciones tal como la Corte Constitucional, el Consejo Nacional Electoral y la Procuraduría General del Estado.

Desde un inicio los criterios técnicos para escoger a los consejeros del CPCCS estuvieron en tela de duda, pues no hay una fórmula objetiva para determinar a los mejores ciudadanos y menos políticos al mismo tiempo. Esto era una contradicción pues si bien el CPCCS nombraba a otras autoridades como superintendentes y Contralor, estos sí contaban con criterios más objetivos como su preparación e investigación, a pesar de esto para estos cargos técnicos, se mantuvo la fórmula de designación a partir de ternas remitidas por el Ejecutivo directamente a la Función de Transparencia y Control Social sin pasar por el Legislativo. Lo cual dejó la puerta abierta para negociación política que es lo que justamente se buscaba eliminar. Por eso la meritocracia podría ser un sistema más aplicable

para la designación de autoridades administrativas independientes encargadas de sectores técnicos como superintendencias, Contraloría General del Estado, Defensoría del Pueblo, etc.

Por las críticas sufridas a la legitimación democrática de sus miembros, en 2018 se realizó una enmienda constitucional para que los miembros del CPCCS se elijan a través de sufragio universal. Con esto se dio protagonismo al sistema de partidos en la elección de autoridades y si bien ahora existe legitimación democrática, la neutralidad política fue ostensiblemente disminuida.

Las AAI en el Ecuador cuentan con muchos requisitos formales y es más, los intentos por dotarse de independencia han sido subidos al nivel constitucional, sin embargo esta independencia, por lo menos hasta antes de 2018, parece ser exigua.

El establecimiento de la FTCS en sus primeros 10 años no fue una solución a la independencia en el ámbito de las AAI, permitió que el Ejecutivo tenga una incidencia mayor, y a más de eso reflejó que una vez que el ciudadano común (no político) entra dentro de la Administración, se repolitiza.

La creación de la FTCS no sirvió como un ente neutralizador político de las AAI que acogió en su seno, de hecho, sirvió para comprobar que la corrupción mutó en nuevas y más complejas formas de enquistarse en la Administración.

Independientemente de la organización constitucional, la garantía de la independencia, neutralidad política y eficacia nace en que las AAI no se las asuma como instrumentos de reparto, manipulación y rédito político. Si esto no es cumplido y no se realizan acciones en esa dirección, lamentablemente todas las características estudiadas en este mismo trabajo simplemente significarían nuevas formas en las que el sistema de partidos ha conseguido acumular más poder.

Referencias Bibliográficas

- Acosta, A. (2008). *El buen vivir, una oportunidad por construir*. Ecuador Debate. Innovaciones y retos constitucionales (75), 33-47.
- Aguilar, J. P. (2007). *Compromiso político y organismos de control*. Foro: revista de Derecho, 97-110.
- Aguilar, J. P. (2009). *La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción*. En S. Andrade, A. Grijalva, & C. Storini, La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones (págs. 93-104). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Aguilar, J. P. (2018). *El mito del nuevo paradigma constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Alemán, P. (2002). *Banco Central del Ecuador: La Historia que aún no aprendemos*. Guayaquil: Instituto Ecuatoriano de Economía Política. Recuperado el 12 de abril de 2020, de <http://www.hacer.org/pdf/Romero01.pdf>
- Ávila, R. (2011). *El Neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Editorial Abya Yala.
- Ayala, E. (2018). *El “Poder” que está demás: cómo la Constitución vigente consagró un retroceso democrático y un atropello al principio de representación con el “Cuarto Poder”*. En G. Benavides Llerena, & C. Reyes Valenzuela, Horizonte de los derechos humanos: Ecuador 2014-2016 (págs. 209-216). Quito: Abya Yala.
- Ayala, A. P. (2005). *La larga marcha constitucional de la República Popular China: el período Mao Tse-tung*. Revista de estudios políticos(129), 39-87.
- Betancor, A. (1994). *Las administraciones independientes*. Madrid: Tecnos.
- Bilbao, J. M. (1999). *Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional*. Anuario de La Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid, 163-181. Recuperado de <http://scholar>.

googleusercontent.com/scholar?q=cache:SN5-I_sveBAJ:scholar.google.com/&hl=es&as_sdt=0,5

Clavero, B. (2005). *Constitución Europea e Historia Constitucional: El rapto de los poderes*. Historia Constitucional (revista electrónica) (6). Recuperado de <http://hc.rediris.es/06/index.html>

Consejo Nacional Electoral. (2018). *Resultados del Referéndum y Consulta Popular 2018*. Recuperado de <http://cne.gob.ec/es/procesos-electorales/referendum-y-consulta-popular-2018>

Datla, K., & Revesz, R. L. (2013). *Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)*. Cornell Law Review, 98(769), 769-844. Recuperado de <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol98/iss4/1>

Delcros. (1988). *Le CSA, une nouvelle institution constitutionnelle*. AJDA.

Drake, P. (1995). *Kemmerer en los Andes: la misión Kemmerer 1923-1933*. Quito: Banco Central del Ecuador.

García de Enterría, E., & Fernández, T. (1997). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.

García, E. (1993). *Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho*. *Revista de Administración Pública* (131), 61-118. Recuperado de https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:HTAdxRNuu2I-J:scholar.google.com/&hl=es&as_sdt=0,5

García, M. (1987). *El Estado social y sus implicaciones. En Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Las organizaciones de intereses y la teoría constitucional. Madrid: Alianza.

García-Trevijano, J. (1968). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Gargarella, R. (2011). *El constitucionalismo latinoamericano y la sala de máquinas de la Constitución (1980-2010)*. *Gaceta Constitucional* (4), 89-306.

- Gozzi, E., & Tappatá, R. (2010). La Misión Kemmerer. Fit & Proper, 01-10. Recuperado de http://fitproper.com/documentos/propios/Mision_Kemmerer.pdf
- Gutiérrez Magaña, H. M. (2017). *La institucionalización del control social en Ecuador: posibilidades y tensiones de los mecanismos participativos*. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 8(2), 139-164. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-V8N2-art1289>
- Jacho, P., & Ronquillo, O. (2019). *Consejo de Participación Ciudadana y Control Social transitorio en el Ecuador: facultades y atribuciones periodo 2018 - 2019*. *Revista Científica Mundo de la Investigación y el Conocimiento*, 3 (3), 667-688. Recuperado de <http://recimundo.com/index.php/es/article/view/543>
- Jara, I. (2019). *Estudio del modelo de gestión aplicado a la transparencia y control social como Función de Estado*. Caso Ecuador 2008-2018. Informe de Investigación. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Comité de Investigaciones.
- Kirti, D., & Revesz, R. L. (4 de mayo de 2013). Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies). 98. Recuperado de <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=3270&context=clr>
- Lazzarato, M. (2015). *Neoliberalism, the financial crisis and the end of the liberal state*. *Theory, Culture & Society*, 32(7-8), 67-83. Recuperado de https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0263276415600037?casa_token=Xwyp55adoHgAAAAA%3A7wfn_AmURhJ2tUo_vYGtGuckvabfCmD45ZYWgjTvrhwWDCmE1QYQkmmxRY1XbftdGHR6Vvv1dFL
- Martínez, R. (julio-diciembre de 2017). *Constitucionalismo democrático e innovación constitucional en Ecuador: la Constitución de 2008*. *Revista Diálogos de Saberes*, Universidad Libre de Bogotá (47), 81-102. doi:<https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.47.1589>

- Mashaw, J. (2006). Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations 1787-1801. *Yale Law Journal*(115), 1256-1344. Recuperado de <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/2/>
- Mashaw, J. (2008). *Administration and "The Democracy" Administrative Law from Jackson to Lincoln, 1829-1861*. *Yale Law Journal* (117), 1568-1693. Recuperado de <https://www.jstor.org/journal/yalelawj>
- Montesquieu, J. (1942). *El espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Editorial Albatros.
- Naranjo, C. (Enero-Junio de 2017). *Central Bank of Ecuador, 1927: among Dictatorship, Revolution and Crisis*. *Journal of Evolutionary Studies in Business* (Universitat de Barcelona), 2(1), 128-173. doi:doi: 10.1344/jesb2017.1.j025
- Navas, M. (2014). *Proceso constiuyente, participación y un nuevo diseño democrático en la constitución ecuatoriana actual*. Confluente. Rivista di Studi Iberoamericani [S.l.], 6 (2), 94-116. doi:<https://doi.org/10.6092/issn.2036-0967/4759>
- Noboa, A. (27 de enero de 2015). Informe revela anomalías de selección del CPCCS. *El Comercio*, pág. Sección Actualidad. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-informe-anomalias-seleccion-cpccs.html>
- Noguera, A. (2008). *Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social*. En R. Ávila Santamaría, A. Grijalva Jiménez, & R. Martínez Dalmau, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (págs. 133-158). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador.
- Noguera, A. (2009). *El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008*. *Revista Vasca de Administración Pública*, IVAP(83).
- Ospina, A. (2012). *El gran silencio de la participación ciudadana*. *Revista Digital La Línea de Fuego*. Recuperado de <https://lalineadefue>

go.info/2012/09/11/el-gran-silencio-de-la-participacion-ciudadana-por-amalia-ospina-palacios/

Páez, P., & Rodríguez, A. (septiembre-diciembre de 2018). El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio en Ecuador: entre la legitimidad y la legalidad de sus actuaciones. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*(8).

Paz y Miño, J. J. (2008). *El ciclo del proceso constituyente en Ecuador*. En Constitución 2008. Entre el Quiebre y la Realidad. Quito: Ediciones Abya Yala.

Pérez, J. (enero-abril de 2011). *¿El ocaso de Chevron? Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el Ejecutivo*. *Revista de Administración Pública del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* (184), 325-348. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40455/23033>

Pomed, L. (1993). *Fundamento y Naturaleza jurídica de la Administraciones independientes*. *Revista de administración pública* (Madrid) (132), 117-169.

Posso, R. (2016). *Historia de la creación de la banca central latinoamericana*. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas*. Universidad de Nariño, XVII (2), 166-187. Recuperado de <http://www.scieo.org.co/pdf/tend/v17n2/v17n2a09.pdf>

Revista Digital GK. (2019 de septiembre de 2019). Todo lo que hay que saber sobre el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Obtenido de <https://gk.city/2019/09/05/reforma-consejo-participacion-ciudadana/>

Sánchez, H. (2015). La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Getafe. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22882/tesis_ha_sanchez_hernandez_2016.pdf

Sunstein, C. R. (1987). *Constitutionalism after the New Deal*. 101 *Harvard Law Review* 421. Recuperado de https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12236&context=journal_articles

- Vázquez, V. J. (2018). *Deferencia Judicial hacia las agencias federales y deferencia hacia el Legislador. La interpretación de la ley defectuosa y el principio democrático en la sentencia King V. Burwell*. Revista General de Derecho Constitucional (26. Número monográfico especial).
- Vélez, R. (23 de agosto de 2019). Resolución que destituyó a mayoría del CPCCS ya está en el Registro Oficial. El Comercio. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/resolucion-destitucion-cpccs-registro-oficial.html>
- Vergara, A. (julio - diciembre de 2017). *Autoridades administrativas independientes (agencias): mito y realidad de un modelo conveniente para Chile*. Revista de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica de Chile (25), 44-58. Recuperado de redae.uc.cl/index.php/redae/article/view/424/0
- Wolkmer, A. C., & Radaelli, S. M. (2017). *Refundación de la teoría constitucional Latinoamericana: Pluralidad y descolonización*. Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos, 31-50. doi: <https://doi.org/10.14679/104>

La responsabilidad extracontractual del Estado por ejercicio del poder legislativo.

*Non-contractual state liability
due exercise of legislative power*

Pablo Andrés Proaño*

Investigador Jurídico independiente

Juan Antonio Benalcázar**

Investigador Jurídico independiente

Carlos José Rivadeneira***

Investigador Jurídico independiente

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 5 de octubre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 1 de diciembre, 2020

Citación

Proaño, P., Benalcázar, J. y Rivadeneira, C. (2020). *La responsabilidad extracontractual del Estado por ejercicio del poder legislativo*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE. Edición 2020, p. (347-376).

DOI: 10.26807/rr.vi02.31

* Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

** Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

*** Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Asistente de Cátedra de las materias: Derecho Penal II, Derecho Procesal Penal y Delitos de Peligro y Omisión en la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: crivadeneira1998@gmail.com.

Resumen: “No es la validez, legalidad o inconstitucional de una norma, es el daño que provoca, el daño que genera un fuerte dolor a sus administrados” (Valdivia, 2019, p.113). Es necesario comprender la responsabilidad jurídica que debe tener un Estado de Derecho, quien a su vez es garante de que el sistema jurídico brinde la facultad de resarcir y hacer exigibles cada uno de los daños generados, sin importar su naturaleza, más aún aquellos que deriven de una irresponsabilidad legislativa, abordando figuras que conlleven a analizar el abuso del poder estatal, por tal motivo dentro del presente trabajo se expondrá cada uno de los supuestos de hecho mediante los cuales puede ser entendida esta institución denominada *responsabilidad extracontractual producto de un hecho legislativo*, mediante un proceso argumentativo conjunto que permita desarrollar aquellos requisitos fácticos y elementales para considerar la existencia de un daño que violente derechos entre el particular y el ente público que tengan como fundamento la inconstitucionalidad de una norma, su ilegalidad o en cierto caso violente una legítima expectativa de confianza legislativa con sus habitantes de quien podría ser imputado el presunto hecho antijurídico.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado, responsabilidad extracontractual, derecho de daños, responsabilidad extracontractual del Estado legislador.

Abstract: “It is not the validity, legality or unconstitutionality of a norm, it is the damage it causes, the damage generated by strong pain to its administrators.” (Valdivia, 2019, p.113). Starting from the same, it is necessary to understand the legal conscience that a rule of law must have, where they contemplate real ideals of freedom, security, and a number of positive laws that depend on each of the citizens, even the least prolific, of the same access to mechanisms of limitation, state control, so that in turn the Ecuadorian legal system provides the powers of investigation and make each of the damages caused by legislative irresponsibility enforceable, where the figures that involve an analysis of the prevailing abuse of state power, for this reason within this work arguing each of the assumptions of facts by which it can if this institution is liable for foreign contractual liability as a result of damage or legislative change, through a joint argumentative process that allows the development of the factual

and elementary requirements to consider the existence of damage that violates rights between the individual and the public of whom it could be alleged illegal act.

Keywords: *Responsibility of the State, extra-contractual responsibility, exemptions from extra-contractual responsibility, unlawful act, damage, extra-contractual responsibility of the legislating State.*

Introducción

Para varios sistemas jurídicos modernos, la responsabilidad extra-contractual del Estado es un tema reconocido por la doctrina, jurisprudencia y la normativa vigente. En la mayoría de los casos se habla con mucha claridad sobre la responsabilidad estatal respecto de actos administrativos; sin embargo, hay algunos sistemas jurídicos que amplían el rango de responsabilidad a otros actos estatales, como es el ejemplo de la responsabilidad del Estado legislador.

El presente trabajo académico pretende presentar la posibilidad de incorporar al ordenamiento ecuatoriano la responsabilidad extra-contractual del Estado producto de un daño legislativo. Y en virtud de esto, permitir a los ciudadanos solicitar un resarcimiento, sustentándose en la errónea aplicación de la potestad legislativa del Estado que derive en daños.

Históricamente la posibilidad de reclamar frente al Estado era muy limitada, tanto que se otorgaba un “poder supremo” del Estado que no podían ser cuestionadas sus decisiones, argumentando que “la ley es un acto de soberanía, en tal virtud nadie puede ir contra de la voluntad del legislador y peor aún reclamar algún tipo compensación si sufriese algún daño directo de dicha voluntad” (Alonso, Leiva, 2011, p.80).

Básicamente se eximia de cualquier responsabilidad a los legisladores quienes en ejercicio de su función producían un cambio de ley sin contemplar los alcances de la norma promulgada, alcances que, en ciertos casos, podría causar daños a los particulares. De este modo, se dejaba impunes a los legisladores de toda responsabilidad

civil. Tras el argumento anterior por muchos años se creía que los legisladores se encontraban en la cúspide “de una pirámide jurídica” (Alonso, Leiva, 2011, p.81). Conforme ha pasado el tiempo este concepto ha evolucionado y ha comenzado a desvirtuarse, dando apertura a un sin número de garantías que permiten a quienes en teoría son los más débiles, es decir, los administrados, limitar el poder estatal brindándoles la oportunidad de exigir y hacer responsable al Estado por cada una de sus actuaciones.

En consecuencia de lo anterior, resulta razonable obligar al Estado a resarcir a todos quienes hayan sido víctimas de perjuicios en virtud de su actuar irresponsable, exigiendo una compensación razonada que tiene como hecho generador una ley promulgada de forma inconstitucional, ilegal o sin los procedimientos por norma imperativa exigidos, pues se observaría una injerencia directa de los legisladores.

Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico colombiano y español, existe una norma en la cual da lugar a una obligación indemnizatoria por parte del Estado, justamente cuando existe una acción u omisión de las autoridades a causar un daño o perjuicio a los particulares.

En virtud de lo expuesto, se analizará la responsabilidad extracontractual civil por hecho legislativo y los argumentos que dan origen al reconocimiento de dicha responsabilidad. Esto en vista de que actualmente es aceptada por diferentes doctrinarios y jurisprudencia internacional, superando obstáculos que anteriormente impedían accionar en contra del Estado por un “dogma de soberanía”. Esta normativa y jurisprudencia internacional es la que servirá como base para dilucidar nuestros argumentos.

I. Teorías que asignan responsabilidad al Estado

Mediante las teorías de Tutela Jurídica, Intervencionismo y Teoría Teológica podremos ejemplificar mejor la responsabilidad estatal. Por su parte, Rousseau da una explicación sobre el Estado y el “pacto social” (Ochoa, 2012, p.3), para que exista una voluntad general de todos. Además, se va designando diferentes funciones, como divi-

sión de poderes del Estado para que exista un control entre ellos, evitando un despotismo y abuso del poder. Esta división también asegura una vigencia de libertades individuales de las personas, puesto que la vulneración del derecho de un administrado por parte de un poder del Estado debe ser fiscalizado por otro, para determinar el tipo de resarcimiento que merece el administrado.

Para ello también se aplica el concepto del Estado de Derecho, de modo que el administrado sea escuchado en una situación de igualdad ante la ley y que, sin estar en un nivel de inferioridad, pueda exigir la reparación por haber sufrido un perjuicio. Igualmente, el estatus de ciertos derechos garantizados por el Estado es preexistente al mismo, es decir “los derechos se derivan de la dignidad de las personas, pueblos, comunidades y nacionalidades” (CCE, 2019, Sentencia No. 282-13-JP/19, párr. 30), de modo que el Estado no puede desconocerlos según su arbitrio.

Ahora bien, el Estado tiene como fuentes principales de responsabilidad a las teorías de Tutela Jurídica, al Intervencionismo y Teorías Teológicas:

La teoría de la tutela jurídica hace referencia a que el Estado está obligado a responder perjuicios que ocasiona a las personas, mientras estén cumpliendo sus actividades habituales, es por ello, que el Estado puede cometer actos perjudiciales, esto se ve de manera objetiva porque existe una prueba en contrario, pues el Estado se obliga a proteger el patrimonio de las personas (Ochoa, 2012, p.10).

Una sentencia colombiana lo ilustra de mejor manera y dice lo siguiente:

Al propio Estado [le] corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta como un mecanismo de protección de frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades (CC Col., 1996, Sentencia C333/96, párr.8).

Sobre la teoría de Intervencionismo, se refiere principios constitucionales que tiene el Estado, ya que, como ente supremo, tiene poderes o facultades exorbitantes en beneficio de la sociedad. En tal virtud, existe la posibilidad de que cause daño a los habitantes, lo cual generaría la obligación de reparación (Ochoa, 2012, p.11).

Por otro lado, la tendencia teleológica nos indica que el Estado tiene un deber esencial que debe cumplirlo de manera inexorable, y es el de reparar los daños que se produzcan como consecuencia de su actividad. Todo sea por el bienestar colectivo.

Existen otras teorías en las que se le atribuye responsabilidad al Estado como es la Teoría de la representación, esta se basa en culpa *in eligiendo o in vigilando*, es decir la elección del representante por parte del representado (Ochoa, 2012, p.12). Quienes afirman dicha teoría apoyan al Derecho Civil e indican que es una rama jurídica que se encarga de regular las relaciones que tiene el Estado y los particulares. Así mismo, se encuentra la teoría de la proporcionalidad de las cargas, su razonamiento merece a que los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros por las cargas que se imponen en el interés de la sociedad. En tal virtud deben ser indemnizados (Teissier, 1942, p.231).

II. Conceptos sobre la responsabilidad

El significado jurídico de la responsabilidad puede obtener diversos conceptos, dependerá de la rama del Derecho que se esté tratando. El Derecho Civil indica quien haya cometido algún acto una omisión y por consiguiente un tercero haya sufrido un daño o detrimento, tiene la obligación de resarcir al individuo que fue afectado y reparar dicho daño mediante una compensación, sea dineraria o no. El daño puede ser personal, patrimonial o moral (Corral, 2003, p.148).

Debemos indicar que una de las finalidades del Derecho Civil es precautelar los bienes protegidos de las personas como el patrimonio, además busca una reparación a una víctima, otorgando tal responsabilidad a quien cometa un acto u omisión para que responda por el daño o perjuicio frente al sujeto. Para demostrar la presente

tesis se debe hacer una observación a los elementos que componen a la responsabilidad civil.

La doctrina ha denominado al daño como “el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro sea a sus bienes o en cualquiera de sus derechos” (Escriche, 1863, p.192). Cuando nos referimos a daño se puede concluir que es un “fenómeno existencial” (Corral, 2003, p.137) en la vida humana, hechos que se dan por la convivencia entre personas.

Se da una importancia jurídica al daño porque permite que las personas puedan reclamar una indemnización. Por consiguiente, para que exista un resarcimiento, se debe reunir varios requisitos, como la certeza, esto se verifica conforme a hechos ciertos, reales y efectivos (Corral, 2003, p.142). Debe existir una relación directa con el hecho, es muy importante constatar esto para que se pueda exigir una indemnización. Siendo así, se refiere a la relación de causalidad entre el hecho y efecto directo (Alonso, Leiva, 2011, p.81). En cuanto a los daños patrimoniales, se subdividen en daño emergente y lucro cesante. Siendo el daño emergente una pérdida actual del patrimonio o como manifiesta la doctrina la discusión real y efectiva del patrimonio de la víctima y el lucro cesante la aspiración del que sufrió el daño a incrementar su patrimonio, producto de su trabajo.

No obstante, el juzgador, haciendo uso de su sana crítica debe analizar de manera fehaciente el lucro cesante porque prácticamente son los daños derivados. El daño no patrimonial no constituye detrimento en el patrimonio de la víctima, allí se encuentra meramente el daño moral, es conceptualizado como “la molestia y el sufrimiento moral o físico que produce un determinado hecho, y este no se aprecie de manera pecuniaria” (Corral, 2003, p.151) de tal forma, la víctima puede exigir una indemnización.

Para efectos del presente trabajo académico, es necesario mencionar la subdivisión entre responsabilidad contractual y extracontractual. En la primera, básicamente se hace referencia a las obligaciones incumplidas de un contrato previo, misma que es un acuerdo pactado con anterioridad por las partes, en caso de que alguna no cumpla

con lo estipulado en el mismo se dará paso a la responsabilidad. Por otro lado, se encuentra la responsabilidad extracontractual, que se orienta mucho más al Derecho de Daños (Corral, 2003, p.24).

Pues es mucho más amplio porque se debe pagar por las conductas que devienen de la obligación con el deber de no dañar, sin necesidad de tener como fundamento una relación jurídica previa. En los casos de responsabilidad por hecho legislativo, claramente se incurriría en esa segunda categoría: extracontractual, puesto que la obligación de dictaminar leyes nace de la Constitución y no de un contrato directo entre el Legislativo con los ciudadanos.

Ahora bien, se ha realizado un recuento de los conceptos principales sobre el estudio de Derecho de Daños, que se enfoca en las actuaciones cotidianas que generan que de alguna manera la libertad de las personas choque y podría afectar al ejercicio de los derechos de los demás. Existen daños que efectivamente deben ser resarcidos y otros que no, justamente por la relevancia de estos, y tiene mucha injerencia en la economía y en las políticas públicas.

El Derecho de Daños tiene como una de sus funciones principales compensar a quien ha sufrido el daño; se encarga de dejar a la persona en el estado o situación que se encontraba antes de que ocurra el daño. Otra función es la sancionatoria, que busca el resarcimiento a la víctima.

Consideramos un tema sumamente relevante analizar el fenómeno de responsabilidad del Estado causada por hechos del legislador. Pues debemos partir de una regla general de hechos u omisiones por parte de la Administración Pública. Partir también de que el Estado tiene como obligación tutelar los derechos de las personas y de responder frente a la imputación de daños que ocasionen.

Los habitantes de un determinado país, no se encuentran obligados a soportar un detrimento por el hecho de que sea una orden dada por el Estado siempre que esto ocurra. Pues existe una especie de protección a agentes estatales por la soberanía de este. No obstante, se sostiene la tesis de que aquella decisión del Estado se vea como un

hecho que causó un detrimento a un particular, puede tener caracteres que configuren la antijuridicidad en ese acto, vulnerando así, el deber de tutela de derechos.

III. Eximentes de responsabilidad

Dentro de la responsabilidad extracontractual analizada desde la óptica del Derecho Civil, planteando el supuesto hacia ciertas actividades mediante las cuales se pueda inferir la existencia de algún tipo de responsabilidad civil extracontractual por parte del Estado y sus agentes, hay hechos que permiten eximir a dichos órganos administrativos y consigo al propio Estado de ser responsable de los daños causados hacia los particulares en cuanto a la vulneración de derechos tanto individuales como colectivos.

Es por esto que dicha responsabilidad administrativa requiere de un balance y un sistema de contrapesos que permita poner límites a quienes pretenden ejercer dichas acciones en contra de un ente estatal. Esto haciendo referencia a la finalidad única y exclusiva del derecho de daños que extiende su capacidad de resarcimiento a cualquier persona natural o jurídica, y quien haya sufrido un menoscabo tenga la posibilidad de ser resarcido por el responsable del mismo, justificando así un sistema armónico de responsabilidades dejando de lado cualquier interés económico que permita a los individuos generar un enriquecimiento no justificado.

Debido a esto, es necesario la existencia de ciertos eventos o hechos que produzcan una garantía de seguridad jurídica e igualdad de derechos a ambas partes en controversia hechos que a la hora de hablar del demandado le permitan eximirse de la responsabilidad hacia el imputado, de forma que no se encuentre obligado a responder o indemnizar con su propio peculio a la persona víctima del daño alegado.

En consecuencia, de lo mismo, el Estado no podrá ser imputado de ningún tipo de responsabilidad en aquellos hechos donde el nexo causal vínculo del daño que, en efecto, sea producto de su acción administrativa, no sean casualmente directas con el evento dañoso. En

otras palabras, el Estado y sus órganos administrativos serán eximidos de su responsabilidad al romper debido a un evento en particular su relación directa de causalidad siendo producto de hechos que, a pesar de todas las previsiones, acciones de diligencia y en virtud del estándar de un tercero razonable su resultado dañoso no haya sido posible de resistir, erradicarán en su totalidad dicha responsabilidad.

Considerando que aquellas causas de exoneración son aquellas que impiden de manera clara frenar una imputación evidente hacia el responsable del hecho antijurídico, afectando así la causalidad, desvirtuándola de manera objetiva, en general estos omitirían la posibilidad de ser imputados por acciones dañosas, causas que terminan siendo un mecanismo de protección para el sujeto responsable del daño al atacar uno de los elementos más necesarios será el reclamar la existencia de un daño como la causalidad.

Por su parte, las causales de exoneración en materia de responsabilidad estatal actúan de la misma manera que entre particulares al ser una forma de exencionarse frente a cualquier tipo de abuso del derecho en consideración a una causa imposible de atribuir al no contener un nexo causal evidente, tales hechos permiten esta posibilidad son los siguientes:

3.1. Fuerza mayor como eximente de responsabilidad extracontractual

Uno de los supuestos necesarios para considerar una ausencia de responsabilidad es la fuerza mayor, aquella que se puede definir de manera simple pues es la fuerza o acontecimiento cognoscible que actúa sin ningún tipo de previsión, es decir, no deriva de una actividad normal y común. Son hechos externos, de la naturaleza, cuyo efecto por ningún medio y bajo ninguna circunstancia podría preverse, a pesar de cualquier medida de precaución o prevención.

Para configurar el eximente de responsabilidad de fuerza mayor es necesario analizar que el hecho que así se le imputa sea tanto irresistible como imprevisible, que además según la doctrina, el hecho da-

ñoso resultante de este evento es imposible de atribuir a una persona o en el caso particular al Estado como tal. Por ello según Héctor Patiño define a la fuerza mayor como un evento que de manera sustancial se exterioriza con una fuerza suficiente que resulta imposible de prever o de resistir que originalmente son producto de la naturaleza (Patiño, 2011, p.378).

Cuando aún después de haber tomado todo tipo de precauciones que prepare para un infortunio, el hecho de que los efectos de un evento de fuerza mayor sean inevitables por cualquier persona en la mediana prudencia posible, de forma que al ser un evento ajeno a la voluntad del agente imputado saldría del control del mismo repeler o resistir dicho evento que en su esencia general terminará causando un daño.

Recogiendo el pensamiento de Terregroza Sánchez (2007), define a la fuerza mayor como:

Aquel acto que denota responsabilidad excluyendo del cual con la influencia producida en el caso en particular es un funcionamiento anormal de fuerza que conlleva a situaciones irreversibles e imputables a cualquier servicio que se encuentre sometido a tomar acciones sobre dicho hecho que conduce en causa y efecto a cualquier tipo de resultado dañoso. (p. 203).

Siendo así, es claro que en estos casos donde se haya constituido una evidente fuerza mayor debe tener como requisitos los anteriormente detallados, y añadiendo el considerar que este hecho no depende del obrar del servicio o actividad de la persona imputada sino es un agente externo que se encuentra ínfimamente vinculado con el resultado dañoso aquí alegado por ende el mencionado daño no puede ser imputado ni a quien lo causa ni a quien lo sufre al ser una circunstancia especial reconocida por nuestro ordenamiento jurídico.

3.2. Hecho de la víctima frente a daños legislativos

El hecho de la víctima es una de las figuras más controversiales a la hora de considerárselo como eximente de responsabilidad. Este

actúa como atenuante hacia la responsabilidad que se pretende imputar, pero únicamente de forma parcial (Patiño, 2011, p.391).

Ahora bien, a la hora de comprender esta figura se debe mencionar que aquella refleja que el daño producido, o aquel evento antijurídico que tuvo como causa efecto un daño, fue producido de manera sustancial debido al comportamiento de quien lo sufrió, creado por su acción u omisión a la hora de la producción de dicho daño. Es decir que, en cierta parte, el responsable de lo sucedido es la propia víctima quien debe asumir las consecuencias de su actuar negligente.

Para entenderlo entonces, tenemos que apreciar que este daño tiene como fuente un sujeto quien se expuso de manera deliberada e imprudente hacia aquella actividad que, en el estándar de prueba con un tercero razonable, no toda persona en su mediana condición habría actuado de dicha forma. Visto desde otra óptica, se concluye que este daño se entenderá como un incumplimiento a las normas de cuidado propias de forma que terminaría excluyendo la conducta del imputado al ser la propia víctima quien de manera culposa o dolosa incurrió en dicha actividad dañosa permitiendo así al Estado exonerarse de cualquier tipo de responsabilidad demandada (Corral, 2003, p.204).

El comportamiento de esta víctima rompería el nexo de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño al considerarse que el actuar voluntario, consiente y razonable del afectado atento en propia manera hacia sus derechos dejando errada la posibilidad de atribuir dicho evento a la acción o servicio que ofrece el Estado.

Como ejemplo, podría entenderse quienes, durante un operativo policial, intercedan en contra de los agentes del orden y los agredan con la única intención de que el sospechoso a quien se pretendía capturar huya; de modo que tras estos eventos y forcejeos se cause algún tipo de lesión a los manifestantes. Esto desvirtuaría el nexo de causalidad y la conducta realizada por los agentes al obtenerse como acción voluntaria una exposición eminente a ser víctimas de un daño. Se requiere así entonces una co-participación de la víctima desde el punto de vista objetivo en la producción de dicho hecho (Torregroza Sánchez, 2007, p.211).

3.3. Hecho de un tercero

Como parte de las causas de exoneración en cuanto a desvirtuar el contenido de la responsabilidad civil extracontractual, encontramos el hecho de un tercero. Como su propio nombre lo dice, tiene como supuesto de hecho que el causante directo o la persona a quien se le está imputando un daño no es aquella que participo de manera directa ni indirecta en la producción del mismo, esto al ser ajeno a cualquiera de las partes que intervinieron dentro de la producción del mismo en el juicio de responsabilidad. En este sentido, el nexo causal será el requisito indispensable y vinculante para lograr una imputación clara de responsabilidad, quedaría desecho al no encontrarse los sujetos reales siendo a quienes se pretenda exigir la indemnización por los daños tanto causados como sufridos.

Debido a esto es necesario entender que para configurarse dentro de un supuesto de participación de un tercero ajeno a las partes litigantes del daño dentro de un proceso es imperativo que en el mismo se presente este hecho de manera única y exclusiva de tal forma que el hecho de este tercero se torne evidentemente determinante con el daño producido.

Además de ser un hecho que de manera absoluta fue producido por circunstancias nuevamente como es el caso de la fuerza mayor por situaciones imprevisibles e irresistibles para la persona que lo está alegando, de forma que esta termina siendo la única causa determinante del daño donde a forma de ver la participación del imputado este quedaría excluido de cualquier tipo de responsabilidad al ser un agente extraño quien debe ser demandado y exigido de compensar dicho daño.

Es por todos estos argumentos que, mediante un análisis casuístico, el Estado no estaría obligado a responder por ningún tipo de responsabilidad extracontractual si de forma directa no ha sido él quien termine siendo el causante del daño.

De forma que su participación o la de cada uno de los agentes estatales no sean los partícipes de un daño que a manera de verificarse

los particulares están obligados a reconocer al verdadero artífice del evento antijurídico dejando desvirtuada cualquier alegación existente en contra del Estado en la búsqueda de cualquier tipo de indemnización no podría ser alegada y terminaría estando desecha tanto en vía judicial como en vía administrativa (Enterría, 2005, p.940).

IV. Hecho antijurídico desde la responsabilidad por daño legislativo

Como parte de un análisis final se considera la responsabilidad estatal frente al daño legislativo, el cual no es más que producto de una actividad que mediante ley ha sido atribuida dentro de uno de los poderes más importantes para el Estado como es el caso del poder legislativo.

Analizando la problemática desde una óptica moralmente objetiva se puede considerar que el Estado en muchos de los casos donde ejerciendo su facultad única y exclusiva de emitir leyes, reglamentos y normas de conducta; así la sociedad logra en el análisis de caso por caso transgredir diversos bienes jurídicos que contemplan en muchos de los casos estas normas vulnerando así desde el plano jurídico los derechos adquiridos por ley, en dicha forma se logra aparejar este tipo de daño con el mal causado por el Estado dentro de la emisión de una norma que producirá efectos contrarios a sus fines constitucionales frente a sus habitantes.

En síntesis, podría existir, pero como Estado y como el máximo órgano encargado de regular las relaciones del bien llamado contrato social, estos hechos vendrían o serían provenientes de hechos no antijurídicos. Es decir que, al analizar el daño generado, en su mayoría de ellos se hablaría de un hecho no ilícito que termina proviniendo de una no solo acción facultada por ley sino comprende además una acción que es parte de las disposiciones legales pertinentes al cuerpo emisor de las mismas (Contreras, 1948, p.94).

Adicionalmente, es difícil comprender que en la mayoría de casos la abstracción es muchas veces indivisible y resulta difícil considerar

una categorización de perjuicios derivados del actuar sea responsable o no del legislador, de forma que en la teoría general de la responsabilidad extracontractual el Estado sería objeto de cualquier imputación proveniente de su actuar además de ser objeto la víctima de una reparación que se superponga al hecho dañoso, debido a ello es evidente considerar que el estándar general para lograr atribuir al Estado cualquier tipo de responsabilidad debe ir acorde a un análisis de principios rectores en el Derecho Administrativo.

El punto de análisis es considerar cuando el Estado está a través de sus manifestaciones soberanas transgrediendo el principio de igualdad de las cargas públicas, cuando las normas expedidas van en contra de la legítima confianza del pueblo y más aún en contra de la propia Constitución, es decir, violentar de esta manera la confianza legítima trasladada por el pueblo hacia sus representantes así como generar consecuencias irreparables en cuanto a la situación común de los ciudadanos o de cierto segmento de la población.

Es importante mencionar que el Estado en sus facultades debe cumplir con sus responsabilidades legales y primordialmente constitucionales, esto quiere decir, que a pesar de en cierto sentido ser el causante de una infinidad de acontecimientos o hechos dañosos dentro de sus facultades legislativas el límite de su actuar y bajo un régimen de seguridad jurídica debe estar fundado en derecho. Es decir que a la hora de emitir, producir y promulgar una ley esta debe encontrarse sin ningún tipo de anomalía legislativa, donde se promuevan los principios de igualdad, confianza y se pondere de manera específica el bien común o alcance al que se someterá dicha norma, es por esto que dentro de los ordenamientos jurídicos de cada nación hay acciones de contraposición para el control de estas garantías, además de condicionar las actuaciones de los legisladores.

En un segundo plano cualquier Estado y sea cual sea su Constitución política se encuentra eximido de cualquier tipo de responsabilidad siempre que se justifique que las normas promulgadas cumplen con todas las solemnidades de ley, donde se permita comprender que los ciudadanos pertenecientes a dichos Estados se encuentran en la obligatoriedad de renunciar a ciertos derechos en pro

de un beneficio colectivo, de forma que a la hora de producirse un daño, o de emitirse una norma estos se encuentren sujetos a observar los efectos normativos desde una óptica general dejando de lado su bienestar común por el bienestar de toda la sociedad.

Por otra parte, nos corresponde decir que, dentro de la vigencia efectiva de la norma, el hecho antijurídico se encontraría desvirtuado al contar con reglamentos que permitan su óptima aplicación dando un paso evidente para su entrada en vigor y un tiempo considerable que permita a cada una de las personas prever y prepararse en resistir el daño que dicha norma causará en su vida personal.

El hecho antijurídico entonces no podría ser considerado como un hecho ilícito como tal sino y únicamente en los casos donde el Estado a través de su facultad legislativa por su actuación u omisión configure una desigualdad en las cargas sociales, le otorgue al ciudadano una carga que no se encuentra obligado a resistir.

Es por esto que en cierta medida se hablaría que el hecho antijurídico como tal vendría a ser en los supuestos donde el Estado a través de sus funciones haya emitido normas de carácter inconstitucional o en contra de las disposiciones contenidas en su Carta Política de forma que se encuentren únicamente como responsable al Estado en los casos donde el hecho antijurídico sea de manera exclusiva una carga ilegítima. Donde se encuentre una vulneración de derechos y se omita el conocimiento de los mismos en la norma predecesora es por ello que se considera la antijuridicidad del hecho donde se haya sostenido que en base a cada uno de los supuestos la aplicación de este daño en general producirá una mayor cantidad de beneficios y promulgará al máximo la soberanía y un vivir equitativo entre todos sus participantes.

Debido a esto, la calificación como tal de un hecho jurídicamente ilícito en esta circunstancia quedaría desierta, al encontrarnos en el supuesto donde el acto antijurídico termina siendo como parte de su facultad normativa un hecho acorde a derecho, es decir, que a pesar de la disconformidad que este produzca a la hora de tutelar el cumplimiento a los derechos fundamentales de los particulares. Las

personas se encuentran obligadas a resistir de mínima forma ciertos daños que sean tradicionalmente provenientes del legislador motivados de manera directa por aumentar y mejorar las condiciones de vida de todos los ciudadanos.

V. Casos de responsabilidad extracontractual por hecho legislativo

Una vez que hemos analizado los presupuestos en los que no cabe responsabilidad, procede la revisión de casos en los que se ha declarado al Estado legislador patrimonialmente responsable. Cabe recalcar que este análisis es jurisprudencial y doctrinal con derecho comparado, puesto que en el Ecuador actualmente no se han dado fallos de este tipo. Adicionalmente, el análisis que se propondrá tendrá un carácter mucho más teórico y expositivo que práctico, por lo que no expondrá temas respecto de normas sustantivas ni competencia para proceder a la declaratoria de la responsabilidad estatal.

Desde una perspectiva de derecho comparado, hay múltiples escenarios que nos podrían llevar a la conclusión de esta responsabilidad desde varias perspectivas. Cabe recalcar que hay una distinción doctrinal muy marcada entre la responsabilidad generada por actos u omisiones de la Administración Pública y la responsabilidad por daños atribuidos a la función legislativa de un Estado.

La principal diferencia es el instrumento público que origina el daño: para la administración es un acto administrativo, para la función legislativa es la ley, en el sentido de la norma escrita, general y permanente producto de las atribuciones constitucionales de dicha función (Enciclopedia Jurídica, Ley, 2020).

5.1. Responsabilidad por prescripción constitucional o legal

Volviendo a los escenarios de responsabilidad del Estado legislador, la primera y la más elemental implica el reconocimiento de la misma ley en cuanto a responsabilidad del Estado por su indebida

aplicación. Cuando la ley prevé que existen casos en los que su aplicación genera un daño susceptible de indemnización, la misma ley delimita los efectos que puede producir y prescribe la antijuridicidad de los efectos que estén por fuera de dicha delimitación.

En el caso de la Constitución Colombiana (Constitución de la República de Colombia 1991), el artículo 90 de la misma prescribe la respuesta patrimonial por daños antijurídicos de la acción u omisión de autoridades, como base constitucional para exigir el resarcimiento de dicho daño.

El artículo 336 de la Constitución colombiana establece de forma directa y unívoca la indemnización a personas que quedan privados del ejercicio de una actividad económica lícita en virtud de una ley que establezca un monopolio, mientras que el artículo 365 en la misma línea prevé indemnización para personas que en virtud de una ley que establezca la reserva estatal de actividades estratégicas o servicios públicos “queden privadas del ejercicio de una actividad lícita” (Constitución de la República de Colombia, 1991, artículo 365).

De forma similar, en España la derogada Ley 30/1992 en su artículo 139 numeral 3 establecía claramente la indemnización en caso de vulneración del principio de igualdad de las cargas públicas (analizado más adelante) en los siguientes términos se contempla que:

Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos (Ley 30, 1992, artículo 139).

5.2. Responsabilidad por daños originados por una ley inconstitucional

Un segundo presupuesto igualmente reconocido por más de una legislación y jurisprudencia es el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley. Evidentemente los presupuestos para la

declaratoria de inconstitucionalidad de una ley rebasan el objeto del presente trabajo, sin embargo, es fundamental señalar los efectos que de ello se procede.

Cuando el Tribunal Constitucional de un Estado declara una norma inconstitucional, dependiendo de la configuración del ordenamiento, su fallo puede tener efectos *ex tunc* o *ex nunc*, esto es, no retroactivos o retroactivos (Gozaíni, 2007, p.175).

Cuando el fallo implica un efecto retroactivo, está expresando de forma clara la antijuridicidad de la norma y, por lo mismo, la antijuridicidad de sus efectos. En el caso en que esa norma haya causado un perjuicio a particulares, ese perjuicio es susceptible de ser reparado. Esta es la consecuencia lógica de un acto de la función legislativa que se sale de su competencia constitucional a la cual está sometida. De modo que de toda declaratoria de inconstitucionalidad de una ley es confirmación de que hubo funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa.

Sin embargo, hay que hacer una distinción clara entre la demanda de indemnización al Estado legislador por el daño producido directamente por la expedición de una norma inconstitucional de la demanda contencioso administrativo en contra de un acto administrativo que tuvo fundamento jurídico en dicha norma. En ambos cabría responsabilidad del Estado, pero la diferencia radica en el modo de presentar la demanda y la autoridad competente para conocerla, y adicional el objeto que se perseguirá en los dos procesos, pues el uno analiza el aspecto constitucional y de posibles vulneraciones de derechos y el otro, que será un proceso judicial ordinario analizará la legalidad de la actuación de un acto específico.

Como un ejemplo entre muchos de este caso, se cita la sentencia del 29 de febrero del año 2000 de la Tercera Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español (Causa No. 49/1998, 2000). En esta resolución se reconoce los perjuicios causados a determinadas empresas por una ley emitida en 1980 con sentencia de inconstitucionalidad que data de 1996, sentencia que tiene efectos retroactivos de acuerdo con el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del

Tribunal Constitucional español. El perjuicio constituía en una tasa fiscal para un determinado tipo de maquinaria que, al ser declarada inconstitucional la ley, habría sido injustamente desembolsado por los empresarios. A este entender, la Corte establece que:

No puede descartarse que pueda existir responsabilidad, aun tratándose de actos legislativos, cuando la producción del daño revista caracteres lo suficientemente singularizados e imprevisibles como para que pueda considerarse intermediada o relacionada con la actividad de la Administración llamada a aplicar la ley (TCE, Causa No. 49/1998, 2000).

Posteriormente, la Corte descarta la aplicación de la norma que establece responsabilidad para las actuaciones administrativas (en este caso, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas) puesto que los hechos se alegan respecto de una ley con declaratoria de inconstitucionalidad:

La ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido «a priori» en su texto (TCE, Causa No. 49/1998, 2000).

De modo que queda claro que el fundamento jurídico de la indemnización no es la obligación de la administración de responder por un daño causado por la ley, sino que la declaratoria de inconstitucionalidad establece la antijuridicidad de dicho daño, y, por lo tanto, la susceptibilidad de que este sea resarcido.

5.3. Teoría del sacrificio y defraudación de legítimas expectativas

Se ha analizado casos en los que cierta jurisprudencia y casi la unanimidad de la doctrina reconoce respecto de la responsabilidad del Estado legislador. Sin embargo, existen otras hipótesis, algunas desprendidas de casos concretos como en España y Francia, carácter meramente teórico mediante las que se podría determinar la antijuridicidad del daño causado por una ley sin declaratoria de inconstitucionalidad.

Una de estas hipótesis, conocida como la teoría del sacrificio, implica el rompimiento por parte de una ley del principio de igualdad de las cargas públicas. Una ley puede implicar una especie de “expropiación” de un derecho patrimonial respecto de un grupo de personas por motivo de interés público. Sin embargo, hay tribunales que han determinado que existen ocasiones en las que no se justifica que por un interés preeminente frente al interés particular se perjudique de manera especial y grave a unos pocos (Alonso & Leiva, 2011, p.82).

Para ejemplificar esta teoría, presentamos la sentencia icónica del Consejo de Estado Francés del 14 de enero del año 1938 que es conocida como la primera sentencia que establece responsabilidad por el hecho del legislador. En cuanto a los hechos relevantes, la Corte recoge que en 1934 se expidió una ley que prohibía la fabricación y el comercio de crema láctea que se fabricada con otro elemento que no sea leche. Sin embargo, a la fecha la única empresa que operaba de este modo era la *Société des produits laitiers La Fleurette*, siendo esta empresa la única perjudicada por la ley expedida. Citamos parte del contenido de la sentencia recogida para esclarecer las ideas del tribunal:

(...) Considerando que nada, ni en el texto de la ley ni en sus trabajos preparatorios, ni del conjunto de las circunstancias del asunto permiten pensar que el legislador ha querido hacer soportar a la interesada una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada por el interés general, debe ser soportada por la colectividad, de lo que se infiere que dicha sociedad La Fleurette tiene fundamentos para demandar que el Estado sea condenado a pagar una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido. (Instituto Nacional de Administración Pública, 2018)

Tanto esta sentencia como la del 23 de enero de 1963 recogen el precedente de que la vulneración al principio de igualdad de las cargas públicas en una ley constituye un elemento de determinación de responsabilidad estatal, y se fundamenta en la excepcionalidad y gravedad de un perjuicio derivado de esta ley a unos pocos individuos, siendo esta individualidad el criterio de diferenciación del perjuicio de una norma que cause perjuicios a nivel general (Instituto Nacional de Administración Pública, 2018).

Otra hipótesis implica la vulneración a la seguridad jurídica por defraudación de legítimas expectativas respecto de la gestión del legislador. Esta teoría se denomina vulneración al derecho de confianza legítima (Ruiz, 2001, p.176). Se denomina confianza legítima a las justas expectativas generadas cuando el legislador comienza a expedir normas en función de uno o varios intereses en particular con un perfil lo suficientemente marcado para que los individuos que obedecen a esa ley realicen acciones afirmativas en función de las leyes promulgadas con la confianza de la consecuente actuación de legislador a futuro.

El fundamento doctrinal se asienta en los principios de seguridad jurídica y buena fe. Por supuesto que el legislador, en principio, no tiene obligación alguna de expedir o no una ley, sin embargo, el adoptar cambios normativos que no son razonablemente previsibles en contra de una línea normativa previamente delimitada, genera perjuicios por la adecuación de la conducta económica de los particulares a la situación anterior que consideraban estable. Por consiguiente, el principio de confianza legítima emana del principio de seguridad jurídica del que gozan todos los ciudadanos.

La discusión que cabe respecto de que actuaciones se puede determinar de una violación de dichos principios y si esa ruptura basta proceder a la indemnización de perjuicios. Sobre esta hipótesis, nuevamente recogemos una jurisprudencia de alta relevancia del Tribunal Supremo de España: la sentencia del 5 de marzo de 1993 de la Tercera Sala de lo Contencioso Administrativo (Tribunal Supremo Español Caso No.131/90, 1993).

Los hechos relevantes de dicha sentencia implican una serie de facilidades económicas otorgadas por el Gobierno Español por medio de decretos hacia el sector pesquero. Meses después, se aprueba la Ley de Adhesión a la Comunidad Europea, que implicaba la rebaja de los cupos de pesca de los armadores nacionales. Existe un principio de confianza legítima que los legisladores españoles vulneraron y por ende se le hace acreedores a una responsabilidad patrimonial.

El caso pesquero, La Unión Europea determinó rebaja de los cupos de pesca, y un sin número de empresas mercantiles invirtieron mucho dinero para la renovación de la flota, el gobierno había dado facilidades para realizar dichas inversiones mediante un real decreto. Posteriormente, la alta instancia jurisdiccional española consideró como daño indemnizable los perjuicios ocasionados mediante el siguiente análisis:

(...) deviene procedente la indemnización cuestionada, habida cuenta, en primer lugar, la existencia de derechos o al menos intereses patrimoniales legítimos, cuyo sacrificio particular se impuso por las determinaciones que hemos relatado, sin que las respectivas sociedades tengan el deber jurídico de soportarlo, y además porque concurren cuantos requisitos exige nuestro ordenamiento para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es daño, no causado por fuerza mayor, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que es consecuencia directa, (nexo causal), de los concretos actos que se aducen y que hemos examinado como determinantes de la lesión patrimonial (...). (Tribunal Supremo Español Caso No.131/90, 1993).

De la argumentación de la Corte se desprende que es el carácter singular de la ley que origina el perjuicio el que genera la obligación de indemnizar, siempre y cuando existe una acción gubernamental positiva previa que estimule la conducta paralizada o una acción estatal que impida una razonable expectativa de la obtención de un beneficio por parte de la víctima, truncado por la acción legislativa.

Tales como incentivos tributarios o facilidades de crédito regulados de forma reiterada por el legislador en función de incentivar cierta conducta económica, de modo que los particulares de forma prudente y razonable se adecúen a la misma. A pesar de que en España existan sentencias en las que la vulneración de este principio también implica la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, no se descarta la indemnización aun a pesar de dicha declaratoria.

Como se ha demostrado, todos los casos en los que se podría determinar la responsabilidad del Estado legislador se busca una manera de probar la antijuridicidad del daño causado por la promulgación de leyes.

VI. Caso ecuatoriano

Se ha analizado brevemente las diversas hipótesis en las que correspondería la antijuridicidad del daño cometido por el Estado legislador en jurisprudencia y doctrina europea. Sin embargo, en América Latina son pocos los indicios que tenemos del reconocimiento de esta doctrina.

En cuanto a jurisprudencia regional, en el caso de Colombia y Chile por ejemplo, no hay sentencias que establezcan directamente una responsabilidad por un hecho legislativo fuera de la hipótesis de inconstitucionalidad, si no que las cortes prefieren analizar temas coyunturales que implican por ejemplo la responsabilidad del estado por daños imputables a decretos ejecutivos (Alonso & Leiva, 2011, p.94) o la antijuridicidad del daño producto de la ruptura del principio de igualdad de las cargas públicas pero sin desprenderlo directamente de un acto del legislador por no ser inconstitucionalidad (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de agosto de 1998, Colombia).

La falta de jurisprudencia presente en el Ecuador sobre este tema no nos disuade a descartar esta posibilidad del todo, puesto que, aunque no hay normas positivas que reconozcan esta responsabilidad, podemos considerar afirmativamente que en el Ecuador existe el suficiente sustento legal para poder establecer la responsabilidad estatal por hecho legislativo.

Comenzando por la Constitución, que en el artículo 233 establece que “no existen servidores públicos exentos de responsabilidad” (CRE, 2008), así como la responsabilidad política de los asambleístas por sus acciones y omisiones, consagrado en el artículo 127 de la misma Carta Magna. Finalmente, la prohibición expresa de la vulneración estatal de derechos en contra de particulares es fundamento suficiente para abrir la posibilidad de este tipo de responsabilidad.

Sin embargo, hay un elemento que es importante considerar en cuanto a la responsabilidad por declaratoria de inconstitucionalidad, que es la posibilidad que ha abierto las puertas a este tipo de responsabilidad. Y es justamente que, en nuestro ordenamiento, las

sentencias de inconstitucionalidad sólo tienen efecto hacia el futuro, no tienen efecto retroactivo. Según el texto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general (LOGJCC, 2009, art. 95).

De modo que imposibilita replicar el caso colombiano, que implica la responsabilidad estatal por daños producidos por una ley declarada inconstitucional. Esto deja únicamente la posibilidad de que, para buscar hacer responsable al Estado por un hecho legislativo, se intente bajo las teorías doctrinales antes analizadas: la teoría del sacrificio y la de defraudación de legítima confianza, que cabrían considerando nuestro marco legal.

VII. Conclusiones

Se ha considerado entonces como en ciertos casos, como el Poder Legislativo, servidores públicos gozan de una surte de ‘inmunidad’ ante los actos realizados como parte de sus funciones, quedando como exentos de responsabilidad. El Estado no puede ser imputado como responsable en aquellos casos en los que o no exista nexo causal o no se compruebe antijuridicidad por su acción legislativa. Entonces, lo que produce es que la sociedad generalmente se vea cohibida de presentar acciones en contra del Legislador y por ende frente a un Estado en ciertos casos abusivo, por justamente tener una contingencia desbalanceada a perder.

En tal virtud se ha plasmado un concepto de respeto hacia el Estado porque sus decisiones son de suma proridad y como regla general es que las normas de carácter general son pensadas y promulgadas para un supuesto beneficio social.

Agregando a lo anterior podemos concluir que debe crearse una línea jurisprudencial que analice las distintas teorías de responsabilidad sobre aquellos hechos legislativos que resulten ocasionar en cierto modo un daño frente a los particulares, de forma que permita a todos los afectados accionar diversas herramientas que les permitan exigir frente a determinadas decisiones que les generaron un perjuicio, otorgar un resarcimiento que subsane el daño sufrido.

Así mismo, permitir a los particulares exigir frente al Estado la suerte de perjuicios derivados de una responsabilidad extracontractual que tiene su sustento en una disposición pública que aparentemente beneficia a la sociedad pero así mismo puede trasgredir a un principio universal reconocido dentro de nuestro ordenamiento jurídico el cual manifiesta una igualdad dentro de las cargas públicas a soportar por cada individuo y legitimar mediante estas acciones el ejercicio pleno de los derechos fundamentales tutelados por la Constitución y brindar una determinada confianza hacia los órganos jurisdiccionales, además de promover un cambio legislativo que permita de forma expresa aplicar dichas teorías de responsabilidad en la búsqueda de resolver este tipo de controversias.

De igual forma, mediante un análisis de derecho comparado logramos percibir que en diversos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo esta idea de responsabilidad extracontractual por daños legislativos no es ajena, por lo cual cada uno de los particulares puedan acceder a diferentes tipos de recursos jurídicos frente a la administración para exigir el respeto hacia cada una de las actividades que desempeñe en libertad de sus derechos.

Y por ende activar todo el aparataje jurisdiccional con el único fin de buscar un balance entre sus intereses afectados con la legalidad de los actos legislativos antítesis de dicha disputa. Pues como lo manifiesta la historia y cómo podemos darnos cuenta según lo analizado anteriormente, esto ha sido un proceso largo y demoroso, es por ello que hemos hecho referencia a países como Francia, España y Colombia, donde se da plena cabida a la figura jurídica que se planea presentar.

Viendo desde una perspectiva del derecho de daños, se saca a flote la conclusión de que la propuesta del presente trabajo encaja plenamente, pues se analizan conceptos fundamentales, mismos que se lo aterrizan a un caso en concreto, además que mediante este tipo de análisis se observa una actuación sinalagmática entre el Derecho Público y Privado, partiendo de la remoción de legitimidad de todas las actuaciones del poder legislativo, pues justamente es en cuanto a la antijuridicidad de los hechos que hoy no es posible reclamar dicha responsabilidad.

Finalmente, se cree que en Ecuador dicho procedimiento podría ejercitarse por la vía contencioso-administrativa o accionando el caso ante la Corte Constitucional, pues las teorías doctrinarias en las que se fundamentaría una demanda se relacionan específicamente con derechos constitucionales.

Se considera que la temática aquí abordada puede causar una evolución positiva hacia la atribución de responsabilidad estatal y, por lo tanto, un medio más eficaz de control hacia los poderes públicos desde una fiscalización oportuna desempeñada por particulares, dándoles más elementos para contribuir a la formación de una democracia fuerte y participativa, en vistas hacia el futuro.

Referencias Biográficas

Textos Jurídicos

Ahumada, M. Á. (2001). Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales o derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 280-307.

Contreras, G. V. (1948). *Derecho Administrativo II Edición*. Santiago de Chile: Nacimiento.

- Corral, H. (2003). *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Consuelo Alonso, M., Leiva R. (2011). La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*.
- Enterría, E. G. (2005). *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*. Madrid : Aranzandi-Thomson Civitas.
- Instituto Nacional de Administración Pública . (2018). *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado* Madrid: Dailoz.
- Gozaíni, O. A. (2007). Sobre Sentencias constitucionales y la extensión erga omnes. *Revista La Ley*, 199.
- Leiva, I. N. (2010). La Responsabilidad Patrimonial del Estado legislador: Un análisis a propósito de las garantías del contribuyente en el sistema chileno. *Revista de Estudios Constitucionales*, 171.
- Patiño, H. (2011). Las Causas Exonerativas de la Responsabilidad Extracontractual. *Revista de Derecho Privado*, 367-387.
- Santamaría, J. A. (2007). La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador. *Revista de Administración Pública*, 60-72.
- Teissier, G. (1942). *La responsabilité de la puissance publique*. Paris: Paul Dupont.
- Torregroza Sánchez, J. E. (2007). Responsabilidad extracontractual del Estado por el Hecho del Legislador. *Universidad Externado de Colombia*.
- Valdivia, J. M. (2019). Sobre la Responsabilidad extracontractual de la administración por daños provocados por sus contrapartes de construcción en el Derecho Chileno. En [H. Alcaraz, A. Vergara] *Itinerario latinoamericano del derecho público francés* (págs. 539-555). Valencia : Tirant lo Blanch.

Ensayos Jurídicos

Ochoa Rodríguez, G. (2012). *La responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación de servicios públicos y efectos en nuestra legislación*. Obtenido de Universidad Andina Simón Bolívar <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3019>

Revisión de Enciclopedias

Enciclopedia Jurídica Ley. (27 de 04 de 20020). *Enciclopedia Jurídica Ley*. Obtenido de Enciclopedia Jurídica Ley: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/ley/ley.htm>

Escriche, J. (1863). *Diccionario Razonado de la Legislación y Jurisprudencia, nueva edición anotada*. Madrid: Librería de Rosa y Bouret.

Jurisprudencia Constitucional

Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 007-15-IN (Corte Constitucional del Ecuador 07 de 06 de 2017).

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 282-13-JP/19 (Corte Constitucional del Ecuador 04 de 09 de 2019).

Jurisprudencia Comparada

Corte Constitucional Colombiana Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia C-333/96 (Corte Constitucional Colombiana Sala de lo Contencioso Administrativo 01 de 08 de 1996).

Causa 49/1998 (Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso Administrativo 29 de 02 de 2000).

Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso Administrativo, 131/90
(Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso Administrativo 05
de 03 de 1993).

Legislación Comparada

Constitución de la República de Colombia. (04 de 07 de 1991). Colombia.

Congreso de España. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y
del Procedimiento Administrativo Común. [Ley 30/1992] (26 de no-
viembre de 1992).

Notas breves sobre las medidas tributarias en el Ecuador bajo la coyuntura de la crisis actual y el marco constitucional que las delimita.

Brief notes on tax measures in Ecuador under the crisis and the constitutional framework that delimits them

Dr. Sandro Vallejo Aristizábal*

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 29 de junio, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 2 de diciembre, 2020

Citación

Vallejo, S. (2020). *Notas breves sobre las medidas tributarias en el Ecuador bajo la coyuntura de la crisis actual y el marco constitucional que las delimita*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (377-400).

DOI: 10.26807/rr.vi02.60

Resumen: Los sistemas tributarios implican un conjunto de impuestos articulados de forma coherente con la realidad social y económica de un Estado, y definidos bajo su marco jurídico. Para entender esto, es necesario conocer, al menos de forma superficial, como gravan los impuestos a las manifestaciones de riqueza. En el

* Abogado y Doctor en Jurisprudencia, por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar. Socio de SMARTLEX, se ha desempeñado como Asesor Tributario y Director Financiero Tributario del Municipio Metropolitano de Quito. Diez años de experiencia en el Servicio de Rentas Internas. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en Derecho Tributario, Derecho Registral e Inmobiliario. Consultor externo del BdE para la gestión de cobranza de impuestos municipales.

caso ecuatoriano, el marco constitucional de nuestro sistema tributario, no se refleja adecuadamente en las políticas adoptadas por el gobierno, situación que se agrava en el escenario de la crisis actual; por lo que se requiere reconducir las propuestas de reforma tributaria para lograr una articulación con el marco normativo vigente; pero también, entendiendo la realidad social y económica, recogiendo en lo posible propuestas técnicas que se vienen dando.

Palabras clave: Sistema Tributario, Impuestos, equidad, eficiencia, Renta.

Abstract: *Tax systems is made up by taxes articulated consistently with the social and economic reality of a country and delimited by legal framework. To understand this, it is necessary to know, how taxes are imposed on manifestations of wealth. In Ecuador, the constitutional framework of our tax system is not adequately reflected in the policies adopted by the government, a situation that is aggravated in the current crisis context. It is the reason why it is necessary to redirect the proposals for tax reform to achieve an articulation with the current regulatory framework, but also understanding the social and economic reality, gathering as far as possible technical proposals that have been taking place.*

Keyword: *Tax system, Taxes, equality, efficiency, income.*

Introducción

Con la finalidad de analizar el contexto ecuatoriano en materia tributaria a la luz de las medidas adoptadas durante la pandemia, se realizará una descripción del sistema tributario vigente, así como de los fines fiscales y extrafiscales de la política tributaria. Estructura que se complementa con los principios que rigen a los impuestos. En un segundo punto se abordan los principios de Equidad y Eficiencia, los cuales brindan el marco de análisis sobre las decisiones adoptadas por el Gobierno, tomando en cuenta la situación social y la coyuntura económica por la que atraviesa el país. En base a lo antedicho en el punto tres se aborda la perspectiva constitucional que debe tener la política tributaria para

analizar en el punto cuatro la compleja situación de reforma tributaria que vive el Ecuador, donde se concluye que la propuesta para sobrellevar la crisis debe contemplar medidas que no perjudiquen la recuperación, que tengan en cuenta el principio de equidad y que diferencien adecuadamente las medidas que deben ser transitorias de las permanentes.

I. Impuestos fiscales y política fiscal

Jorge Cosulich, refiriendo a Schmolders, afirma que un sistema tributario “implica un conjunto ordenado, lógico y coherente de impuestos, en que cada uno se considera parte de un todo armónicamente relacionado” (2009, p.2), el cual actúa como instrumento de política fiscal, articulado con los objetivos de política económica, y con los objetivos sociales constitucionalmente establecidos. De igual forma, todo sistema tributario está condicionado por la realidad social y económica en la que se implementa.

Para entender esto, debe considerarse que, como afirma Eusebio González (1997), el sistema tributario tiene un fin fiscal o recaudatorio vinculado con el necesario financiamiento del Estado, que constituye la razón de ser principal de los tributos, sobre el que Juan Bautista Alberdi, citado por Casás, afirma: “El Tesoro y el Gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente. El país que no puede costear su gobierno no puede existir como nación independiente” (2005, p.72).

Por otra parte, los Estados en ocasiones establecen otros objetivos que buscan alcanzar con la política tributaria. Estos son los denominados fines extrafiscales de la tributación, cuyo objetivo no es generar recursos para el financiamiento estatal, sino corregir externalidades, incentivando o desincentivando determinadas conductas de los miembros de la sociedad. En este grupo se ubican los denominados impuestos reguladores e impuestos Pigouvianos (Yañez, 2016), con amplio desarrollo en materia ambiental. El Art. 300 de nuestra Constitución, señala que: “la política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y

servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables”. Un ejemplo típico de un impuesto con fin fiscal es el IVA; en tanto que un ejemplo de un impuesto que persigue un fin extrafiscal puede encontrarse en las reformas al Impuesto a los Consumos Especiales ICE, entre las que recientemente se incluyó como parte del hecho generador del tributo, al consumo de fundas plásticas.¹

Más allá de si la finalidad es fiscal o extrafiscal, los impuestos gravan básicamente tres posibles manifestaciones de riqueza. En primer lugar, está el ingreso a la renta, que a su vez se manifiesta de diversas formas. El Art. 2 de nuestra ley de Régimen Tributario Interno, nos habla de ingresos del trabajo, del capital y de capital y trabajo (empresa); aunque, en el Art. 8, cuando se desarrollan los ingresos de fuente ecuatoriana, se incluye también el concepto de plusvalía y el incremento patrimonial, con independencia de su fuente productora. De otra parte, estos ingresos pueden ser atribuibles a personas naturales o sociedades² lo que genera la existencia de distintos regímenes impositivos bajo la denominación de impuesto a la renta³.

Una segunda manifestación de la riqueza está dada por el gasto o el consumo, que también se expresan de diversas formas en la economía y que pueden ser gravados con impuestos en una o varias etapas de la cadena productiva; como pasa con el IVA, ICE y el ISD.

-
- 1 Incluso los impuestos pigouvianos, deben considerar manifestaciones de riqueza susceptibles de imposición, pues de otra forma se puede generar riesgos de afectar los principios de capacidad contributiva y de no confiscatoriedad.
 - 2 El Art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, en concordancia con el Art. 24 del Código Tributario, definen a la sociedad, no solo como la persona jurídica sino incluso la sociedad de hecho y en general la unidad económica o patrimonio autónomo, distintos de sus miembros.
 - 3 De sociedades, impuesto a la renta por herencias legados y donaciones, o el impuesto a la renta por ingresos provenientes de loterías, rifas, apuestas y similares o el incremento patrimonial no justificado. En el caso de las ganancias de capital pasivas derivadas de la plusvalía inmobiliaria, una parte entra dentro del sistema de renta global y otra corresponde al denominado impuesto de utilidad, creado en 1928 como impuesto fiscal y que partir de 1945 pasó a ser un impuesto municipal.

Finalmente, la tercera manifestación de la riqueza es el patrimonio o capital, que al igual que en los casos anteriores, tiene diversas expresiones y efectos distintos, dependiendo si se trata del caso de sociedades con o sin fines de lucro, o de personas naturales o incluso, de que tipo de patrimonio se trata. En Ecuador, una variante de este impuesto es el impuesto predial urbano y rural que administran los GADs municipales.

Cabe señalar que estas tres manifestaciones se encuentran relacionadas entre sí, por lo que las medidas que afecten a una de ellas inciden de alguna manera en el comportamiento de las otras dos. De allí que no deba considerarse una medida sin evaluar los impactos generales en la economía y en cómo puede afectar las decisiones de los ciudadanos respecto de las otras manifestaciones. Estos aspectos inciden a la hora de definir una política tributaria.

Sobre las manifestaciones de riqueza señaladas, la mayoría de los sistemas tributarios a nivel mundial utilizan dos modelos de impuestos que son: los denominados impuestos directos y los denominados impuestos indirectos.

Héctor Villegas (2002) señala que la clasificación de impuestos directos e impuestos indirectos es la más antigua y generalizada y; apartándose de las digresiones terminológicas, afirma que los impuestos directos gravan la riqueza en sí misma, independientemente de su uso, en tanto que los indirectos gravan al uso que se hace de ella. De ello se deriva que los impuestos directos gravan la renta, utilidad o ingreso, así como el patrimonio; mientras que los impuestos indirectos gravan la transferencia o consumo de bienes y servicios.

Aunque no puede considerarse una regla absoluta, de manera general se considera que los impuestos directos, al gravar las manifestaciones inmediatas de la riqueza como son la renta y el patrimonio, son más redistributivos y equitativos (Martínez, 2015). Por su parte, los impuestos indirectos, por su carácter impersonal que se aplica a hechos abstractos, han sido tachados de injustos o inequitativos, porque no consultan la capacidad económica del contribuyente; ya que aplica la misma carga tributaria a contribuyentes con distintas

capacidades de riqueza (Abello, 2016). De allí que los Estados deben evaluar el peso que dan a la tributación directa y la indirecta dentro de su política tributaria.

Las decisiones que adopte un gobierno en materia tributaria siempre implican un ejercicio de selección. Toda medida tributaria genera externalidades y afecta a una parte de la sociedad, sin que quepa hablar de un impuesto absolutamente neutral. Por ejemplo, una decisión de política fiscal que aumente el bienestar de los pobres, lo hará a costa de empeorar el de los ricos, por lo que cabe preguntar: ¿son las ganancias que obtienen los pobres suficientemente grandes como para justificar las pérdidas que experimentan los ricos? (Stiglitz, 2000). Para responder esa pregunta debe tenerse en cuenta, entre otros factores, la realidad social, la coyuntura económica, la perspectiva ideológico-política y la noción de bienestar que tenga. Conceptos como equidad, eficiencia, redistribución, crecimiento y desarrollo están vinculados con las políticas fiscales y generan debates entre los actores políticos. A decir de Stiglitz (2000), hipotéticamente habría un consenso respecto de si hay un sistema tributario que mejore el bienestar de todos o que no empeore el de ninguno, el cual debería adoptarse; pero en la práctica esto no sucede, de allí que surjan discrepancias como la de los utilitaristas y rawlsianos en torno a la noción de bienestar⁴.

La doctrina refiere ciertos atributos que debe tener en cuenta un sistema tributario. Adam Smith (1994), menciona los principios de igualdad, certeza, comodidad y economía, en tanto que Stiglitz (2000), además de justicia y eficiencia, incluye la flexibilidad, y la responsabilidad política (Accountability). A decir de Yañez (2015), todo sistema tributario debe considerar al menos criterios de equidad (justicia) y eficiencia, que son los dos objetivos económicos

4 Bajo la noción de justicia de Rawls (2006), debe darse una distribución apropiada de los beneficios y cargas, bajo los principios de equidad, imparcialidad y cooperación, priorizando el bienestar del individuo que se encuentra en peor situación, a diferencia de los utilitaristas que priorizan el bienestar de la mayoría de la población.

deseables. En la práctica se suele tener que elegir entre uno de ellos y estar dispuesto a sacrificar en alguna magnitud el otro.

Sobre la eficiencia, Yañez (2015) señala que esta se define en términos de bienestar de la población. En ese sentido, una asignación eficiente de recursos implica la imposibilidad de que cualquier cambio en la asignación de recursos, deje en una mejor posición a una persona o varias personas, sin dejar a nadie en peor situación. Por su lado, el concepto de equidad se vincula con la noción de justicia y consiste principalmente en que la carga tributaria ha de ser repartida justamente.

Un criterio que necesariamente debe tenerse en cuenta al momento de diseñar una política tributaria es el principio doctrinario de capacidad contributiva; pues, pese a que no se hace una mención específica de él dentro del texto constitucional, este principio constituye el eje transversal de todos los demás. Sobre el fundamento de este principio, Ernesto Leujene Valcárcel, señala que: “En efecto, en primer lugar, se establece la obligación básica de todos los ciudadanos de contribuir al sostenimiento del gasto público, contribución que se hará de acuerdo con la capacidad contributiva de ellos.” (2001, p.229). Por su parte Franchesco Moschetti (2001) señala:

La capacidad contributiva es la idoneidad del sujeto a efectuar la prestación impuesta coactivamente y que tal idoneidad debe ser deducida de la existencia concreta del presupuesto económico relativo (...) Además ello ‘condiciona’ también ‘la medida máxima del tributo en el sentido de que no puede fijarse en un nivel superior a la capacidad mostrada por el acto o el hecho’ asumido como presupuesto (p.260).

Reconociendo su importancia, algunos autores cuestionan que la capacidad contributiva constituya en sí mismo un principio, sobre todo por considerar que carece de contenido real.

En cualquier caso, teniendo como base la capacidad contributiva, el diseño de una política tributaria de manera general debe buscar un razonable equilibrio entre eficiencia y equidad, y la forma en que la utilización de impuestos directos e indirectos contribuyan al mismo, atendiendo la situación social y la coyuntura económica.

Sin embargo, en la práctica, dependiendo de las diversas perspectivas políticas e ideológicas, los gobiernos diseñan sus políticas fiscales otorgando, en unos casos, un mayor nivel de equidad; sacrificando eficiencia y en otros, haciendo lo contrario.

En ese contexto, la disyuntiva en materia tributaria, gira en torno a si se debe priorizar las necesidades presupuestarias del Estado o incentivar a uno o más de los agentes económicos, sacrificando el financiamiento público. Las repuestas ante dicha disyuntiva no son sencillas y en ningún caso resultarán totalmente acertadas o erradas, pues dependen de múltiples factores.

Desde una perspectiva ortodoxa, con la que suelen coincidir los sectores empresariales (El Comercio, 2017), la política fiscal debe fomentar el ahorro, reducir el gasto público, eliminar subsidios, liberalizar la economía e incentivar la inversión, mediante la reducción de impuestos empresariales, priorizando el crecimiento económico y la eficiencia. En esta perspectiva un déficit presupuestario debe corregirse con la reducción del gasto público.

En la otra esquina, los economistas heterodoxos (Plan V, 2018), entre otros aspectos, plantean una mayor inversión pública, renegociación de deuda pública, subsidios a sectores vulnerables, redistribución a través del aumento en el gasto público y aumento de ingresos tributarios, priorizando la equidad impositiva.

II. Sobre Equidad y Eficiencia

Es claro que no existe un sistema tributario ideal ni recetas universales. Reformas tributarias que han resultado convenientes en un país en momentos determinados, en otros países o momentos han resultado negativas, dependiendo de múltiples factores.

Un error en que hemos incurrido más de una ocasión en nuestro país, partiendo de visiones desarrollistas ortodoxas⁵, ha sido el adoptar recetas que eventualmente se han mostrado como efectivas en determinadas economías, sin considerar las variables que rodearon dichas medidas, asumiendo que nuestra economía necesariamente deberá transitar por idénticos caminos. Precisamente, la Carta de Intención suscrita por el Ecuador con el Fondo Monetario Internacional FMI (Ministerio de Economía y Finanzas, 2019), propone, desde una visión ortodoxa, una reforma tributaria que tenga como objetivos priorizar la neutralidad y la eficiencia recaudatoria, ampliando la base impositiva; y dando prioridad a la tributación indirecta antes que directa.

Contrario a las propuestas del FMI, Abello (2016) afirma que se debe priorizar la equidad tributaria, es decir que “los que poseen el mayor ingreso o riqueza pagan la mayor parte del impuesto, independientemente de los beneficios que reciban del gasto de estos fondos” (p.60). Para Yañez (2015), los conceptos de equidad y de eficiencia, son comunes en las distintas visiones de bienestar y en un ideal, debería aspirarse a un máximo de equidad y un máximo de eficiencia.

En esa línea, Ruiz Almendral (2004), señala que una revisión de los sistemas tributarios europeos e incluso norteamericanos del segundo y tercer cuarto del siglo anterior, evidencian la relación entre los impuestos progresivos; principalmente las rentas de las personas físicas, en algunos casos con tasas marginales muy elevadas y una política de gasto social profunda que permitió un crecimiento económico sostenido y sobre todo, la disminución de las inequidades sociales de manera determinante.

5 En los años 60, sostenía que, para llegar a ser desarrolladas, todas las sociedades atraviesan una de las cinco fases siguientes: la sociedad tradicional, las condiciones previas al despegue, el despegue, el progreso hacia la madurez y la era del consumo de masas. En esa línea, Harley Hinrichs (1965) adjudicaba a cada una, un específico sistema tributario.

En la misma línea en las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (2008), se concluyó que, para contar con los recursos para el desarrollo económico, se debe adoptar formas de imposición sobre la renta que garanticen los principios de progresividad y justicia tributaria que compatibilicen la eficiencia económica y recaudatoria.

Como instrumentos de política tributaria de mayor aplicación a nivel mundial, tenemos entre los impuestos directos, el impuesto sobre la Renta; y en sus diversas variantes y en menor medida, los impuestos sobre el patrimonio. Del otro lado, entre los impuestos indirectos de mayor difusión, se encuentran los impuestos al comercio exterior o aranceles, y los impuestos a las ventas o al consumo, entre los que destacan los impuestos sobre el valor añadido o agregado y los impuestos a los consumos suntuarios o especiales. Con una menor relevancia fiscal, tenemos los denominados impuestos pigouvianos y las contribuciones a la seguridad social⁶.

Como hemos señalado, la política tributaria, además de respaldarse en criterios técnicos, debe considerar la situación social y la coyuntura económica como un condicionante y en tal virtud, evitar aplicar recetas predefinidas.

Las propuestas de reformas tributarias incluidas en la carta de intención suscrita por el Gobierno Ecuatoriano en 2019 parecen no haber evaluado adecuadamente estos factores, principalmente lo relativo a la equidad. En nuestro país, los niveles de desigualdad son enormes. Según un estudio de la Facultad de Economía de la U. Central, sobre datos de la ENEDMU (Báez, 2019), el 10% de la población más rica, posee una riqueza de más del doble del 40% de la población más pobre. Si se considera los criterios de bienestar, basado en la encuesta de estratificación del nivel socioeconómico efectuada por el (INEC, 2011), el 2% de la población más rica, mantiene un puntaje

6 Aunque no se trata propiamente de un impuesto dada su incidencia, los aportes a la Seguridad Social suelen incluirse dentro de los análisis de presión fiscal de los países.

superior al 64% de la población más pobre, lo que evidencia importantes niveles de inequidad social y económica en el Ecuador.

En todo caso, según información publicada por el Banco Mundial (2019) sobre desigualdad en América Latina, Ecuador se encuentra en la media de la Región, aunque muy por debajo de países desarrollados como Dinamarca o Islandia a nivel de la OCDE (2015).

Por otra parte, según información de la OCDE (2019) sobre presión fiscal en América Latina, el Ecuador con 20% está un poco por debajo de la media de América Latina y Caribe que se ubica en el 22,8%; muy por debajo de la media de los países miembros de la OCDE, con un promedio del 34.8%. Adicionalmente, según datos oficiales del SRI (2019), la recaudación de IVA hasta el año 2019 seguía estando por encima de la del Impuesto a la Renta.

III. Marco Constitucional de la Política Tributaria

Desde una perspectiva jurídica, nuestro sistema tributario debería guardar coherencia con los postulados constitucionales esenciales y los objetivos de desarrollo y de una política de Estado que debe definir sus prioridades en base a tales postulados. El Art. 3 de nuestra Constitución, entre los deberes primordiales del Estado incluye en su numeral 5, que para acceder al buen vivir o *Sumak Kawsay*, se debe erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio. De igual manera en el capítulo de soberanía económica, el artículo 283 señala:

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. (CRE, 2008).

Por su parte el Art. 300 de la Constitución señala que: “el régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad,

eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria”, disponiendo que se debe priorizar los impuestos directos y progresivos y que la política tributaria debe promover la redistribución y estimular el empleo, la producción de bienes y servicios, conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.

La Corte Constitucional del Ecuador (2011) sobre el principio de equidad ha manifestado:

En el ámbito tributario, la equidad atiende a dos ámbitos: el horizontal y vertical. Por el primer ámbito se entiende que las personas con capacidad económica igual deben contribuir de igual manera, es decir, se relaciona con los principios de generalidad e igualdad formal; y por el ámbito de equidad vertical se entiende que las personas con mayor capacidad económica deben contribuir en mayor medida, lo que tiene relación con los principios constitucionales de igualdad material y progresividad del sistema tributario (Sentencia No. 004-11-SIN-CC).

IV. Que esperar en la coyuntura actual

La crisis sanitaria provocada por el virus del SRAS-CoV-2 es, en buena medida, causante de la peor crisis económica a nivel mundial en los últimos 50 años. Según datos de CEPAL (2020), la contracción del PIB mundial de este año será mayor a la observada en la crisis financiera global de 2008. Todas las regiones del planeta experimentarán un decrecimiento significativo del PIB, con un promedio a nivel mundial del -2%. En el caso de América Latina la situación se presenta aún más grave, con un promedio del -5.3%, siendo Ecuador uno de los países con un mayor decrecimiento estimado, en alrededor del -6.5%.

En el caso ecuatoriano, ese escenario agravó una situación que se presentaba negativa desde el año 2018; además del impacto en las economías de las empresas y las personas, la crisis ha implicado un incremento del déficit fiscal. Aunque la información oficial no es del todo consistente, algunas declaraciones de las autoridades económicas estiman un posible déficit presupuestario para este año cercano a

los 10.000 millones de dólares y con un peso de deuda pública enorme en los próximos años.

Mirando desde la perspectiva tributaria, la coyuntura actual implica dos escenarios distintos: las medidas tributarias durante la crisis de la pandemia que puede durar varios meses y las medidas tributarias de mediano plazo, es decir, posteriores a la crisis.

Sobre el primer escenario, el gobierno, ante la falta de apoyo político en la Asamblea Nacional, declinó su idea de imponer nuevos impuestos temporales para financiar parte del déficit⁷, con lo cual se sumó a la tendencia mayoritaria a nivel mundial de no imponer nuevas cargas tributarias en medio de la crisis y tomar algunas medidas de alivio a la falta de liquidez, como el diferimiento de impuestos; adoptando, por otro lado, medidas que han generado que el gran peso del financiamiento, hasta el momento, recaiga en los empleados públicos de la función ejecutiva⁸.

El escenario post crisis es distinto, sobre todo considerando la grave situación fiscal actual y próxima que obligará al Ecuador, al igual que la mayoría de Estados, a adoptar medidas de ajuste tributario en el mediano plazo, tomando en cuenta que la mayoría de los países ha incrementado su gasto público para enfrentar la crisis actual⁹.

7 El 22 de junio se publicó en Registro Oficial Nro. S-229 la “Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19”, en cuyo proyecto inicial se incluía un capítulo con tres impuestos (Contribuciones temporales) que fueron retirados antes de que el pleno lo conociera en segundo debate.

8 Mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1053, de 19 de mayo de 2020 y posterior Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-117, se dispuso la reducción de la jornada laboral del sector público, que implicó una reducción de las remuneraciones en aproximadamente un 17% para los empleados públicos de la función ejecutiva.

9 Cabe señalar que según información publicada por el BID, hasta el 15 de abril, Ecuador era el país de la región que menos recursos públicos había anunciado para atacar la Pandemia en porcentaje del PIB (Pineda, Pessino, & Rastelett, 2020), esto en parte obedece a que se priorizó el pago de obligaciones con acreedores privados de deuda pública (tenedores de bonos).

El Centro Interamericano de Administraciones Tributarias CIAT (González, 2020), en un documento de trabajo, propone algunas medidas de mediano plazo que incluyen la ampliación de las bases de contribuyentes, eliminación de escudos fiscales e incremento de tasas progresivas para las rentas y patrimonios superiores, entre otras medidas.

Por su parte, el Fondo Monetario Internacional, en una nota publicada recientemente, en el contexto de esta crisis, incluye entre las recomendaciones “Considerar aumentos de las tasas en los tramos superiores del impuesto sobre la renta, del impuesto sobre la propiedad y del impuesto sobre el patrimonio, quizás a modo de ‘sobretasa solidaria’” (FMI, 2020, p.3).

En un estudio sobre política fiscal frente a la crisis del SRAS-CoV-2, Díaz de Sarralde compara los efectos de esta crisis con los de una guerra y aunque establece claras e importantes diferencias, también encuentra aspectos comunes que podrían generar enseñanzas importantes de las respuestas dadas bajo tal analogía. Citando a Capella (2020), señala que “Los líderes deben elegir entre cuatro medios principales para financiar las guerras: impuestos, deuda interna, financiación externa, y monetización” (p.16). Cada una de estas alternativas tiene distintos costos y beneficios, dependiendo de la coyuntura de cada Estado. Siguiendo la perspectiva de Díaz de Sarralde, sobre los posibles escenarios, podemos señalar que, en el caso de la monetización, más allá de los riesgos que implica, resulta poco probable para utilizarla en Ecuador debido a nuestra economía dolarizada, incluso considerando un posible incremento de usos de moneda electrónica. Por otra parte, la posibilidad de incrementar el endeudamiento externo en el mediano plazo se presenta como una alternativa compleja y difícil, considerando los niveles a los que se ha llegado, a menos que se evidencie cambios importantes respecto de nuestra capacidad real de pago futuro. Algo similar sucede con el endeudamiento interno que también es elevado. Una particularidad del financiamiento público en Ecuador es el enorme peso de los ingresos petroleros que podría ser una alternativa, considerando que es posible que en el mediano plazo los precios se puedan estabilizar, sin embargo, creo que es importante para la salud de nuestra economía ir abandonando la idea de la dependencia excesiva de los ingresos petroleros.

Esto deja al escenario de reforma tributaria en mediano plazo, como el más probable y real. En esa línea debería pensarse en un gran acuerdo nacional con todos los sectores políticos y sociales, con miras a una reforma profunda del sistema tributario ecuatoriano, pero adecuándolo a la realidad social y al marco constitucional; dejando de lado intereses de ciertos grupos que tengan real capacidad contributiva.

Díaz Serralde (2020) diferencia las posibles propuestas desde las perspectivas ortodoxa y heterodoxa, pero incluye algunas tendencias recientes que incluyen a los impuestos verdes, los denominados impuestos digitales, medidas contra la competencia fiscal ilegítima¹⁰, y propuestas de Imposición progresiva sobre las rentas altas e impuestos sobre la riqueza.

En un documento del BID (Brreix, Garcimartin & Verdi, 2020), se propone, entre los aspectos más importantes para tener en cuenta en la post-crisis del COVID-19, el fortalecer los ingresos públicos, tomar medida que no perjudiquen la recuperación, tener en cuenta el principio de equidad y diferenciar adecuadamente las medidas son transitorias de las permanentes.

V. A modo de conclusión.

En la coyuntura actual de crisis, es necesario pensar en la necesidad de que se propicie una reforma tributaria en mediano plazo¹¹, que considere la realidad social y económica y esté acorde nuestro marco constitucional. Frente a la necesidad de mejorar los ingresos

10 A partir de 2013, la OCDE ha trabajado en propuestas para combatir la Erosión de la base imponible y traslado de beneficios (BEPS por sus siglas en inglés) que tiene como objetivo principal el establecimiento de mecanismos por parte de los gobiernos y la coordinación entre ellos para tornarlas efectivas.

11 Probablemente para fines de este año debería pensarse ya en una propuesta que empiece a regir a partir del siguiente año, con alguna opción de diferir su vigencia unos meses más dependiendo del contexto económico, pero que ya debe empezar a discutirse.

fiscales, ante la crítica situación actual, el Ecuador debería ir, al menos en buena parte, en una línea distinta a la propuesta en la carta de intención con el FMI, buscando un sistema tributario más progresivo y redistributivo¹².

Esta visión va más allá de posiciones ideológicas, pues como se señaló, existen propuestas técnicas expuestas desde distintas visiones que tienen algunas coincidencias, como las anotadas en el presente artículo. En ese sentido, es importante pensar en reformas, algunas excepcionales de duración limitada y otras a los ingresos tributarios permanentes, que no necesariamente impliquen nuevos impuestos.

Conforme lo referimos anteriormente, entre los escenarios que el gobierno debería explorar en esta línea están, el incremento temporal de tarifas impositivas, o eliminar algunas exoneraciones o deducciones fiscales, o medidas que impliquen un incremento de las bases de contribuyentes, atacando principalmente las prácticas elusivas.

Como en su momento se propusiera en el marco de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (2008), los impuestos que gravan las distintas manifestaciones de renta pueden servir a los objetivos de distribución de la riqueza, considerando que las manifestaciones de renta constituyen una buena medida de la capacidad contributiva, y los impuestos que las gravan, pueden ser adaptados a las circunstancias individuales a través del manejo de las tasas marginales, impuestos a las ganancias extraordinarias¹³ o

12 Las decisiones adoptadas por el gobierno en los últimos dos años en materia tributaria evidencian un alejamiento de esta línea

13 No existe un criterio uniforme sobre lo que se debe entender como ganancia extraordinaria, pero han existido algunas experiencias a nivel internacional, relativas a coyunturas de altos precios de commodities como el petróleo que en el caso ecuatoriano se incluyó en la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria. También se puede mencionar la ganancia extraordinaria por ingresos derivados de la especulación inmobiliaria, que se implementó a través de un impuesto mal diseñado que finalmente fue derogado.

a las denominadas rentas pasivas o de capital altas¹⁴, que bajo un criterio de progresividad eviten, en lo posible, una afectación a las rentas de trabajo y de empresa, que son vitales para la reactivación económica futura. En el marco de las mismas Jornadas, se propuso la incorporación de nuevas modalidades de imposición sobre la renta que compatibilicen la eficiencia económica y recaudatoria con la equidad impositiva y financiera, respetando la progresividad del sistema tributario (2008).

En la misma línea, es necesario considerar la disposición constitucional que proclama la priorización de los impuestos directos y progresivos; por tanto, analizar las propuestas que consideren este precepto constitucional y respecto del cual nos adherimos a los expertos respecto de sus recomendaciones en materia de impuesto a la renta e impuestos patrimoniales. Solo a manera de ejemplo, en torno a la idea de gravámenes progresivos a las grandes fortunas, economistas galardonados con premios nobel como Paul Krugman (2019) Joseph Stiglitz (2019), o los recientes ganadores Esther Duflo y Abhijit Banerjee, han defendido en más de una ocasión propuestas semejantes.

Es importante entender que, la idea de un sistema tributario progresivo no implica la desaparición de impuestos indirectos o proporcionales, sino una adecuada articulación entre los distintos impuestos. Por ejemplo, la adecuada aplicación de un impuesto a los consumos suntuarios, pese a ser esencialmente indirecto permite aportar a un esquema más progresivo en la medida que afectan a las clases más pudientes; igual mención puede efectuarse respecto del IVA si se racionaliza el régimen de tarifa 0%.

14 Para definir adecuadamente una renta alta debería considerarse varios factores, tales como el índice de Gini, la participación del decil más alto en los ingresos del país y el peso relativo sobre la carga tributaria global. Al respecto resulta ilustrativo el estudio sobre la materia efectuado por la CEPAL (Gómez, Sabañi & Rosignolo, 2014). En Ecuador se podría incrementar las tarifas más altas hasta en un 10% adicional.

Una alternativa que considero debe empezar a discutirse seriamente es la implementación de un impuesto patrimonial en los niveles de mayor concentración de riqueza, que no solo forma parte de las propuestas de exponentes de la nueva izquierda como Piketty¹⁵, sino incluso, como lo hemos señalado, al interior del propio FMI o del BID.

Sobre estos, considero que debe tenerse en cuenta, no solo el patrimonio inmobiliario, sino lo referente inversiones en el sistema financiero, en títulos valores y en otros intangibles. En la misma línea, debería pensarse en tarifas diferenciadas más altas para patrimonios en el exterior, y aquellos relacionados con paraísos fiscales.

En la implementación de un impuesto patrimonial, debería evaluarse esquemas de deducibilidad o de crédito tributario de los impuestos a la propiedad inmobiliaria existentes en la actualidad, o de algún porcentaje del impuesto a la renta, y que se establezcan tratamientos diferenciados a los patrimonios vinculados con actividades productivos respecto de los improductivos a efecto de fomentar la movilidad del capital y la inversión interna.

Por lo pronto, del gobierno no se ha escuchado una propuesta en esta materia, aunque además de lo comprometido en la carta de intención con el FMI, desde su grupo de asesores (El Universo, 2020), se ha mencionado la idea de incrementar el IVA al 14%, propuesta que puede tener un mayor impacto fiscal, más aun considerando que el Ecuador posee una de las tarifas más bajas de la región, pero que puede ser no adecuado durante esta coyuntura, dado su carácter regresivo y que podría tener un efecto recesivo en el contexto actual, sin descontar la posibilidad de recurrir a él en mediano plazo.

Esto debe ir de la mano de una política de combate a la evasión y elusión tributaria a efecto de lograr una gestión más eficiente; además de una mejor política de gasto social. De acuerdo con los datos del incumplimiento tributario de la CEPAL (2019), la evasión afecta-

15 En su libro “El Capital del siglo XXI”, como forma de combatir los elevados niveles de inequidad social, Piketty propone un impuesto a la riqueza, de alcance mundial.

ba al 4 % del PBI en el Impuesto sobre la Renta, y al 2,3 % del PBI en el IVA (p.37). Una mayor transparencia de la información tributaria, de la mano de mejoras en los análisis de riesgo y sistemas de cruces de información, sobre todo los que permitan comparar las variaciones patrimoniales de las personas naturales frente a los impuestos declarados, podrían aportar en esa línea. Desde una perspectiva más amplia, la administración tributaria debe continuar con las medidas iniciadas, sumándose a las iniciativas contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios a nivel internacional¹⁶.

Referencias Bibliográficas

- Abello Z, C. (2016). *¿Equidad o inequidad tributaria en el impuesto indirecto?* (Dos Mil Tres Mil, Ed.) Unibague, 59-70. Obtenido de <https://revistas.unibague.edu.co/dosmiltresmil/article/view/37>
- Báez, J. (2019). *Desigualdad en Ecuador: La participación en el ingreso del decil más rico aumentó así como el Índice de Palma*. (U. d. coyuntura., Editor, & Facultad de Ciencias Económicas.) Obtenido de https://coyunturaisip.wordpress.com/2019/09/12/desigualdad-en-ecuador-la-participacion-en-el-ingreso-del-decil-mas-rico-aumento-asi-como-el-indice-de-palma/#_ftn2
- Banco Mundial. (2019). *Los niveles de pobreza en América Latina*. Obtenido de <https://elordenmundial.com/mapas/pobreza-en-america-latina/>
- Barreix, A., Garcimartin, C., & Verdi, M. (2020). *Ideas para una mejor tributación en la post-crisis del COVID*. Obtenido de <https://blogs.iadb.org/gestion-fiscal/es/ideas-para-una-mejor-tributacion-post-crisis-coronavirus/>

16 Los países de la OCDE (2014), han impulsado el proyecto BEPS (“Base Erosion and Profit Shifting”) que propone alternativas a los gobiernos para cerrar los vacíos en la normativa internacional que permiten a las empresas trasladar los beneficios de forma artificial a países de baja o nula tributación.

- Casás, J. O. (2005). *Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- CEPAL. (2019). *Panorama fiscal de américa latina y el caribe 2019*. Santiago: Naciones Unidas.
- CEPAL. (2020). *Informe sobre el impacto económico en América Latina y el Caribe de la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*. Santiago: Naciones Unidas. Obtenido de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45602/1/S2000313_es.pdf
- Cosulich A, J. (2009). *Concepto, elementos y principios generales y objetivos de los sistemas tributarios modernos*. “Los principios de los sistemas y regímenes tributarios en el siglo XXI”. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Obtenido de <https://www.uasb.edu.ec/web/area-de-derecho/contenido?foro-34los-principios-de-los-sistemas-y-regimenes-tributarios-en-el-siglo-xxi-34>
- Cosulich, J. (2009). Una visión de los Principios Generales de los Sistemas Tributarios Modernos. *Universidad Andina Simón Bolívar* (Ponencia s/e). Quito: s/e.
- Díaz de Sarralde, S. (2020). *¿Cómo pagar las consecuencias de una pandemia?* Obtenido de CIAT Documentos de Trabajo: https://www.ciat.org/Biblioteca/DocumentosdeTrabajo/2020/DT_01_2020_sarralde.pdf
- El Comercio. (2017). *Seis propuestas para reactivar la economía ecuatoriana*. Obtenido de <https://www.elcomercio.com/actualidad/propuestas-reactivacion-economia-ecuador-empresarios.html>
- EL PAÍS. (2020). *Hay que subir los impuestos a los más ricos*. Obtenido de https://elpais.com/elpais/2020/01/10/ideas/1578646387_428635.html
- El Universo. (17 de junio de 2020). Alza del IVA al 14 %, propuesta de miembro del Consejo Asesor en Materia Económica del Gobierno. *El Universo*, pág. 2.

- FMI. (2020). *Fiscal Affairs Cuestiones tributarias: Panorama General*. Obtenido de <https://www.imf.org/external/np/fad/news/links.htm/sp-special-series-on-covid-19-tax-and-customs-administration-responses.pdf>
- Gómez Sabaíni, J. C., & Rossignolo, D. (2014). *La tributación sobre las altas rentas en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL.
- González, D. (2020). *Nuevo orden tributario: La tributación y gestión post coronavirus en ALC*. Obtenido de CIAT: <https://www.ciat.org/nuevo-orden-tributario-la-tributacion-y-gestion-post-coronavirus-en-alc/>
- González, E. (1997). *Derecho Tributario Tomo I*. Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones.
- Hinrichs, H. H. (1965). Determinants of Government Revenue Shares Among Less Developed Countries. *The Economic Journal*, 75 (299), 546-556. doi:10.2307/2228952
- ILDT. (2008). Los principios tributarios ante las nuevas formas de imposición a la renta. En A. ILDT, *Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*. Margarita: Asociación Venezolana de Derecho Tributario.
- INEC. (2011). *Encuesta de Estratificación del nivel Socioeconómico*. Obtenido de https://www.ecuadorencifras.gob.ec//documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Encuesta_Estratificacion_Nivel_Socioeconomico/111220_NSE_Presentacion.pdf
- Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. (2008). *XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Tema II: Los Principios Tributarios ante las nuevas formas de Imposición a la Renta*. Isla Margarita. Obtenido de <http://www.iladt.org/frontend/xxxjornadas.aspx>
- Krugman, P. (2019). La economía de cobrar más impuestos a los que más ganan. *New York Times*. Version digital. Obtenido de <https://www.nytimes.com/es/2019/01/07/espanol/opinion/paul-krugman-economia-ricos.html>

- Leujene Valcárcel, E. (2001). El Principio de Igualdad. En A. Amatucci, *Tratado de Derecho Tributario* (págs. 221-239). Bogotá: Temis.
- Martínez Sánchez, C. (2015). *Situación actual y perspectivas de los Impuestos sobre la Riqueza*. *Dossieres Economistas sin Fronteras: Fiscalidad: eficiencia y equidad*, 21-27.
- Ministerio de finanzas. (2019). *Carta de Intención del Gobierno del Ecuador con el FMI*. Oficio LOI-MEFP Español 20190318 2010 Article IV Report. ANEXO I Memorando de Políticas Económicas y Financieras. Obtenido de <https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/03/LOI-MEFP-Espa%C3%B1ol.pdf>
- Moschetti, F. (2001). El Principio de la Capacidad Contributiva. En A. Amatucci, *Tratado de Derecho Tributario* (págs. 240-284). Bogotá: Temis.
- OCDE . (2015). *In It Together: Why Less Inequality Benefits All*. Obtenido de https://www.oecd-ilibrary.org/employment/in-it-together-why-less-inequality-benefits-all_9789264235120-en
- OCDE. (2014). *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. Paris: OCDE publishing. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>.
- OCDE,CEPAL,BID,CIAT,ALC. (2019). *Estadísticas tributarias en América Latina y el Caribe*. Obtenido de <http://www.oecd.org/tax/revenue-statistics-in-latin-america-and-the-caribbean-24104736.htm>
- Organización Mundial de la Salud. (s.f.). *Los nombres de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) y del virus que la causa*. Obtenido de [https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it)
- Pineda, E., Pessino, C., & Rastelett, A. (2020). *Política y gestión fiscal durante la pandemia y la post-pandemia en América Latina y el Caribe*. Obtenido de BID, Recaudando Bienestar: <https://blogs.iadb.org/gestion-fiscal/es/politica-y-gestion-fiscal-durante-la-pandemia-y-la-post-pandemia-en-ame>

rica-latina-y-el-caribe/?j=372803&sfmc_sub=9986483&l=295_HTML&u=7580730&mid=100028582&jb=13&fbclid=IwAR2NXISS8tooqx_DMTz6QSZ2KbRE-eQsGomXFTU5Rh

Plan V. (2018). *Las 10 críticas de los economistas de izquierda al programa económico*. Obtenido de <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/10-criticas-economistas-izquierda-al-programa-economico>

Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia (segunda, sexta reimpresión ed.)*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Rostow, W. W. (1998). The Five Stages of Growth. En M. A. Seligson, & J. T. Passé-Smith, *Development and Underdevelopment: The Political Economy of Global Inequality*. (págs. 203-210). Colorado: LYNNE RIENNER. Obtenido de https://www.rienner.com/title/Development_and_Underdevelopment_The_Political_Economy_of_Global_Inequality_5th_edition

Ruiz A, V. (2004). *Impuestos y Estado social*. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10016/6931>

Almendral, & J. V. Troya, *Finanzas Públicas y Constitución* (págs. 9-60). Quito: Corporación Editora Nacional. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10016/6931>

Sainz de Bujanda, F. (1979). *Lecciones de Derecho Financiero*. Madrid: Universidad Complutense.

Smith, A. (1994). *La Riqueza de las naciones*. Madrid: Alianza Editorial.

Servicios de Rentas Internas. (2019). *Estadísticas de Recaudación 2019*. Obtenido de <https://www.sri.gob.ec/web/guest/estadisticas-generales-de-recaudacion-sri>

Stiglitz, J. (2019). *El capitalismo progresista no es un oxímoron*. Ney York Times. Versión digital. Obtenido de <https://www.nytimes.com/es/2019/04/30/espanol/opinion/stiglitz-capitalismo.html>

Stiglitz, J. E. (2000). *La economía del sector público* (Tercera ed.). Barcelona: Antoni Bosch. Obtenido de <https://desarrollomedellin.files.wordpress.com/2018/08/stiglitz-2000-tercera-edicion.pdf>

Villegas, H. (2002). *Curso de Finanzas Derecho Financiero y Tributario*. (Octava ed.). Buenos Aires: Astrea. Obtenido de <https://es.scribd.com/document/357545135/Curso-de-Finanzas-Derecho-Financiero-y-Tributario-Hector-B-Villegas-2>

Yáñez H, J. (2015). Tributación: Equidad y/o eficiencia. *Revista Estudios Tributarios*, 223-259. Obtenido de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/138059>

Yáñez, J. (2016). Impuesto Pigouviano. *Revista de Estudios Tributarios*, 16, 159-197.

Jurisprudencia Constitucional

Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. Sentencia No. 004-11-SIN-CC. Caso No. 0069-09-IN de 18 de agosto de 2011. Juez ponente: Patricio Pazmiño Freire.

El impacto del COVID-19 en el Trabajo Infantil, en el cantón Ambato, provincia de Tungurahua, Ecuador.

The impact of COVID-19 on Child Labor, in the from the Ambato canton, Tungurahua province, Ecuador

Andrés Sebastián Cevallos Altamirano*

Investigador jurídico independiente

Mauricio Gabriel Villalva Morales**

Investigador jurídico independiente

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 12 de octubre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 2 de diciembre, 2020

Citación

Cevallos, A. y Villalva, M. (2020). *El impacto del COVID-19 en el Trabajo Infantil del cantón Ambato provincia de Tungurahua, Ecuador*. Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (401-430).

DOI: 10.26807/rr.vi02.44

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo evidenciar que desde la llegada del COVID-19 al Ecuador, la declaratoria del estado de excepción es uno de los factores que restringió la movilidad humana, para que, al pasar los meses el país se vea sumergido en una grave

* Estudiante de octavo semestre de la carrera de derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato. Correo electrónico: acevallos1603@uta.edu.ec

** Estudiante de noveno semestre de la carrera de derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato. Correo electrónico: mwillalva6866@uta.edu.ec

crisis económica y social. El Ecuador protege y garantiza de forma prioritaria el derecho de los niños en los instrumentos normativos nacionales e internacionales. En consecuencia, el número de casos sobre el trabajo infantil aumenta en el cantón Ambato, provincia de Tungurahua. Pese a que, una de las principales responsabilidades del país y organismos internacionales es erradicar el trabajo infantil en todas sus formas, existe un aumento y una constante vulneración de derechos humanos fundamentales.

Palabras clave: Covid-19, Vulneración de Derechos, Trabajo Infantil, Niño y Niña, Tratados y Convenios Internacionales.

Abstract: *This article aims to show that since the arrival of COVID-19 in Ecuador, the declaration of a state of exception is one of the factors that restricted human mobility, so that, as the months pass, the country is submerged in a serious economic and social crisis. Ecuador protects and guarantees the rights of children as a priority in national and international normative instruments. Consequently, the number of cases about child labor increases in the Ambato canton, Tungurahua province. Despite the fact that one of the main responsibilities of the country and international organizations is to eradicate child labor in all its forms, there is an increase and constant violation of fundamental human rights.*

Keyword: *Covid-19, Violation of Rights, Child Labor, Boys and Girls, International Treaties and Conventions.*

Introducción

A pesar de la continua presencia de fenómenos sociales a lo largo de la historia en el Ecuador, como lo es el trabajo infantil, el desempleo, la extrema pobreza, son fenómenos, que especialmente se incrementan de forma descontrolada por la pandemia derivada coronavirus (COVID-19). Crecimiento exponencial severo que ocasiona un retroceso en el desarrollo de protección de los derechos humanos fundamentales y de la sociedad ecuatoriana, por lo que engendra problemas como el aumento del trabajo infantil.

El país adoptó distintas medidas para enfrentar la crisis sanitaria, sobrevivir a ella con reglas especiales como: el cierre de fronteras, prohibición de eventos masivos y las medidas de bioseguridad para evitar el aumento de contagios, con efectividad cuestionable; tal es el caso de provincias como Guayas o Pichincha que resultaron las más afectadas, no solo del país, sino del Continente (Hallo et al., 2020) siendo la provincia Tungurahua y el cantón Ambato, una de las más afectadas en cuanto a desempleo.

Aunque el país atraviesa por crisis importantes sociales, económicas, políticas, entre otras, a lo largo de las últimas décadas, ninguna comparable con la del año 2020, incluso organizaciones internacionales como el Banco Mundial indican que las secuelas del COVID-19 destruyeron todo lo avanzado por los países. Por lo que resulta trascendental analizar el impacto de esta enfermedad, en un factor creciente -como es el trabajo infantil-.

I. Declaratoria de emergencia sanitaria por COVID-19 en el Ecuador

El 16 de marzo de 2020 mediante Decreto Ejecutivo No 1017, el Presidente Constitucional de la República del Ecuador, Lenin Moreno declaró estado de excepción¹ por calamidad pública en todo el territorio nacional. Finalizado el régimen de emergencia lo renovó por una vez más. El 16 de junio, el presidente promulgó un nuevo -estado de excepción- por el lapso de 60 días, actualizado en agosto y terminó el 13 de septiembre.

Mediante Acuerdo No. 126-2020 del 11 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud Pública del Ecuador declaró estado de emergencia sanitaria por el coronavirus COVID-19 tratando de evitar posibles

1 La Constitución de la República del Ecuador en el art. 166 núm. 2 dispone que “El decreto de estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que le motivaron persisten podrán renovarse hasta por treinta días más, lo cual debe notificarse”.

contagios masivos en la población. Mientras que, a nivel global, la Organización Mundial de la Salud decidió categorizar con carácter de pandemia al virus COVID-19 (Organización Mundial de la Salud, 2020). El mismo Decreto Ejecutivo declaró toque de queda a nivel nacional, es decir, la restricción de libre movilidad de las personas en espacios públicos, vehículos en las vías, excepto, para miembros de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional y comunicadores sociales acreditados. Al mismo tiempo, se suspendió las jornadas presenciales de trabajo, tanto en el sector público como en el privado.

Desde entonces se desencadenan graves crisis en los diferentes órdenes de la vida social; mientras el virus se propagaba ferozmente a lo largo de todo el mundo, la mayor parte de la comunidad científica trabaja para encontrar una vacuna y eliminar el virus. Líderes a nivel global acordaron que las consecuencias, no son solo un mundo sano limitado, sino todo lo contrario, las consecuencias económicas y sociales de la pandemia son igualmente fatales para todos los habitantes del planeta (Perlman, 2020).

El país tuvo que adaptarse para sobrevivir, aplicando distintas reglas como: el cierre de fronteras, prohibición de eventos masivos y medidas de bioseguridad que son normas que pretendían asegurar en decremento del número de contagios, a pesar de ello, las provincias de Guayas y Pichincha resultaron las más afectadas en el Ecuador y la región (Hallo et al., 2020).

A lo largo de todo el país, los problemas en términos de salud continuaron avanzando, acompañados de inconvenientes económicos y sociales. En la ciudad de Ambato, los habitantes tras las medidas adoptadas muestran afectaciones económicas inusuales a más de las ya evidenciadas sin la crisis sanitaria, como aquellos dedicados al comercio informal o los niños involucrados en el trabajo infantil. Aunque todos los ciudadanos están expuestos a las consecuencias del virus y las medidas adoptadas para frenar la propagación, grupos vulnerables como los niños sufren una doble vulneración de sus derechos, como producto de la pandemia.

II. Breve reseña del trabajo infantil en el Ecuador

Históricamente, el trabajo infantil es uno de tantos males sociales en el mundo; en donde por siglos, luchas idealistas se enfocan con metas como el respeto a los derechos de los niños y las mujeres, quienes en el ámbito laboral por años se verían reducidos a labores forzosas y sobre-humanas, con un desgaste físico y mental fatídico que muchas veces llevaba a las personas a condiciones deplorables. Con el devenir de los años los abusos y explotación se reducen gradualmente, a pesar de que en la actualidad gran parte de la humanidad ha revertido tal situación, no obstante, aún se aprecian situaciones desfavorables para los niños que trabajan en situaciones contrarias a las normas y las establecidas en los distintos instrumentos de derechos humanos.

Siglos después, diversos sectores de la población se esfuerzan constantemente por hacer frente a esta realidad, el trabajo infantil es un fenómeno y problema social en la actualidad (Cárdenas, 2011). Es innegable la estrecha y marcada relación existente entre la pobreza y el trabajo infantil.

Desde un punto de vista social y familiar, la respuesta habitual en una situación de necesidad económica resulta posicionar a los hijos a la calle para trabajar y obtener ganancias. Por lo que la pobreza es un factor anexo al trabajo infantil.

Al analizar de manera rápida a la pobreza, se entiende que las causas están enroladas tanto al ámbito público (Estado) como al privado (hogares), puesto que, las limitaciones del poder público y el desarrollo al que pueda llevar a los ciudadanos se complementa con la inequitativa distribución de la riqueza, falta de oportunidades laborales, desigualdad en oportunidades de entrar a mercados específicos, factores que se agravan para ciertos sectores vulnerables, que son comúnmente marginados y puestos en situación de indefensión (Castillo & Brborich, 2007).

Hablar de población o minorías desfavorecidas es preocupante, no se puede ignorar al sector indígena que según datos obtenidos del

Censo 2010 el 7% de la población se auto determina como perteneciente a este sector (INEC, 2010).

Décadas atrás, un estudio del Instituto Nacional de Empleo evidencia de manera concreta que desde 1989, las provincias con mayor población indígena son: Cotopaxi y Chimborazo. Provincias que experimentan los índices de pobreza más altos y de necesidades básicas insatisfechas (Sánchez, 1996). Aunque Tungurahua no es la provincia con más población indígena, existe presencia importante de pueblos nativos como Chibuleo o Salasaka, entonces, se puede decir con certeza que existen condiciones de pobreza y desigualdad en Tungurahua.

Informes de organizaciones internacionales como el Banco Mundial indican que las secuelas de la pandemia destruyen todo lo avanzado en las últimas dos décadas. Indudablemente han representado la reducción de la pobreza y factores relacionados como el trabajo infantil, objeto de este artículo. Puede agregarse que, otro punto de referencia es el resultado del año 1995, que mostraba que el 17% de la población urbana y el 55% de la población rural del país vivía en condiciones de pobreza (Jácome, Larrea, & Rob, 1998).

Tradicionalmente, los ingresos de la gente en situación de necesidad se obtienen a destajo en el mercado informal de las zonas urbanas, mientras que en zonas rurales mayormente se aprecia ingresos provenientes de la agricultura, un mercado altamente competitivo con precios con constante fluctuación (Hentschel & Lanjouw, 1995). Respecto a estas dos formas de comercio, la existencia de trabajo infantil se encuentra en ambas ramas, aquí se diferencia la existencia del trabajo infantil peligroso y no peligroso.

Comprender la lógica socioeconómica del trabajo infantil y el trabajo adolescente es intentar explicar las consecuencias sociales de la crisis y la recesión a nivel macro; las limitaciones de las políticas estructurales que crean activamente empleo para adultos. Desde una perspectiva micro, es descifrar las estrategias de supervivencia que implementan las personas y familias en la cotidianidad, no solo responden a la lógica económica temporal, sino al entorno social y a las condiciones y opciones de desarrollo de estancamiento,

participación y exclusión que se les brinda en el espacio familiar, comunitario y público (INEC, UNICEF, 2015).

III. Reconocimiento normativo nacional e internacional de derechos de los niños

El Estado ecuatoriano reconoce a través de los cuerpos normativos nacionales y tratados internacionales ratificados, derechos humanos fundamentales, que se deben proteger, garantizar, con especial atención a los niños.

3.1. Constitución de la República del Ecuador

La Constitución ecuatoriana de 2008 se caracteriza por la protección de los derechos y garantías a todos los habitantes del territorio; con especial consideración, a los grupos prioritarios como: los niños, jóvenes, adultos mayores. Es así como la Norma Suprema asegura el desarrollo integral, atención y protección de derechos como una prioridad.

3.2. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

3.2.1. Los niños como sujetos titulares de derechos

Para determinar los sujetos titulares de Derechos es destacable mencionar el artículo cuatro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, donde se configura a los niños como las personas menores a los doce años, cumplida esta edad se considera como adolescente hasta los dieciocho años, posterior será un ciudadano con mayoría de edad (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

3.2.2. Principio de igualdad y no discriminación

Tanto la Constitución de la República del Ecuador, como la Ley Orgánica Especializada (CONA) tienen como principio rector la igualdad y no discriminación, sea por cualquier motivo, el que incluye la obligación del Estado de adoptar mecanismos para abolir cualquier forma de discriminación.

3.2.3. Principio de interés superior del niño

Es un principio de interpretación, en el que el ordenamiento jurídico ecuatoriano debe basarse en todo momento para buscar un equilibrio entre el ejercicio efectivo de los deberes y derechos que correspondan a los niños. El principio prevalecerá de manera prioritaria por sobre otros existentes en la norma; con un marco masivo de aplicación, con efecto sobre el Estado, autoridades e incluso los ciudadanos para precautelar los derechos de los niños (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

3.2.4. Principio de prioridad absoluta

Garantiza que el Estado adopte políticas públicas que deben administrar los recursos con prioridad en los niños, con preferencia de acceso a servicios públicos y a otra atención que requieran; de modo que se oriente directamente al Estado a trabajar en la erradicación del trabajo infantil como una de las principales tareas (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

3.2.5. Principio de unidad familiar

Determina que la familia será el medio, en que los niños y adolescentes aseguran el desarrollo integral, de modo que padres y madres tienen como responsabilidad el certificar y fortalecer que los menores crezcan en un ambiente óptimo, libre de cualquier clase de

explotación y con todos los mecanismos que aseguren los Derechos Fundamentales (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

3.2.6. Principio de autonomía progresiva de los derechos

Permite que los niños, conforme el desarrollo y madurez física y emocional, ejerzan sus derechos y responsabilidades de manera progresiva, por lo tanto, un menor de doce años no podría acceder al derecho de un mayor de quince años, quienes de acuerdo con el Código de la Niñez y Adolescencia pueden realizar actividades laborales, siempre y cuando se ajuste al marco de la ley y no se afecten derechos como la educación (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

3.3. Convenios y Tratados Internacionales relevantes sobre protección de derechos de los niños

A lo largo de la historia se tienen convenios que buscan proteger a los menores, pero la normativa base es la de la OIT a través de los Convenios núm. 138 y núm. 182, que estipulan la edad mínima para trabajar y las peores formas de trabajo infantil.

Los convenios todavía están vigentes y son responsables de que se haya erradicado casi en su totalidad el trabajo infantil, mientras que la misma organización en la recomendación 190 aboga por la prohibición de las peores formas de trabajo infantil (Cárdenas, 2011).

Como si fuera poco, la Organización de las Naciones Unidas complementó el trabajo por medio de la Convención sobre los Derechos del Niño que es el cuerpo legal internacional con mayor trascendencia en el mundo respecto de Derechos de menores, ratificado por el Ecuador y con parte en el bloque Constitucional debido a su carácter vinculante.

La Convención sobre los Derechos del Niño es una norma completa que articula todas las consideraciones para proteger los derechos del niño, con eje en el interés superior del niño. De hecho, el artículo 32 dispone que el Estado debe proteger a los niños de cualquier

forma de trabajo que pueda obstaculizar el ejercicio de los derechos del niño, es decir, se prohíbe expresamente el trabajo infantil por la importancia del desarrollo de los menores (UNICEF, 2006).

IV. Definición de trabajo infantil

Resulta complejo definir en un solo concepto al trabajo infantil, puesto que, varios organismos internacionales como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) lo catalogan como perjudicial para los niños, motivo por el cual independientemente de la naturaleza del trabajo y dependiendo de la edad del niño, si cualquier tipo de trabajo supera el mínimo número de horas, es trabajo infantil, por lo tanto, debe eliminarse (UNICEF, 2012).

Aportando a esta definición, la Organización Internacional del Trabajo menciona que el trabajo infantil perjudica al desarrollo integral de los niños, vulnera latentemente los derechos humanos fundamentales y que los daños que produce (físicos o psicológicos) les perjudicará toda la vida (OIT, s.f.).

Como característica principal del trabajo infantil se determina que es inmoral, ilegal y a la vista de la dignidad humana, siendo una ofensa a los derechos de los niños, porque provocan una deserción escolar prematura y una constante preocupación para la subsistencia; asimismo, afecta al aprendizaje formal, puesto que, la realización de las actividades los pone en peligro (Sandoval, 2009; INEC, UNICEF, 2015; Benítez, Gonzales, 2006).

En términos generales, el trabajo infantil es toda la actividad económica, familiar no remunerada, asalariada o independiente por debajo de la edad mínima en el Ecuador² y que incide directamente en la escolarización, priva al menor de la oportunidad de estudiar,

2 El Código de Trabajo, en su artículo 134 dispone “Prohibición del trabajo de niños, niñas y adolescentes. - Prohíbese toda clase de trabajo por cuenta ajena, a los niños, niñas y adolescentes menores de quince años”.

forzando el abandono de la educación (OIT, 2007). En el Ecuador, la definición de trabajo infantil evolucionó en los últimos años. Cambios orgánicos e institucionales, con el objetivo de eliminar el trabajo infantil (Montalvo, 2012).

Por el contrario, no todo tipo de trabajo infantil es riesgoso o negativo, pese a que, la ONU, OIT, UNICEF y demás organizaciones han mostrado una postura frontal en contra de cualquier forma de trabajo infantil, debido a que la niñez es la etapa en que los niños deben dedicarse a la recreación y formación íntegra. Asimismo, se reconoce que hay trabajos específicos que no afectan negativamente el desarrollo general o los derechos básicos de niños, niñas y jóvenes (Ministerio de Trabajo, s.f.; Rausky, 2009).

Aquí vale la pena decir que, para entender de mejor manera lo que es el trabajo infantil, se debe recurrir a lo opuesto, es decir, a lo que no es, para luego comprender lo que es. Entonces, no es trabajo infantil las actividades o situaciones de cooperación familiar en la que los niños realizan tareas sin asumir la responsabilidad o las actividades solidarias en el hogar que no requieran mucho tiempo (Ministerio de Trabajo et al., 2015).

En definitiva, solo se reconoce como trabajo infantil a todas las actividades inadecuadas para su desarrollo o edad y están en constante peligro de causar algún tipo de daño físico o psicológico, este último merma por el estrés generado al adquirir una responsabilidad, lo cual, no les permite descansar, entretenerse, ir a la escuela o aprovechar las oportunidades de aprendizaje de la escuela (Ministerio de Trabajo et al., 2015).

V. Clasificación del trabajo infantil

Al trabajo infantil se lo clasifica de dos formas: la primera, por la visibilidad que se subdivide en trabajo infantil concentrado visible e invisible y trabajo infantil disperso visible e invisible; la segunda, por las peores formas, que se subdivide en trabajos infantiles intolerables y por la peligrosidad.

5.1. Trabajo infantil por su visibilidad

Es toda actividad que se esconde detrás de cuatro paredes o en lugares públicos, lo que incide en la posibilidad de encontrar un niño trabajador. Se debe advertir que, el hecho de que trabajen individualmente o en grupo será el factor decisivo en cómo se aborda los subtipos de trabajo infantil (OIT, 2003). Bajo el marco de la “erradicación de las peores formas de trabajo infantil” la OIT realiza una clasificación de las situaciones del trabajo infantil, de acuerdo con su visibilidad en el mundo. Así, se tiene las siguientes situaciones:

5.1.1. Concentrado: puede darse de dos formas: visible e invisible

5.1.1.1. Visibles: ocurre cuando el trabajo infantil concentrado y visible involucra a niños que trabajan en un solo lugar, se los observa fácilmente y es posible que alguien del mundo exterior hable con ellos (OIT, 2003). Ejemplos: los niños que trabajan en pequeños talleres de reparación, costureros, sastres, panaderos, pasteleros, picadores de bloques, etc. (OIT, 2003).

5.1.1.2. Invisibles: en esta situación, los niños trabajan de forma conjunta o se acercan entre sí, pero el mundo exterior no puede verlos ni acercarse a ellos (OIT, 2003). Ejemplos: los niños que trabajan en minas, en plataformas pesqueras, ayudantes de fábricas, tejedores de artículos textiles, etc. (OIT, 2003).

5.1.2. Dispersado: puede darse de dos formas: visible e invisible

5.1.2.1. Visibles: se trata sobre la situación en la que los niños trabajan en áreas remotas, en lugares menos conocidos o concurridos por el mundo exterior, situación menos conocida e ilocalizable (OIT, 2003). Ejemplos: los niños que son empleados domésticos, que se desarrollan en un ambiente delictivo, que viven en condiciones de esclavitud, etc. (OIT, 2003).

5.1.2.2. Invisibles: ocurre cuando el niño trabaja solo o parece ser un trabajador independiente (OIT, 2003). Ejemplos: los niños que venden artículos en la calle, mendigos profesionales, ayudantes en transportes (buses, autobuses, etc.), ordenan ganado, etc. (OIT, 2003).

5.2. Las peores formas del trabajo infantil

Es importante mencionar que - los Convenios 138³ y 182⁴ de la OIT, determinan cuatro tipos de trabajo infantil y explotación que la comunidad internacional los declaró abominables y prohibidas para todo niño o adolescente: trabajos de explotación sexual y actividades ilícitas (trabajos intolerables) y trabajos peligrosos por su naturaleza y condición (trabajos peligrosos); trabajos que atentan directamente a la salud, integridad, seguridad de los niños (Amar et al., 2012; OIT, 2015).

5.2.1. Trabajos intolerables

Son los trabajos que corresponden a prácticas de esclavitud contemporáneas, es decir, la naturaleza viola los derechos humanos de los niños y jóvenes que participan en las actividades de explotación sexual o actividades ilícitas y asociadas a la esclavitud (Ministerio del Trabajo y Previsión Social y Servicio Nacional de Menores, 2007). Para la comprensión de - los tipos de trabajo infantil por ser intolerables se ilustra:

3 El Convenio 138 trata sobre la edad mínima de admisión al empleo. Es ratificada por el Ecuador en 1976.

4 El Convenio 182 trata sobre las peores formas de trabajo infantil. Es ratificada por el Ecuador en el 2000.

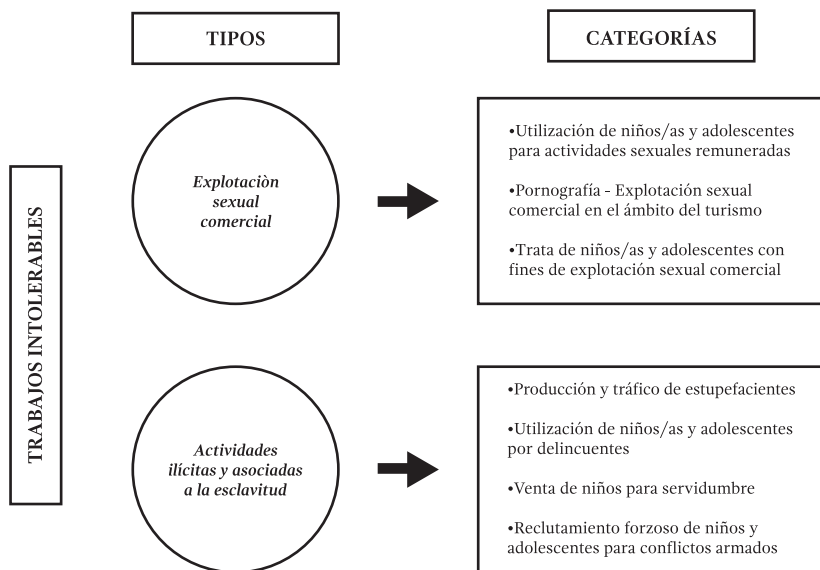


Ilustración 1: Tipos y Categorías del Trabajo Infantil por ser Intolerables

Fuente: Oficina Internacional del Trabajo (2007)

Elaborado por: Cevallos, Villalva.

5.2.2. Trabajos peligrosos

Son aquellas actividades nocivas que representan un riesgo para la salud y la seguridad de los niños por el medio en donde realizan las actividades laborales, perjudicando al desarrollo integral, porque ciertos factores de riesgo dañan la salud física y mental de las personas menores de 18 años, quienes son vulnerables (Díaz et al., 2004; Ministerio del Trabajo y Previsión Social y Servicio Nacional de Menores, 2007).

Para la comprensión de los tipos y categorías del trabajo infantil por su peligrosidad se ilustra de la siguiente manera:

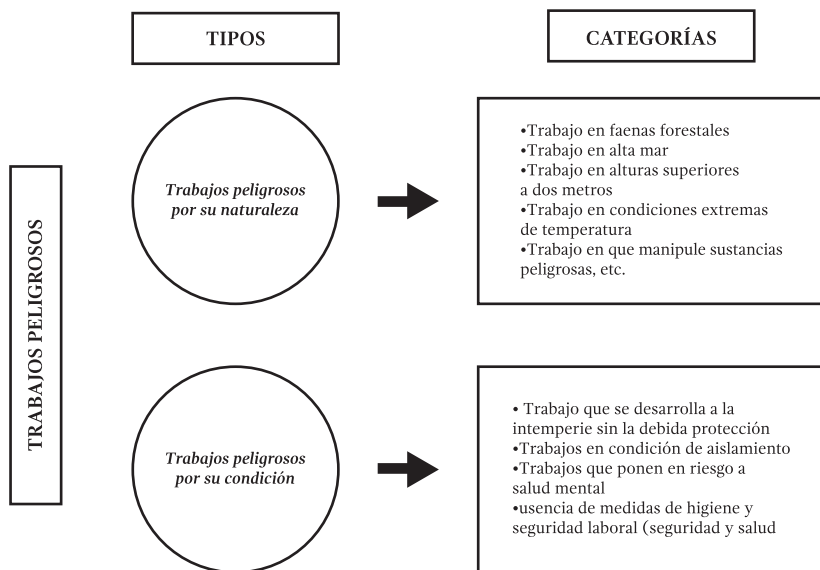


Ilustración 2: Tipos y Categorías del Trabajo Infantil por ser Peligrosos

Fuente: Oficina Internacional del Trabajo (2007)

Elaborado por: Cevallos, Villalva.

En ese orden de ideas, este tipo de trabajo causa enfermedades, lesiones y perjuicios que representarán una afectación para toda la vida del niño (OIT, 2015)

VI. Causa principal del trabajo infantil en el cantón Ambato

El COVID-19 causó una grave crisis, perjudicando directamente a la economía de los países, sobre todo “a medida que continúan las medidas de confinamiento, cuarentena, distanciamiento físico y otras medidas de aislamiento para eliminar el contagio, la economía mundial se ha sumido en una recesión. Los efectos nocivos de esta pandemia no se distribuirán equitativamente” (OIT, 2020, p. 2).

En los países y comunidades más pobres, así como en los ya desfavorecidos o vulnerables serán los más perjudicados. Con relación al incremento del trabajo infantil, una de las principales causas son los factores económicos, además las condiciones de pobreza que viven las familias hacen que padres e hijos trabajen informalmente para ganar dinero para el sustento (Organización Internacional del Trabajo, 2020; Pilco et al., 2010).

Según la OIT debido a la COVID-19, las causas probables del trabajo infantil son varias; entre las cuales se nombra a la pobreza, marginación social, discriminación, falta de educación, prevalencia de la economía informal y diálogo social débil, por tales motivos, los hogares sumergidos en estas causas recurrirán al trabajo infantil para tratar de frenar la crisis por la que atraviesan (OIT, 2020). De igual forma, se estima que, como resultado de la crisis sanitaria, entre 42 y 66 millones de niños caerán en la pobreza extrema este año 2020 (OIT, 2020).

Ahora bien, según el último informe de la OIT y de la UNICEF se menciona que “millones de niños corren el riesgo de tener que realizar trabajo infantil como consecuencia de la crisis de la COVID-19, lo que podría propiciar un aumento del trabajo infantil por primera vez tras veinte años de avances” (OIT y UNICEF, 2020, p. 1). Lo que se debe a la interrupción masiva de la educación global causada por las restricciones y la falta de soluciones de aprendizaje a distancia en muchos países, lo que conduce al aumento en el número de niños en trabajo infantil (OIT, 2020).

En la investigación de Quishpe para demostrar el impacto de la COVID-19 en niños, se realizó una comparación de estudiantes matriculados en instituciones fiscomisionales, particulares, entre otras, y encontró que, para el año lectivo 2019-2020, estaban inscritos 1'926.026, caso contrario, para el año lectivo 2020-2021 solo se registraron 1'822.615 estudiantes en todos los establecimientos educativos, dicho de otro modo, 103.411 estudiantes menos registrados en el sistema educativo (Quishpe, 2020). Ratificando lo antes mencionado, Creamer, Ministra de Educación mencionó que

docentes perdieron el contacto y desconocen la situación de 17.754 estudiantes en la región Sierra (Quishpe, 2020).

En este sentido, llama la atención la concurrencia de los hallazgos presentados en el cantón Ambato. No cabe duda, que un porcentaje considerable de niños que no se matricularon en el sistema educativo, se encuentran en situación de trabajo infantil. Según el informe de la Dirección de Desarrollo Social y Economía Solidaria del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Ambato.

Ante la crisis sanitaria que vive el país, la pobreza y la mendicidad de la población, varios niños menores de edad fueron encontrados en las calles de la ciudad de Ambato, quienes transitaban junto a los progenitores, debido a la falta de recursos económicos. Niños se involucran en actividades comerciales informales, actividades de mendicidad o trabajo infantil en condiciones que no son adecuadas para su edad y tienen una posible amenaza de infección (Pérez, 2020).

VII. Principales derechos humanos vulnerados de los niños

La perspectiva de protección de derechos de los niños es la constante en los estudios internacionales y nacionales, siendo evidente que debido a la COVID-19 se sumerge en una constante vulneración de derechos humanos fundamentales.

7.1. Integridad Personal⁵.- El trabajo infantil perjudica el desarrollo físico, psicológico y moral de los niños, y es una vulneración de derechos humanos fundamentales. A pesar de que la normativa ecuatoriana y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados garantizan la protección integral sobre otros derechos (Ministerio del Trabajo y Previsión Social y Servicio Nacional de Menores, 2007).

5 Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 5 núm. 1 “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

7.2. Educación⁶.- Se vulnera el derecho a la educación, en el momento en que el niño realiza cualquier tipo de trabajo infantil, pierde el interés por la educación o espacios formativos para el desarrollo adecuado, porque les priva de libertades que todo niño debe tener; asimismo involucra agotadoras y largas horas inadecuadas para los niños, por lo general desarrollan estas actividades en las calles y ambientes peligrosos (Romero et al., 2018; Ministerio del Trabajo y Previsión Social y Servicio Nacional de Menores, 2007)

7.3. Salud⁷.- Los niños que trabajan en las calles enfrentan peligros como ser involucrados en la venta de drogas a pequeña escala, abuso sexual, contaminación, violencia. Es una forma extrema de poner en riesgo el derecho a la salud de los niños, lo cual, en contexto actual, existe la COVID-19 y otras enfermedades graves (Ministerio del Trabajo y Previsión Social y Servicio Nacional de Menores, 2007; INEC et al., 2015).

7.4. Protección⁸.- Derecho que es una limitación del cumplimiento de deberes prioritarios por el Estado ecuatoriano, como el niño en situación de trabajo infantil no recibe la protección adecuada, termina perdiendo el interés en actividades relativas a su edad (Romero et al., 2018).

6 Declaración Universal de Derechos Humanos art. 26 núm. 1 “Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos”.

7 Declaración Universal de Derechos Humanos art. 25 núm. 1 “Toda persona tiene derecho a (...) la salud y el bienestar, y en especial (...) asistencia médica”.

8 Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 19 “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

VIII. Metodología

El presente artículo tiene un enfoque mixto, cuantitativo mediante el análisis bibliográfico y el análisis jurídico de las diferentes leyes y normas vinculadas a la problemática, adicional se aplicó una entrevista estructurada al personal del CAT y Consejo de protección. Es cuantitativa, porque se utilizó información cuantificable sobre la evolución del trabajo infantil en la ciudad de Ambato, datos que permitieron evaluar la evolución y comparación en el período 2019 y 2020.

A criterio de Hernández (2014) los estudios cualitativos se fundamentan en la medición de variables, con procedimientos estandarizados, bajo este contexto, la investigación está orientada al análisis jurídico relacionado al trabajo infantil y la vulneración de derechos humanos, por su parte, el enfoque cuantitativo, permite recolectar información para probar la hipótesis establecida previamente.

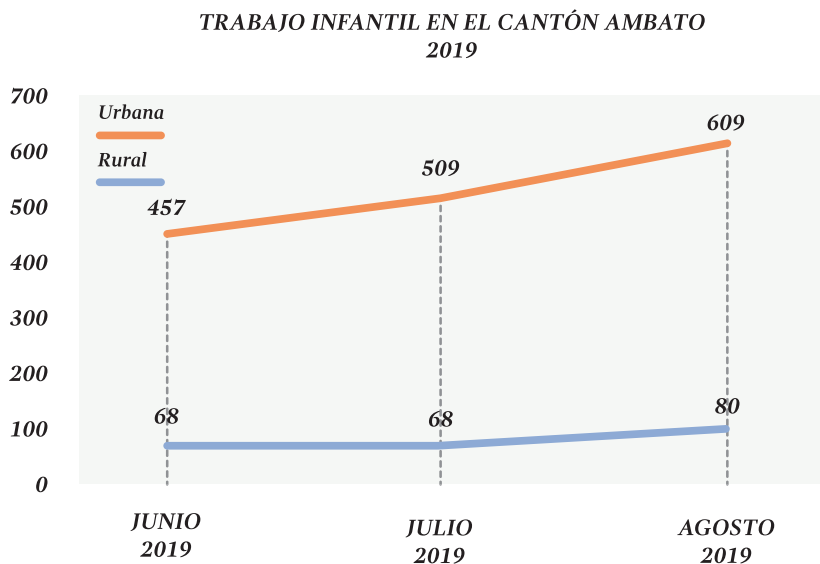
Lo anterior contribuye a la aplicación del método inductivo-deductivo que según Rodríguez, Pérez y Alipio (2017) implica razonar sobre la realidad del hecho investigado de manera general aplicar la lógica y alcanzar afirmaciones particulares, con la finalidad de obtener conclusiones adecuadas que contribuyan a la investigación.

Por otro lado, el método bibliográfico y de campo, sirve para contrastar los datos públicos obtenidos del Ministerio de Inclusión Económica y Social Zonal 3, con datos del Centro de Acopio Temporal, abierto en la ciudad de Ambato, adicionalmente mediante entrevista a personal del CAT y Consejo de Protección de Derechos. Con los datos se pretende evaluar la evolución y comparación del año 2020 con el 2019, en cuanto al número de niños detectados en situación de trabajo infantil.

Para demostrar el incremento del trabajo infantil en el cantón Ambato, se reflejan datos obtenidos del Ministerio de Inclusión Económica y Social Zonal 3. Además, se obtiene datos de los Centros de Acopio Temporal que se abrieron a causa de la crisis sanitaria con la idea de salvaguardar a los niños que se encuentran en situación de trabajo infantil. Para completar la información, se realiza entrevistas

a funcionarios públicos de Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Ambato, quienes reafirman datos sobre resultados del impacto del COVID-19 en el aumento del Trabajo Infantil en la ciudad de Ambato, la división de los datos se enfoca por parroquias rurales⁹ y parroquias urbanas¹⁰.

IX. Resultados



- 9 Las parroquias rurales del cantón Ambato son: Ambatillo, Atahualpa, Augusto Martínez, Constantino Fernández, Cunchibamba, Huachi Grande, Izamba, Juan B. Vela, Montalvo, Pasa, Picaihua, Pilahuín, Quisapincha, San Bartolomé de Pinillo, San Fernando, Santa Rosa, Totoras, Unamuncho.
- 10 Las parroquias urbanas del cantón Ambato son: Atocha – Ficoa, Celiano Monge, Huachi Chico, Huachi Loreto, La Matriz, La Merced, La Península, Pishilata, San Francisco.

Ilustración 3: Trabajo Infantil en el cantón Ambato 2019

Fuente: Ministerio de inclusión Económica y Social: Boletín Zonal junio 2020: Zona de planificación 3 / Ministerio de inclusión Económica y Social: Boletín Zonal julio 2020: Zona de planificación 3 / Ministerio de inclusión Económica y Social: Boletín Zonal agosto 2020: Zona de planificación 3

Elaborado por: Cevallos, Villalva.

Se obtiene que la mayor cantidad de niños en situación de trabajo infantil se encuentran en las parroquias rurales. En junio existieron 457 niños; en julio aumentó 52, resultando 509 niños; finalmente en el mes de agosto aumentó la situación de trabajo infantil con 100 niños en comparación del mes anterior, encontrándose un total de 609 niños y en situación de trabajo infantil.

En cuanto a la incidencia del trabajo infantil en las parroquias urbanas del cantón Ambato, se encuentra que el índice es menor en comparación con las rurales. En el mes de junio se encuentran 68 niños en trabajo infantil, en julio el número se mantiene, para agosto se incrementan 12 niños, dando un total de 80 niños. La situación cambia en el año 2020; sobre datos que se obtiene del trabajo infantil en el cantón Ambato, se encuentra a partir del mes de enero de 2020. La división de los datos se da por parroquias rurales y parroquias urbanas.

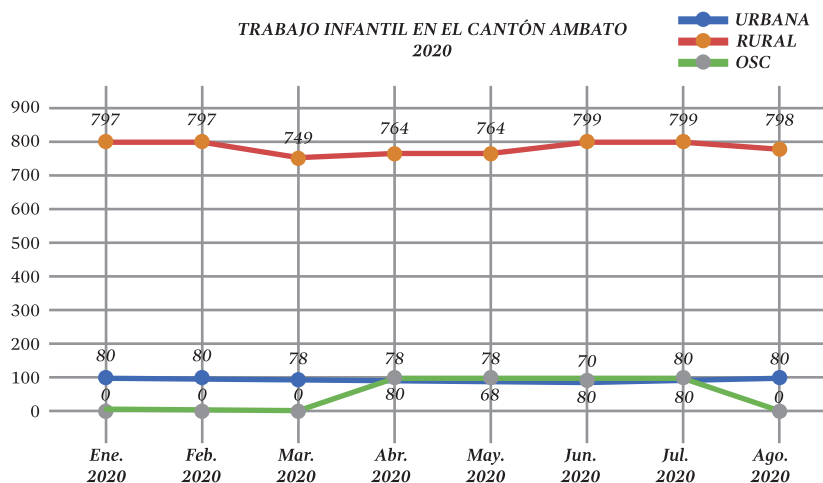


Ilustración 4: Trabajo Infantil en el cantón Ambato 2020

Fuente: Ministerio de inclusión Económica y Social: Boletín Zonal enero 2020: Zona de planificación 3 / Ministerio de inclusión Económica y Social: Boletín Zonal febrero 2020: Zona de planificación 3 / Ministerio de inclusión Económica y Social: Boletín Zonal marzo 2020: Zona de planificación 3 / Ministerio de inclusión Económica y Social: Boletín Zonal abril 2020: Zona de planificación 3 / Ministerio de inclusión Económica y Social: Boletín Zonal mayo 2020: Zona de planificación 3 / Ministerio de inclusión Económica y Social: Boletín Zonal junio 2020: Zona de planificación 3 / Ministerio de inclusión Económica y Social: Boletín Zonal julio 2020: Zona de planificación 3 / Ministerio de inclusión Económica y Social: Boletín Zonal agosto 2020: Zona de planificación 3

Elaborado por: Cevallos, Villalva.

Se encuentra que la mayor cantidad de niños en situación de trabajo infantil corresponde a las parroquias rurales. En el mes de enero del 2020 se encuentran 797 niños en situación de trabajo infantil, manteniéndose la cantidad hasta febrero, para marzo con la llegada de la COVID-19 al Ecuador, el número de niños y disminuyó a 749. Para abril la situación cambia y aumenta a 764 niños, en mayo se incrementa el número a 799 niños similar cantidad se tiene hasta julio, en agosto se reduce 1 niño terminando con 798 niños en situación de trabajo infantil.

De los datos obtenidos en las parroquias urbanas del cantón Ambato se determina que en enero y febrero se encuentran 80 niños en situación de trabajo infantil, para marzo, abril, mayo con la llegada de la COVID-19 el número disminuye a 78 niños, en junio existe un leve aumento con 2 niños, para julio y agosto se registran 80 niños.

Es necesario mencionar que, en abril del 2020, en el cantón Ambato, varias Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC) dieron a conocer casos de niños en situación de trabajo infantil no reconocidos por el Ministerios de inclusión Económica y Social de la Zona 3, observando en este mes 80 niños, en mayo disminuyó a 68 y para los meses de junio y julio aumentó a 80 niños en situación de trabajo infantil.

Garzón, Directora de Desarrollo Social y Economía Solidaria afirman que después de concluido el estado de excepción y al existir libre movilidad, los papás de niños en situación de riesgo prefirieron retirar del centro a los niños, con intención de llevarlos a las calles para que trabajen (Garzón, Trabajo Infantil, 2020).

Es una realidad que para el Ab. Josué Gavilanes, asesor jurídico del Consejo Cantonal para la protección de Derechos Ambato, es evidente, agregando que el aumento del trabajo infantil en las calles de la ciudad es notable. Acotó que, a pesar de las denuncias realizadas, los padres prefieren tenerles en las calles en lugar de mantenerlos en el Centro de Alojamiento Temporal. Es necesario destacar que los padres mantienen a los niños sin ninguna clase de protección o medida de bioseguridad, no existe mascarilla, no existe distanciamiento social, y se encuentran en permanente exposición al medio (Gavilanes, 2020).

Para Pérez, administradora del Centro de Alojamiento Temporal (en adelante CAT) en la ciudad de Ambato, mediante informe asegura que existen 74 niños en el Centro No. 1, y 4 en el Centro No. 2; los usuarios corresponden a 29 usuarios nacionales, 59 usuarios extranjeros; de estos, 49 son hombres y 29 corresponden a mujeres; todos menores de edad, 75 de 1 año a 12 años, ninguna persona con discapacidad. Además, desde el 8 de julio y hasta el mes de septiembre se registraron 88 usuarios, de los cuales 13 no asisten al CAT, debido a que “los padres prefieren tenerles en las calles para que ganen dinero por lástima o pena”, finalmente hay que destacar que el CAT se encuentra funcionando al máximo de su capacidad, por lo que no se puede recibir nuevos ingresos (Pérez, 2020).

Finalmente, autoridades mencionan que “los papás de los niños, dedicados al trabajo informal o en la calle, ganan alrededor de \$40 y \$50 diarios con la participación de los niños, sin embargo, sin la presencia de ellos, el máximo de ganancia es de \$10 diarios, por lo que no consideran conveniente ingresar a los niños en el CAT, al existir la opción del trabajo en la calle. (Garzón, Trabajo Infantil, 2020).

X. Discusión

Al realizar una comparación entre los datos de junio 2019- agosto 2019, con los obtenidos entre los meses similares del 2020, se evidencia un incremento excesivo en el número de casos de trabajo infantil, en junio 2019 (con 457 niños) y junio 2020 (con 776 niños) existe un incremento del 69,8%; en julio de 2019 (509 niños) y julio 2020 (799 niños) existe un aumento del 41% siendo; y en agosto de 2019 (con 609 niños) y agosto 2020 (798 niños) un aumento del 31%. Por tanto, se concluye que la pandemia derivada del COVID-19, en el 2020 incrementó el número de niños que salen a las calles para realizar labores informales.

XI. Conclusiones

La llegada del COVID-19 al Ecuador y la declaratoria de estado de excepción, produjeron una serie de escenarios devastadores para las familias ecuatorianas, sobre todo, en lo económico y social. Por lo tanto, organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia advirtieron a los países acerca de las consecuencias peyorativas en el avance de derechos y en el incremento del trabajo infantil. El retroceso de los avances para la OIT es de casi veinte años.

El Ecuador es un país que protege y garantiza los derechos de las personas, a través las normativas nacionales e internacionales, con especial atención, en los derechos de los niños con exclusiva prioridad de protección.

El esfuerzo del Estado ecuatoriano y organismos internacionales a través del tiempo daba buenos resultados en la búsqueda de la erradicación del trabajo infantil. Sin embargo, con la llegada del COVID-19 provocó que el porcentaje de niños en trabajo infantil aumentara. El aumento de los casos en el 2020 es del 70%, 41% y 31% en los meses de junio, julio y agosto, respectivamente en comparación del año 2019.

La implicación del aumento en el número de niños en diversas situaciones de trabajo infantil genera que la vulneración de Derechos Humanos fundamentales aumente. Algunos de los derechos que, en mayor parte, son vulnerados son: el derecho a la integridad personal ya que, como se indicó, perjudica directamente al desarrollo integral, vulnera el derecho a la educación, porque los niños están trabajando permanentemente a lo largo del día y no estudiando; vulneración al derecho a la salud, ya que se evidenció que las diversas formas de trabajo infantil exponen a los niños a un peligro constante frente a enfermedades como la producida por el virus COVID-19; el derecho a la protección, puesto que el Estado debe garantizar su protección social, por tanto que la erradicación del trabajo infantil no puede dejar de ser considerada como una de las tareas urgentes y prioritarias del Estado.

Referencias Bibliográficas

- Amar, J., Sierra, E., Palacios, J., Madariaga, C., & Pezzano, G. (2012). Trabajo infantil: factores de riesgo y protección en familias del Caribe colombiano. Barranquilla: Universidad del Norte.
- Bettina, A., & Gómez, S. (2006). La problemática del trabajo infantil. Buenos Aires: Espacio Editorial.
- Cárdenas, E. (2011). El interés superior del niño y la ratificación del convenio 138 de la OIT. *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, 9(17), 139-158.
- Castillo, J. G., & Brborich, W. (2007). Los Factores Determinantes de las Condiciones de Pobreza en Ecuador: Análisis Empírico en Base a la Pobreza por Consumo. *Cuestiones Económicas*, 23(2), Autores: José Gabriel Castillo y Wladimir Brborich. Recuperado a partir de <https://estudioseconomicos.bce.fin.ec/index.php/RevistaCE/article/view/184>

- Díaz, M., Luna, G., & Tobón, M. (2004). *Materiales de trabajo para prevenir y erradicar el trabajo infantil doméstico*. Bogotá: OIT/IPEC Sudamérica.
- Esteves, A. (2009). *Magnitud y características del trabajo infantil en Ecuador*. Quito: FLACSO.
- Hallo, A., Rojas, A., & Hallo, C. (2020). *Perspective from Ecuador, the second country with more confirmed cases of coronavirus disease 2019 in south america: a review*. Cureus.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: McGRAW-HILL.
- Hentschel, J., & Lanjouw, P. (1995). *Perfil de la Pobreza en Ecuador*. Banco Central del Ecuador: *Cuestiones Económicas* N° 27.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos; El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2015). *Trabajo infantil en Ecuador: Hacia un entendimiento integral de la problemática*. Quito: Instituto Nacional de Estadística y Censos; El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- Jácome, L., Larrea, C., & Rob, V. (1998). *Políticas macroeconómicas, distribución y pobreza en el Ecuador. Política macroeconómica y pobreza en América Latina y el Caribe*, 435-488.
- Jaramillo, L. (2007). *Concepciones de infancia*. Zona próxima: *Revista del Instituto de Estudios Superiores en Educación*, (8), 108-123.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; Organización Internacional del Trabajo, Oficina de País de la OIT para la Argentina. (2015). *Trabajo infantil y su impacto sobre la salud: manual de formación para equipos de salud en el marco de la estrategia de prevención y erradicación del trabajo infantil en la Argentina*. Buenos Aires: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; Organización Internacional del Trabajo, Oficina de País de la OIT para la Argentina.
- Ministerio del Trabajo y Previsión Social y Servicio Nacional de Menores. (2007). *Prevención y erradicación del trabajo infantil. Manual de capacitación*. Santiago de Chile: Oficina Internacional del Trabajo.

- Montalvo, P. (2012). Trabajo Infantil en Ecuador: Una Evaluación. Quito: MIES/INFA – Instituto de la Niñez y la Familia.
- Oficina Internacional del Trabajo. (2003). Manual para Inspectores: Combatiendo las peores formas de trabajo infantil. San José: Oficina Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2007). Reflexiones para el cambio: Análisis de los planes nacionales de prevención y erradicación del trabajo infantil en América Latina y el Caribe. Lima: Oficina Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (s.f.). Información de base sobre el trabajo infantil y la OIT. Recuperado de Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2020). El impacto del COVID-19 en el trabajo infantil y el trabajo forzoso: La respuesta del Programa de referencia IPEC+. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Páez, H., Hernández, P., & Mesa, R. (2005). Representaciones sociales del trabajo infantil. Orinoquia, 19-29.
- Perlman, S. (2020). Another decade, another coronavirus.
- Pico, I., Roberto, S., & Albornoz, M. (2010). Pico, I. J., Sánchez, R. M., & Albornoz, M. B. (2010). En los márgenes: el trabajo infantil como práctica cultural. Quito: FLACSO-Sede Ecuador.
- Quishpe, A. (8 de septiembre de 2020). Más de 100 mil estudiantes no volvieron al sistema educativo. Plan V, págs. 1-2. Recuperado de: <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/mas-100-mil-estudiantes-no-volvieron-al-sistema-educativo#:~:text=Para%20el%20a%C3%B1o%20lectivo,particulares%2C%20fiscomisionales%2C%20entre%20otros.&text=Es%20decir%2C%20103.411%20estudiantes%20menos,puede%20colegir%20hasta%20el%20momento.>

- Rausky, E. (2009). ¿Infancia sin trabajo o Infancia trabajadora? Perspectivas sobre el trabajo infantil. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*.
- Rodríguez, A., Pérez, J., & Alipio, O. (2017). *Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento*.
- Romero, V., Ammar, J., & Palacio, J. (2018). *De Regreso a la Escuela: Modelo de Intervención Psicosocial Para la Erradicación del Trabajo Infantil*. Colombia: Universidad del Norte.
- Sánchez, J. (1996). *Población y pobreza indígenas*. Quito: Centro Andino de Acción Popular.
- Sandoval, A. (2007). Trabajo infantil e inasistencia escolar. *Revista Brasileira de Educação*, 68-80.
- UNICEF COMITÉ ESPAÑOL. (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid: Nuevo Siglo
- Vásconez, A. (2003). *Niñez a Medias, Futuro a Medias-Trabajo Infantil y Juvenil en el Ecuador*. Quito: FLACSO. Recuperado de http://www.flacso.org.ec/docs/av_ninesamedias.pdf [17/07/2014]

Legislación, convenios internacionales, decretos, informes y demás documentos legales

- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008.
- Comisión de Derechos Humanos. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París
- Congreso Nacional. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Registro Oficial 737 de 03-ene.-2003.

- Congreso Nacional (2005). Código de Trabajo. Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic.-2005.
- Garzón, A. (2020). Protocolo de Preparación-Funcionamiento-Finalización del “Centro de Alojamiento Temporal para niños y niñas en situación de mendicidad, Trabajo Infantil y Callejización. Ambato: Dirección de Desarrollo Social y Economía Solidaria.
- INEC. (2010). Censo de Población y Vivienda.
- Ministerio del Trabajo. (s.f.). Proyecto de Erradicación del Trabajo Infantil. Recuperado de Ministerio del Trabajo: <http://www.trabajo.gob.ec/proyecto-de-erradicacion-del-trabajo-infantil/>
- Organización de Estados Americanos: Tratado Interamericano Adoptados en el Marco de la OEA. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José: Secretaría General OEA.
- Organización Internacional del Trabajo. (2020 de Junio de 2020). Según la OIT y UNICEF, millones de niños podrían verse obligados a realizar trabajo infantil como consecuencia de la COVID-19. COVID-19 y trabajo infantil, págs. 1-1.
- Organización Internacional del Trabajo. (2015). Informe mundial de 2015 sobre el trabajo infantil: Allancar el camino hacia el trabajo decente para los jóvenes. Ginebra: International Labour Office.
- Organización Mundial de la Salud. (27 de Abril de 2020). COVID-19: cronología de la actuación de la OMS. Recuperado de Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.
- Organización de estados Americanos Humanos. (1978). Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José
- Pérez, X. (2020). INFORME TÉCNICO DE FUNCIONAMIENTO – CENTRO DE ACOGIMIENTO TEMPORAL. Ambato: Centro de Alojamiento Temporal por emergencia nacional Covid-19.

Entrevistas

Garzón, A. (2020). Trabajo Infantil. (Cevallos, & Villalva, Entrevistadores)

Gavilanes, J. (octubre de 2020). Trabajo Infantil. (Cevallos, & Villalva, Entrevistadores)

La aplicación de la justicia intercultural en materia penal desde el derecho a la identidad cultural de los procesados.

The application of intercultural justice in criminal matters from the right to the cultural identity of the accused

Hugo Zambrano Vera*

Investigador jurídico independiente

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 8 de octubre 2020

Artículo aceptado / Accepted: 10 de diciembre, 2020

Citación

Zambrano, H. (2020). *La aplicación de la justicia intercultural en materia penal desde el derecho a la identidad cultural de los procesados*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (431-453).

DOI: 10.26807/rr.vi02.33

Resumen: El problema más sobresaliente en la aplicación de la justicia intercultural en Ecuador es el conflicto de competencia entre la justicia indígena y la justicia ordinaria cuando conocen de un hecho que puede ser penalmente relevante. Aunque el legislador y la jurisprudencia han tratado de regular el ámbito de actuación de cada una de ellas, lo cierto es que en sus disquisiciones no han considerado el derecho a la identidad cultural de los sujetos activos del delito como factor dirimente para la solución de este problema. El objetivo general de este trabajo es realizar un estudio sobre la aplicación de la

* Estudiante egresado de la Escuela de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – Sede Ibarra (2020). Correo electrónico: hugozambrano794@gmail.com.

justicia intercultural en materia penal, a partir del respeto al derecho a la identidad cultural de los procesados, mediante una investigación documental, con el fin de hallar el camino que permita emplearla de manera efectiva y eficaz dentro del marco jurídico ecuatoriano. Esta investigación se abordó desde un enfoque cualitativo empleando los métodos analítico y antropológico y, como consecuencia de la misma, se propone una solución a partir de la creación y aplicación de algunas reglas que deberían ser tomadas en cuenta, en lo sucesivo, por los operadores de justicia en su actividad judicial.

Palabras clave: Competencia, identidad cultural, justicia intercultural, derecho procesal penal, reglas.

Abstract: *In the case that there are criminally relevant facts, the most outstanding problem in the application of intercultural justice in Ecuador is the conflict of jurisdiction between indigenous justice and ordinary justice. Although the legislator and jurisprudence have tried to regulate the scope of each application, the truth is, that in their disquisitions they have not considered the right to cultural identity of the active subjects of the crime as a decisive factor for the solution of this trouble. The general objective of this work is to carry out a study of the application of intercultural justice in criminal matters. This investigation is based on respect for the right to cultural identity of the defendants, through documentary research, in order to discover a way to use it effectively and efficiently within the Ecuadorian legal framework. This research was approached from a qualitative analysis using anthropo-legal methods. As a consequence, a solution is proposed based on the creation and application of rules of accountability and administered by the operators of Justice within the framework of judicial activity.*

Keywords: *Competence, cultural identity, intercultural justice, criminal procedural law, rules.*

Introducción

Uno de los hitos de la Constitución ecuatoriana de 2008 es la protección que brinda a la existencia del sistema jurídico ancestral de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, quienes despiertan admiración y respeto por haber preservado sus costumbres pese a los intentos de asimilación cultural emprendidos desde el Estado¹, el cual, a través de sus representantes, ha reconocido finalmente la deuda histórica que tiene con estos grupos tradicionalmente marginados.

En la segunda mitad del siglo XX, con el surgimiento de las luchas sociales de la clase proletaria, también se dieron los primeros levantamientos indígenas de la era contemporánea de nuestro país² que exigían, a quienes detentaban el poder, igualdad en la aplicación de la ley, respeto para su identidad cultural, mejores condiciones de calidad de vida y la consideración de su opinión a la hora de tomar decisiones que pudieran afectarles. En esa misma época también surgieron varios instrumentos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos de los pueblos ancestrales como el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración de las Naciones Unidas

-
- 1 Sobre los intentos de asimilación cultural orquestados por el Estado hacia los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas el historiador Enrique Ayala Mora (2008) señala que estos pueden dividirse en tres periodos, a saber: (i) el Proyecto Nacional Criollo, que plantea la continuidad de las relaciones de sojuzgamiento entre indígenas y los descendientes de los españoles en América (criollos); (ii) el Proyecto Nacional Mestizo, en el que se reconoció la existencia de los pueblos indígenas pero buscando extinguir sus costumbres implantando la cultura occidental con el fin de aplicar (erradamente) el principio de igualdad; y, (iii) el Proyecto Nacional de la Diversidad en el que los pueblos indígenas surgen como actores del cambio social.
 - 2 Mención especial merece el primer levantamiento indígena, que inició el 28 de mayo de 1990 con la toma pacífica de la iglesia de Santo Domingo, en el centro histórico de Quito y que en los días siguientes convocó a los pueblos indígenas de la sierra norte, centro y de la región amazónica. (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, 2020).

sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; en dichos documentos se defiende, entre otras cosas, la potestad de estos grupos humanos para administrar justicia de acuerdo con sus tradiciones ancestrales, siempre que al hacerlo no se vulneren derechos humanos³.

Ahora bien, muchos instrumentos internacionales de Derechos Humanos no llegan a aplicarse por parte de los Estados signatarios, pues estos se escudan en la idea de que dichos postulados sólo son aplicables, debido a que el ordenamiento jurídico interno de cada país prevé normas que regulen su ejercicio, por eso se tiene la impresión de que el contenido de dichos documentos no pasa de ser un conjunto de ideas utópicas cuya práctica no se realiza si no existe una ley que desarrolle su contenido; esta idea, en el caso de los pueblos ancestrales, se refuerza al considerar que quienes pertenecen a dichos grupos humanos siguen siendo vistos como seres inferiores, que no saben lo que quieren y a quienes se debe “civilizar”.

No obstante, este sector social ha venido luchando por la reivindicación de sus derechos, entre los cuales se encuentran la identidad cultural, la autodeterminación y, dentro de estos, la administración de su propia justicia. Reconociendo esta realidad, la Constitución ecuatoriana de 1998 consagró, en el inciso tercero de su artículo 191, el derecho de estos pueblos a ejercer “funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes”;

3 El numeral 1 del artículo 9 del Convenio 169 de la OIT manifiesta que “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”. Del mismo modo, el artículo 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.

la Carta Política de aquel entonces también afirmó que “La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional” y estos postulados que se mantienen, en lo esencial, en el artículo 171 la Constitución ecuatoriana de 2008⁴.

Al proteger constitucionalmente la administración de justicia indígena, el constituyente – tanto en 1998 como en 2008 – fue consciente de que existirían dificultades para su aplicación pues, hasta ese momento, gracias a la influencia del positivismo kelseniano, el juez ordinario, al haber recibido potestad estatal, era el único competente para aplicar la ley a partir de su contenido literal (Kelsen, 2015). Adicionalmente, muchos miembros de la sociedad ecuatoriana, al observar la aplicación del sistema de justicia indígena practicada por la comunidad hacia el sujeto infractor – a través del baño con agua fría, los golpes con plantas de ortiga, el látigo, entre otros (Pérez, 2015) – piensan que estos son actos de “salvajismo y tortura” que se dan como consecuencia de “hacer justicia por su propia mano”, actitud que en algunas ocasiones ha sido alentada por varios medios de comunicación al presentar las noticias sobre estos hechos de manera sesgada y fuera de su contexto cultural (Ávila, 2016, p. 47).

Este tema tiene especial relevancia en materia penal, ya que se ha comprobado que la aplicación de la llamada justicia ordinaria no rehabilita al indígena que es sometido a su jurisdicción por haber cometido un delito, todo lo contrario, puede causarle varios traumas, pues este conglomerado social no entiende a la Justicia como la imposición de

4 Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria (CRE, 2008).

un castigo, sino como un proceso de purificación que consiste en recuperar la armonía consigo mismo, con los agraviados, con la Naturaleza (Pacha Mama), con sus familias y con la comunidad (Ávila, 2016, p. 45)⁵.

Sin embargo, aunque se observan esfuerzos para regular la aplicación armónica de ambas formas de administrar justicia, la realidad es que no es extraño observar el juzgamiento de personas pertenecientes a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas por parte de los jueces de justicia ordinaria, quienes terminan imponiéndoles sanciones según la cultura occidental (prisión, multas, pérdida de derechos de participación e interdicción); así como tampoco sorprende que los medios de comunicación informen de procesos de justicia indígena en los que los sancionados son personas que no pertenecen a dichos pueblos, comunidades y nacionalidades, como cuando “los habitantes de la comunidad de Peguche, en Otavalo (Imbabura), castigaron (...) a tres personas, acusadas de robar un vehículo” (El Comercio, 2019), las cuales no fueron reconocidas como moradores del sector sino como ciudadanos extranjeros procedentes de Venezuela (El Universo, 2019)⁶, o cuando “en el mercado artesanal de Otavalo, conocido como La Plaza de Ponchos, en la provincia de Imbabura, un hombre acusado de robar víveres de un minimarkert (valorados en USD \$65,00 dólares) fue ajusticiado” (El Universo, 2019) ante la mirada del personal policial, quienes no pudieron comprobar si el ciudadano infractor se identificaba como indígena, por lo que se limitaron a presenciar el

5 Según Ramiro Ávila Santamaría (2016), la única medida realmente sancionadora que aplica la justicia indígena es la expulsión del individuo de la comunidad a la que pertenece, con posibilidad (según el caso) de que pueda volver a ella después de algunos años.

6 Tres hombres de nacionalidad venezolana, sospechosos de robar un vehículo la noche del domingo, fueron retenidos por otavaleños que los habrían descubierto. (...). Cerca de las 09:00 el Cabildo desarrollo una asamblea para determinar el castigo indígena a los tres supuestos ladrones. Mientras los retenidos permanecían vendados los ojos y atadas las manos. A las 11:00 culminó la asamblea en la que se determinó el castigo para los tres sospechosos que fue el de aplicar el baño ritual de la comunidad, ortigazos y luego los azotes. (El Universo, 2019).

castigo al que fue sometido; Asimismo, una noticia presentada por el diario La Hora (2016) manifiesta que:

Un grupo de indígenas, quienes vinieron de las provincias de Cotopaxi y Chimborazo, querían aplicar su justicia a tres sospechosos de asesinar a un pastor evangélico. Ocurrió en el sector de Caupicho, en el sur de Quito. (...). Según versiones de los presentes, la turba de indígenas incendió la casa en la que vivían los presuntos asesinos, quienes eran identificados por los moradores del sector como delincuentes, pues eran quienes ‘sembraban el terror’ en el barrio.

Ante esta realidad, es preciso recordar que de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución, en concordancia con el artículo 24 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), las relaciones entre la justicia indígena y la justicia ordinaria tienen su soporte en el principio de interculturalidad, de tal manera que el objetivo consistente en la aceptación, respeto e interrelación con las demás culturas (Bernabé, 2012, p.70), a partir de las peculiaridades de cada una de ellas.

Así, se evidencia que las normas que regulan la competencia entre ambas jurisdicciones no consideran la identidad cultural de los procesados, y esta es una de las razones por las cuales ha sido difícil llegar a clarificar el ámbito de actuación de cada una de ellas. En efecto, no parece justo que una persona mestiza que ha cometido un delito dentro de una comunidad indígena sea juzgada mediante un proceso que no entiende o con el cual no se siente culturalmente identificado y, lo mismo puede decirse de una persona perteneciente a los pueblos ancestrales y que comete un delito fuera de su comunidad, por ello la pregunta que guía la presente investigación es ¿Cómo aplicar la justicia intercultural, en materia penal, a partir del respeto al derecho a la identidad cultural de los procesados?

El objetivo general de este trabajo – que se desarrolló como un proyecto independiente – es realizar un estudio sobre la aplicación de la justicia intercultural en materia penal, a partir del respeto al derecho a la identidad cultural de los procesados, mediante una investigación documental, con el fin de emplearla de manera efectiva y eficaz dentro del marco jurídico ecuatoriano. Para ello, también se han planteado los

siguientes objetivos específicos: (i.) Analizar las fuentes legales existentes en Ecuador en materia de justicia intercultural; y, (ii.) establecer reglas que permitan aplicar la justicia intercultural en el contexto jurídico y social ecuatoriano de forma clara y en respeto al derecho a la identidad cultural de los procesados.

Los principales beneficiados e involucrados en este estudio son los pueblos comunidades y nacionalidades indígenas, los legisladores y los administradores de justicia, puesto que en el presente trabajo pueden encontrar argumentos suficientes para la transformación de las relaciones entre la justicia ordinaria e indígena, a fin de que cada una de ellas tenga competencia amplia y suficiente para juzgar los presuntos delitos que se pongan en su conocimiento en un marco de respeto a la identidad cultural de los acusados, misma que forma parte de sus derechos humanos y constitucionales.

I. Metodología

El enfoque con el que se abordó este trabajo fue cualitativo, puesto que se ha realizado una reflexión acerca de la forma en que debe aplicarse la justicia intercultural desde el punto de vista del derecho a la identidad cultural, mismo que no suele ser considerado de forma suficiente por los administradores de justicia ordinarios e indígenas a la hora de iniciar el proceso en contra de los presuntos infractores que habrían cometido un delito.

Los métodos que se emplearon fueron el analítico y el antropojurídico. El primero, a partir del estudio y reflexión sobre varias disposiciones legales halladas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se obtuvieron algunas reglas que pueden ayudar a dirimir los conflictos de competencia entre la justicia indígena con la justicia ordinaria. Por medio del segundo método, se profundizó en el análisis del problema de investigación y de la solución al mismo desde el derecho a la identidad cultural de los presuntos infractores.

Para llevar a cabo lo anterior se empleó la técnica de revisión documental de varios textos de relevancia jurídica como la Constitución

de la República del Ecuador (CRE), el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), el Código Orgánico Integral Penal (COIP), algunas sentencias y decisiones jurisprudenciales, varios instrumentos internacionales referentes a los pueblos indígenas, así como aportes doctrinales y artículos científicos relacionados con la presente investigación; los instrumentos utilizados para la recopilación y clasificación de la información mencionada fueron las fichas de resumen.

II. Resultados

El artículo 21 de la Constitución del Ecuador señala que “Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones” (CRE, 2008), en este sentido, la Corte Constitucional (2018), en la sentencia No. 001-18-PJO-CC, con respecto a la vigencia de los derechos, afirma que “es obligación del Estado abstenerse de intervenir arbitraria e innecesariamente en los derechos y libertades de los ciudadanos, así como garantizar su plena efectividad”.

Reforzando lo anterior, la Norma Suprema, al prever la existencia de la justicia indígena señala, en el segundo inciso del artículo 171, que “La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria” (CRE, 2008), para lo cual debe aplicarse el principio de interculturalidad que se expresa en el artículo 24 del COFJ en los siguientes términos:

En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscará el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante⁷.

7 En el citado artículo, de alguna manera, también se hace referencia a la obligación que tienen los servidores de la Función Judicial, especialmente jueces y fiscales, de aplicar el control de convencionalidad a fin de garantizar la vigencia

Ahora bien, el principio de interculturalidad – al aplicarse en la Función Judicial – se traduce en la creación de la justicia intercultural, misma que se rige por cinco principios contenidos en el artículo 344 del Código “*ibidem*”, los cuales son: diversidad, igualdad, *non bis in ídem*, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural⁸.

También hay que reconocer que han sido varias las acciones llevadas a cabo por el Estado para tratar de armonizar las relaciones

del derecho a la identidad cultural de las personas inmersas en el proceso penal, por lo que la responsabilidad de aplicar lo dispuesto en esta norma es doble: como ejercicio del derecho a la seguridad jurídica y como cumplimiento de la normativa internacional y constitucional en materia de derechos.

- 8 Art. 344.- Principios de la justicia intercultural.- La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios: a) Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural; b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena. c) Non bis in ídem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional; d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y, e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, siendo las más destacadas, por parte de la Función Legislativa, la creación del COFJ, en donde se desarrolla el principio de interculturalidad y se prevén algunos lineamientos que regulan las relaciones entre ambos tipos de justicias⁹. Adicionalmente, desde 2018, se ha venido impulsando el Proyecto de Ley Orgánica para la Aplicación de la Justicia Indígena en Ecuador, aunque todavía no se lo ha discutido en el pleno de la Asamblea Nacional (Observatorio Legislativo, s/f)¹⁰.

Por su parte, la Función Ejecutiva, a través del Ministerio de Gobierno y de la Policía Nacional, ha venido organizando varias conferencias, capacitaciones, seminarios y simposios destinados a compartir conocimientos y puntos de vista y dialogar con los diferentes actores de esta realidad, a fin de obtener orientaciones para la actuación del personal policial ante este tipo de casos¹¹.

Para la Función Judicial no existe una línea de argumentación jurídica clara respecto a su actuación al conocer conflictos de competencia entre la justicia indígena y la ordinaria en materia penal. Sin embargo, la Resolución No. 154-2015, dictada mediante sentencia de casación por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2015), resolvió restar competencia a la Justicia Indígena, al conocer de un delito de violación sexual cometido por una persona

9 Las disposiciones que regulan la existencia entre ambos tipos de justicias se encuentran en el Título VIII: “Relaciones de la Jurisdicción Indígena con la Jurisdicción Ordinara”, que comprende los artículos 343 – 346.

10 El proyecto de ley fue presentado por el asambleísta Juan Cárdenas Espinoza y, mediante Resolución CAL-2017-2019-637 del Consejo de Administración Legislativa, de fecha 20 de febrero de 2019, fue calificado y remitido a la Comisión Especializada Permanente de los Derechos Colectivos, Comunitarios y la Interculturalidad, para que inicie su tramitación (Consejo de Administración Legislativa de la Asamblea Nacional del Ecuador, 2019).

11 Entre ellos destaca el “I Simposio de justicia indígena y su implicación en la labor policial”, organizado por la Policía Nacional del Ecuador en conjunto con la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – Sede Ibarra (Pabón, 2018).

adolescente, perteneciente a una de las nacionalidades indígenas, hacia otra persona de su misma comunidad, el tribunal, aplicando el principio de interculturalidad decidió:

- 1.- Sustituir la medida socioeducativa privativa de libertad impuesta.
- 2.- La comunidad (...), reunida en asamblea, determinará y asignará al adolescente procesado actividades comunitarias, en horario y tiempo compatible con los estudios; quedan prohibidas todas las actividades que pongan en riesgo su integridad personal.
- 3.- El adolescente pedirá disculpas públicas a la víctima, a su familia, a su propia familia; y, a la comunidad toda.
- 4.- De conformidad con el artículo 385.3, último inciso del Código de la Niñez y Adolescencia, el adolescente deberá asistir a charlas informativas sobre salud sexual y reproductiva con enfoque intercultural y de derechos humanos, con la asistencia y supervisión de la oficina técnica de la Unidad Judicial de la Familia Mujer y Adolescencia (...) que elaborará informes mensuales.

Finalmente, la Corte Constitucional del Ecuador, a través de su jurisprudencia, también se ha pronunciado aunque limitando el derecho de estos pueblos a administrar su propia justicia en los delitos contra la vida. En 2014, La Corte Constitucional mediante la sentencia No. 113-14-SEP-CC, conocida también como el caso La Cocha II, manifestó que:

La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena (Corte Constitucional del Ecuador, 2014, p. 35).

Esta decisión, en el informe emitido en 2019 la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, fue calificada como un “retroceso sufrido en el adecuado reconocimiento del pluralismo jurídico [puesto que] ni los estándares internacionales ni la propia Constitución señalan este tipo de limitaciones” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2019, párr. 48), por lo que, junto con otras

decisiones emitidas por la autoridad judicial han sido presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018) como “Denuncias de criminalización por el ejercicio de la jurisdicción indígena en Ecuador”, esperando hasta la fecha, un pronunciamiento oficial sobre este tema. No obstante, la Corte Constitucional, en la sentencia jurisprudencial No. 134-13-EP/20, ha manifestado que:

(...) ante una solicitud de declinación de competencia, las juezas y jueces (Sic.) ordinarios deberán limitarse exclusivamente a verificar la existencia de un proceso de justicia indígena. En este sentido, dentro del término probatorio de tres días contemplado en el artículo 345 del COFJ, al analizar la pertinencia de tal invocación, los jueces ordinarios se limitarán a verificar la existencia del proceso de justicia indígena. En ningún caso, los jueces ordinarios examinarán el sentido de la respectiva decisión, incluso si ya existiese un proceso en la justicia común sobre el mismo asunto. Esto, a su vez, asegura el respeto al derecho a ser juzgado por el juez competente conforme lo reconoce el artículo 76 numeral 3 de la Constitución (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, párr. 54)¹².

El artículo 76, numeral 3 de la Constitución expresa, entre otras cosas, que uno de los derechos del debido proceso es que “sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”, la competencia, de acuerdo con Couture (2010) “es una medida de la jurisdicción” (p.24) y, de acuerdo con el artículo 156 del COFJ, se distribuye “en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados”, reglas que también se aplican en la jurisdicción indígena. Llasag (2009), reflexionando sobre la regla de la competencia personal afirma que:

Para la determinación de la competencia en razón de la pertenencia étnica, surge una pregunta fundamental, ¿Cómo se determina la pertenencia

12 Puesto que la jurisprudencia no solo debe ser interpretada en su texto, sino también en su contexto, es necesario aclarar que esta decisión jurisprudencial no se aparta de lo dispuesto por este Organismo y vigilancia y control constitucional en el caso La Cocha II, puesto que para hacerlo se requiere una declaratoria expresa del pleno de la Corte, lo que en la especie no ha ocurrido.

étnica de una persona? o ¿Cuáles son los criterios para considerar a una persona miembro de un pueblo indígena? Este es un tema que debe dilucidar el Derecho indígena de cada uno de los pueblos, pero básicamente, se determina por: la autoidentificación de la persona como miembro o parte de un pueblo indígena y que ese pueblo indígena le considere como tal. Los pueblos indígenas generalmente consideran miembros a las personas que participan activamente en la vida comunitaria: que son fundamentalmente mingas, reuniones, aportes económicos e intelectuales y actos sociales (p. 193).

En otras palabras, la identidad cultural forma parte de la competencia personal y se compone de un elemento subjetivo (el sentimiento de pertenencia a una comunidad indígena) y de un elemento objetivo (la aprobación de la comunidad como parte de la misma). Sin embargo, asumir la pertenencia hacia un grupo en razón de la etnia no traería necesariamente, como consecuencia, la pertenencia cultural hacia ese mismo grupo; en otras palabras, el hecho de que un indígena tenga los mismos rasgos físicos que sus semejantes no implica que pertenezca a la misma cultura puesto que, de acuerdo con Molano (2007):

El concepto de identidad cultural encierra un sentido de pertenencia a un grupo social con el cual se comparten rasgos culturales, como costumbres, valores y creencias. La identidad no es un concepto fijo, sino que se recrea individual y colectivamente y se alimenta de forma continua de la influencia exterior (p.73).

Así mismo, según González (1999), la identidad de los conglomerados sociales “viene definida históricamente a través de múltiples aspectos en los que se plasma su cultura, como la lengua (...), las relaciones sociales, ritos y ceremonias propias, o los comportamientos colectivos, esto es, los sistemas de valores y creencias” (p.71), por ello los elementos descritos por Llasag sobre la pertenencia étnica también son aplicables a la pertenencia cultural, considerando que esta es un fenómeno de expresión social que engloba a la identidad étnica y que se ubica por encima de la misma; por esta razón, la competencia personal debe considerar este factor, pues de él depende que el proceso que se siga se realice en estricto apego a los derechos humanos.

En este sentido, también hay que indicar que en los pueblos indígenas, por la globalización, han ido incorporando a su cosmovisión y mentalidad varios elementos de la cultura occidental, lo cual ha generado que surjan nuevos grupos que fusionan los elementos ancestrales con elementos propios de las culturas juveniles anglosajonas o asiáticas, por lo que no es sorprendente si una persona llega a identificarse con dos o más grupos culturales, hecho que torna difícil determinar, a primera vista, la identidad cultural del sospechoso; por ello lo más recomendable es preguntarle directamente con qué grupo cultural se identifica y, si fuese el caso de que lo hiciese con alguna de las comunidades de las nacionalidades indígenas, se debería verificar esta información con el cabildo de dicha comunidad, a efectos de determinar el sistema de justicia que ha de aplicarse para la resolución del conflicto.

III. Discusión

Al aplicar el Derecho Procesal Penal ecuatoriano se observa la existencia de varios problemas para una aplicación intercultural de los sistemas de justicia ancestral y occidental, pues ambos reclaman para sí la competencia en el juzgamiento y posterior sanción de las infracciones cometidas por las personas que pertenecen a estos pueblos o por individuos que, sin pertenecer a ellos, han llevado a cabo actos delictivos (o cuestionables para estos grupos de personas) dentro de su territorio, alterando la armonía de dicha comunidad. A pesar de ello se puede afirmar que ambos tipos de justicia están de acuerdo en afirmar que:

- Si una persona que pertenece a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas comete una infracción dentro de su comunidad u observa una conducta moralmente cuestionable por sus cohabitantes debe ser procesado y purificado en el seno de la misma siguiendo, para ello, las tradiciones que la rigen y sin que deba intervenir la fuerza policial o la justicia penal ordinaria ya que su injerencia se considera, de forma inequívoca, como vulneración de su derecho a la autonomía.

- Del mismo modo, si una persona que no pertenece a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas comete un delito fuera del territorio de dichos grupos, debe ser juzgada y, de ser hallada culpable, sancionada de acuerdo a la justicia ordinaria a través del proceso previsto en la ley.¹³

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Si un indígena es sospechoso de haber cometido un delito fuera de su comunidad qué autoridad es la competente para sancionarlo? Para responder a esta interrogante debemos considerar tres escenarios:

- a. Que la conducta observada por el sospechoso – que pertenece a los pueblos comunidades y nacionalidades indígenas – se haya cometido en contra de una persona que no se identifique con la cultura indígena, encontrándose dicha acción u omisión tipificada en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) y que la misma sea cuestionable también para su comunidad (como el robo, el hurto, el abigeato, la violación sexual, entre otros).
- b. Que la conducta que haya observado el presunto infractor no sea cuestionable o no merezca ser sancionada desde la perspectiva del mundo indígena, pero sea punible en la justicia ordinaria (como el fraude procesal o el ingreso de artículos prohibidos).
- c. Que la conducta antisocial se haya cometido por una persona de identidad cultural indígena hacia otro que también se identifique como tal, pero fuera de la comunidad territorial ancestral.

En el primer escenario, hay que considerar no solo la identidad cultural del investigado o procesado, sino también el derecho que tiene la víctima a recibir una reparación por el agravio cometido, por ello, es conveniente que el proceso de juzgamiento se lleve a cabo según la justicia ordinaria, pero las sanciones deberían administrarse aplicando el principio de interpretación intercultural señalado en el

13 Para esto último se ha de tener presente las reglas generales de la competencia de los jueces penales, previstas en el artículo 404 del COIP.

literal e del artículo 344 del COFJ, para lo cual el juez debe consultar a los representantes de la comunidad indígena a fin de tomar con ellos las decisiones que mejor se ajusten para satisfacer a la víctima sin descuidar la identidad cultural del ciudadano infractor, para ello – tal como lo señala el numeral 2 del artículo 11 del Convenio 169 de la OIT – se dará “la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” pues, en el caso contrario, dentro del ejercicio de motivación que realicen los juzgadores se deberá justificar de forma minuciosa la insuficiencia de las sanciones alternativas a la cárcel y la utilidad de esta para que el indígena imputado se rehabilite de la conducta antisocial que ha ejercido. (Regla I). Lo anteriormente señalado aplicaría también para el segundo escenario (Regla II).

No obstante, si resulta que desde un análisis antropológico de la realidad cultural del procesado la conducta realizada no se encuentra considerada – desde su perspectiva – como una falta, podría operar el error de prohibición consagrado en el artículo 11 de La Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal¹⁴ siempre y cuando se demuestre que es invencible, pues caso contrario se debería aplicar lo descrito en la Regla I (Regla III).

En el tercer escenario, lo procedente es remitir a las partes en conflicto ante el cabildo indígena (preferentemente de la comunidad a la que pertenezca la víctima) para que este convoque a la comunidad y se siga con el procedimiento ancestral previsto en sus tradiciones (Regla IV). En este sentido, no solo se debe esperar a que dichos pueblos soliciten la derivación de competencia, sino que es obligación de los operadores de justicia, como garantes del orden constitucional dentro del ámbito de sus competencias, poner en conocimiento de los pueblos ancestrales la existencia de estos hechos para que ellos decidan o ayuden a decidir sobre el tema de manera más justa y equitativa.

14 Artículo 11.- Agrégase a continuación del artículo 35 un artículo con el siguiente texto: “Art. 35.1.- Error de prohibición.- Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no puede prever la ilicitud de la conducta. Si el error es invencible no hay responsabilidad penal. Si el error es vencible se aplica la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio.

Por otro lado, también cabe preguntarse ¿Qué procedimiento se debe seguir – en apego a la interculturalidad – cuando una persona que no se identifica con la cultura de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas comete un delito dentro de dicha comunidad o hacia una persona que pertenece a este grupo, pero cuya conducta se ejecuta fuera de su territorio ancestral? En este sentido también deben considerarse los siguientes escenarios:

- a. Que una persona no indígena cometa un delito¹⁵ dentro del territorio de las comunidades indígenas.
- b. Que el mismo tipo de persona cometa un delito en el que el sujeto pasivo del mismo sea una persona que pertenece a los pueblos indígenas.
- c. Que una persona no indígena cometa un delito hacia otra persona que tampoco se considere culturalmente como indígena, pero los hechos se susciten al interior de una de estas comunidades.
- d. Que una persona que no pertenece a los pueblos comunidades o nacionalidades indígenas realice un acto que no sea considerado como delito pero que sea considerado como ofensivo o atente contra las costumbres de este pueblo.

En todos los supuestos planteados dentro de los literales a, b y c lo justo – atendiendo, como se lo ha hecho a lo largo de este trabajo, al principio de identidad cultural – es que el infractor sea sancionado de acuerdo con la justicia ordinaria (Regla V), pues no es concebible que en un estado pluricultural y garantista de derechos se imponga una sanción incompatible con la identidad cultural del presunto sujeto activo, de lo contrario se vulneraría este derecho, para lo cual existe la posibilidad de presentar una acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena¹⁶ a fin de que se

15 Es decir, una de las conductas consideradas como delito en el COIP.

16 Art. 65.- Ámbito.- La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos

repare el daño realizado hacia el infractor, sin perjuicio de las penas que le sean impuestas por el juez competente en caso de ser hallado culpable del delito.

Por lo que respecta la hipótesis planteada en el literal d, el sujeto no puede ser sometido a la justicia indígena, pero se encuentra obligado a presentar las debidas disculpas y reparar los daños que hubiese ocasionado (Regla VI), para ello – fomentando la cultura de paz a través del diálogo – se puede acudir ante los jueces de paz e incluso a los centros de mediación.

Finalmente, es importante subrayar que no se vulnera el principio de non bis in idem si una persona es sancionada con un sistema de administración de justicia con el que no se siente culturalmente identificado, puesto que lo contrario validaría la vulneración del derecho a la identidad a través de la violación de las reglas de competencia personal. Así mismo, las reglas enunciadas en este trabajo pueden y deben aplicarse antes de emplear el principio de in dubio pro justicia indígena, mismo que se convertiría en una herramienta procesal subsidiaria aplicable solo en el caso de que los hechos controvertidos que puedan presentarse no se encuadren en ninguno de los escenarios y reglas anteriores.

constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido. Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

IV. Conclusiones

En este trabajo se han delineado de forma puntual las reglas que, desde una perspectiva intercultural, deben ser consideradas para dirimir los conflictos de competencia entre la justicia indígena o ancestral con la justicia ordinaria en materia penal, por ello se constituyen en aclaraciones de lo establecido en el numeral 1 del artículo 404 del Código Orgánico Integral Penal, que parten del respeto al derecho a la identidad cultural de los sospechosos.

Este trabajo no pretende ser exhaustivo con sus proposiciones, más bien reta a los actores sociales de la administración de la justicia indígena y ordinaria (legisladores, jueces, fiscales y especialmente los representantes de los pueblos ancestrales) para concretar el procedimiento que ha de seguirse para armonizar ambas concepciones sin caer en un proceso burocrático y caer en la positivización de las costumbres que desde antaño han gobernado a los pueblos andinos originarios. En este sentido, vale recordar que un requisito previo para el diálogo es el conocimiento del otro (dialogar es uno de los requisitos para conocer al otro) y para ello, es necesario leer el libro Justicia Indígena de Yaku (Carlos) Pérez Guartambel, que expone de manera muy sencilla cómo viven estos pueblos su proceso de administración de justicia que más que condenar, sana.

Referencias Bibliográficas

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (2007). Resolución A/Res/61/295. Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (2019). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas A/HRC/42/37 Add.1. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/204/08/PDF/G1920408.pdf?OpenElement>

- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (1998). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1
- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial No. 544.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Quito: Registro Oficial No. 52.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2019). Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial No. 107.
- Ávila, R. (2016). *El Neoconstitucionalismo Andino*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ayala, E. (2008). *Resumen de Historia del Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Bernabé, M. (2012). *Pluriculturalidad, multiculturalidad, interculturalidad, conocimientos necesarios para la labor docente*. Revista Educativa Hejadem. 11 (5) pp.67-76. Recuperado de <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/47898/081540.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Ecuador: Criminalización de la Justicia Indígena. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=o8NMP7YkPY8&index=16&list=PL5QlapyOGhXtxcMOpg35GCa2M7dJo_QVh&t=0s
- Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador. (2020). 1990: 30 años del primer gran levantamiento indígena. Recuperado de <https://conae.org/2020/06/05/1990-30-anos-del-primer-gran-levantamiento-indigena/>

- Consejo de Administración Legislativa de la Asamblea Nacional del Ecuador. (2019). Resolución CAL-2017-2019-637. Recuperado de https://observatoriologislativo.ec/media/archivos_leyes/Memorando_SAN-2019-5046._Notificacion_Resolucion_CAL.pdf
- Couture, E. (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Aires: B de f
- El Comercio. (2019). Justicia indígena a tres acusados de intentar robar un vehículo en Otavalo. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/justicia-indigena-robo-vehiculo-otavalo.html>
- El Universo. (2019). Otavaleños ajustician a tres venezolanos implicados en robo de auto. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/07/22/nota/7437522/otavaleños-pretenden-ajusticiar-venezolanos-implicados-robo-auto>
- González, I. (1999). *Conservación de bienes culturales*. Buenos Aires, Argentina: Cátedra.
- Kelsen, H. (2015). *Teoría Pura del Derecho*. Madrid, España: Trotta.
- La Hora. (2016). Indígenas quieren aplicar su justicia a presuntos asesinos, Policía lo impide. Recuperado de <https://lahora.com.ec/noticia/1101939079/indc3adgenas-quieren-aplicar-su-justicia-a-presuntos-asesinos-policc3ada-lo-impide>
- Llasag, R. (2009). *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad*. En Andrade, S., Grijalva, A., y Storiñi, C. (Eds.). *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional (pp.179-209).
- Molano, O. (2007). *Identidad cultural un concepto que evoluciona*. *Revista Opera* 7 (7), pp.69-84. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/675/67500705.pdf>

Observatorio Legislativo. (s.f). Proyecto de Ley Orgánica para la Aplicación de la Justicia Indígena en Ecuador Tr. 336444 Recuperado de https://observatoriolegislativo.ec/legislacion/proyectos-de-ley/proyecto-de-ley-organica-para-la-aplicacion-de-la-justicia-indigena-en-el-ecuador-_9625

Organización Internacional del Trabajo. (1969). Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORML-EX PUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169

Pabón, G. (2018). PUCE-SI sede del I Simposio de justicia indígena y su Implicación en la Labor Policial. Recuperado de <https://www.pucesi.edu.ec/webs/?p=6595>

Pérez, C. (2015). Justicia Indígena. Quito, Ecuador: Universidad Estatal de Cuenca

Jurisprudencia Constitucional

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 113-14-SEP-CC, Caso No. 0731-10-EP de 30 de julio de 2014. Juez ponente: Ruth Seni Pinoargote.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-18-PJO-CC, Caso No. 0421-14-JH de 20 de junio de 2018. Jueza ponente: Wendy Molina.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 134-13-EP/20, Caso No. 0134-13-EP de 22 de julio de 2020. Juez ponente: Agustín Grijalva.

Jurisprudencia ordinaria

Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala de Casación Penal, Penal Militar y Penal Policial. Resolución No. 0145-2015 de 20 de julio de 2015. Juez ponente: Rocío Salgado Carpio.



*Entregamos soluciones legales transparentes,
priorizando el interés de nuestros clientes
como principal motivación.*



Lexvalor Abogados

™ THE AUTHORITATIVE GUIDE
TO THE LEGAL PROFESSION

Av. 12 de Octubre N 24-774 y Av. Coruña
Ed. Urban Plaza - Piso 5, 8, 15, 16
PBX: {593 2} 323-0375, 323 029, 323 0418
Quito - Ecuador
Junín y Panamá
Ed. Torres del Río - Piso 5 - Of. 10
PBX: {593 4} 231-0308
Guayaquil - Ecuador
www.lexvalor.com



INNOVACIÓN Y EFICIENCIA EN SERVICIOS JURÍDICOS



GUAYAQUIL

Av. Francisco de Orellana y Miguel H. Alcívar
Centro Empresarial Las Cámaras, piso 6, Of.604

(593-4) 2681330

QUITO

Av. Naciones Unidas No. 39-131 e Iñaquito
Edificio "Metropolitano" Piso 5, Oficina 506

(593-2) 3821920

consulegisabogados@lex.ec
www.consulegisabogados.com

La legítima defensa en favor de animales: análisis caso ecuatoriano.

*The self-defense in favor of animals:
analysis of the ecuadorian case*

Jorge Vázquez Rodas*

Investigador Jurídico Independiente

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 9 de septiembre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 15 de diciembre, 2020

Citación

Vázquez, J. (2020) *La legítima defensa en favor de animales: análisis caso ecuatoriano*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (457-476).

DOI: 10.26807/rr.vi02.8

Resumen: La consideración de los animales como titulares de derechos subjetivos propios forma parte de la evolución del derecho, aunque no exista unanimidad de criterios en la dogmática jurídica, la tendencia actual que puede ser evidenciada por reformas legales y resoluciones judiciales, apuntan al reconocimiento de derechos de los animales como personas no humanas. El texto trata de resolver la problemática que existe en caso de defender a un animal de agresiones antijurídicas provocadas por el ser humano. Se ha llegado a la conclusión que los animales poseen un bien jurídico tutelado por el derecho penal que, en caso de ser atacado las personas

* En la actualidad se encuentra cursando el noveno ciclo de la carrera de Derecho en la Universidad del Azuay y preside el comité de ética del Club Rotaract Gualaceo. Correo electrónico: vazquezrodasjorge@gmail.com

pueden defenderlo amparados en una causa de justificación. Para llegar a esta conclusión se han resuelto las siguientes interrogantes: ¿Los derechos de los animales son un bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico?, ¿Se puede reconocer la legítima defensa en favor de animales?, ¿Hasta qué punto puede llegar la legítima defensa para ser utilizada como medio de protección a un animal?

Palabras clave: Bien jurídico, legítima defensa, estado de necesidad, derechos de los animales, ordenamiento jurídico

Abstract: *The consideration of animals as holders of their own subjective rights is part of the evolution of law, although there is no unanimity of criteria in legal dogmatic, the current trend that can be evidenced by legal reforms and judicial decisions, point to the recognition of rights of animals as non-human persons. The text tries to solve the problems that exist in the case of defending an animal from unlawful attacks caused by humans. It has been concluded that animals have a legal asset protected by criminal law that, in case of being attacked, people can defend it under a justification cause. To reach this conclusion, the following questions have been resolved: Are animal rights a legal asset protected by the legal system? Can legitimate defense in favor of animals be recognized? To what extent can legitimate defense to be used as a means of protection to an animal?*

Keywords: *Protected legal goods, self-defense, state of necessity, animal rights, legal system*

Introducción

En los últimos tiempos, los derechos de los animales han logrado una mayor aceptación en todas las sociedades, al punto de que es casi imposible negar la existencia de los derechos que tienen estos, incluso existe un reconocimiento constitucional de vital importancia por el elevado valor que tiene la naturaleza y todos los seres que la conforman, entre ellos los animales.

Con lo establecido en la Carta Magna, de manera muy sencilla, se observa la primera interrogante que surge al hablar de la legítima defensa en favor de animales, esta es: ¿los animales son titulares de un bien jurídico tutelado por el derecho penal?, este tema trascendental será abordado posteriormente en el texto, la importancia de tenerlo en cuenta en este momento es comprender la evolución constitucional que se ha tenido en el país, para analizar los alcances que puede tener respecto a la problemática que está siendo tratada.

Desde esta perspectiva constitucional, se entiende que la norma suprema llega a condicionar todo el ordenamiento jurídico. Como plantea Guastini (2003) se trata de la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, entendido esto como una constitución extremadamente invasora que tiene la capacidad de condicionar tanto la legislación y la jurisprudencia, de manera que todos los preceptos recogidos en ella deberán ser aplicables en todas las áreas del derecho, para que exista una armonía entre constitución y legislación. Una vez comprendida la perspectiva constitucional, que viene a ser la llave para que se reconozca la posibilidad de la legítima defensa en favor de los animales y haya la posibilidad de aplicarla en los casos presentados más adelante, con las condicionantes que influirán en la forma de realizarlo en uno u otro caso.

Partiendo del planteamiento anterior, se debe tener en cuenta la doctrina jurídico-penal, que la han venido desarrollando múltiples tratadistas, en el tema de la identificación del bien jurídico protegido en el caso de los delitos de maltrato animal; aunque no existe una decisión unánime, la posición actual otorga a los animales un bien jurídico propio. Al ser la doctrina fuente del derecho y específicamente del derecho penal, esta debe ser tomada en cuenta para el análisis.

El artículo número 28 del Código Orgánico de la Función Judicial en su último inciso establece:

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia. (COFJ)

De manera que, todos los aportes doctrinarios en este tema, forman parte de la solución a la problemática que se plantea en este texto, al igual que sentencias internacionales a favor de animales, que constituyen los cimientos para que en un futuro estos temas tengan un total reconocimiento en el ordenamiento jurídico.

Para comprender a la legítima defensa basta con un análisis de lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo número 33 que expresa:

Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Agresión actual e ilegítima.
2. Necesidad racional de la defensa.
3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho. (COIP)

De este concepto se deben seleccionar puntos importantes para que pueda existir la legítima defensa, debe cumplirse a cabalidad todos los requisitos establecidos por la norma legal para que la defensa de la víctima de una agresión antijurídica sea válida y le exima de responsabilidad. Por ello se aborda a breves rasgos cada uno de ellos, primero, la agresión debe ser actual e ilegítima, con lo que se entiende que debe ser cometida en el momento que la víctima aplica los medios de defensa. En lo referente a la actualidad de la agresión Roxin (1997) establece lo siguiente: “(...) una agresión es actual cuando es inmediatamente inminente, o precisamente está teniendo lugar o todavía prosigue (...)” (p.618). Dentro de este mismo requisito, se manifiesta que la agresión debe ser ilegítima, con ello se refiere a que la agresión sea contraria al derecho, por tanto, no cabe legítima defensa cuando la agresión es realizada de forma legítima; por ejemplo, el caso de la policía cuando siguiendo el uso progresivo de la fuerza llega a realizar agresiones contra los infractores.

El segundo requisito es la necesidad racional de defensa por ello se entiende que existe una agresión por la cual la víctima necesita aplicar un medio de defensa contra el agresor, este debe ser racional; es decir, proporcional al ataque que está sufriendo, ya que, no puede extralimitar la legítima defensa. El tercer y último requisito, es la falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho, acarrea conflictos porque puede recaer en diversas subjetividades. Empero, para entenderlo se puede establecer que la legítima defensa será negada al agredido cuando la provocación que este realizó al agresor produzca determinada reacción del agresor y esta se entienda como la reacción normal que hubiera tenido una persona por ese tipo de provocación. (Muñoz, 2010)

Complementando lo planteado en el tercer requisito, es menester comprenderlo desde el planteamiento de Jakobs (1997), quien lo explica de la siguiente manera:

Se considera provocación sólo el comportamiento que fundamenta la corresponsabilidad por el ataque. Por una parte, tal es el caso en un ataque antijurídico del provocador, que a su vez desencadena un contraataque excesivo como defensa necesaria (p.487)

Analizados y comprendidos los requisitos es necesario volver a tomar en cuenta el artículo número 33 del Código Orgánico Integral Penal ya mencionado, de aquí se debe rescatar otro punto importante para la comprensión del alcance de la legítima defensa, por lo que, se expresa que está dentro de esta causa de justificación quien “actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno” (COIP), lo nuevo aquí es actuar en defensa de un derecho ajeno. Por lo que una vez analizada la legítima defensa es importante conocer que esta puede darse sobre terceros, de modo que, si cumple los requisitos mencionados anteriormente una agresión contra una persona o incluso contra bienes propios, se puede actuar para defenderlos.

En el caso de la legítima defensa de terceros, que tiene vital importancia para el tema tratado, la doctrina llega a un criterio uniforme y sin contradicción, como lo trata Molina (2012):

Superadas etapas históricas en las que se acentuaba el carácter personal de la defensa, ligado al instinto de conservación, hoy es doctrina pacífica la que sitúa en plano de igualdad la defensa de intereses propios y ajenos y atiende para la justificación a los datos objetivos de la situación de conflicto, examinados desde la perspectiva de la lesividad para bienes jurídicos (p.21).

Por lo establecido *ut supra*, se descarta la duda en el caso de un animal que pertenece a la persona que lo defenderá de una situación de maltrato, es decir, de la propiedad de este, se puede ejercer la legítima defensa sobre el derecho de propiedad. Pero la gran interrogante que surge aquí es sobre animales que no sean de la propiedad de quien actuara en legítima defensa, se podría hacer de forma válida.

Esta interrogante será respondida con el siguiente análisis:

I. ¿Los derechos de los animales son un bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico?

Esta interrogante va a tener enfoque en los casos que se ejerza la legítima defensa en favor de animales que no sean propiedad de quien actúa en beneficio de estos. Caso contrario tiene una respuesta sencilla, amparada en la defensa de un derecho propio como en el caso de la legítima defensa de bienes. Los animales, aunque de forma criticada, tienen un tratamiento de bienes muebles semovientes en el Código Civil ecuatoriano, su artículo número 585 norma lo siguiente:

Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. (Código Civil, 2019)

Algunos países, como Alemania, han modificado su legislación civil en estos casos, siendo un avance progresivo en el tema, ya que el Código Civil alemán en el parágrafo 90 dice expresamente:

Los animales no son cosas. Serán tutelados por leyes especiales. Se les aplicaron los preceptos correspondientes a las cosas sólo en medida de que no se disponga lo contrario. (Código Civil Alemán, 2020).

No obstante, en lo referente al caso ecuatoriano, al no existir otro tipo de regulación, el conflicto citado *ut supra*, se resuelve en virtud de la legítima defensa de bienes.

En los casos en que se debate el bien jurídico existente en los delitos de maltrato animal, se desprenden dos posturas contrarias: la primera corriente encuentra como titular del bien jurídico del maltrato animal a la sociedad, pues, esta es el objeto material del delito. Esto se da en virtud a que se está vulnerando el sentimiento social del pueblo civilizado, esta postura trae un inconveniente en el caso de la legítima defensa en favor de animales, pues, sería necesario atribuirle al animal la capacidad de ser sujeto de derechos; lo que se respalda en la segunda postura, el titular del bien jurídico son los animales mismos, atribuyéndoles el mínimo derecho a no ser sometidos a tratos crueles o sufrimientos innecesarios (Espina, 2020)

Un conflicto que se genera, y que debe subsanarse antes del análisis, es si cabe o no la legítima defensa. Por ello, en esta parte se analizará si el bien jurídico está amparado por ella. Por lo tanto, si el bien jurídico defendido en este caso, es *comunitario* o *individual*. En virtud de ello, existen tratamientos diferentes según la doctrina jurídico-penal. Puesto que se habla de bienes jurídicos *comunitarios* como plantea Muñoz (2010), cuando estos son indispensables para el orden social, en el que los individuos tienen que vivir, por ejemplo: salud pública, seguridad del Estado y orden público. Se habla de bienes jurídicos *individuales*, cuando se protege bienes que afectan directamente a un individuo en particular, por ejemplo: delitos contra la vida, el honor, contra el patrimonio, entre otros.

Esta clasificación a simple vista parece intrascendente, sin embargo, en virtud de ella, podemos distinguir cuales son los bienes jurídicos sujetos de protección en uso de la legítima defensa. Como bien resalta Greco (2019), la importancia de determinar si en este caso se trata de defender un bien jurídico colectivo o individual.

Ese bien jurídico ha de adjudicarse a un individuo, los bienes colectivos no son susceptibles de ser protegidos en legítima defensa. De ese modo, solo se podría actuar en legítima defensa de los animales si estos fueran sujetos de derecho, así fuera en un sentido mínimo (Greco, 2019, p.27).

Asimismo, Zaffaroni (2011) señala que:

El bien jurídico en el delito de maltrato de animales no es otro que el derecho del propio animal a no ser objeto de crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos (p.49).

Con ello, se procede al análisis sobre si los animales tienen un derecho individual, por más rudimentario que sea; siendo este el punto de partida para reconocer la legítima defensa en favor de estos. Gracias al neo-constitucionalismo Andino, al cual el ordenamiento jurídico ecuatoriano está sujeto, por la constitución de 2008, se puede afirmar de forma sencilla el reconocimiento de derechos de la naturaleza, por lo que en la siguiente parte del análisis se constata esto.

Realizando un análisis de lo establecido en el párrafo anterior, es necesario el reconocimiento de los animales como sujetos de derechos que poseen bienes jurídicos penalmente protegidos, de modo que, pueden ser considerados alguien, en concordancia con lo que plantea Mir (2006):

En realidad la letra de la ley no consiente más límite que el del que se trate de la persona o derechos de *alguien*. No cabe la defensa de bienes suprapersonales, como por ejemplo el orden público (p.441).

Para ello, se consideran tres normas de gran importancia para este tema incorporados en la constitución ecuatoriana. Estos preceptos son la base, para afirmar que los animales tienen derechos subjetivos propios y que estos deben ser protegidos por los seres humanos. Los preceptos tomados son los siguientes:

1. El artículo número 10 que en su segundo inciso reconoce lo siguiente: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.” (CRE, 2008)

2. El artículo número 71 en el cual se establecen factores de vital importancia para este reconocimiento:

“Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza” (CRE, 2008).

“El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza” (CRE, 2008).

Otra consideración importante, que debe ser tomada en cuenta, para poder determinar que los animales gozan de bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, es que dentro del Código Orgánico Integral Penal, en los artículos 249 hasta el artículo 250.4, se establecen las contravenciones por muerte, maltrato, abuso y abandono de animales.

En concordancia con los preceptos planteados *ut supra*, Zaffaroni (2011) establece:

En efecto: si consideramos que el derecho penal no es constitutivo, sino que es sancionador, o sea, que no crea bienes jurídicos, sino estos le vienen dados por el orden jurídico, tampoco tiene autonomía para decidir quién es su titular. Esto se verifica apartando el código penal de la cuestión y comprobando que casi todas las conductas que tipifica no sólo constituyen delito, sino que también son ilícitos a la luz de alguna o algunas de las otras ramas jurídicas y, sobre todo, que ninguno de los bienes jurídicos lesionados deja de serlo si prescindiésemos de las tipificaciones (p.62).

Con ello se establece que el derecho penal por sí solo no crea los bienes jurídicos, sino, estos existen en todo el ordenamiento jurídico, por lo que, no se podría dejar de considerar a un animal como sujeto de derechos en el ámbito penal.

De igual modo, la doctrina es fuente del derecho penal, por lo que, debe ser tomada en cuenta al momento de resolver un caso, así que, con los argumentos precitados; los animales en la legislación ecuatoriana son sujetos de derechos y por lo tanto cuando existe maltrato hacia ellos se está vulnerando su bien jurídico propio como se expresa *ut supra*.

En fecha 18 de diciembre de 2014, en Argentina se interpuso el recurso de habeas corpus en protección a una reconocida orangutana, llamada Sandra, en el zoológico de Buenos Aires. El mismo que tuvo un resultado favorable ya que finalmente se reconoce a Sandra la orangutana como sujeto de derechos; motivo por el cual se le debe adecuar su hábitat para su óptimo desarrollo. (Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, 2015).

De forma similar a la sentencia citada *ut supra*, está el caso de Chucho el oso, que de igual forma, gana un recurso de hábeas corpus ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de Colombia, en donde se obliga judicialmente al zoológico de Barranquilla a liberar y remitir inmediatamente a Chucho a un área que cumpla con las condiciones necesarias para su óptimo desarrollo. La Corte desarrolla que los animales son sujetos de derecho en tanto legislativamente han sido reconocidos como seres sintientes. (Sala de casación civil y agraria, 2017).

Con estas resoluciones se observa a dónde apunta la evolución del derecho en el mundo y esto es debido al reconocimiento pleno de los animales como sujetos de derechos, dejando de lado teorías que progresivamente van quedando descartadas.

Conforme a lo tratado hasta este punto, se puede concluir que los animales tienen derechos subjetivos propios y a su vez están protegidos por el ordenamiento jurídico-penal; en efecto, son titulares de bienes jurídicos. Estos son bienes que tienen gran importancia para la sociedad y en virtud de ello se genera su protección. Afirmando esto, se da paso al siguiente tema de análisis.

II. ¿Se puede reconocer la legítima defensa en favor de animales?

Por lo tratado anteriormente, se confirma que los animales gozan de bienes jurídicos protegidos. En efecto, se puede establecer que existe legítima defensa en favor de animales, cuando estos bienes jurídicos tutelados son vulnerados por parte de los humanos.

Como primer punto, en virtud del reconocimiento constitucional, se acepta que los animales tienen derechos, por consiguiente, estos seres con vida se constituyen como portadores de un derecho subjetivo, por ello, dentro del tipo penal que regula la legítima defensa, podrían estar tutelados. De modo que, al conocer la incapacidad que estos tienen para poder defender sus derechos, de ataques por parte de los humanos, se concede dentro de la legítima defensa de terceros, que una persona pueda defender un derecho ajeno, en este caso, el de los animales.

Greco (2019), en su texto *Legítima defensa de animales*, equipara a los animales con los nascituros y los comatosos, pues estos son sujetos de derechos, pero tienen una incapacidad, que les impide percibir tales derechos, es por eso que requieren de una persona, ya que ella tiene la capacidad de conocer los derechos que estos tienen y la posibilidad de ejercer una defensa para que no sean vulnerados. La incapacidad de percibir sus derechos por parte de los animales es sobre todo intelectual, por tanto, no podrían ejercer una defensa en los casos de quebrantamiento de sus derechos.

Como manifiesta Greco (2019):

El auxilio al animal lo es en un doble sentido: primero porque el humano (capaz de defenderse) actúa en lugar del animal (por regla general incapaz de defenderse); segundo porque un defensor actúa a favor de un agredido, que en este caso es un ser vivo distinto a la especie humana (p.31).

Para el análisis de esta interrogante, que es trascendental para este estudio, es necesario plantear dos supuestos, en los cuales se analizará si se puede reconocer la legítima defensa en favor de animales, pues por lo expresado anteriormente se afirma que los animales tienen un derecho subjetivo propio; en efecto, ¿qué sucedería en caso de existir una vulneración sobre estos derechos?, ¿los seres humanos podrían actuar en su defensa?

Casos para el análisis:

- a. El primer supuesto: un grupo de activistas, por la protección de los derechos de los animales, ingresa a una granja para corroborar que en ella los animales se encuentran sometidos a tratos crueles y constantes. El objetivo de ello, es recolectar evidencia para denunciarla ante la autoridad competente.
- b. El segundo supuesto: una persona que transita por las calles escucha lloros de dolor de un perro, empieza a buscar de donde proviene, y es cuando observa a una persona ahorcando al animal en su terraza.

En los dos casos existe maltrato animal, aunque la forma en que es producido es diferente, por lo que, debe tener respuestas diferentes, para determinar cuando el actuar de las personas es justificado y cuando no.

Es importante tener en cuenta, que a los animales se les debe conceder por lo menos dos derechos mínimos, en todos los casos, y sobre estos son los que se tratarán en este artículo. Estos derechos como bien los establece Greco (2019) en su texto son: “el derecho a no ser matado sin una razón justa o defendible, así como el derecho a vivir libre de sufrimiento o dolores constantes” (p.30).

Por medio de una entrevista realizada al especialista en bienestar animal, Maldonado (2020), quien establece que la forma de preservación mínima de los derechos de los animales, en el caso de aquellos destinados a la alimentación humana, es que durante su crianza perciban más emociones positivas que negativas. Asimismo, que no existan acciones u omisiones que les generen sufrimiento constante durante su desarrollo; para la relevancia jurídico penal se debe tener en cuenta este tipo de actos humanos.

a. *Primer caso:*

Con esta breve explicación, de lo que significa el maltrato animal, se puede establecer en virtud del primer supuesto que se plantea,

que existe una vulneración de derechos de los animales. Estos derechos deben ser protegidos por parte de los seres humanos. Efectivamente, los animales son sujetos de derechos, pero por su incapacidad (en su mayor parte intelectual), necesitan del ser humano para que los proteja.

El primer caso se analiza de la siguiente forma:

- Existen indicios sobre maltrato animal en la granja, por lo que el grupo activista se infiltra (cometiendo violación a la propiedad privada, tipificado en el artículo 181 del Código Orgánico Integral Penal), su finalidad es la obtención de pruebas para realizar la denuncia ante la autoridad competente. Los activistas abandonan el lugar una vez obtenidas las pruebas y estas son entregadas ante la autoridad competente (en el caso ecuatoriano sería el Gobierno Autónomo Descentralizado, que tenga competencia en ese lugar), para que esta intervenga. (COIP)

En este punto surge una interrogante, sobre si en este caso, existe legítima defensa o un estado de necesidad justificante. Greco (2019) resuelve el asunto de la siguiente manera, pues, dentro de la legítima defensa, no es un elemento necesario que exista una desproporción entre los bienes jurídicos, para que exista validez del actuar, lo que, si sucede dentro del estado de necesidad justificante, pues, en este supuesto, la desproporción de bienes legales es un elemento fundamental para que proceda.

Como plantea Muñoz (2010) “(...) el estado de necesidad justificante, que surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, cuando se opta del sacrificio de un bien de menor valor para salvar el de mayor valor (...)” (p.105). Se reconoce que los animales tienen derechos y que estos están jurídicamente protegidos, pero cuando existe un conflicto en el que involucra bienes jurídicos, que tienen diferente valor, como en el caso del animal y el ser humano, la forma adecuada de tratarlo, es por medio de la legítima defensa y no del estado de necesidad justificante.

En efecto, existe la posibilidad de actuar amparado en una causa de justificación, en este caso la legítima defensa, pues el estado de necesidad justificante involucra que el valor de los bienes jurídicos sea diferente, y el que va a ser resguardado tiene que tener un nivel superior al que va a ser sacrificado; en caso de enfrentamiento humano contra animal, sería imposible aplicarlo, por la diferencia de valor de los bienes jurídicos protegidos, siendo la legítima defensa la mejor herramienta para esta situación.

b. Segundo caso:

- Una persona transita por la ciudad, cuando escucha llantos de dolor de un perro, la persona comienza a buscar de dónde provienen, logra divisar en una terraza a una persona ahorcando al animal, comienza a gritarle que se detenga y la persona no hace caso alguno. El ciudadano llama al 911 para denunciar esto y le ponen en espera, él decide entrar a esta casa al ver la puerta abierta (cometiendo violación a propiedad privada, tipificado en el artículo 181 del Código Orgánico Integral Penal), llega a la terraza y al intentar soltar al animal se produce un enfrentamiento entre las personas, la persona que llegó a evitar el maltrato del animal lesiona gravemente al agresor (cometiendo delito de lesiones, tipificado en el artículo 152 del Código Orgánico Integral Penal), y así logra soltar al perro y salvarlo. (COIP)

En este caso, se puede identificar con mayor facilidad que la persona actuó en legítima defensa, para salvar al animal, inclusive pidió al agresor que deje de hacerlo y al no acatar su petición, la persona intervino en defensa del animal.

La posibilidad de actuar amparado en la legítima defensa cumple una función de prevención general, en estos casos cuando se cumplen los requisitos que establece la ley, se puede actuar precautelando la vigencia de los derechos, evitando el ataque que puede darse en caso de omitir la defensa, concordante con lo planteado por Roxin (1997) que manifiesta:

(...) al permitir toda defensa necesaria para la protección del particular, persigue simultáneamente un fin de prevención general; pues considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales aunque no estén presentes los órganos estatales que estarían en condiciones de realizar la defensa (...) (p. 608).

Para explicar por qué en esta situación la acción de la persona se justifica rápidamente por medio de la legítima defensa, es necesario que se tome las palabras de Greco (2019), pues en este caso existen puntos determinantes, que influyen en que se lo pueda hacer de esta forma. “Para que se dé la legítima defensa en su forma característica deben reducirse todos los medios defensivos necesarios para acabar con la agresión de manera inmediata” (p.43).

En el caso planteado, al no haber respuesta por parte de la línea de emergencia, quedo reducido todo a la necesidad de su actuar para poder salvar al animal. Caso contrario a lo ocurrido en el primer ejemplo, pues los activistas necesitaban esas pruebas para poder denunciarla ante la autoridad competente, por lo tanto, no había forma de que una conducta como llevarse a los animales en ese momento fuera justificada, pues los casos son diferentes y la forma en que se produce la violencia también. En efecto, en el primer caso se puede obtener las pruebas para denunciarlo ante la autoridad competente y que esta sea la que intervenga, sin embargo, en el segundo caso esto cambia, pues, con la espera de la autoridad hubiera sido imposible proteger el derecho a la vida del animal.

Un punto importante que debe ser tomado en cuenta, en los casos en que se produzca enfrentamientos entre agresor y la persona que actúa en defensa de un animal, es la posibilidad que tiene el agresor de detener el ataque, ya que, siguiendo el ordenamiento jurídico estaría obligado a hacerlo, por lo tanto, el agresor al detener su conducta antijurídica, producirá que la defensa realizada por la otra parte se detenga.

Con lo dicho, se descarta totalmente cualquier intento de realizar justicia por mano propia, ya que, para aplicar la legítima defensa,

existen elementos o requisitos que deben cumplirse a cabalidad, para que el actuar de la persona se encuentre justificado.

Por lo tratado hasta este punto, se puede concluir, que los animales son titulares de derechos subjetivos, pero por su incapacidad se vuelve totalmente complicado que ellos puedan percibirlos sin la ayuda de los humanos, por ello, y en reconocimiento de la legítima defensa de terceros, las personas pueden actuar en defensa de estos y estarán acogidos por una causa de justificación. Sin embargo, esto no es tan simple, porque las variantes podrían afectar cada caso en concreto, esto se analiza en la siguiente parte del texto.

III. ¿Hasta qué punto puede llegar la legítima defensa para ser utilizada como medio de protección a un animal?

Esta es una de las cuestiones más complejas dentro de la legítima defensa en favor de animales. Una vez corroborado que esta existe y que se puede ejercer, llega la interrogante ¿hasta qué punto puede practicársela?, es decir, la persona que actúa defendiendo legítimamente a un animal, dependiendo del caso concreto, ¿se podría actuar lesionando leve o gravemente al agresor?, o incluso en situaciones más extremas ¿se podría llegar al punto de atentar contra la vida del agresor por salvar a un animal?

Esta parte del análisis consiste en dos cuestiones, pues en el primer caso expuesto de la granja, existen lesiones crónicas y estables a los animales, es decir, el actuar inmediato de las personas, no sería trascendental para el caso y podría traer mayores conflictos que beneficios, por lo que, solamente se podría: invadir, documentar y salir. Pues caso contrario se podría incurrir incluso en lo que se llama justicia por mano propia, lo que es un absurdo total. (Greco, 2019)

En el segundo caso, que se analiza por la forma en que se produce, se requiere medios de auxilio inmediato, por lo tanto, demanda la actuación urgente de la persona en defensa del animal.

No obstante, siempre las acciones de los defensores estarán limitadas, pues, no se puede ocasionar la muerte de la persona de ninguna manera, ya que según Greco (2019):

En este punto reconozco que la orientación antropocéntrica (los defensores de los derechos de los animales dirían: especista) del ordenamiento jurídico puede reflejarse en una limitación a la legítima defensa en la capa más externa. La defensa de un animal nunca podría justificar la muerte de una persona. En estos casos el ordenamiento jurídico asumiría una injusticia para no lanzar el falso mensaje de que animales y humanos tienen, de alguna manera, el mismo rango. Por supuesto cabría objetar que por qué se introduce la limitación aquí y no ya en los casos anteriores. No tengo una réplica contundente, sino solo la advertencia de que un ordenamiento jurídico solo debería ejercer su “Derecho a ser injusto” en los casos más extremos (p.41).

Lo planteado en esta parte del texto, deja una gran interrogante, que puede ser respondida por la diferencia que existe en el valor de los bienes jurídicos, pues, por la alta jerarquía que tiene la vida humana dentro del ordenamiento legal, no sería fácilmente aceptado sacrificarla por otro derecho. En efecto, el sistema jurídico tiene la facultad de ser injusto con el animal en este caso, debido al alto impacto social que produciría la muerte de una persona por salvar una forma de vida no humana.

Una forma clara de comprender que los bienes jurídicos no son equivalentes, es con lo expresado por Ávila Santamaría (2020), cuando respondió una pregunta sobre la legítima defensa de animales, y manifestó que, esta institución es una forma de saber los límites entre la especie humana con la naturaleza, de igual forma se refirió a que, se puede comer a los animales por una especie de estado de necesidad justificante, por tanto, con lo que se analizó anteriormente en este texto, se conoce que, en el estado de necesidad, existe una falta de equivalencia de los bienes jurídicos. Por tanto, no se podría justificar la muerte de una persona por salvar la de un animal.

En consecuencia, la legítima defensa de animales siempre estará limitada por la desproporción que existe entre los bienes jurídicos protegidos, en estos casos, se reconoce que los animales tienen derechos subjetivos propios y que están protegidos por el ordenamiento legal. En efecto, se puede incluso provocar lesiones graves a una persona para proteger estos derechos, no obstante, en ningún caso se podría exceder el límite, que es la vida del ser humano, la cual es calificada como el bien jurídico protegido con mayor significación social.

IV. Conclusiones

Reconociendo que los animales poseen derechos subjetivos propios y que estos por más mínimos que sean en el caso concreto, no podrán ser inferiores, de ninguna manera a dos derechos básicos, que están presentes en todo momento de la vida animal: el derecho a no ser matado sin una razón justa o defendible, así como el derecho a vivir libre de sufrimiento o dolores constantes. Con el reconocimiento de estas prerrogativas por parte del ordenamiento jurídico, se llega a la conclusión de que las personas pueden actuar para defender los derechos de las formas de vida no humanas, en virtud de la legítima defensa de terceros, pues, los animales tienen una incapacidad para poder percibir las prerrogativas constitucionales y legales que ostentan. Por ello, necesitan que los seres humanos intervengan en su defensa. En el presente trabajo, se equipará el derecho que los animales poseen, con el derecho de los nascituros, como forma de ejemplificar su incapacidad de entenderlos, arroparlos y ejercerlos, en el caso de los animales su incapacidad en mayor medida es intelectual, por lo que no pueden defenderse de algunos maltratos ocasionados por la especie humana. En el texto se realiza un análisis que tiene como conclusión que los animales son sujetos de derechos propios, siendo esto así, poseen un bien jurídico propio, el cual debe ser tutelado por la legislación penal. De modo que siguiendo la línea de evolución que está tomando el derecho, gracias a sentencias como de Sandra la orangutana o de Chucho el oso, y el crecimiento de la doctrina que respalda a los animales como poseedores de un derecho subjetivo propio. Al formar parte de las fuentes del derecho, sería el punto de partida para su aplicación en el Ecuador.

Por lo antedicho, se reconoce la legítima defensa en favor de los animales, pero esta defensa siempre será limitada, pues, para proteger los derechos de los animales, las personas pueden actuar inclusive ocasionando lesiones graves al agresor, pero nunca podrían exceder este punto, por el nivel que tiene el bien jurídico “vida” para la sociedad. De modo que no se le podría otorgar la misma amplitud que tiene la legítima defensa de personas a los animales, por lo que se concluye que la vida humana se convierte en el límite de la legítima defensa animal.

Referencias Bibliográficas

- Ávila, R. (2020, 15 de julio). Utopía del Oprimido [Webinar]. Universidad del Azuay. <https://www.facebook.com/uazuay/videos/2683619365210780>
- Código Civil. (2019). Registro oficial . Ecuador : Asamblea Nacional.
- Código Civil Aleman . (2020). Alemania : Parlamento Federal Aleman.
- Código Orgánico de la Función Judicial . (2019). Registro oficial . Ecuador: Asamblea Nacional .
- Código Orgánico Integral Penal . (2020). Registro oficial. Ecuador: Asamblea Nacional.
- Espina, N. (Octubre de 2020). *Legítima defensa de animales no humanos*. En J. Pérez (Presidencia), Cátedra Jorge Rosell. Conferencia llevada a cabo en Universitas Fundación, Venezuela
- Jakobs, G. (1997). Derecho penal parte general fundamentos de la imputación. Madrid: Marcial Pons.
- Greco, L. (2019). Legítima defensa de animales. Nuevo foro penal, 15(92), 23-50. doi:10.17230/nfp.15.92.1

- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: caso italiano. En M. Carbonell, Neoconstitucionalismo(s) (págs. 49-73). España : Trotta.
- Maldonado, M. (3 de Agosto de 2020). El bienestar animal. (J. Vázquez, Entrevistador)
- Mir, S. (2006). Derecho Penal Parte General. Barcelona: Reppertor.
- Molina, F. (2012). La legítima defensa del derecho penal. Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 19-48.
- Muñoz, F. (2010). Teoría General del Delito. Bogotá: Temis.
- Roxin, C. (1997). Teoría General del Delito Tomo I. Madrid: Civitas.
- Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal. (21 de Octubre de 2015) Sentencia A2174-2015/0. Juez ponente: Elena Liberatori
- Sala de casación civil y agraria. (26 de Julio de 2017) Sentencia AHC4806-2017. Juez ponente: Luís Tolosa
- Zaffaroni, R. (2011). La pachamama y el humano. Argentina: Madres de plaza de mayo.

Estudio de la teoría del delito en el Código Orgánico Integral Penal.

Study of the theory of crime in Criminal Law

Wilson Pacheco Almeida*

Investigador Jurídico Independiente

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 3 de octubre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 8 de diciembre, 2020

Citación

Pacheco, W. (2020). *Estudio de la teoría del delito en el Código Orgánico Integral Penal*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE. Edición 2020, p. (477-512).

DOI: 10.26807/rr.vi02.28

Resumen: El estudio de la dogmática penal es de vital importancia en un estudiante de derecho y mucho más si en un futuro tiene pensado ejercer la profesión en la rama del Derecho Penal, ya que la misma es fundamental para la construcción de una teoría del caso, ya sea para la parte que acusa (Fiscalía), como para la defensa. A través de un análisis minucioso de los elementos que componen la teoría del delito, se puede encontrar una peculiaridad que sea determinante para que el abogado defensor obtenga un dictamen favorable para el procesado en un litigio, o de igual manera, que se determine su responsabilidad penal. Es por eso, que el Código Orgánico Integral Penal (COIP) reformado recoge temas dogmáticos

* Estudiante de la carrera de Derecho, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, campus Quito. Correo: alexispa10@hotmail.com.

tales como: el concepto de dolo, el error de tipo, error de prohibición, por nombrar algunos. Es decir, instituciones dogmáticas que sin duda son importantes en la praxis jurídica.

Palabras clave: Teoría, dogmática, delito, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad.

Abstract: *The study of criminal dogmatics is very important in a law student, also if in the future plans to work in Criminal Law, so, this is fundamental for the construction of a theory of the case, either for the accusing party (Prosecutor), or for the defense lawyer. Since through a careful analysis of the elements of the theory of crime, you can find a peculiarity that is decisive to be able to obtain a judgment in favor of our client. That is why the reformed Organic Criminal Code (COIP) includes dogmatic themes such as the concept of malice, type error, prohibition error, etc. So, dogmatic institutions are undoubtedly are importance in legal practice.*

Keywords: *Theory, dogmatic, crime, typicality, unlawfulness, guiltiness.*

Introducción

El presente trabajo académico va a abordar un análisis de la teoría dogmática del delito y como la misma está inmersa en nuestro Código Orgánico Integral Penal. Este cambio es significativamente importante para aplicarlo en el desarrollo de casos prácticos y de esta manera evitar confusiones o choques teóricos dogmáticos entre operadores de justicia, fiscales y abogados defensores.

Cuando se habla de teoría del delito, inmediatamente se proyecta en la cabeza sus principales precursores que desde 1906 han venido dando forma a la misma, estos son: Von Liszt, Beling, Mezger, Mayer, Welzel, entre otros. Y pues, junto con ellos se han venido desarrollando las diferentes escuelas como: la escuela clásica, neoclásica, finalista y hoy en día aún en desarrollo la escuela funcionalista, que tiene como principales exponentes a los maestros Claus Roxín con su funcionalismo moderado; y por otro lado, al genio Günther Jakobs

con su funcionalismo radical. Ahora, para entrar en materia se debe plantear la siguiente pregunta: ¿Cuál es la escuela de la dogmática penal adoptada en el COIP?

Para la realización del presente trabajo, el autor se ha apoyado en el Código Orgánico Integral Penal, en la doctrina penal tanto nacional como internacional, y en la experiencia propia como estudiante de derecho, es por eso que, el trabajo realizado con el mayor esmero y pasión, tiene como finalidad contribuir a la cultura jurídica del país y despertar el interés de estudiar esta bonita rama del derecho como lo es el Derecho Penal.

I. Categoría dogmática de la conducta

1.1. Conceptualización de acción

Para iniciar con el estudio de la teoría del delito, debemos tener claro que para que se configure una infracción penal como tal, está primero debe aprobar todas las categorías dogmáticas del delito, constituido por: conducta (acción u omisión), tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Siendo así, se debe verificar el cumplimiento en estricto sentido de cada uno de estos peldaños dogmáticos mencionados anteriormente, puesto que, en caso de que uno de ellos no se configure o ya sea el caso, exista una causa de justificación, no se cumpla los elementos objetivos del tipo o alguna causa de exclusión de la antijuridicidad o culpabilidad, la conducta ejercida por un sujeto no puede ser objeto de consecuencia jurídica.

Empezando ya con el estudio de la teoría del delito y su presencia en el Código Orgánico Integral Penal (en adelante llamado COIP), debemos en primer lugar hablar sobre la categoría dogmática de la conducta.

En el presente peldaño dogmático se encuentra tanto la acción y la omisión que realiza una persona (recordar que el Derecho Penal sanciona conductas realizadas por el ser humano), al hablar de acción

se debe tener en cuenta que el concepto de la misma ha sido objeto de variaciones a lo largo del tiempo, definiéndola desde la escuela clásica como la modificación voluntaria del mundo exterior perceptible por los sentidos (Von Listz, 1927, p.297); mientras que, para los finalistas se define a la acción como esa modificación voluntaria del mundo exterior perceptible por los sentidos que prevé un resultado final. Es decir, al momento de que una persona realiza un acto, esta ya tiene una proyección futura en su cabeza del resultado que va a causar, es por eso que, *el acto voluntario debe prever el resultado* (Rodríguez, 2019, p.49).

El COIP en su libro primero, artículo 18 establece el concepto de infracción penal y dice: “Es la conducta típica, antijurídica y culpable, cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (COIP, 2014). A través del presente artículo, se constata que la normativa penal vigente en el Ecuador sí, reconoce criterios dogmáticos, al establecer que estamos frente a una infracción penal cuando se verifique el cumplimiento en estricto orden de la teoría del delito, y que aquella es objeto de consecuencia jurídica establecida en el mismo código. Otro tema que trata el presente artículo es el de la imposición de una sanción, esto es muy importante y se debe tener muy claro, ya que al hablar de la estructura del tipo penal, éste debe seguir la siguiente composición: descripción de una conducta (supuesto fáctico), más la consecuencia jurídica, ya que si solamente tiene la descripción de un supuesto de hecho y no establece una sanción a la misma, se estaría frente a una mera recomendación. (Rodríguez, 2019).

Ahora, se debe tener claro cuando estamos frente a una conducta penalmente relevante y para lo cual el COIP en el inciso primero del artículo 22 señala: “Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables”. (COIP, 2014). Estas acciones u omisiones que describe la norma deben contrariar al derecho, a la norma positiva vigente en el ordenamiento jurídico nacional o internacional del cual el Estado sea parte. Otra peculiaridad que establece el presente artículo es su inciso segundo el cual establece que: “No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales”. (COIP, 2014). El presente

inciso hace referencia a lo que en la dogmática se conoce como el “derecho penal del enemigo” establecido por el ilustre maestro Günther Jakobs, mismo que por disposición expresa en la norma constitucional¹ es totalmente inaplicable aquí en el Ecuador, ya que como se conoce en el Ecuador se maneja un derecho penal de acto y no ante un derecho penal de autor.

1.2. La omisión

En cuanto a la omisión, el mismo texto normativo en el inciso segundo de su artículo 23 indica que: “No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo” (COIP, 2014). En palabras de Muñoz Conde, el delito omisivo consiste siempre, por tanto, en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar (Muñoz Conde, 2010, p.239). Siguiendo estos lineamientos, la doctrina dominante reconoce dos tipos de omisión, tales como: omisión propia (pura) y omisión impropia (comisión por omisión). Antes de pasar a ver estas formas de omisión, se debe tener en cuenta que en el Ecuador se maneja un sistema de *numurus clausus*.

1 CRE – Art. 11.2.- Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

1.2.1. Omisión Propia

En primer lugar, se tiene a la omisión propia (pura) que no es más que aquel no hacer que una persona común y corriente podía realizar para evitar un resultado material típico, así también, este tipo de omisión se encuentra reglado en la normativa penal ecuatoriana y que por su naturaleza en la mayoría de veces inician de la siguiente manera “*el que omite...*” como por ejemplo: la omisión de denuncia². En este tipo de omisión se sanciona a la persona por su no actuar ante una situación, más no se le sanciona por el resultado típico que deriva del mismo.

Esto es, porque en este tipo de omisión no existe una posición de garante otorgada por la ley, por un contrato o por su actuar precedente, entre el sujeto que omitió realizar cierta acción y el bien jurídico que se vulneró. Por lo tanto, se establece un deber de mínima solidaridad del sujeto que omitió realizar cierta acción, este deber de mínima solidaridad refiere a esa forma de actuación que la sociedad espera de cierta persona por su condición de ciudadano, para tener una convivencia en armonía.

1.2.2. Omisión Impropia

Respecto a la omisión impropia o también llamada comisión por omisión se debe empezar revisando como la define textualmente el COIP, que en su artículo 28 establece que:

La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

2 COIP - Art 277. – Omisión de denuncia. - [...] la persona que en calidad de servidora o servidor público y en función de su cargo, conozca de algún hecho que pueda configurar una infracción penal y no lo ponga inmediatamente en conocimiento de la autoridad, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico. (COIP, 2014).

Como se puede observar en este tipo de omisión si existe una posición de garante, que no es más que esa relación de cuidado que una persona tiene en relación con otra, por lo tanto, tiene a su cargo el proteger y velar por el bien jurídico protegido de aquella persona. Es por eso que, a diferencia de la omisión propia y su deber de mínima solidaridad, en este tipo de omisión se tiene presente un deber de máxima solidaridad, y por lo mismo, en caso de faltar a este la persona responsable responde por el resultado material típico producido por su inobservancia.

1.3. Causas de exclusión de la conducta

Antes de finalizar el estudio de la categoría dogmática de la conducta y pasar a estudiar la tipicidad, se debe analizar las causas de exclusión de la misma, que el COIP las recoge en su libro preliminar parte general³ y que a lo largo del desarrollo de la doctrina se han clasificado en tres principales que son: i) Fuerza física irresistible; ii) Movimiento reflejo; y iii) Estado de plena inconciencia. Los cuales deben ser debidamente comprobados por quien los alega, esto significa que la carga probatoria se invierte, también llamada carga dinámica de la prueba.

1.3.1. Fuerza física irresistible

La fuerza física irresistible se refiere a esa fuerza proveniente del exterior, misma que por su naturaleza no puede ser prevenida o resistida por el sujeto que la sufre, por lo tanto, por las características

3 COIP – Art 24. – Causas de exclusión de la conducta. – No son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia, debidamente comprobados.

mencionadas anteriormente, el sujeto objeto de esta fuerza exterior pasa a ser cosificado, es decir, no tiene control sobre su cuerpo y sus acciones, por ejemplo:

Ejemplo A: Juan está fuera de una tienda observando unas zapatillas marca Nike que le gustaron, ese día, en el centro comercial en el que se encontraba estaba un artista famoso de la ciudad de Quito, por lo que, al enterarse de aquello, una multitud eufórica corre por el centro comercial en busca de una foto con dicho personaje, es ahí cuando esta multitud pasa por el pasillo en el que se encontraba Juan, lo empujan fuertemente y este al estrellarse con el vidrio del local que estaba enfrente, lo rompe cayendo dentro del local y ocasionando daños materiales. Pregunta: ¿Juan responde por el delito de daño a bien ajeno⁴? No, puesto que la conducta de Juan estaría justificada por tratarse de fuerza física irresistible, es decir, de una causa de justificación de la conducta, obviamente se debe comprobar por parte de quien lo alega (defensor público o privado), quedando así exento de responsabilidad penal.

1.3.2. Movimiento reflejo

Referente al movimiento reflejo, Polaino Navarrete, citado por Rodríguez Moreno, (2019) menciona que se tratan de los movimientos corporales en los que por excitación de los nervios motores de la persona, ésta no se encuentra bajo influjo anímico, sino que los movimientos corporales son inmediatamente desencadenados por un estímulo fisiológico corporal. A diferencia de la fuerza física irresistible, el movimiento reflejo proviene del interior de la persona, causando una desconexión de los nervios motores, pasando así la persona a no tener control sobre su accionar en el momento, por ejemplo:

4 COIP – Art 204. - Daño a bien ajeno. – La persona que destruya, inutilice o menoscabe un bien ajeno será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses.

Ejemplo B: Marco, un chico universitario, introvertido, tímido camina de regreso a su casa después de un día largo de clases, al transitar por un pasillo oscuro que utiliza para acortar camino y llegar más pronto a su casa, Pedro al ver que Marco viene caminando decide esconderse detrás de los tachos de basura para jugarle una broma, en el momento en que Marco está pasando por ahí, Pedro sale desprevenidamente y lo asusta, por lo que, Marco en un acto de reacción por alteración de sus nervios motores, suelta un golpe en el rostro de Pedro y sale corriendo. Resulta que producto de dicho golpe, Pedro sufre lesiones en su nariz. Pregunta: ¿Responde Marco por el delito de lesiones⁵ ocasionadas a Pedro? No, puesto que Marco actuó por una reacción ocasionada por la alteración de sus nervios motores internos, por ende, actúa bajo movimiento reflejo. De esta manera se justifica el accionar de Marco, quedando exento de cualquier responsabilidad penal.

1.3.3. Estado de plena inconciencia

Como última causa de justificación de la conducta existe el estado de plena inconciencia, y una de las principales características para que se configure el mismo, es que, debe ser un estado de plena inconciencia momentáneo, ya que si fuera permanente se trataría de un sujeto inimputable y esto se analiza ya en la última categoría dogmática, llamada culpabilidad. Otra característica importante del estado de plena inconciencia es que no debe ser auto provocado por el sujeto que ejerza la conducta, es decir, si una persona tiene por objetivo robar un banco y para ello procede a ingerir cantidades extremas de alcohol, inhalar sustancias catalogadas sujetas a fiscalización o preparados que las contengan, entro otros, para estar bajo efectos nocivos y así pretender justificar su accionar, sería totalmente inadmisibile y por ende, sí respondería penalmente.

5 COIP – Art 152. 2. – Lesiones. – La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas: 2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año.

II. Tipicidad

Una vez analizada y cumplida la primera categoría dogmática del delito, se tiene que pasar a desarrollar todo lo relacionado a la tipicidad, que no es más que esta subsunción de la conducta realizada por un sujeto al tipo penal descrito en la norma. Por lo tanto, es una categoría muy importante dentro del esquema del delito, ya que mediante el análisis sistemático de los elementos objetivos como subjetivos se puede saber si una persona se encuentra frente a una conducta típica o no. El COIP en el artículo 25 establece lo que se entiende por tipicidad y dice: “Los tipos penales describen elementos de las conductas penalmente relevantes” (COIP, 2014).

La tipicidad anteriormente era una categoría dogmática netamente objetiva y que con el paso del tiempo y el estudio de importantes del derecho penal, existe hoy en día una tipicidad tanto objetiva, como subjetiva. Dentro de la tipicidad objetiva se tiene una serie de elementos sumamente importantes para que se pueda configurar la misma, ya que si uno de ellos no se puede hablar de una conducta penalmente relevante, estos elementos constitutivos de la tipicidad objetiva son: i) sujeto activo; ii) sujeto pasivo; iii) bien jurídico protegido; iv) verbo rector; v) objeto material y vi) elemento normativo; por otro lado, en la tipicidad subjetiva se estudia la intencionalidad del sujeto activo al momento de realizar cierta conducta, por lo que, aquí se verifica si el sujeto activo al momento de realizar la acción u omisión lo hizo con: i) dolo o ii) culpa.

2.1. Tipicidad Objetiva

Como se mencionó anteriormente, en la tipicidad objetiva existen varios elementos constitutivos de la misma, puesto que, a falta de uno de ellos no se configuraría la categoría dogmática de la tipicidad, ergo, no podríamos seguir realizando el estudio de la teoría del delito, y de esta manera estar frente a una conducta atípica y penalmente irrelevante realizada por un sujeto. Dicho lo anterior, toca estudiar cada uno de estos elementos más detenidamente.

2.1.1. Sujeto activo

Sujeto activo es la persona natural o jurídica que realiza u omite cierta acción con la finalidad de cometer una infracción penal para poder conseguir un resultado final. Dentro del estudio del sujeto activo se encuentra una subclasificación, ya que existen tipos penales que pueden ser cometidos por sujetos activos calificados y tipos penales que pueden ser cometidos por sujetos activos sin alguna determinación específica.

2.1.1.1. Sujeto activo calificado

Para empezar a estudiar este sujeto activo calificado, también conocido como sujeto activo determinado, nominado o cualificado, debemos partir de la idea de que existen delitos comunes y especiales, y son específicamente este tipo de delitos especiales los que requieren de un sujeto con determinadas características para que puedan ser cometidos. Dichas características son dadas por ejemplo por cuestiones laborales, como una persona que trabaja dentro del sector público, obtiene esta característica de funcionario público; así también, podemos hablar de características especiales en aquellas personas que han dedicado su vida al ejercicio de la defensa nacional, en instituciones como la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas del Ecuador, incluso una persona puede estar revestido de esta característica especial al momento de cumplir la mayoría de edad (18 años), etc.

Entonces, son sujetos activos calificados aquellas personas que por sus características especiales son proclives al cometimiento de ciertos delitos especiales establecidos en la norma penal, a continuación un ejemplo:

Ejemplo C: Roberto, es un aclamado fiscal de la provincia de Pichincha, que se encuentra llevando una investigación previa por un supuesto delito de hurto⁶, un día llega el defensor público del señor

6 COIP – Art 196. - Hurto. - La persona que sin ejercer violencia, amenaza o intimidación en la persona o fuerza en las cosas, se apodera ilegítimamente

investigado a hablar con el fiscal Roberto sobre la investigación, es ahí, cuando Roberto le dice que si le entrega USD 1000 dólares, el se abstiene de seguir investigando, aplicando el principio de oportunidad⁷ establecido en el COIP.

Entonces, el defensor público de inmediato procede a denunciar el hecho ante la autoridad competente. Pregunta: ¿Roberto, cometió un delito? Sí, estaría subsumido su conducta al delito de concusión⁸ por abusar de su cargo para exigir gratificaciones no debidas a otra persona.

2.1.1.2. Sujeto activo no calificado

El sujeto activo no calificado, también conocido como indeterminado o innominado es cualquier persona natural o jurídica imputable que no tenga o requiera de características específicas para que le sea imputable un delito. La mayoría de delitos que encontramos en el COIP, son delitos simples, es decir, los puede cometer cualquier

de cosa mueble ajena, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

- 7 COIP – Art 412.1. - Principio de oportunidad. – La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de una infracción penal sancionada con pena privativa de libertad de hasta cinco años, con excepción de las infracciones que comprometen gravemente el interés público y no vulneran a los intereses del Estado.
- 8 COIP – Art 281. – Concusión. – Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, sus agentes o dependientes oficiales que abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas, serán sancionadas con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

persona, ejemplo de aquello: Homicidio⁹, Robo¹⁰, Hurto, Intimidación¹¹, por nombrar algunos.

2.1.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es aquella persona natural o jurídica sobre la cual recae cierta conducta realizada por el sujeto activo. La mayoría de las veces que se escuche sujeto pasivo, se debe venir a la cabeza la idea de la víctima y no está mal, pero se debe saber que no en todos los casos la víctima es específicamente el sujeto pasivo, puesto que existen delitos en donde la persona que es objeto de una conducta antijurídica ejercida por el sujeto activo, afecta a una tercera la cual viene a tener el rol de víctima, como por ejemplo:

Ejemplo D: Marcelo es un joven tímido de 20 años, que no socializa mucho y pasa frecuentemente en su casa. Frente a la casa de Marcelo viven sus vecinos María y Pedro, quienes tienen una hija de 12 años de edad. Un día Marcelo, intenta entablar una conversación con ella, pero ella lo rechaza. Marcelo toma este rechazo muy mal, por lo que en la noche procede a irrumpir en la propiedad privada de sus vecinos, entra a la habitación de la niña para proceder mediante intimidación y amenazas a introducir su miembro viril

9 COIP – Art 144. – Homicidio. - La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

10 COIP – Art 189. – Robo. - La persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitararlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

11 COIP – Art 154. – Intimidación. - La persona que amenace o intimide a otra con causar un daño que constituya delito a ella, a su familia, a personas con las que esté íntimamente vinculada, siempre que, por antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

de manera completa en la cavidad vaginal de la menor, es decir, comete el delito de violación¹².

En el ejemplo anteriormente expuesto, el sujeto pasivo de la acción es la niña de 12 años, puesto que la conducta ejercida por el sujeto activo (Marcelo) recae sobre ella. Pero, en este caso la víctima de tal suceso viene a ser también los padres de la menor de edad. Ahora, con el presente ejemplo se puede constatar que existe también sujeto pasivo calificado, ya que al revisar el numeral 3 del artículo 171, se habla de que es violación cuando la víctima sea menor de 14 años, es decir, este numeral dota de una condición específica al sujeto pasivo de este delito, considerándose como sujeto pasivo calificado.

2.1.3. Bien jurídico

A continuación, respecto al bien jurídico protegido, se debe partir estableciendo que es un derecho fundamental de relevancia social. Polaino Navarrete citado en Rodríguez (2019) denomina al bien jurídico protegido como *todo valor normativamente evaluado y estimado como digno, merecedor y necesitado de la máxima protección jurídica* (p.136). Así también, se debe tener bien claro que todo bien jurídico es un derecho, pero no todo derecho es un bien jurídico, pues como se citó anteriormente, se realiza una evaluación al derecho para ver si es objeto de máxima protección jurídica o no, pues estos deben ser de relevancia social.

Al respecto, Muñoz Conde (2010) establece que los bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y desarrollo de su personalidad en la vida social (p.59).

12 COIP – Art 171. – Violación. - Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos: 3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

La normativa tiene como objetivo la protección y defensa de estos bienes jurídicos protegidos que posee cada persona para buscar su realización social, como por ejemplo: en el asesinato, el bien jurídico es “vida”; en el robo es la “propiedad”; en el delito de violación es la “integridad y libertad sexual”; en el delito de cohecho es la “eficiencia de la administración pública”. Entonces, se puede concluir que absolutamente todos los tipos penales en sus descripciones buscan la no vulneración, lesión o puesta en peligro de estos valores a través de mandatos o prohibiciones dirigidas a la sociedad.

2.1.4. Verbo rector

Es aquel verbo que describe la conducta que una persona debe realizar u omitir para que se ajuste al tipo penal. El verbo rector es sumamente importante ya que con el mismo se puede diferenciar un tipo penal de otro. No está por demás decir, pero el verbo rector siempre va a estar descrito en el tipo penal, por ejemplo: en el delito de homicidio el verbo rector es “matar”; en el robo el verbo rector es “sustraer”.

Así mismo, siguiendo las palabras y el pensamiento de Muñoz Conde (2010), claramente establece que la configuración y redacción de tipos penales, deben ser lo más simples posibles, usando un lenguaje claro, empleando sobre todo elementos lingüísticos descriptivos que cualquier persona común y corriente pueda entender y apreciar de la mejor manera (p.256).

2.1.5. Objeto material

Al momento de referirse al objeto material, no se debe confundir nunca con el sujeto pasivo, ya que existen ciertas confusiones al momento de hablar sobre quién y sobre qué recae la conducta. Estas son pequeñas confusiones que no se deben dar. Por eso, al hablar del objeto material, se hace referencia a la cosa, objeto, bien mueble o inmueble sobre el que recae de manera directa la acción u omisión ejercida por el sujeto activo.

Muñoz Conde, con su experiencia de siempre dice que objeto material es:

Aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica (por ejemplo: la cosa mueble ajena en el hurto) y que en los delitos de resultado suele ser destruida o al menos puesta en peligro (por ejemplo: la cosa dañada en el delito de daños; la vida puesta en peligro en un delito de conducción temeraria de un vehículo a motor). (Muñoz Conde & García, 2010).

2.1.6. Elemento normativo

Es aquella redacción normativa y descriptiva de los tipos penales, mediante el cual al leer la norma se puede verificar qué se necesita para que el verbo rector esté ejecutado o frente a qué delito se estaría, porque a través de esta redacción se puede diferenciar un delito de otro.

Este elemento normativo que a su vez viene a ser objetivo, es el que permite que un delito con igual verbo rector y el mismo bien jurídico protegido (Rodríguez, 2019, p.178), sea diferente el uno del otro, pues en la propia redacción del tipo se encuentran elementos diferenciadores, por ejemplo: en el delito de homicidio y asesinato.

Art 144. – Homicidio. – La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años. (COIP, 2014).

Art 140. – Asesinato. - La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. A sabiendas, la persona infractora ha dado muerte a su ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermana o hermano.
2. Colocar a la víctima en situación de indefensión, inferioridad o aprovecharse de esta situación.

3. Por medio de inundación, envenenamiento, incendio o cualquier otro medio se pone en peligro la vida o la salud de otras personas
4. Buscar con dicho propósito, la noche o el despoblado.
5. Utilizar medio o medios capaces de causar grandes estragos.
6. Aumentar deliberada e inhumanamente el dolor a la víctima.
7. Preparar, facilitar, consumir u ocultar otra infracción.
8. Asegurar los resultados o impunidad de otra infracción.
9. Si la muerte se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública.
10. Perpetrar el acto en contra de una o un dignatario o candidato a elección popular, elementos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, fiscales, jueces o miembros de la Función Judicial por asuntos relacionados con sus funciones o testigo protegido. (COIP, 2014).

Al dar lectura de los presentes tipos penales, se da cuenta que en efecto, ambos protegen el mismo bien jurídico protegido (vida) y que de igual manera el verbo rector en ambos es el mismo (matar), pero ¿Qué diferencia el uno del otro? ¿Cuándo saber que se está frente a un homicidio o a un asesinato? Simplemente se debe leer el numeral primero del artículo 140 asesinato. Claramente dice: 1. A sabiendas, que la persona infractora ha dado muerte a su ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermana o hermano. Entonces, no es lo mismo que Juan Pérez mate a una persona que no conocía, que el mismo Juan Pérez mate a su esposa (cónyuge), son dos tipos penales diferentes.

Estos detalles descriptivos que se encuentran en cada redacción del tipo penal, son los que permiten distinguir entre uno y otro, lo cual es importantísimo, ya que como se observa las penas son sumamente diferentes, no es lo mismo, 10 a 13 años de pena privativa de libertad, que 22 a 26 años. Por eso, la redacción del tipo penal y la diferenciación por parte de quien lo lee, es fundamental.

2.2. Tipicidad subjetiva

Una vez finalizado el estudio de la tipicidad objetiva, es menester realizar un estudio de la tipicidad subjetiva, la misma que como se dijo en líneas anteriores abarca el dolo y la culpa.

2.2.1. Dolo

Si se revisa el COIP antes de que entren en vigencia las reformas de diciembre del 2019, en su artículo 26 se contaba con una definición de dolo, que decía: “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño” y esta definición era muy laxa e incompatible con el derecho penal contemporáneo. Es por eso que con la reforma al COIP, que se encuentran en vigencia a partir del 21 de junio del 2020, se cambia esta definición de dolo y se establece que: “Actúa con dolo la persona que conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta” (COIP, 2014, art 26).

Con la definición actual de dolo establecida en la norma, se reafirma la presencia y adaptación del código a la dogmática penal finalista, reconociendo la teoría del delito y cada uno de sus peldaños (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), y reafirmando las dos aristas más importantes para hablar de dolo, las cuales son: la existencia del elemento volitivo y cognitivo, es decir, el conocimiento y la voluntad por parte del sujeto activo al momento de actuar. El artículo 26 reformado del COIP hace referencia a los elementos objetivos del tipo que ya se trató anteriormente en la tipicidad objetiva, reafirmando una vez más su apego a la dogmática.

La reafirmación que hace el COIP respecto de la teoría finalista del delito del ilustre Hans Welzel se presencia al revisar la definición de dolo como: “Aquella voluntad finalista de acción que está dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un tipo de injusto” (Welzel, 1956, p.43). Así también, Muñoz Conde ratifica la postura del COIP y señala que al dolo se lo debe entender como *conciencia* y *voluntad* (Muñoz Conde & García 2010, p.267) de realizar y conocer los tipos objetivos que establece el tipo penal. Así mismo, es evidente

que existen diferentes tipos de dolo como: dolo directo, indirecto y el tan tratado dolo eventual, pero eso será tema de otro ensayo.

2.2.2. Culpa

Para empezar a estudiar la culpa se debe revisar lo que establece el COIP en su artículo 27: “actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este Código.” (COIP, 2014).

Los delitos culposos o imprudentes como también los denomina la doctrina, son aquellos en los cuáles una persona por falta de previsibilidad, cuidado o incorrecto uso del medio para la realización de cierta conducta, genera un resultado material típico que produce un daño a cierto bien jurídico protegido. Por lo tanto, Muñoz Conde (2010) indica que la observancia del deber objetivo de cuidado o también conocido como “diligencia debida” (p.282), constituye el punto referencial del tipo penal imprudente.

El concepto de deber objetivo de cuidado es objetivo y normativo, pues, no existe como tal una definición marcada, ya que como se conoce en el COIP y en la mayoría de la normativa penal del resto de países en el mundo predominan los delitos dolosos, aquellos en los cuales la conducta que necesita realizar una persona para que se subsuma en el tipo penal es clara y se conoce; mientras que en los delitos culposos o imprudentes, son aquellos realizados “sin la intención”, por ende, son producto de la falta de cuidado de una persona y no sería posible establecer una definición de una conducta culposa como tal.

El jurista español Muñoz Conde (2010) señala que:

Es objetivo, por cuanto no interesa para establecerlo cuál es el cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, sino cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización de una conducta determinada. Ello supone además un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido

un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada por el autor realmente. (p.285).

Un ejemplo muy común de delitos culposos son los delitos de tránsito, pues en teoría nadie sale a conducir un vehículo con la intención de matar personas, a no ser que se lo predisponga, de lo contrario no, a continuación un ejemplo breve:

Ejemplo E: Carlos, un padre de familia responsable y trabajador, decide proponer a su familia realizar un viaje a la playa para relajarse, planeando salir a la playa en su vehículo el día sábado en horas de la madrugada. Llega el día sábado y siendo las 2 a.m. Carlos y su familia suben las maletas y emprenden su viaje rumbo a la playa. En el camino, al tomar una curva normal las llantas del vehículo resbalan de la calzada, por lo que, el carro cae 25 metros al vacío y posterior falleciendo su esposa e hijos, mientras que Carlos es el único sobreviviente. Pregunta: ¿Responde Carlos por homicidio culposo? Sí, ¿por qué? Porque Carlos como conductor designado tenía un deber objetivo de cuidado, el cual era verificar que todas las partes del automotor estén en perfectas condiciones, lo cual no lo realizó. Ahora, supongamos que sí, lo hacía y verificaba que las llantas de su vehículo estaban en malas condiciones. Él hubiese tenido la oportunidad de cambiar los neumáticos y dicho accidente no se hubiese producido, entonces, es por falta de diligencia debida, que responde por homicidio culposo de su familia.

2.2.3. Error de tipo

La tipificación del error de tipo en el COIP, es otra de las novedades importantes de la reforma de diciembre del año pasado, en vista de que era una discusión sobre si era posible o no, aplicar error de tipo en el Ecuador. Y pues efectivamente por criterios dogmáticos y prácticos era totalmente aplicable, así no esté plasmado en la ley, es por eso que, ahora el COIP en su artículo 28.1 establece qué es y cuando una persona actuó en error de tipo, aquí su definición:

Art 28.1. – Error de tipo. - No existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal.

Si el error es vencible, la infracción persiste y responde por la modalidad culposa del tipo penal, si aquella existe.

El error invencible que recae sobre una circunstancia agravante o sobre un hecho que califique la infracción, impide la apreciación de esta por parte de las juezas y jueces. (COIP, 2014).

La definición como tal del código sobre el error de tipo (Tatbestandsirrtum), deja dos puntos que analizar: i) ¿Cuándo una persona cae en error o ignorancia? y ii) ¿A qué se refiere cuando dice debidamente comprobados? En el primer punto claramente dice que, esta persona desconoce uno o varios elementos objetivos del tipo, que ya se estudió anteriormente al hablar de tipicidad objetiva, pero en todos casos, error significa tener un conocimiento equívoco (Welzel, 1956, p.82) o ignorancia sobre cierto tema o cosa. Entonces, un ejemplo simple sería, cuando una persona destruye una cosa ajena en la creencia de que era suya, en ese supuesto estaríamos frente a un error de tipo referente al objeto material.

Otro término que establece el artículo 28.1 del COIP, es “debidamente comprobados”. Como se conoce siempre el “*onus probandi*” le corresponde a la fiscalía, pero, en el caso de que se alegue error de tipo, se invierte la carga de la prueba, es decir, la persona que alega esta institución jurídica le corresponde por obligación el deber de probarlo, caso contrario no será válida la teoría del error de tipo alegada por una parte procesal.

III. Antijuridicidad

Una vez que se comprueba que una conducta es típica, se debe verificar si la misma es antijurídica, puesto que el concepto de antijuridicidad es importantísimo en la teoría del delito, pues, si una conducta es típica pero no antijurídica, se estaría frente a una conducta no

delictiva; mientras que, si se tiene una conducta típica y además anti-jurídica, se puede seguir con el análisis de la misma para verificar si es objeto de una consecuencia jurídica (pena).

El artículo 29 referente a la antijuridicidad indica claramente que “Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.” (COIP, 2014). La norma claramente establece que, esta conducta típica para que sea contraria a Derecho, debe lesionar o amenazar un bien jurídico, que como se vio anteriormente es un derecho fundamental sujeto de valoración y de máxima protección. Ahora, también señala que se debe cometer una conducta sin justa causa, es decir, que si la conducta empleada por una persona está justificada por el Derecho, no es objeto de sanción y por eso también se tiene presente en el código las causas de justificación que serán estudiadas más adelante.

El término antijuridicidad o también conocida como antijuricidad significa prima facie contrariedad con el Derecho, ir en contra del mismo, puesto que, toda conducta es adecuada a Derecho o contraria a él, no existe opción intermedia, no se puede hablar nunca de que una conducta es permitida y al mismo tiempo prohibida (*tertium non datur*) (Rodríguez, 2019, p.368).

Antes de pasar a analizar las causas de justificación, se debe tener claro que existe antijuridicidad formal y material. La antijuridicidad formal, no es más que la subsunción de la conducta al tipo penal, es decir, que la conducta ejercida por el sujeto activo, se encuadre en lo que nos establece la norma penal; mientras que la antijuridicidad material, se refiere a que dicha conducta desarrollada por el sujeto activo, ponga en riesgo, lesione o amenace un bien jurídico protegido por el Código.

3.1. Causas de justificación de la antijuridicidad

Toda conducta típica ejercida por un sujeto, siempre y cuando se encuentre justificada por alguna de las causas de justificación que establece la norma, no será objeto de consecuencia jurídica y

se considerará que su actuar se encuentra enmarcado conforme a Derecho. Es así, como el COIP establece las siguientes causas de exclusión de la antijuridicidad: i) legítima defensa; ii) estado de necesidad; y iii) cumplimiento del deber legal de la o el servidor de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria. Esta última añadida con las reformas del COIP.

El artículo 30 del COIP señala:

No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa.

Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal, debidamente comprobados. (COIP, 2014).

3.1.1. Legítima Defensa

La presente causa de justificación se refiere al comportamiento empleado por una persona que está siendo objeto de una posible vulneración de un derecho propio o a su vez de un derecho ajeno, para poder repudiar el ataque antijurídico empleado por un individuo. El jurista Felipe Rodríguez lo define de la siguiente manera:

La legítima defensa es la legalidad (juridicidad) de repeler una agresión ilegítima, actual o inminente, para salvaguardar un bien jurídico propio o de un tercero, este es, defenderse de una agresión ilegal sin esperar que el Estado actúe porque, por la inmediatez y la urgencia, la reacción personal es la única alternativa. (Rodríguez, 2019).

La legítima defensa se da en un determinado espacio y tiempo, es decir, tiene esta característica de inmediata, inminente, lo cual no permite que el Estado, a través de la Policía Nacional, puedan neutralizar la acción ilegítima que está siendo ejecutada por una persona, es por eso, que la persona que está siendo agredida en ese momento, puede emplear determinada conducta típica que llega a

ser considerada jurídica. El COIP en su artículo 33¹³ señala tres presupuestos que se deben cumplir de manera obligatoria para que se configura la legítima defensa y estos son:

1. Agresión actual e ilegítima.
2. Necesidad racional de la defensa.
3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.

Al analizar cada uno de estos puntos, en primer lugar una agresión actual e ilegítima, se está hablando de aquella temporalidad que refiere el Dr. Rodríguez, ese momento en el que se está frente a una agresión real y que de una u otra manera se debe ver la forma de poder contrarrestar con otra acción; ahora, en cuanto a la necesidad racional de defensa, se hace referencia a esa necesidad de actuar por parte del ciudadano que está siendo víctima de tal agresión actual, ya que por razones de temporalidad el Estado no puede actuar de inmediato. Siendo así, se debe tener claro no confundir la “racionalidad” con la “proporcionalidad”.

Por último, la falta de provocación suficiente, requisito fundamental para poder hablar de legítima defensa, ya que si bien se habla de una acción realizada por un sujeto, esta debe ser entendida como esporádica, entonces, si el sujeto A, en primera instancia provoca al sujeto B para que lo agrede y luego A contrarresta esta acción y quiere argumentar legítima defensa sería inaceptable y por lo tanto la acción de A sería ilícita. Queda así claro la aplicación de la legítima defensa y cuando se puede alegar la misma.

13 COIP – Art 33. – Legítima Defensa. – Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Agresión actual e ilegítima; 2. Necesidad racional de la defensa; y 3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.

3.1.2. Estado de necesidad (justificante)

Así como la legítima defensa, el COIP establece una segunda causa de justificación de la antijuridicidad, esta es, el estado de necesidad, el cual debe ser entendido como una vulneración de un derecho menor para la defensa de uno mayor. Al momento que se hace mención de un derecho menor y otro mayor, se está refiriendo a la existencia de una ponderación de derechos, de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, pues evidentemente, si se plantea el supuesto de defender la vida o la propiedad, en el 100% de los casos se va a defender la vida.

Por ello, Mir Puig Santiago (2016) sostiene que el estado de necesidad es un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a la legítima defensa ni al ejercicio de un deber (p.462), excluyendo de su concepto cualquier aplicación de otra causal de justificación y centrándose específicamente en el estado de necesidad como tal.

De igual forma el COIP en su artículo 32¹⁴ establece cuando una persona actúa en estado de necesidad y que requisitos fundamentales debe cumplir para que se pueda configurar esta causa de justificación, los requisitos que establece la norma son:

1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro;
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar; y
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

14 COIP – Art 32. – Estado de necesidad. – Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro; 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar; y 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

Al igual que se analizó los requisitos necesarios de la legítima defensa, también se tiene que estudiar los requisitos para el cumplimiento del estado de necesidad según la norma, y en primer lugar se tiene que el derecho esté en real y actual peligro, esto quiere decir que, el derecho que está siendo objeto de protección se encuentre en una situación comprobable realmente de peligro, así como también, se habla de una temporalidad, el peligro debe ser en ese instante. Ahora, en cuanto al segundo requisito aquí cabe lo que se dijo en líneas anteriores, la ponderación de derechos.

El derecho que se pretende lesionar para proteger otro, no debe ser mayor realizando así una valoración objetiva de los mismos. Por último, se tiene la característica de que no debe existir otro medio practicable, caso contrario no sería válida la aplicación de un estado de necesidad, para lo cual, el juzgador analizará si en verdad no existían otros medios o formas de poder solventar ese peligro del derecho.

3.1.3. Cumplimiento del deber legal

Con el advenimiento de la reforma de diciembre del 2019, se implemente en el COIP el artículo 30.1¹⁵, esta nueva causa de justificación

15 COIP – Art 30.1. – Cumplimiento del deber legal de la o el servidor de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria. - Existe cumplimiento del deber legal cuando una o un servidor de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria, al amparo de su misión constitucional, en protección de un derecho propio o ajeno, cause lesión, daño o muerte a otra persona, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que se realice en actos de servicio o como consecuencia del mismo; 2. Que para el cumplimiento de su misión constitucional, dentro de su procedimiento profesional, observe el uso progresivo, proporcional y racional de la fuerza; y, 3. Que exista amenaza o riesgo inminente a la vida de terceros o a la suya propia o para proteger un bien jurídico. Por acto de servicio se entienden las actuaciones previas, simultáneas y posteriores, ejecutadas por la o el servidor en cumplimiento de su misión constitucional y el deber legal encomendado, inclusive el desplazamiento del servidor o servidora desde su domicilio hasta su lugar de trabajo y viceversa. También se considera acto de servicio, cuando la actuación

denominada “Cumplimiento del deber legal de la e el servidor de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria”, mismo que surge a raíz del famoso caso de femicidio sucedido en la ciudad de Ibarra en el mes de enero, en el cual por negligencia e impericia al momento de actuar por parte de la Policía Nacional, una joven falleció tras recibir varias puñaladas en el abdomen.

Con la implementación de esta causa de justificación, se busca regular el actuar por parte de los servidores de la Policía y de seguridad penitenciaria, frente a situaciones de inminente peligro ya sea propio o de terceros, y de esta manera, evitar más casos como el mencionado anteriormente para lo cual corresponde analizar cada uno de los numerales que establece el artículo 30.1 del COIP:

1. Que se realice en actos de servicio o como consecuencia del mismo;
2. Que para el cumplimiento de su misión constitucional, dentro de su procedimiento profesional, observe el uso progresivo, proporcional y racional de la fuerza; y
3. Que exista amenaza o riesgo inminente a la vida de terceros o a la suya propia o para proteger un bien jurídico.

El primer numeral limita de cierta manera el actuar por parte de los serdiores policiales, puesto que restringe su accionar solamente al momento que estén prestando su servicio o a su vez surja del mismo, entonces, aquí queda la duda de ¿Qué pasaría si un servidor de la policía el día que se encuentra franco (día libre) y se encuentre viajando en un bus público, puede o no repeler una acción delictiva que se suscite ahí, como por ejemplo, un robo a mano armada?.

del servidor o servidora se realiza fuera del horario de trabajo, en cumplimiento de su misión constitucional, observando el riesgo latente, eficacia de la acción y urgencia de protección del bien jurídico.

En cuanto al segundo numeral, se habla sobre el uso progresivo, proporcional y racional de la fuerza, es decir, el agente de la policía nacional debe observar estos criterios antes de actuar, esto con la finalidad de regular y limitar de igual forma el actuar excesivo por parte del servidor. Por último, el tercer numeral habla sobre un riesgo inminente, es decir, que la actuación ilegítima por parte del sujeto activo se vaya a materializar con seguridad, no una mera especulación infundada.

Para finalizar la presente categoría dogmática, es menester hablar sobre el exceso de las causas de exclusión de la antijuridicidad que establece el COIP en su artículo 31¹⁶, y pues bien, se ha venido diciendo que la persona que actúe en defensa de un derecho propio o ajeno debe actuar con racionalidad, proporcionalidad y progresividad, pues en caso de excederse ya no será aplicable una causa de justificación de la antijuridicidad y además se le impondrá el tercio de la mínima pena que establezca el tipo penal en el que haya subsumido su conducta.

IV. Culpabilidad

Después de estudiar las anteriores categorías dogmáticas del delito se llegado al último peldaño de la misma, esto es la culpabilidad. Después de analizar la conducta típica y además antijurídica corresponde situarse y detenerse a estudiar este peldaño dogmático, el cual es sumamente importante, porque se abordan temas como la imputabilidad o ininputabilidad del sujeto activo, las causas de exculpación, y también el error de prohibición.

La culpabilidad como tal es ese reproche que realiza el juzgador al sujeto activo, puesto que dentro de sus capacidades cognitivas este tenía dos opciones: i) actuar conforme a Derecho y ii) actuar en contra de Derecho, es por eso, que se reprocha al sujeto su accionar

16 COIP – Art 31. – Causas de exclusión de la antijuridicidad. – La persona que se exceda de los límites de las causas de exclusión será sancionada con una pena reducida en un tercio de la mínima prevista en el respectivo tipo penal.

siempre que por su libre albedrío decidió no acomodar su conducta conforme lo establece el ordenamiento jurídico.

García Falconí (2014) citado en Rodríguez (2019) señala que:

El principio de culpabilidad es el presupuesto subjetivo decisivo de la responsabilidad penal, pues la pena sólo puede fundamentarse tras la comprobación de que al autor se le pueda reprochar la formación de la voluntad que le condujo a la resolución delictiva.

4.1. Imputabilidad e inimputabilidad

En la parte general del COIP, específicamente en el artículo 34 se encuentra la culpabilidad, en la cual se establece que para que una persona pueda ser responsable, debe ser imputable. Entonces, surge la siguiente pregunta: ¿Cuándo una persona es imputable y cuándo no? Precisamente eso se va a analizar en los siguientes párrafos (Mir Puig, 2016, p.583).

Se debe definir a la imputabilidad en función de la normalidad motivacional del sujeto al momento de actuar, es decir, una persona es imputable cuando se encuentra en sus plenas capacidades psicológicas, teniendo plena capacidad de entender y comprender la norma, teniendo así, plena idoneidad para responder por la conducta típica y antijurídica que realizó, caso contrario, si carece de las mismas no puede haber culpabilidad.

Respecto a la inimputabilidad de un sujeto activo, el Código Orgánico Integral Penal establece dos supuestos para saber cuándo una persona es inimputable absolutamente, para lo cual, corresponde citar el artículo 35 del COIP, que dice: “No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición invencible y trastorno mental, debidamente comprobados.” (COIP, 2014). Solamente en los casos que plantea el código, serán completamente inimputables estas personas, puesto que si, se revisa más adelante se establece la responsabilidad por embriaguez o intoxicación y los menores de 18 años. En el caso de los menores de 18 años la inimputabilidad es relativa, puesto que para el caso existen, medidas socio educativas.

4.1.1. Trastorno mental

Referente a la inimputabilidad de un sujeto por trastorno mental, se debe empezar citando al COIP:

Art. 36.- Trastorno mental.- La persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental, no será penalmente responsable. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad. (COIP, 2014).

Claramente, señala que el sujeto no puede comprender la ilicitud de su conducta, es decir, existe un déficit de capacidad intelectual o de comprensión, ya que el trastorno mental, se da por diferentes circunstancias, es por ello, que una persona fuera de sus cabales y que no entienda las consecuencias de sus actos, no debe ser objeto de consecuencia jurídica. Eso sí, claramente dice la norma, debidamente comprobados, que significa que se invierte la carga de la prueba.

4.1.2. Responsabilidad por embriaguez o intoxicación

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 37 establece:

Art. 37.- Responsabilidad en embriaguez o intoxicación.- Salvo en los delitos de tránsito, la persona que al momento de cometer la infracción se encuentre bajo los efectos del alcohol o de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada conforme con las siguientes reglas:

1. Si deriva de caso fortuito y priva del conocimiento al autor en el momento en que comete el acto, no hay responsabilidad.
2. Si deriva de caso fortuito y no es completa, pero disminuye considerablemente el conocimiento, hay responsabilidad atenuada imponiendo el mínimo de la pena prevista en el tipo penal, reducida en un tercio.
3. Si no deriva de caso fortuito, ni excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad.

4. Si es premeditada con el fin de cometer la infracción o de preparar una disculpa, siempre es agravante. (COIP, 2014).

Para empezar, el presente artículo en su parte inicial establece una excepción, ésta es en los delitos de tránsito, pues en aquellos si una persona se encuentra bajo efectos del alcohol o de alguna sustancia catalogada sujeta a fiscalización, se considerará como agravante al momento de establecer una pena.

Cuando una persona realice una conducta típica y antijurídica, pero a su vez se encuentra bajo efectos de alcohol o de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización o preparados que las contengan y los mismos priven de su capacidad de consentimiento, no será responsable penalmente. Ahora, si es una disminución leve de su capacidad cognitiva, si responderá con el mínimo de la pena reducida en un tercio, entonces como conclusión, se tiene una inimputabilidad relativa.

Para finalizar, este estado de intoxicación y por ende privación de la capacidad de entendimiento no debe ser auto provocado por parte del sujeto que realiza la acción material típica, pues en ese caso, esta persona estaría actuando con el conocimiento y la voluntad de querer realizar cierta conducta ilícita.

4.1.3. Personas menores de 18 años

Como se dijo anteriormente, los menores de edad son inimputables penalmente, pero ésta inimputabilidad es relativa, puesto que, pese a no ajustarse a una sanción establecida por el COIP, si son aplicables medidas socioeducativas establecidas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA).

Para poder entender el párrafo anterior se debe citar dos artículos del COIP, en primer lugar el artículo 38 que dice:

Art. 38.- Personas menores de dieciocho años.- Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. (COIP, 2014).

Aquí la pregunta que surge es: ¿No se supone que sólo se pueden aplicar las sanciones que establezca el Código Orgánico Integral Penal? Y para poder dar respuesta a la misma, se debe citar el segundo artículo que anteriormente se mencionó, es decir, el artículo 17 del COIP, que establece:

Art. 17.- *Ámbito material de la ley penal.- Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia, y en materia de usuarios y consumidores. (COIP, 2014).*

Como se puede observar en la parte final que se encuentra con negrita, existe una salvedad, que es excepto en materia de niñez y adolescencia. A través del artículo citado anteriormente, las medidas disciplinarias correctivas que sean impuestas a través del CONA, tendrán plena validez. Estas medidas socio educativas que dispone el CONA, tendrán como finalidad la corrección del menor, la rehabilitación y la inserción en la sociedad, para lo cual, es de vital importancia la colaboración de la familia.

4.2. Error de prohibición

El error de prohibición es el desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta, o erróneo entender de que el actuar propio se encuentra permitido por una causa de exculpación de la antijuridicidad que nos permite actuar de esa manera. Es desconocer que la conducta está prohibida o creerse asistido por una causa de justificación, de igual manera, cuando se alegue error de prohibición para ausentar de culpabilidad a un sujeto, le corresponderá probar en cada caso concreto (Zaffaroni, 1998, p.471). Así también, en la doctrina se sostiene que quien actúa en error de prohibición posee una falsa concepción del Derecho (Roxin, 1994, p.584) y producto de aquello se puede eximir de culpabilidad a una persona.

Dentro de la misma se tiene el error de prohibición directo e indirecto, que se estudiará a continuación, no sin antes citar el artículo 35.1 del COIP, vigente desde la reforma de diciembre.

Art. 35.1.- Error de prohibición.- Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no puede prever la ilicitud de la conducta.

Si el error es invencible no hay responsabilidad penal.

Si el error es vencible se aplica la pena mínima prevista para la infracción, reducida en un tercio.

Claramente la norma establece dos supuestos, el primero en caso de que el error se torne invencible, donde no existiría responsabilidad penal para el sujeto activo que ejerza la conducta; mientras que, en el caso de ser un error vencible, se le aplicará el mínimo de la pena, reducida en un tercio. Corresponde estudiar más a fondo esta institución jurídica, revisando lo que establece la doctrina acerca de estos supuestos.

4.2.1. Error de prohibición directo

El error es directo cuando se tiene una falsa o equivocada percepción de la realidad, basada en tres hipótesis: i) Existencia de un tipo penal; ii) Vigencia del tipo penal; y iii) Sentido o alcance de la prohibición. En el primer supuesto, se hace referencia a cuando en un Estado existe una prohibición de realizar ciertas conductas, por ejemplo: talar árboles y un turista recién llegado de otro país tala un árbol con la finalidad de realizar una fogata, es decir, existía una prohibición expresa pero el sujeto por desconocimiento absoluto no pudo prevenirla.

El segundo supuesto refiere a un falso o erróneo conocimiento de la norma por parte de una persona, ahora, habrán personas que digan que “el desconocimiento de la norma, no exime de responsabilidad”, pero se debe tener en cuenta que este es un concepto relativo, no absoluto. Por último, en relación al sentido o alcance de la norma y para entender este supuesto, a continuación un ejemplo referente al cannabis.

Ejemplo F: Un ciudadano uruguayo, tiene en su país el respectivo carné de consumidor y demás permisos para portar marihuana, recordemos que en dicho país es legal, por lo que, un día emprende un viaje con un amigo y llegan a Ecuador. En la frontera, agentes de la Policía, proceden a realizar un control de rutina y encuentran marihuana. El ciudadano uruguayo presenta sus permisos para portar dicha sustancia, creyendo erróneamente que con dicho carné podía transitar libremente. Es ahí cuando este ciudadano estaría actuando en un error de prohibición respecto al sentido o alcance de la norma, pues tenía un correcto entendimiento sobre la misma, ya que por su recién llegada al Ecuador, le era imposible saber si era o no permitido aquí, recordemos una vez más, que todo debe ser debidamente comprobado por quien lo alega.

4.2.2. Error de prohibición indirecto

El error de prohibición indirecto es cuando existe una creencia equivocada de que no se está realizando un comportamiento antijurídico, así también, se da por un falso juicio sobre la concurrencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad, respecto a este falso juicio sobre la aplicación de una causa de justificación, se tiene cuatro hipótesis que son:

1. Cuando la persona percibe equivocadamente los hechos. Es decir, no entiende lo que pasa y asume de manera errada que concurren los requisitos fácticos de una causa de justificación, un breve ejemplo: Una persona con un grado de paranoia leve, acuchilla a un niño que le apunta con una pistola de juguete, pensando que es de verdad.
2. Cuando la persona incurre en un error de valoración jurídica, no fáctica, sobre los supuestos de una causal de exclusión de la antijuridicidad, es decir, cree que los requisitos de la legítima defensa son otros, a los establecidos en la norma.
3. Cuando la persona actúa bajo la convicción de que concurren los supuestos fácticos de una causal de exclusión de la culpabilidad.
4. Cuando la persona incurre en un error de valoración sobre los supuestos jurídicos de una causal excluyente de la culpabilidad.

Finalmente, la tipificación del error de prohibición en el COIP, fue un avance jurídico en el Ecuador, pues así, se terminaron esas pequeñas discrepancias sobre si era o no aplicable el error de prohibición, por el hecho de no encontrarse establecido de manera escrita en la norma penal.

V. Conclusiones

A modo de conclusión del presente trabajo analítico sobre el estudio de la teoría del delito en el Código Orgánico Integral Penal, se debe tener en claro los siguientes puntos importantísimos que se han desarrollado a lo largo del mismo:

1. A través de la lectura detenida de la parte general y especial del COIP, se puede denotar evidentemente la presencia y el apego que tiene el presente cuerpo normativo a la escuela finalista del maestro Hans Welzel, en tanto y cuanto que dentro de la parte general señala el estricto cumplimiento de todas las categorías dogmáticas del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) para poder hablar de una conducta penalmente relevante y que la misma es objeto de consecuencia jurídica para cierta persona.

2. El conocimiento integro de dogmática penal por parte de jueces, fiscales y abogados defensores públicos o privados es de vital importancia dentro de la esfera del litigio profesional, pues como se comprobó, existen cuestiones técnicas dentro de cada categoría dogmática del delito que pueden coadyuvar a plantear una teoría del caso con resultado positivo para la defensa del procesado, o a su vez, para en el caso de la fiscalía para comprobar la culpabilidad del mismo.

Referencias Bibliográficas

- Agudelo, N. (2004). *Curso de Derecho Penal, Esquemas del Delito*, Tercera edición. Bogotá - Colombia: Ed. Temis S.A.
- Código Orgánico Integral Penal [COIP]. (2014). Registro Oficial No. 107 (24-diciembre-2019) Suplemento.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal, Parte General*, 10ma edición, actualizada y revisada. Barcelona - España: Ed Reppertor.
- Muñoz Conde, F., & García, M. (2010). *Derecho Penal, Parte General*, 8va edición, revisada y puesta al día. Valencia - España.
- Peña Gonzáles, O., & Almanza Altamirano, F. (2010). *Teoría del Delito*, Manual Práctico para su aplicación en la teoría del caso. Lima - Perú: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.
- Navarrete, M. (2019). Lecciones de Derecho Penal Parte General Tomo II. En F. Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II Teoría del Delito*. Quito - Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Rodríguez, F. (2019). *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II Teoría del Delito*. Quito - Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Roxin, C. (1994). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito* Tomo I. Munchen - Alemania: Ed. Civitas.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal, Parte General*, Traducido por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires - Argentina: Roque Depalma.
- Zaffaroni, E. (1998). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo I. Buenos Aires - Argentina: Ed. Ediar.

Análisis de un sistema normativo no coherente, el ejemplo de la suspensión condicional de la pena en Ecuador.

Analysis of an incoherent regulatory system, the example of the conditional suspension of the sentence in Ecuador

Ab. José Ignacio Miranda Cifuentes*

Investigador jurídico independiente

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 12 de octubre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 8 de diciembre, 2020

Citación

Miranda, J. (2020). *Análisis de un sistema normativo no coherente, el ejemplo de la suspensión condicional de la pena en Ecuador*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (513-531).

DOI: 10.26807/rr.vi02.41

Resumen: El análisis de coherencia normativa es una herramienta lógica que permite la identificación de contradicciones axiológicas y normativas en un determinado sistema. En este contexto, la suspensión condicional de la pena, regulada en el artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal, surge como un beneficio al condenado con restricción ambulatoria carcelaria frente a la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por medidas alternativas, acorde al principio de mínima intervención penal. En este sentido, se realizará un análisis normativo de coherencia que identificará

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Abogado asociado junior en Gladys Terán & Abogados Asociados. Candidato a Máster en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

posibles lagunas normativas y contradicciones lógicas en el sistema que regula el acceso a la suspensión condicional de la pena; posteriormente, se analizarán los requisitos normativos que regulan el acceso este beneficio, con la finalidad de identificar la existencia de contradicciones axiológicas según el fundamento teleológico que justifica el acceso a la suspensión condicional de la pena, a fin de determinar si se trata de un sistema coherente.

Palabras clave: Pena privativa de libertad, rehabilitación, mínima intervención penal, laguna normativa, coherencia normativa.

Abstract: *Regulatory consistency analysis is a logical tool that allows the identification of axiological and normative contradictions in a given system. In this context, the conditional suspension of the sentence, regulated in Article 630 of the COIP, arises as a benefit for the convicted person with a prison restriction, as opposed to the possibility of replacing the prison sentence with alternative measures, in accordance with the principle of minimum criminal intervention. In this sense, a normative analysis of coherence will be carried out to identify possible normative gaps and logical contradictions in the normative system that regulates access to the conditional suspension of the sentence; subsequently, the normative requirements that regulate access to this benefit will be analyzed, with the purpose of identifying the existence of axiological contradictions according to the teleological basis that justifies access to the conditional suspension of the sentence, in order to determine whether it is a coherent system.*

Keyword: *Deprivation of liberty, rehabilitation, minimal criminal intervention, normative gap, normative coherence.*

Introducción

El Artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador (COIP) regula la institución procesal conocida como *suspensión condicional de la pena*. Esta institución con orientación garantista trata de equilibrar la expansión del Derecho Penal priorizando el derecho a la libertad ambulatoria de los condenados con penas cortas, suspendiendo la pena de encierro carcelario por medidas

alternativas, siempre y cuando se cumplan con las condiciones contenidas en la norma:

Art. 630.- Suspensión condicional de la pena. - La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años.
2. Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa.
3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena.
4. No procederá en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

La o el juzgador señalará día y hora para una audiencia con intervención de la o el fiscal, el sentenciado, la o el defensor público o privado y la víctima de ser el caso, en la cual se establecerán las condiciones y forma de cumplimiento durante el período que dure la suspensión condicional de la pena.

La falta de presentación de los requisitos establecidos en los números 2 y 3 podrá ser completada en cualquier momento con una nueva solicitud.¹ (Código Orgánico Integral Penal, 2019).

1 Reformado por el Art. 96 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019. Mediante Sentencia 7-16-CN/19 emitida por la Corte Constitucional (R.O. E.C. 21, 13-XI-2019), se declaró la constitucionalidad condicionada aditiva con efectos generales del presente artículo, por lo que se agregó el último inciso:
La falta de presentación de los requisitos establecidos en los números 2 y 3 podrá ser completada en cualquier momento con una nueva solicitud

La redacción de la ley generó más de un interrogante en cuanto a los requerimientos que un condenado debe acreditar para beneficiarse de la suspensión de la pena, sin embargo, además existe un estado procesal específico para solicitar ser beneficiario de este instituto, al establecerse que *la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, solo se podrá solicitar en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores*. (COIP, 2019).

Surge entonces la duda, ¿puede beneficiarse un sentenciado en segunda instancia de la suspensión condicional de la pena, si en primera instancia fue absuelto?

Para contestar esta interrogante, es necesario realizar un ejercicio de análisis lógico respecto a las normas y requisitos contenidos en el artículo 630 del COIP.

I. Análisis lógico del sistema normativo que regula la suspensión condicional de la pena

La pena privativa de libertad, por mandato de la Constitución Ecuatoriana, en el Artículo 201, debe estar orientada a la rehabilitación integral y a la reinserción social del penado. Sin embargo, la realidad carcelaria en nuestro país indica que los efectos de la prisión están muy lejos alcanzar esta quimérica enunciación de principios. Por esta razón, observando los principios clásicos del derecho penal, como el derecho de ultima ratio o de mínima intervención penal, resulta lógico la inclusión de un sistema alternativo a la prisión para delitos que son menos graves o sancionados con penas de corta duración (Muñoz Conde, 2010).

Los beneficios de la suspensión condicional de la pena buscan evitar la posibilidad que penas privativas de libertad de corta duración se ejecuten, partiendo de la idea que, en la realidad, el sistema de rehabilitación no cumple con sus postulados de reeducación, resocialización y reinserción, ocasionando que los efectos de la ejecución

de la pena privativa de libertad en centros carcelarios puedan ser contraproducentes para el sentenciado² (Mathiensen, 2003).

En este sentido, respecto a los fines de la pena, el Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado examinando factores preventivo generales en la suspensión de la pena, además de los preventivos especiales, en los siguientes términos:

La necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presentan un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales supuestos, no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impedirá alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo. (2007)

Se puede afirmar entonces que el fundamento de este instituto radica en la ineficiencia del sistema de rehabilitación y, a su vez, en la imposición de penas cortas de prisión, evitando que, como consecuencia de la prisión, exista contagio carcelario, por lo que se busca evitar los efectos perniciosos del ingreso en prisión para condenados primerizos y con ello evitar las falencias del sistema penitenciario (Osset, 1997).

En nuestras palabras, evidenciamos que este beneficio tiene como objetivo evitar que el condenado privado de su libertad a penas menores vuelva a delinquir y pueda optar por un tratamiento alternativo de reeducación sin necesidad de restringir su libertad y exponerlo a un sistema carcelario obsoleto e ineficaz, siempre y cuando se cumplan con los requisitos descritos en el artículo 630 del COIP.

2 Dos son las directrices que guían esta exposición. En primer lugar, los componentes principales de la ideología de la rehabilitación han cambiado poco desde el siglo XVII hasta nuestros días. Las ideas de rehabilitación vigentes hoy son las mismas que prevalecían ya cuando la prisión fue inventada. En segundo lugar y considerándola en sus intentos más cabales de lograr la rehabilitación, la cárcel no ha funcionado según lo planteado. En la práctica, la rehabilitación y el retorno a la competencia no se ha producido.

Una vez establecidos los fundamentos de este beneficio, es necesario realizar un ejercicio de análisis lógico respecto a los requisitos contenidos en la norma con la finalidad de identificar lagunas en el sistema normativo que regula el acceso a la suspensión condicional de la pena.

Para el desarrollo del presente ejercicio, se utilizará el *modelo de análisis lógico* de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (2018), modelo que fue desarrollado en 1971, en su publicación *Normative Systems*, obra en la que proponen un modelo lógico con reglas de inferencia aplicables a los sistemas normativos en general.

El objetivo del presente análisis es resaltar algunos problemas que pueden presentarse en el caso del sistema normativo que regula el acceso al beneficio de la suspensión condicional de la pena, basados en el *modelo de análisis lógico* que permite la identificación de reglas, en primer lugar, para luego reducir estas reglas a todos los casos hipotéticos aplicables, con la finalidad de resaltar circunstancias que no se encuentren previstas en la norma, identificando vacíos o lagunas normativas.

Para Alchourrón y Bulygin (2018) la dogmática jurídica es una actividad compleja en la que pueden y deben distinguirse por lo menos tres etapas distintas 1) la identificación de las normas jurídicas, 2) la sistematización de tales normas, y 3) la modificación o transformación de los sistemas jurídicos.

Partiendo de esta idea, en el presente trabajo se realizarán los dos primeros pasos propuestos por los autores con la finalidad de identificar posibles lagunas normativas en el sistema que regula el acceso a la institución de la suspensión condicional de la pena, para por último, analizar si este sistema es coherente o no, basados concretamente en el modelo de coherencia normativa de los sistemas jurídicos propuesto por MacCormick³ (1978).

3 Según el autor escocés, la coherencia es la relación entre normas y principios: un sistema normativo es coherente con relación a un principio (o conjunto de principios) si sus normas se subsumen en tal principio. Esta noción de coherencia

II. Identificación y Sistematización.

2.1. El universo del discurso (UD)

El caso jurídico que analizaré es sobre la regulación de los requisitos para la aplicación del beneficio conocido como *suspensión condicional de la pena* regulado en el Artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal.

En este sentido, de la lectura de la normativa objeto de este análisis, surge el cuestionamiento, ¿en qué circunstancias el condenado con pena privativa de libertad puede solicitar la aplicación de la suspensión condicional de la pena?

Esta situación constituye el *Universo del Discurso* (UD en adelante)⁴. Según Alonso (2018), el UD delimita el ámbito de análisis, ya que solo interesan aquellos estados de cosas que pueden ser encuadrados en ese UD, esto nos lleva a que en el caso concreto, el UD consista en todo el estado de cosas o situaciones en las cuales el condenado a prisión tiene acceso a la suspensión condicional de la pena, en consecuencia, esos casos fácticos que se deduzcan conformarán nuestro *universo de casos*, los mismos que serán tratados en el siguiente apartado.

2.2 El ámbito fáctico del problema: el universo de casos (UC)

Delimitado el UD, la próxima cuestión es la siguiente: ¿bajo qué circunstancias es permitido para el condenado a prisión acogerse a este beneficio?

propuesta será utilizada para analizar si el sistema normativo que regula el acceso a la suspensión condicional de la pena es un sistema coherente con el principio de mínima intervención penal.

4 Sobre la noción de Universo de del Discurso véase Alchurón y Bulygin (1971).

La respuesta depende de las circunstancias que el legislador ha tenido en cuenta, por lo que a partir de estas circunstancias (o propiedades fácticas), se constituirá el *Universo de Casos* (UC en adelante)⁵.

Ahora bien, del análisis del artículo 630 del COIP, se deducen las siguientes normas:

N1: La suspensión condicional de la pena podrá solicitarse en primera instancia, en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores.

N2: La suspensión condicional de la pena podrá solicitarse si se acreditan todos los requisitos enumerados en el artículo 630 del COIP⁶.

Una vez delimitadas las normas contenidas en el artículo, partimos de la idea que el UC debe ser “*conjuntamente exhaustivos, mutuamente excluyentes y lógicamente no vacíos*” (Alonso, 2016). De estas normas se deduce el siguiente *universo de casos*:

A. Que el condenado solicite en primera instancia, en la audiencia de juicio, o dentro de las 24 horas posteriores, la aplicación de la suspensión condicional de la pena, y acredita los requisitos enumerados en el artículo 630 del COIP.

B. Que el condenado solicite en segunda instancia, fuera de la audiencia de juicio, o fuera de las 24 horas posteriores, la aplicación de la suspensión condicional de la pena, y acredita los requisitos enumerados en el artículo 630 del COIP.

C. Que el condenado solicite en primera instancia, en la audiencia de juicio, o dentro de las 24 horas posteriores, la aplicación de la suspensión condicional de la pena, pero no acredita los requisitos enumerados en el artículo 630 del COIP.

5 El UC es el conjunto de todos los casos mínimos posibles. Alonso (2018).

6 Requisitos relacionados con la duración de la pena, sobre la peligrosidad del autor y el tipo de delito.

D. Que el condenado solicite en segunda instancia, fuera la audiencia de juicio, o fuera de las 24 horas posteriores y no acredite los requisitos enumerados en el artículo 630 del COIP.

E. Si el procesado es absuelto en primera instancia, condenado por primera vez en segunda instancia, y acredita los requisitos enumerados en el artículo 630 del COIP.

Con base en el UC descrito, proponemos la siguiente matriz:

Tabla 1. Matriz del sistema normativo que regula el acceso a la suspensión condicional de la pena⁷.

N1	N2	A	B	C	D	E
+	+	<i>Pp</i>				
-	+		<i>Vp</i>			
+	-			<i>Vp</i>		
-	-				<i>Vp</i>	
+	+					?

De la matriz propuesta se observa que el sistema normativo conformado por las normas N1 y N2, respecto a los requisitos para la aplicación de la suspensión condicional de la pena, es dependiente

7 Para el desarrollo de esta matriz, es necesario utilizar los operadores deónticos descritos por Alonso (2016: 55) en este sentido, una misma acción en algunas ocasiones puede ser obligatoria, en otras prohibidas, o en otras ocasiones simplemente permitida. Los cuatro operadores deónticos utilizados son: Obligatorio (O), Prohibido (V), Facultativo (F), y Permitido (P).

En la matriz encontramos con un signo positivo (+) cuando se acredita la norma aplicable; y, con (-) cuando no se encuentra acreditada la condición contenida en las normas propuestas: N1 y N2. Los literales A, B, C, D y E, corresponden al Universo de Casos (UC) planteado.

la N1 de la N2, resultando una condición necesaria, es decir, deben concurrir todos los elementos para que la institución sea permitida.

Además, como se desprende de los casos B y D, la suspensión condicional de la pena resulta prohibida si se la solicita en segunda instancia, fuera de la audiencia de juicio o fuera de las 24 horas próximas.

Respecto al caso E, se desprende que el sistema normativo es incompleto, ya que pese a solicitar la suspensión condicional de la pena por primera vez al ser recién condenado en segunda instancia, y, por otro lado, al acreditar los requisitos enumerados en el Art 630 del COIP, esta circunstancia no se encuentra regulada ni prevista, por lo que evidentemente estaríamos ante una *laguna normativa*⁸.

En conclusión, del anterior análisis se deducen las siguientes reglas:

1. En el caso A, es permitida la aplicación de la suspensión condicional de la pena al cumplirse las dos condiciones necesarias conjuntivas, al ser solicitada en primera instancia, en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores y al cumplirse con los requisitos enumerados en el artículo 630 del COIP **A: (N1[^] N2 → Pp)**.
2. En los casos B, y D es prohibido la aplicación de la suspensión condicional de la pena al no ser solicitada en primera instancia, en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores. **B,D: (~N1 → Vp)**.
3. En el caso C, es prohibido la aplicación de la suspensión condicional de la pena al no cumplirse con los requisitos sobre el tiempo de la pena, la peligrosidad del sujeto sobre la naturaleza del delito, enumerados en el artículo 630 del COIP.

8 Se afirma que existe una laguna normativa cuando determinado caso genérico relevante no es correlacionado con alguna solución normativa. Ver: Alchurrón y *Bulygin Normative Systems* (1971).

C: ($\sim N2 \rightarrow Vp$).

4. En el caso E, el procesado que fue absuelto en primera instancia y condenado en segunda instancia, si solicita por primera vez la suspensión condicional de la pena, y acredita los requisitos enumerados en la normativa, esta situación no se encuentra prevista por la norma (*laguna normativa*). E: ($N1 \wedge N2 \rightarrow ?$)

Partiendo de este análisis, evidenciamos dos problemas contenidos en el sistema normativo descrito: el primero surge respecto a los casos B y D. ($B, D \rightarrow Vp$), puesto que existe una restricción frente a la posibilidad de aplicación de la suspensión condicional de la pena, que versa sobre el momento procesal en que se la solicita. Cabe preguntarse entonces, si esta limitación es coherente, y en su caso, con relación a que principio o principios, o en su defecto, cual es el fundamento para la restricción a este beneficio.

El segundo problema parte de la existencia de una *laguna normativa*, como se observa del caso E, respecto del procesado que es condenado por primera vez en segunda instancia, resultándole imposible cumplir con la solicitud de la aplicación de este beneficio, en primera instancia, dentro de la audiencia de juicio, o dentro de las veinticuatro horas posteriores. En conclusión, pese a que se acreditan los requisitos establecidos en la ley y al solicitar la suspensión condicional de la pena por primera vez, esta situación no se encuentra regulada ni prevista en la ley.

Por todo lo antes expuesto, surge la pregunta: ¿bajo qué principio o principios se justifica la prohibición en segunda instancia de la aplicación de la suspensión condicional de la pena?

Para dilucidar esta interrogante, es necesario realizar el respectivo *análisis de coherencia* del sistema normativo descrito, con la finalidad de identificar la justificación de la restricción antes expuesta, a través de la identificación de principios o del principio que justifica tal sistema normativo.

III. Análisis de coherencia del sistema normativo que regula la suspensión condicional de la pena.

Alonso (2016), sostiene que la coherencia es el último nivel interpretativo, al cual se arriba una vez que se han identificado las normas de manera aislada y que han sistematizado, agrupándolas bajo el criterio unificador brindado por el UD. En este nivel de la coherencia las reglas (identificadas y sistematizadas) son evaluadas y comparadas con aquellos principios jurídicos que rigen en el sistema normativo involucrado.

En el mismo sentido, MacCormick (1978) sostiene que el fenómeno de la coherencia debe ser distinguido del de la consistencia. Según el autor, mientras la consistencia es una relación entre reglas, la coherencia es una relación entre reglas y principios, en consecuencia, un sistema normativo, como el del caso concreto, puede ser consistente y a la vez incoherente.

Por lo que la coherencia es una relación según la cual un conjunto de reglas se subsume en un conjunto de principios o valores relevantes, por lo tanto, las reglas coherentes satisfacen o se justifican a esos principios o valores.

Corresponde entonces identificar cuáles son los principios o principio jurídico que justifica la institución de la suspensión condicional de la pena, en primer lugar, para posteriormente, corroborar si la restricción al acceso en segunda instancia a este beneficio, se encuentra justificada bajo estos principios.

Para identificar este principio es necesario partir de lo establecido en el Artículo 3 del COIP, el mismo que de manera textual manda:

La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales. (COIP, 2019)

Como se menciona en la normativa citada supra, la privación de libertad, es el último recurso cuando no han sido suficientes los mecanismos

alternativos, tal como es la institución de la suspensión condicional de la pena. Por lo que se infiere que la suspensión condicional de la pena se fundamenta en el principio de mínima intervención penal.

Bajo esa idea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España (2016) ha señalado que el principio de mínima intervención penal, denominado también “principio de ultima ratio”, implica que las sanciones penales se han de limitar al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones o incluso de la tolerancia de los ilícitos más leves, es decir, el derecho penal una vez admitido su necesidad, no ha de sancionar todas las conductas lesivas a los bienes jurídicos que previamente se han considerado dignos de protección, sino únicamente las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Por tanto, recurrir al derecho penal ha de ser la “última ratio” a utilizar a falta de otros medios lesivos. El principio responde a una doble naturaleza: Por un lado, la de no penalizar comportamientos que son únicamente relevantes para la moral y no afectan bienes jurídicos; y por otro, como límite de la función judicial en la aplicación de las penas.

Partiendo de lo expuesto, el fundamento teleológico de la suspensión condicional de la pena radica en la posibilidad de tolerancia de los ilícitos más leves en beneficio del condenado, con la aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad, en relación con el principio de mínima intervención penal o ultima ratio.

Con la finalidad de dilucidar la interrogante antes propuesta: ¿bajo qué principio se justifica la prohibición en segunda instancia sobre la aplicación de la suspensión condicional de la pena regulada en el artículo 630 del COIP? Es necesario realizar el siguiente análisis de coherencia:

Partiendo de la matriz del sistema normativo elaborada, la regla A: $(N1 \wedge N2 \rightarrow Pp)$, se fundamenta en el principio de mínima intervención penal.

El principio de mínima intervención penal (**PMIP**) establece la posibilidad de tolerancia de los ilícitos más leves sancionados con penas bajas en beneficio del condenado con la aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad.

Una vez propuesto el principio, corresponde verificar si rige efectivamente en el sistema normativo involucrado, en este sentido, el análisis de coherencia se expresaría de la siguiente manera:

A: $(N1 \wedge N2 \rightarrow Pp)$

PMIP: $(A \rightarrow Pp)$

(PMIP) estipula que en el caso A, si la suspensión condicional de la pena es solicitada en primera instancia (N1) y (\wedge) si se acreditan todos los requisitos enumerados en el Art. 630 del COIP (N2), entonces (\rightarrow) la suspensión condicional de la pena es permitida (Pp)

Ahora bien, respecto a los casos B y D, el análisis se configuraría de la siguiente manera:

B,D: $(\sim N1 \rightarrow Vp)$.

PMIP: $(B,D \rightarrow Vp)$

En los casos (B,D) como se observa existe una contradicción respecto a la coherencia entre esta restricción con el PMIP, ya que en estos casos (B,D), resulta prohibida la aplicación de la suspensión condicional de la pena (Vp). Si partimos del fundamento del principio, este se centra en la posibilidad de tolerar ciertos ilícitos sancionados con penas bajas, en beneficio del condenado con la sustitución de la pena privativa de libertad por medidas alternativas; se desprende entonces que en los casos B y D, no se encuentra justificado la restricción en segunda instancia de la aplicación de este beneficio, ya que no se logró determinar que esta restricción se fundamente en la peligrosidad del sujeto, en el tipo de delito cometido, o en el tiempo de la pena privativa de libertad impuesta, sino únicamente al momento procesal en el que este beneficio es solicitado.

En consecuencia, en el sistema normativo descrito la cuestión versa sobre el momento procesal en el que se solicita ser beneficiario de esta institución, y no sobre lo relacionado con PMIP que se corresponde de manera directa con los requisitos establecidos en el artículo 630 del

COIP, ya que, pese a que se cumplen con estos requisitos, la pena impuesta es mínima y el sujeto no representa un peligro para la sociedad, la suspensión condicional de la pena resulta prohibida (Vp).

De lo expuesto, se concluye que solo el caso A es coherente con este principio, por lo que el sistema normativo que regula el acceso a la suspensión condicional de la pena es un sistema incompleto y no coherente, al observarse que el PMIP no se corroboraría en todo el UC que conforma este sistema.

IV. La coherencia como método para completar lagunas

Partiendo del análisis de la matriz del sistema normativo antes propuesto, en el artículo 630 del COIP existe una laguna normativa respecto al caso E. Este caso puede ser ejemplificado de la siguiente manera.

El sujeto A es condenado en primera instancia a 3 años de prisión por el delito de robo con fuerza en las cosas, A no tiene antecedentes penales, no tiene otra sentencia u otro proceso en curso, en fin, acredita todos los requisitos enumerados en el artículo 630 del COIP, por lo que la suspensión condicional de la pena es otorgada a su favor; por otro lado, el sujeto Z, que no tiene nada que ver con A ni con su participación, es absuelto en primera instancia por el delito de hurto de un celular, fiscalía apela a esta decisión, y en segunda instancia Z es condenado a 2 años de cárcel. Z solicita por primera vez la aplicación de la suspensión condicional de la pena y acredita todos los requisitos establecidos en el artículo 630 del COIP.

Partiendo de este caso, se evidencia que pese a que el delito en el segundo supuesto es menos grave, la solicitud de acceso a este beneficio solo se lo puede realizar en primera instancia, contraviniendo el principio de mínima intervención penal, así como, los fundamentos propios del beneficio de la suspensión condicional de la pena. En el mismo sentido, se evidencia que, si una persona es condenada por primera vez en segunda instancia, la posibilidad de acceso a este beneficio no se encuentra previsto en la norma.

En este contexto, Dworkin (1977) sostiene que un principio puede excepcionar a una norma, pero ellos no significan que el juez este creando una nueva norma de manera discrecional, sino que la creación judicial de normas responde a la necesidad de reafirmar un principio, en el caso concreto el principio de mínima intervención penal, que se vería vulnerando en caso de aplicar la regla en cuestión.

En el mismo sentido, Alonso sostiene que, ante un caso de laguna, el juez puede extraer del material jurídico preexistente alguna respuesta para solucionar el caso no solucionado (2018).

Partiendo de estas ideas, corresponde entonces a los jueces, desde el realismo jurídico, completar la laguna normativa contenida en el artículo 630 del COIP, para cumplir con esta posibilidad, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, a través de una absolucón de consulta no vinculante, respecto a esta problemática se ha pronunciado en los siguientes términos:

Es menester hacer hincapié que, para nuestro criterio, la suspensión es un derecho que puede ser reclamado por todo procesado (que cumpla con los parámetros dados por la ley) condenado, incluso ante el tribunal de apelación que así lo haga, pues la naturaleza de esta institución jurídica tiene como presupuesto la condena, independientemente del momento en que esta se produce, y así debe ser entendida. Aplicar la suspensión condicional de la pena privativa de libertad por parte del tribunal de apelación, desarrolla el principio de economía procesal, simplificación e igualdad ante la ley, pues permite que este derecho pueda ser reclamado y de ser el caso concedido, por todo condenado primario por una conducta reprochable, pero de menor relevancia penal, permitiendo así de mejor manera su efectiva resocialización y readaptación social (2019).

Este criterio, acorde al principio de mínima intervención penal, completa la laguna normativa expuesta, ya que permite la aplicación de este beneficio a los condenados por primera vez a penas mínimas, sin perjuicio del estado procesal en que se realiza la condena, sin embargo, de este criterio se puede identificar dos problemas: el primero y mas obvio, es que este criterio no es vinculante, por lo que los jueces de apelación pueden apartarse de esta absolucón de

consultas, lo que afecta al principio de seguridad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico.

Como consecuencia de lo anterior surge el segundo problema y es que, pese a la reforma realizada al Código Orgánico Integral Penal de 2019, este criterio no fue recogido en la reforma y a la actualidad no se ha modificado esta restricción al beneficio en segunda instancia contemplada en el artículo 630 del COIP, lo que contraviene el principio de legalidad en materia penal.

V. Conclusiones

El sistema normativo que regula el acceso a la suspensión condicional de la pena, contenido en el artículo 630 del COIP, es un sistema compatible pero incoherente, ya que si bien el texto de la norma es compatible con el sistema normativo penal, es decir no se presenta una antinomia o una contradicción normativa, este sistema en específico no se corresponde con el principio de mínima intervención penal, ya que, como se pudo evidenciar del análisis de coherencia realizado y de la matriz del sistema normativo propuesto, la restricción en segunda instancia a este beneficio no se corresponde con la peligrosidad del autor, con el tipo de delito cometido, o con el tiempo de la pena impuesta.

Como consecuencia de lo anterior, se observó que existe una laguna normativa respecto al procesado que es condenado por primera vez en segunda instancia, ocasionándole una limitación al acceso de este beneficio que podría llegar a ser restrictiva de derechos, ya que, pese a cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 630 del COIP, si esta solicitud no es realizada en primera instancia, este beneficio resultaría prohibido para el condenado.

En un sistema normativo garantista, los jueces pueden realizar una interpretación favorable respecto al procesado que es condenado por primera vez en segunda instancia y aplicar la absolución de consulta no vinculante No. 953-P-CNJ-2019 de la Corte Nacional de Justicia, concediendo este beneficio pese a que no es solicitado en audiencia

de juicio o en primera instancia, con la finalidad de completar la laguna normativa desde el realismo jurídico.

La existencia de este criterio no vinculante, pese a que completa la laguna normativa descrita, contraviene el principio de legalidad en materia penal, por lo que es necesaria una reforma al artículo 630 del COIP, que recoja el criterio de los jueces de la Corte Nacional de Justicia, y se permita el acceso al beneficio de la suspensión condicional de la penal a todos los sentenciados por primera vez, sin perjuicio del estado procesal en que fueren condenados, siempre y cuando se acrediten los requisitos enumerados en la normativa con relación al principio de mínima intervención penal.

Referencias Bibliográficas

Textos Jurídicos

Alonso, J. (2016). *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot.

Alonso, J. (2018). *Principios jurídicos implícitos*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Dworkin, R. (1977) *Taking Rights Seriously* (Traducción al castellano de Marta Guastavino), Barcelona: Ariel.

MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.

Mathiensen, T. (2003). *Juicio a la Prisión*. Buenos Aires: Edición Ediar.

Muñoz Conde F; García Arán, M. (2010) *Derecho Penal*. Parte General. 8º Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Osset, N. *Suspensión de la pena privativa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

Decisiones judiciales

Presidencia de la Corte Nacional de Justicia. Absolución de consultas criterio no vinculante No. NO. OFICIO: 953-P-CNJ-2019. 10 de diciembre de 2019

Tribunal Constitucional Español, Sentencia N° 222/2007 (15 de enero 2007)

Tribunal Supremo de España, Sala Penal (29 de Marzo 2016) Sentencia No. 82. Juez ponente: José Carlos Gómez de Liaño Polo

Dolo: ¿Conocimiento y voluntad?.

Willful misconduct: ¿ Knowledge and will?

Abg. Francisco Moreno*

Investigador Jurídico Independiente

Abg. Gianina Naranjo**

Investigadora Jurídica Independiente

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 8 de septiembre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 12 de diciembre, 2020

Citación

Moreno, F. y Naranjo, G. (2020). *Dolo: ¿Conocimiento y voluntad?*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (533-559).

DOI: 10.26807/rr.vi02.43

Resumen: El dolo, desde la perspectiva de la doctrina mayoritaria, se compone de dos elementos: uno cognitivo y uno volitivo. Si bien la doctrina afianzada ha desarrollado estos elementos de manera prolija y convincente, los problemas se reflejan en su aplicación en la realidad jurídico-procesal, en donde el elemento subjetivo de la voluntad (el más problemático), parece imposible de probar y, en este contexto, se recurre a soluciones que podrían interpretarse como contradictorias respecto de dicha conceptualización. Así, observamos

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Libre ejercicio de la profesión. Correo electrónico: fmoreno@morenotorreslegal.com

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Actualmente se encuentra en el libre ejercicio de la profesión y es candidata a Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales en la Universidad de Sevilla. Correo electrónico: gianinananarjan@gmail.com

algunas teorías y soluciones jurisdiccionales como la utilización de la teoría de la probabilidad, la deducción del elemento volitivo o, incluso, la falta de valoración del elemento volitivo en el caso concreto. Ello nos lleva a preguntarnos si es necesaria la voluntad para la fundamentación del dolo o si, por el contrario, es un criterio doctrinal de imposible aplicación práctica. La respuesta, desde la perspectiva de este artículo, la encontraremos en el desarrollo jurisprudencial y, en cierta medida, en aquella doctrina minoritaria que considera que el elemento volitivo es irrelevante para la configuración del dolo.

Palabras clave: Dolo. Conocimiento. Voluntad. Imprudencia. Dolo eventual.

Abstract: *Willful misconduct, from the most doctrinally accepted perspective, is made up of two elements: knowledge and will. Although the established doctrine has developed these elements in a neat and convincing manner, the problems are reflected in their application during criminal procedures, where the subjective element of the will (the most problematic), seems impossible to prove and, in this context, the real application of the concept could be interpreted as contradictory with its elements. Therefore, we observe the application of the theory of probability, the deduction of the volitional element based on the knowledge of the elements that make a behavior typical, or even the lack of valuation of the will in the concrete case. This leads us to wonder if the will is necessary for the foundation of willful misconduct or if it is a doctrinal criterion of impossible practical application. The answer, from the perspective of this article, will be found in the jurisprudential development and, to a certain extent, in that minority doctrine that considers that the volitional element is irrelevant to the configuration of willful misconduct.*

Keywords: *Willful misconduct. Knowledge. Will. Negligence. Willful Blindness.*

Introducción

El dolo, ya como elemento de la culpabilidad (causalismo) o como elemento del tipo (doctrina moderna), ha transitado por un amplio desarrollo dogmático y jurisprudencial que, actualmente, lo define -de acuerdo con la doctrina mayoritaria- como el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo; es decir, que se compone de un elemento cognitivo y un elemento volitivo.

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en relación con lo expuesto, considera que el dolo, como elemento subjetivo del tipo, se compone de dos elementos básicos: el conocimiento y la voluntad, esto es, el saber y querer realizar el tipo. Esta es la línea que sigue nuestra jurisprudencia, en concordancia con la norma prevista en el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) (2014, Art. 26), si bien sin la última reforma del 2019, pero que, como se observará posteriormente, sigue requiriendo el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo.

A nivel adjetivo se constata que en el curso del proceso penal debería probarse el elemento cognitivo y volitivo del dolo como fundamento de la responsabilidad penal. Siendo materia de esta investigación el elemento volitivo, cabe manifestar que la doctrina lo ha definido conceptualmente ya como “la decisión en contra del bien jurídico” (Roxin, 1997; Díaz Pita, 2005); “el querer al menos en el sentido de aceptar” (Mir, 2016); “aprobar o consentir” (teorías del consentimiento); o, “tolerar el resultado, aceptar la configuración del tipo” (Stratenwerth, 2005); empero, la realidad es que se suelen presentar deficiencias en la aplicación procesal concreta cuando nos encontramos sobre la delgada línea entre el dolo eventual y la culpa consciente, o sobre la valoración y prueba de un elemento interno y subjetivo del sujeto.

Si bien el objeto del presente artículo será el componente adjetivo o de aplicación en la realidad procesal del dolo, para el efecto se requerirá un análisis doctrinal de las teorías del dolo más relevantes en la actualidad.

Para ello se desarrollará de forma sucinta en primer lugar, la teoría aceptada por la doctrina mayoritaria; posteriormente, aquella que postula la idea de la configuración del dolo sin voluntad (cognitiva subjetiva); a continuación, la teoría del dolo como atribución normativa (cognitiva normativa); posteriormente se realizará un análisis jurisprudencial de la relevancia del elemento volitivo en la configuración del dolo en función de las teorías previamente observadas; y, finalmente, se estudiará la reciente reforma normativa al concepto del dolo en el Ecuador.

I. Metodología

El presente artículo, por la naturaleza del tema investigado, se desarrolló sobre la base de un enfoque cualitativo, aplicando a su vez el método deductivo para el análisis de criterios doctrinales en relación con el dolo como elemento del tipo y fundamento de la pena, desde las teorías: volitiva, cognitiva subjetiva y cognitiva normativa para, finalmente, realizar un estudio de la aplicación práctica de dichos conceptos en el ámbito procesal de países como España, Perú, Colombia y Ecuador. Ello con el fin de determinar la aplicabilidad práctica o no del concepto tradicional de dolo como conocimiento y voluntad de la realización del tipo en el marco de un proceso penal concreto.

II. Resultados

- a) Para la doctrina mayoritaria el dolo se compone de dos elementos: conocimiento y voluntad.
- b) La voluntad puede interpretarse como el comportamiento humano desplegado por el sujeto una vez que ha conocido los elementos que hacen típica la conducta.
- c) Para la teoría volitiva, la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente radica en el querer o no de la realización del resultado (consentir, aceptar).

- d) El elemento volitivo es irrelevante para la configuración del dolo de acuerdo con las teorías cognitivas (cognitiva subjetiva y cognitiva normativa).
- e) La diferencia conceptual y de aplicación práctica entre dolo eventual y culpa consciente constituye un tema de amplia discusión en la doctrina. La jurisprudencia, suele resolver dichos problemas en base a la aplicación de la teoría del consentimiento o la teoría de la probabilidad.
- f) El elemento volitivo, al ser valorado desde la esfera interna del sujeto activo, no se prueba en la práctica procesal.
- g) En la práctica, los Tribunales Penales al imputar un delito a título de dolo no evidencian valoración de prueba en relación con el elemento volitivo, sino que lo deducen del conocimiento. En ocasiones, ni siquiera lo mencionan.
- h) El dolo en el Ecuador, a partir de la reforma al COIP efectuada en el 2019, de acuerdo con el criterio de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia desarrollada con anterioridad a la misma, se compone de conocimiento y voluntad.
- i) A fin de evitar la existencia de subjetividad en el curso de un proceso penal, se debe entender a la voluntad como algo inherente a cualquier comportamiento humano y por tanto irrelevante como elemento para configurar el dolo.

III. Discusión

3.1 El dolo, como criterio de imputación subjetiva

3.1.1. Doctrina mayoritaria

El concepto de dolo, como elemento subjetivo del tipo penal y fundamento de la pena, ha sido ampliamente discutido por la doctrina y analizado desde varias teorías. No obstante, el que mayor acogida ha tenido en la doctrina mayoritaria es aquel que incluye dos elementos: el volitivo y el cognitivo.

Los partidarios de esta teoría definen al dolo como el conocimiento y voluntad en la realización de los elementos del tipo penal, de manera que el resultado es una consecuencia de aquello que es conocido y a su vez querido por el autor (Polaino, 2015). En este sentido, el dolo se constituye como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce como contrario a la ley (Carrara citado por Peña, 2017).

Tanto el elemento volitivo (relativo a la voluntad de realización de la conducta) como el elemento cognitivo (referente al conocimiento previo a la ejecución del tipo), revisten gran complejidad tanto en su delimitación conceptual como en su aplicación y prueba en un caso concreto. Ello en virtud de que, desde la perspectiva de esta teoría, el dolo tendría un doble componente psicológico que debería demostrarse en el marco de un proceso penal para que el reproche a título de dolo se encuentre justificado.

El elemento volitivo implica la predisposición del sujeto de ejecutar una acción determinada, tolerar el resultado y aceptar la configuración del tipo como consecuencia de dicha acción (Stratenwerth, 2005). Por ende, el dolo se configura cuando el sujeto quiere o persigue la producción del resultado delictivo como consecuencia de su propia acción y se atribuye alguna influencia en su producción (Cerezo, 2000).

Para Jescheck (2002) “el elemento volitivo del dolo, consiste en la resolución dirigida a la realización de la acción típica y en la ejecución de tal decisión (...) en la intención, también estriba el alcanzar el resultado típico” (p.216). Es decir que el sujeto debe querer realizar la acción típica y aceptar el resultado que dicha acción producirá en relación con el bien jurídico o, como lo entiende Roxin (1997), adoptar una decisión en contra del bien jurídico y ejecutar un plan conforme a dicha decisión.

El elemento cognitivo, por su parte, se refiere a que el sujeto debe saber qué es lo que hace y conocer aquellos elementos que caracterizan a su conducta como típica, entre los cuales debería abarcar: sujetos, conducta, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc. (Muñoz y García, 2010, p.268).

Welzel, por su parte, determina que “*toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, esto es, por la consciencia de lo que se quiere (momento intelectual)*”. (p. 265). Este autor considera que el elemento intelectual comprende el conocimiento actual de las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal. Es así como el conocimiento determinará el objeto sobre el cual recaerá la voluntad y el límite de esta.

Concordante con este criterio, Peña (2017) considera que este elemento “*apunta hacia la conciencia exigida de los elementos objetivos por parte del autor desde una valoración ex ante*” (p. 519). En esta misma línea, Bacigalupo (1999) determina que el conocimiento exigido por el dolo es conocimiento de cada uno de los elementos objetivos del tipo, es decir, que el sujeto, a pesar de conocer que una conducta se encuentra prohibida, la ejecuta en contra del bien jurídico.

Es importante considerar que, para esta teoría, tanto en el dolo de primer grado, en el de segundo grado y en el eventual, existirá un momento intelectual y otro volitivo, siendo el elemento volitivo el de mayor trascendencia incluso para determinar si el delito fue cometido con dolo o por imprudencia, y ello tendrá consecuencias jurídicas en la gravedad de la conducta y la pena asociada a la misma.

Este criterio aceptado por la doctrina mayoritaria ha sido objeto de crítica por parte de autores como Corcoy Bidasolo y Gimbernat, quienes consideran que:

- a) Tanto a nivel conceptual como aplicativo, el elemento volitivo se encuentra en contradicción con el principio de culpabilidad ya que, al pretender determinar qué quiso el autor al momento de realizar la conducta, se requeriría efectuar un juicio sobre la personalidad del autor y realizar un análisis de su esfera íntima, prescindiendo de su conducta.
- b) Implicaría constatar un hecho (pensamiento) que en la realidad pragmática no existe, por lo que se requeriría acudir a una presunción, es decir, “a un querer presunto” (Sánchez, 2017).

En este contexto y como una crítica a la teoría de voluntad, aparece la teoría cognitiva con sus enfoques psicológico cognitivo y normativo cognitivo, como una propuesta que pretende superar los problemas conceptuales y de aplicación del elemento volitivo como componente esencial para la configuración del dolo.

3.1.2. Teoría cognitiva subjetiva

De acuerdo con Alcócer (2018), los partidarios de la teoría del dolo cognitivo prescinden del “querer” y afirman la existencia del dolo siempre que el sujeto se haya representado como posible que el resultado podía ocurrir (teoría de la representación) o haya actuado con conciencia de estar creando un riesgo “elevado” de realización del tipo penal (teoría de la probabilidad).

En este sentido, existirá dolo cuando el sujeto actúe con conocimiento de los elementos del tipo objetivo que caracterizan a la conducta como generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta a un determinado bien jurídico protegido por el Derecho Penal (Bacigalupo, 1984, p.307).

De acuerdo con Von Liszt (1999), el dolo “es la conciencia del autor de que su acto ataca, lesionando o poniendo en peligro, los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o de una colectividad” (p.414), es decir que el sujeto actúa, a pesar de que conoce que su acto se encuentra social y jurídicamente desaprobado y, por lo tanto, merece un reproche mayor que quien actúa sin dicho conocimiento.

Para este doctrinario, la configuración del dolo requiere el análisis de la representación voluntaria del autor en relación con el acto; las circunstancias en las que el mismo es ejecutado; el grado de previsibilidad del resultado; y, la conciencia sobre la causalidad o no del resultado de sus acciones, dependiendo si el delito se ejecuta en modalidad comisiva u omisiva.

La esencia del dolo, en este orden de ideas, se encuentra en la representación del resultado como posible y la ejecución de la conducta que conduce a su efectiva producción; sin olvidar que para ello el autor conoce que dicha conducta se encuentra prevista en una norma penal como delito (Von Liszt, 1999).

Ahora bien, los defensores de la teoría cognitiva subjetiva exigen probar la efectiva existencia del elemento cognitivo en la mente del autor; sin embargo, es necesario considerar que al no tomar en cuenta (por ser irrelevante o imposible de probar) el elemento volitivo, se requiere la aplicación de un parámetro que conlleve a la imputación del delito dependiendo del grado de conocimiento del autor.

Por tal motivo, la doctrina desarrolla la teoría de la representación y una de sus especies, conocida como teoría de la probabilidad. La primera, vinculada a la del dolo psicológico cognitivo, determina que “existe dolo cuando el sujeto activo conoce el peligro concreto de lesión e imprudencia cuando conoce el peligro abstracto” Schmidhauser (1975), citado por Gimbernat (1981, p.182).

La segunda, por su parte, considera que el dolo se configura si, pese a haberse representado como probable la realización del tipo, el sujeto decide actuar (Ragués I Vallès (1999). Ahora bien, en cuanto al límite entre dolo eventual y culpa, Corcoy (2008) manifiesta que

existe dolo eventual cuando la producción del resultado es probable y culpa cuando es posible (en la mente del autor).

La diferencia entre las teorías de la voluntad y de la representación radica en que las primeras enfrentan al sujeto con el resultado, y las segundas, lo enfrentan únicamente con la situación peligrosa; por consiguiente, lo importante será la representación que el sujeto activo tiene en relación con el riesgo que su conducta -acción u omisión- crea para el bien jurídico protegido (Gimbernát, 1981). Por ello, la voluntad en sí mismo, resulta poco o nada relevante.

El enfoque psicológico cognitivo ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, por cuanto el conocimiento, desde esta perspectiva psicológica, reviste en cierto modo el mismo grado de complejidad que la voluntad en cuanto a su delimitación y prueba, al ser un componente interno (mental) del autor.

Por otra parte, respecto de la teoría de la probabilidad se plantean objeciones en el sentido de que no se puede (o debe) determinar la frontera entre el dolo y la culpa con base en criterios cuantitativos del riesgo ya que, a nivel aplicativo, en muchos casos, este grado de probabilidad es incierto o de difícil determinación.

Al respecto, surge la interrogante de si el conocimiento debe ser entendido como una realidad interna en la mente del autor susceptible de ser probada o si, por el contrario, éste debe ser atribuido mediante criterios normativos.

En función de esta interrogante podemos afirmar que el enfoque cognitivo psicológico ha ido progresivamente perdiendo fuerza, en la medida en que el funcionalismo constituye en la actualidad la teoría que mayor acogida ha tenido en un mundo en el que los roles sociales, el principio de confianza y el riesgo permitido se han implantado como el límite de la actuación lícita de sus integrantes. Es así que a continuación, abordaremos el enfoque normativo cognitivo del dolo.

3.1.3. Teoría cognitiva normativa

Los partidarios del enfoque normativo cognitivo, entre los cuales se encuentra Jakobs (1997), parten de la consideración de que el elemento determinante en el dolo como conocimiento no se encuentra en la mente del autor de un acto en específico sino en el significado que dicho acto tiene en la sociedad en concreto. En este sentido, García (2008) considera que el dolo no es un elemento del tipo que debe constatararse ni probarse, sino imputarse (p.408); ello debido a que dentro de una postura normativista importa lo que el sujeto debía saber y no lo que podía conocer o podía saber (Caro, 2014).

Por esta razón, Puppe (2010), parte de diferenciar el peligro de dolo desde la perspectiva de que la conducta constituye un método idóneo para producir el resultado y por ello, no importaría cuál es la actitud de la persona frente a la representación, sino cual sería en esas circunstancias, la actitud de una persona razonable y conocedora.

Desde otro punto de vista, de acuerdo con Laurenzo (1999), quien interpreta la teoría de Frisch, el dolo debe entenderse como representación del peligro concreto, que el autor tome posición personal frente a esa representación y actúe aun conociendo la posibilidad de realización del peligro que afectará a un determinado bien jurídico. La determinación del dolo, por ende, supondrá la realización de un juicio normativo de imputación que se efectuará a partir de parámetros externos de la conducta del sujeto activo.

De acuerdo con esta línea doctrinal, el conocimiento de las circunstancias es justamente el conocimiento del riesgo típico y no del resultado; no obstante, toda vez que el sujeto es consciente del peligro que conlleva su acción en referencia a la lesión del bien jurídico, su ejecución implica una auténtica decisión en contra del bien jurídico (Ragués I Vallés, 1999). Esta postura evidencia la irrelevancia del elemento volitivo en la configuración del dolo pero además, la importancia de la creación y representación del riesgo como parámetro para la imputación del resultado al autor.

Este criterio coincide con el expuesto por Feijoo Sánchez (2002), quien considera que el injusto doloso se caracteriza porque una persona toma la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer (abarcar intelectualmente) todas las circunstancias fácticas que convertirán ese hecho en un hecho típico.

No obstante, coincidimos con aquella línea doctrinal planteada por (Alcocer, 2018; Ragués I Vallès, 1999, pp.403-522) que postula que será necesario considerar, para la configuración del dolo lo siguiente:

- a) Si el agente en la situación concreta tenía la capacidad o no de evitar la realización del resultado lesivo;
- b) Si la persona, según las circunstancias, actuó con conocimiento del peligro concreto o inminente de la realización del resultado;
- c) La posición jurídica que ocupa el agente en el contexto concreto de la interacción en el que se desarrolle su comportamiento, es decir, la determinación del rol y el alcance de los deberes que, en el marco del mismo, le corresponden al sujeto.
- d) Los conocimientos mínimos con los que cuenta el autor (con lo cual se excluiría a los sujetos inimputables);
- e) Las transmisiones previas de conocimientos que se refieren a la experiencia adquirida en virtud de su interacción social;
- f) La exteriorización del conocimiento propio del sujeto en el marco de la ejecución de la acción u omisión en que se realiza el tipo (forma de ejecución);
- g) Las características personales del sujeto, dentro de las cuales se encuentran entre otras, su procedencia, grado de preparación académica y profesional, su contexto cultural, etc.; y,
- h) El conocimiento que tiene el autor en la situación concreta en función de su ubicación espacial, temporal y situacional.

Como se observa, desde esta perspectiva y de acuerdo con Cancio Meliá (2010), lo que busca la normativización del dolo es la eliminación de la idea de “la constatación de elementos subjetivos individuales (especialmente el volitivo) y la aproximación a una concepción (...) del dolo, como forma de imputación en las que se atribuye externamente una determinada actitud del agente” (p.49). Por lo tanto, este enfoque conlleva una forma de interpretar el comportamiento humano con independencia de la situación psíquica del autor (Greco, 2017 citado por Sánchez 2017, p.282).

IV. El dolo y su aplicación judicial

4.1. (Ir)Relevancia del elemento volitivo

Ahora bien, es necesario considerar que los elementos del dolo sometidos a valoración y, por tanto, a prueba, en virtud de la concepción tradicional de este elemento del tipo penal serían el conocimiento y la voluntad. Pero ¿es necesaria la voluntad para la imputación a título doloso?

O, por el contrario, la voluntad no es más que un elemento conceptual -a veces considerado desde la perspectiva de la conducta del sujeto (Silva Sánchez, 1992)- pero carente de aplicación procesal.

Para responder esta pregunta, debemos considerar que la relación que existe entre el conocimiento y la voluntad no es inversamente proporcional respecto de la imputación dolosa, pues, como acertadamente manifiesta Pabón: “la voluntad supone el conocimiento, pero de ninguna manera lo contrario” (2013, p.386). Esto quiere decir que la voluntad por sí sola no genera relevancia penal, y esto por la sencilla razón de que el Derecho Penal sanciona conductas, no meros pensamientos. Esta interpretación supone que el conocimiento es necesario, aunque todavía no suficiente, pero que la voluntad siempre es insuficiente, al menos por sí sola.

Luis Greco, en un interesante artículo, considera que el dolo se encuentra vinculado con el dominio sobre la realización del hecho. Así, negativamente, la mera voluntad no transforma en dolosa una conducta sobre la cual el sujeto no tiene dominio.

Es así como Greco considera que no se encuentra el papel (tan importante) que desempeña la voluntad, sino es su sentido, ya contrario o coincidente con lo que el sujeto conoce y domina (en relación con este tema, Corcoy Bidasolo, 2005, p.258). En caso de no existir dicha coincidencia, se pregunta, ¿por qué lo que no quiere el sujeto, debería tener más relevancia que aquello que conscientemente domina? Y responde, siguiendo a Herzberg y Puppe, que lo contrario otorgaría al sujeto la competencia para decidir la ocurrencia o no de una conducta dolosa en el caso concreto (2017, pp.22-24).

La aplicación -acertada- de dicho criterio provocaría que el sujeto que dispara a larga distancia (donde el resultado sería más una casualidad), queriendo matar a un tercero, actúe imprudentemente, considerando que no tiene el dominio del hecho. Entenderla como dolosa, supondría que “la mala voluntad pesa en contra del agente, aun cuando no hay dominio” (Greco, 2017, p.21).

Las teorías que sustentan el dolo desde el punto de vista del riesgo y, en consecuencia, se deslindan del elemento volitivo, llegan a las mismas conclusiones, toda vez que el riesgo generado por un disparo a esa distancia representa un riesgo o peligro ínfimo y, por lo tanto, la conducta será imprudente, a pesar de que el sujeto haya querido subjetivamente la muerte.

Esta línea de interpretación nos lleva a concluir que la voluntad por sí sola es insuficiente para sustentar o caracterizar la configuración del dolo. Y, desde otra perspectiva, confirmamos la necesidad y llegamos a la suficiencia (al menos desde el punto de vista de estas teorías) del conocimiento o representación del riesgo como fundamentación de la imputación dolosa, ello desde las teorías cognitivas.

Desde otro enfoque, si advertimos la interpretación de la voluntariedad como conducta humana, podremos observar que quien realiza

un comportamiento humano (voluntario) conociendo los elementos que lo hacen típico, actúa ya con dolo (Mir, 2016, p.268, en similar medida, Silva Sánchez, 1992). La voluntad, en este orden de ideas, es consecuencia indivisible del conocimiento del peligro representado y la ejecución de la conducta por el sujeto.

Puppe, por su parte, apunta que la voluntariedad puede tener repercusiones sobre la conducta y que la intención de producir el resultado no es importante respecto al tipo, sino que tendrá, a lo sumo, relevancia en la culpabilidad o medición de la pena (2010, p.103-104).

La interpretación previamente realizada, coloca a la voluntariedad como una consecuencia necesaria e inevitable del comportamiento humano en relación con el efectivo conocimiento de los elementos típicos del delito, así como las consecuencias (punibilidad) derivadas de la conducta, pero no conduce a la certeza de su necesidad en la imputación del dolo.

Esto se puede apreciar en el desarrollo aplicativo del dolo eventual, toda vez que dicha voluntad se encuentra matizada por concepciones difícilmente constatables en la realidad, como la de aceptar o consentir (teoría del consentimiento) y, en otras ocasiones, se la considera -parcialmente- indeterminable judicialmente (teoría de la probabilidad).

Ahora bien, aterrizando en la perspectiva procesal, esta última teoría del dolo (probabilidad), podría llevarnos a la conclusión de que, si en ocasiones podemos prescindir de la prueba de la voluntariedad, parece no ser un elemento necesario e indispensable para la configuración del dolo.

A nivel jurisprudencial, la delimitación del dolo eventual y la culpa consciente suele contradecir, al menos en la esencia, la tradición judicial que conceptualiza al dolo como conocimiento y voluntad. El Tribunal Supremo español, en un reciente fallo, partiendo de la diferenciación entre estos dos conceptos, prescinde para el efecto de la prueba y valoración del elemento volitivo del dolo, diferenciando

la imputación dolosa de la culposa en razón de la representación o conocimiento del peligro.

De igual manera, la jurisprudencia peruana, a pesar de que ha utilizado el criterio dominante del dolo como conocimiento y voluntad, en ocasiones prescinde de la voluntad, y entiende que, conceptualmente, el dolo sólo requiere que el autor haya conocido el peligro concreto que deriva de su acción o, dicho de otra forma, habrá dolo cuando el sujeto es consciente del probable o inminente peligro de la realización del tipo.

La razón para prescindir del elemento de la voluntad parece obvia, y es lo que acertadamente afirma el Tribunal Supremo español cuando considera que: “la estratificación de fenómenos psíquicos presenta una difícilísima comprobación empírica en el ámbito procesal. De ahí que se acuda a criterios normativos para solventar con pautas objetivables tan espinosa cuestión” (STS 5473/2010, 2010, p. 6; en sentido similar, Peña, 2017, p.535).

No obstante, en este punto, es necesario manifestar que, si bien las teorías de la probabilidad utilizadas por los tribunales son cognitivas, según la apreciación de algunos de ellos, no habría que abandonar el elemento volitivo (al menos en la conceptualización), porque si alguien ejecuta una acción que genera un riesgo elevado para el bien jurídico, conociendo que es probable que se produzca el resultado, se colige que lo asume, acepta o le es indiferente (STS 902/2010, 2010).

En este sentido, el elemento volitivo se deduce del conocimiento, mas no se prueba, como oportunamente entiende Feijoo Sánchez, cuando menciona que lo que se prueba en juicio no es la decisión (elemento volitivo) sino únicamente el conocimiento, ya que una vez demostrado éste, toda decisión de actuar, a pesar de ese conocimiento, es dolosa (2002, pp.60-61). Desde nuestra perspectiva, podríamos interpretar la asunción, aceptación o decisión, como consecuencia necesaria de haber conocido el peligro. Aquella voluntad de actuar, presente en delitos dolosos y culposos.

Pues bien, los problemas del dolo volitivo no se advierten únicamente en aquella zona gris del dolo eventual (si bien es la más notoria), sino en todos los supuestos de dolo, como a continuación se detalla.

Según jurisprudencia peruana, la prueba del dolo será un problema siempre que no exista un método para determinar lo que el sujeto quería en el momento determinado. Taruffo, por su parte, refiere que puede ser difícil y, no pocas veces, imposible, ofrecer una demostración externa verificable, siempre que la voluntad se encuentre en la esfera psíquica del sujeto (2002, p.160).

En igual sentido, Corcoy Bidasolo arguye que, siempre que la prueba resulta de un proceso psíquico, se valoran criterios como antecedentes del sujeto y/o presunciones inválidas (2005, p.249). Es por lo cual Greco (2017) reflexiona y concluye que, si procediésemos a castigar conductas dolosas basadas en el elemento volitivo, estaríamos castigando con base en algo cuyo fundamento desconocemos (p.30). Aquello querido por el sujeto se encuentra limitado (a terceros) por el acceso privilegiado del individuo respecto a su propia mente.

La solución a la advertida falta de aprehensión de los elementos presentes en la psique del sujeto es desarrollada por la Corte Suprema de Justicia colombiana. Este órgano de justicia considera que la intención (voluntad) se debe deducir de los elementos externos de dicha voluntad y los factores objetivos demostrados, siendo conocida la imposibilidad de prueba directa respecto estos elementos. Sin perjuicio de ello, consideramos que esa “voluntad” se deduce de los elementos objetivos y externos que configuran el conocimiento del sujeto.

De acuerdo con lo previamente manifestado, la Corte Suprema de Justicia colombiana (2010) interpretó que, en el delito de prevaricato, el dolo consiste en el conocimiento de la manifiesta ilegalidad de la decisión y conocimiento de que, con tal determinación, se vulnera el bien jurídico protegido (2010, Rad. 32777).

El dolo, sobre la base de dicha interpretación, se deduce, por ejemplo, de que los jueces comprendían (y conocían) los requisitos previstos en la ley que convertían su decisión en ilegítima, razón

por lo cual, la Corte argumenta que: “no existe divergencia entre la realidad y lo mentalmente representado, pues conocían los elementos objetivos y de su actuar se demuestra que deseaban su realización” (CSJ, 2017, Rad. 473, p.62).

No obstante, consideramos que no se demuestra que deseaban su realización, solo la deducen de los elementos que, según la Corte, demuestran el conocimiento de los elementos típicos de la conducta. La prueba, por lo tanto, se enfoca en el conocimiento para luego, sin elementos, deducir la voluntad exigida por el actual concepto de dolo admitido por la doctrina mayoritaria.

Habrán ocasiones en que los tribunales olviden (o no quieran) valorar el elemento volitivo (aunque de todas formas lo conceptualizan) por su dificultad probatoria en el caso concreto. Así, por ejemplo, en un proceso penal específico un Tribunal Penal ecuatoriano, después de considerar que el dolo se encuentra conceptualizado como conocimiento y voluntad, valora la responsabilidad del procesado sobre la base del conocimiento, olvidando referirse y valorar la prueba del elemento volitivo. En el extracto consta lo siguiente:

La responsabilidad de LUIS MARCELO CUYAGO SIZA queda demostrada en efecto, ya que tuvo pleno conocimiento que los acusadores particulares nunca le firmaron la letra de cambio, pues así dijeron en la audiencia de juzgamiento de forma concordante, ni siquiera le conocían; posteriormente solo se enteraron que es conviviente de la señora María Moreta, a quien si le debían seiscientos dólares mediante dos letras de cambio que lo firmaron en dos ocasiones, la deuda llegó a ochocientos dólares aproximadamente incluido los intereses, según lo confirmaron el acusador particular Julio Alcides Ugsha y su cónyuge; por ello, resulta lógico que el acusado, **con pleno conocimiento**, sin motivo alguno, incorporó una letra con la cantidad de cuatro mil quinientos dólares para su cobro en la vía judicial civil, de la cual el perito Marco Toapanta Pujos dijo que las firmas que constan en el reverso de la misma, no corresponden a los deudores del juicio ejecutivo N° 2008-395, del Juzgado de lo Civil del cantón Pillaro y acusadores particulares en el presente juicio. (Negrilla no corresponde al texto original)

En sentencia, otro Tribunal Penal ecuatoriano analizó el tipo de enriquecimiento privado no justificado y consideró, a efectos de fundamentar el elemento subjetivo del tipo, únicamente la configuración del elemento cognitivo, prescindiendo del elemento volitivo. A continuación, el extracto pertinente.

Las cuentas del señor Espín no concordaban con los ingresos declarados en sus declaraciones de impuesto a la renta, que las primeras habían sido más altas que las que declaró, que el patrimonio al 2016 no guardaba relación con los ingresos declarados, que su patrimonio era más alto que el declarado, elementos probatorios que permiten deducir que Marcelo Antonio Espín Cunha, **conocía que incrementó** su patrimonio de manera injustificada, es por ello que ocultó el origen de sus ingresos patrimoniales. (Negrilla no corresponde al texto original)

Por último, en uno de sus fallos la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, considerando los argumentos expuestos en la sentencia del tribunal a quo, reflexiona respecto al elemento volitivo, y entiende que el sujeto actuó con dolo directo, pues el resultado es consecuencia de la acción realizada, siempre que fue plenamente consciente de efectuar con su conducta la parte objetiva del tipo. Seguidamente, transcribe los nombres de las personas que testificaron, sin caracterizar su pertinencia en la prueba del elemento volitivo. Cabe considerar que el elemento cognitivo sí se encuentra valorado adecuadamente.

Nuevamente, podemos observar la dificultad e imposibilidad de probar y valorar la prueba del elemento volitivo (a pesar de considerarlo conceptualmente relevante), configurándose el dolo (en la práctica) con la prueba, caracterización y desarrollo del elemento cognitivo.

V. El dolo en el COIP

Si bien este artículo se enfoca en la aplicación adjetiva del dolo dentro de un proceso penal, consideramos necesario referirnos a la actual reforma del dolo prevista en el COIP, pues la jurisprudencia analizada, por lógica, corresponde a la anterior conceptualización normativa del dolo.

En este contexto y previo a la reforma, el concepto de dolo en el COIP era el siguiente:

Art. 26.- Dolo. - Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.

Si observamos la jurisprudencia previa a la última reforma del 2019, podemos constatar que los tribunales de justicia ecuatorianos desarrollaron el contenido del dolo desde el conocimiento y la voluntad para determinar el elemento subjetivo del tipo, sin perjuicio de que el artículo 26 del COIP (sin reforma) no hacía referencia expresa a estos elementos.

Ello porque si analizamos dicha norma, para que el sujeto tenga el designio de causar daño, primero debía conocer los elementos que determinan la ilicitud de la conducta y voluntariamente ocasionar daño. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, esto se encontraba en contradicción con la doctrina mayoritaria por cuanto sería aplicable únicamente en una de las modalidades de dolo.

Para desarrollar esta apreciación, primero debemos referirnos al concepto de “designio”, que según la RAE es el pensamiento, o propósito del entendimiento, aceptado por la voluntad; en otras palabras, la intención o el propósito de realizar una conducta dirigida por la voluntad.

Bajo esta línea, la doctrina ha clasificado al dolo en tres niveles: dolo directo, dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias y dolo eventual. Dicha clasificación tiene sentido en la medida en que no siempre el sujeto activo de un delito quiere el resultado, sino que este puede ser un daño colateral (dolo de segundo grado) o incluso, algo que el sujeto no quiere pero acepta o es muy probable que suceda (dolo eventual).

Por esta razón, como manifiesta Jescheck, en la intención estriba el alcanzar el resultado típico previamente “imaginado” en la mente del sujeto, lo que significa que solo en el dolo directo podríamos hablar de un designio, propósito o intención de causar un daño específico.

Cuando el sujeto A dispara en la sien a B conoce que matar es un delito y voluntariamente ejecuta la conducta con la intención y el propósito de matar -causar daño- a B. Empero, cuando el sujeto C quiere matar a D, cortando los frenos del vehículo en el que viaja con E, F y G, a pesar de que no tiene la intención de matar a los últimos, sabe que serán un daño colateral inevitable para cumplir con su plan principal. En este caso, habrá designio de matar en contra de D pero no respecto de E, F y G. ¿Actuó con dolo respecto la muerte de los cuatro sujetos? La respuesta evidentemente es sí; pero con dolo directo respecto de D y con dolo de segundo grado respecto de E, F y G.

Este problema conceptual, entendemos, es la causa por la cual nuestra jurisprudencia, acogiendo el criterio de la doctrina mayoritaria, desarrolló el contenido del dolo como saber y querer realizar el tipo.

Ahora bien, desde la reforma del 2019, nuestro legislador modificó sustancialmente el contenido del artículo 26 del COIP entendiendo que actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta.

A primera vista parecería que al eliminar el “designio de causar daño” (asociado al querer o voluntad de producción del resultado) como requisito para la configuración del dolo, se pretendió abandonar la concepción tradicional de este elemento subjetivo; no obstante, consideramos que la actual disposición normativa de hecho contempla expresamente el concepto de dolo como conocimiento y voluntad, aceptado por la doctrina mayoritaria y desarrollado por la jurisprudencia ecuatoriana previo a la reforma.

Desde esta perspectiva, creemos que en la práctica procesal y en el ámbito jurisdiccional ecuatoriano, no existirá un cambio trascendental en cuanto la concepción del dolo y, en consecuencia, persistirán los problemas relativos a la prueba de estos elementos.

Por ello, es indispensable que la actual definición de dolo se interprete y canalice desde la perspectiva que entiende a la voluntad como la consecuencia necesaria del conocimiento de los elementos del tipo y que es inherente a cualquier comportamiento humano y

por tanto irrelevante como elemento para configurar el dolo, en aplicación de las teorías psicológica cognitiva o normativa cognitiva.

Ello con el fin de abandonar la idea de la voluntad como querer subjetivo (X quería o no malversar fondos públicos), imposible de demostrar en la práctica, y procurar la aplicación de criterios objetivos relativos al conocimiento que la persona tuvo o debió tener al momento de ejecutar la conducta con el fin de determinar la imputación o no del resultado, por dolo o por imprudencia y la consecuente imposición de una pena.

Así, uno de los criterios que diferenciaría una conducta dolosa de una imprudente sería la existencia o no del conocimiento de los elementos del tipo (error de tipo vencible) y no la voluntad (como elemento de la psiquis del sujeto), eliminando o reduciendo considerablemente la indeseable subjetividad existente en el marco de los procesos penales que se llevan a cabo en función de la normativa vigente, pero sin olvidar la evolución de la doctrina y su importante papel en cuanto al entendimiento y aplicación de la ley.

VI. Conclusiones

La doctrina mayoritaria conceptualiza al dolo como conocimiento y voluntad de la realización del tipo y, dependiendo de la línea doctrinal que se siga, se valora de forma diferente la concurrencia de estos elementos.

Parte de la doctrina, observando una teoría cognitiva subjetiva, ha prescindido de la valoración del elemento volitivo, configurando el dolo desde el conocimiento; y, como se ha constatado, actualmente, cierta línea jurisprudencial utiliza la teoría de la probabilidad (cognitiva subjetiva) para sustentar la responsabilidad dolosa (eventual).

Actualmente, se pueden apreciar, desde el funcionalismo, teorías (minoritarias) que buscan normativizar el dolo, en donde la voluntad y el conocimiento dejan de valorarse subjetivamente y pasan a resolverse mediante un juicio de atribución o reproche y, por lo tanto, más que probarse, se imputan.

El elemento volitivo del dolo podría interpretarse como el comportamiento humano y la voluntad de actuar producto del conocimiento de los elementos que hacen típica una conducta. No obstante, aquella voluntad de actuar es inherente a los comportamientos dolosos e imprudentes y, en consecuencia, no sería relevante (ni necesaria) para la fundamentación del dolo.

La aplicación de la teoría de la probabilidad para la imputación a título de dolo eventual permite constatar la irrelevancia (como fundamento del dolo), innecesaridad (siendo el elemento cognitivo suficiente) e inaplicabilidad (por su dificultad probatoria) del elemento volitivo del dolo.

La jurisprudencia, en la conceptualización del dolo, considera que se encuentra compuesto por los elementos volitivo y cognitivo; empero, en la fundamentación probatoria, o bien lo deducen (y consideran erradamente probado) del elemento cognitivo, o bien prescinden totalmente de su apreciación, conformándose con la prueba y valoración del conocimiento. Estas circunstancias se interpretan desfavorablemente respecto a la vigencia del elemento volitivo en la fundamentación -al menos conceptual- del dolo, pues, al final, en el proceso penal, puede concluir en meros enunciados.

El dolo en el Ecuador, a partir de la reforma al Código Orgánico Integral Penal efectuada en el 2019, coincide con el concepto aceptado por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia ecuatoriana desarrollada con anterioridad a dicha reforma y exige para su configuración tanto el conocimiento como la voluntad para la realización del tipo.

Los problemas prácticos con relación a la prueba del elemento volitivo del dolo, desarrollados en el presente artículo, persistirán con la última reforma al COIP, a menos que jurisprudencialmente se entienda a la voluntad como la consecuencia necesaria del conocimiento de los elementos del tipo, inherente a cualquier comportamiento humano y por tanto irrelevante como elemento para configurar el dolo.

Referencias Bibliográficas

- Alcócer, E. (2018). *Introducción al Derecho Penal, Parte General*. Lima, Perú: Juristas Editores.
- Bacigalupo, E. (1984). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal, Parte General*. 2ª. Edición. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Barja de Quiroga, J. (2018). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 2ª. Edición. Navarra, España: Thomson Reuters.
- Caro, J. (2014). *Manual teórico-práctico de teoría del delito*. Lima, Perú: Ara.
- Cerezo, J. (2000). *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*. Tomo II. Madrid, España: Tecnos.
- Corcoy Bidasolo, M. (2005). *Delito Imprudente*. 2ª. Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial B de f.
- Díaz Pita, M. (2006). *Revista Penal. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, 17, (pp. 59-71). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1382467>
- Feijoo Sánchez, B. (2002). *Dolo Eventual*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Fernández, J. (2011). *Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito y de la Pena*. Medellín, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- García, C., Valle, M., Alcácer, R., Martínez, M. y Cuerda, A. (2008). *Estudios penales homenaje a Enrique Gimbernat*. 2da. Edición. Madrid, España: Dykinson.
- Gil, A., Lacruz, J., Melendo, M. y Núñez J. (2011). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Madrid, España: Editorial Dykinson S.L.

- Gimbernat, O. (1981). *Estudios de Derecho Penal*. 2ª. Edición. Madrid: Civitas.
- Greco, L. (2017). Revista Nuevo Foro Penal. *Dolo sin voluntad*, 13 (88), (pp. 10-38). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6074004>
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2ª Edición. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 5ª. Edición. Granada, España: Editorial Comares, S.L.
- Liszt, F. (1999). *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, 4ª. Edición. Madrid. Editorial Hijos de Reus.
- Luzón, D. (1995). *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. Madrid, España: Editorial Universitas.
- Mir, S. (2015). *Derecho Penal Parte General*. 10ª. Edición. Barcelona-España: Editorial Reppertor.
- Muñoz, F y García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. 8ª. Edición. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Pabón, P. (2013). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 9ª. Edición. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Peña, A. (2017). *Derecho Penal, Parte General*. 6ª. Edición. Lima, Perú: Editorial IDEMSA.
- Polaino, M. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Perú: ARA Editores E.I.R.L.
- Puppe, I. (2010). *La distinción entre dolo e imprudencia*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Ragués I Vallès, R. (1999). *El dolo y su prueba en el Derecho Penal*. Barcelona. España: J.M. Bosch Editor.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, España: Editorial Civitas, S. A.

Sánchez, A. (2017). *Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento*. (Tesis doctoral, Universidad de Barcelona). Recuperado de http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/118362/1/ASMC_TESIS.pdf

Silva Sánchez, J. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 1ª. Edición. Barcelona, España: Bosch.

Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal, Parte General I*. 4ª. Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Aranzadi.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid, España: Trotta.

Jurisprudencia

Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. (21 de noviembre de 2016) 2159-2016. Juez ponente: Jorge Blum. 0049-2016.

Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. (30 de mayo de 2019) 873-2019 Juez ponente: Luis Enríquez. 15281-2017-00654.

Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. (05 de abril de 2018) Juez ponente: Luis Enríquez. 06242-2000-0057.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (15 de febrero de 2017) SP2184-2017 Juez ponente: Eugenio Fernández Carlier. Radicación No. 473.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (30 de junio de 2010) Juez ponente: Sigifredo Espinosa. Radicación No. 32777.

Tribunal de Garantías Penales con Sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. (24 de enero de 2018) Juez ponente: Zaskya Logroño. 17282-2017-03001.

Tribunal de Garantías Penales con Sede en el Cantón Ambato, de la Provincia de Tungurahua. (30 de enero de 2014) Juez ponente: Patricio García. 18171-2013-0104.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (15 de junio de 2020) 315/2020. Jueza ponente: Ana María Ferrer. STS 1911/2020.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (02 de julio de 2020) 366/2020. Juez ponente: Juan Berdugo Gómez de la Torre. STS 2465/2020.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (30 de enero de 2010) 69/2010. Juez ponente: Alberto Gumersindo. STS 902/2010.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (08 de octubre de 2010) 890/2010. Juez ponente: Alberto Gumersindo. STS 5473/2010.

DURINI & GUERRERO

ABOGADOS

Quito - Guayaquil

T. +593 2 3839 230
E. dga@dgallegal.com

LAWORLD

CL

Consult-Loi es una firma de abogados que fue creada con el fin de brindar asesoría legal y realizar consultorías nacionales y extranjeras, en temas de familia, mujer, niñez y adolescencia a clientes nacionales así como extranjeros.

Los profesionales que forman parte de Consult-Loi están ampliamente capacitados para brindar apoyo legal en estas áreas debido a sus altos estudios, periódicas actualizaciones, así como la participación en el área académica e intervención en publicaciones constantes en prestigiosas revistas legales.

Aseguramos profesionalismo y total discreción con cada uno de nuestros casos, así como con nuestros clientes. Los datos de nuestros clientes y sus casos no son revelados, pues parte de nuestro trabajo es mantener en la intimidad estos temas tan delicados.



CL

CONSULT-LOI
Abogados Especialistas en Derecho de Familia



Boutique
LAW FIRM

Desafíos de la Propiedad Intelectual frente al rol del *influencer* en la industria de la moda.

Intellectual property challenges in the influencer's role in fashion industry

Julia Cañas Coloma*

Investigadora Jurídica Independiente

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 4 de junio, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 28 de julio, 2020

Citación

Cañas, J. (2020). *Desafíos de la propiedad intelectual frente al rol del influencer en la industria de la moda*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (563-575).

DOI: 10.26807/rr.vi02.61

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo plasmar los desafíos de la propiedad intelectual en la actualidad, enfocado principalmente en el *marketing* realizado por *influencers* que cada día toman más cabida en la industria de la moda y es considerado como una alternativa al pensamiento de publicidad clásica. Desde una perspectiva jurídica, se consideran los efectos y las posibles alternativas que debería tomar el Ecuador para regular este nuevo marketing, que en nuestro país, está tomando gran importancia.

Palabras clave: Propiedad intelectual, *influencer*, *marketing*, publicidad, marca, derechos de autor.

* Estudiante de cuarto semestre de la carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Abstract: *This article aims to capture intellectual property challenges today, mainly focused on the influencer marketing that is increasingly taking place in the fashion industry and it is considered as an alternative to classic advertising thinking. From a legal perspective, the effects and possible alternatives that Ecuador should evaluate to regulate this new marketing are considered, which in our country, is taking on great importance.*

Key words: *Intellectual property, influencer, marketing, advertising, brand, copyright.*

Introducción

Con el avance de la tecnología, la evolución de las redes sociales y el incremento de seguidores en las mismas, han surgido sin lugar a dudas, nuevos retos para la propiedad intelectual a nivel mundial. En la actualidad la promoción de las grandes marcas se realizan a través de las redes sociales con la participación activa y estelar de los denominados influencers, cuya actividad no está legalmente regulada en el país, misma que podría acarrear conflictos respecto del uso de la marca y los derechos de autor.

El presente artículo, busca analizar este tema, para lo cual se determinarán ciertos conceptos como, ¿quién es un influencer?, y ¿cuál es su rol en la promoción de las marcas? También se analizará la importancia del marketing influencer en contraposición con los derechos de propiedad intelectual que pueden verse afectados; sus efectos en la economía y el análisis respecto de la falta de regulación de esta actividad en nuestro país.

Las fuentes de consulta bibliográfica utilizadas para la elaboración de este artículo, son principalmente recursos obtenidos de internet, así como las principales cuentas de redes sociales de quienes promocionan marcas de conocidas empresas multinacionales de la moda. Adicionalmente, podrán contrastarse las regulaciones legales vigentes de esta materia en otros países, con el fin de responder a las incógnitas y dilucidar si esta regulación existe en nuestro país y si es realmente necesaria.

I. El *influencer*

En la actualidad, el término “influencer” hace referencia a jóvenes o figuras mediáticas que tienen, como la misma palabra lo menciona, cierto tipo de “influencia”. Especialmente, en personas cuya edad comprende entre los 16 y 35 años, recurrentes usuarios de redes sociales y público objetivo de marcas e industrias que los consideran sus compradores principales.

En otras palabras, y de acuerdo a lo explicado por, Annalucia Fasson, se puede entender que:

Los *influencers* son aquellas personas que tienen un blog, página web y/o canal de YouTube. En estas plataformas digitales cuentan sus experiencias sobre el uso de un producto o servicio en particular e influyen así en que sus seguidores se animen a comprar, viajar, comer o experimentar alguna actividad. (Fasson, 2017)

Estas nuevas figuras que lideran en seguidores en plataformas como Instagram surgen con el nuevo milenio, con el auge de las redes sociales y los blogs. Gracias a su acogida en la generación millennial y centennial, se han convertido en el medio predilecto de todo tipo de marcas para anunciar sus productos o servicios, con el fin de aumentar sus ventas. La accesibilidad al internet de forma libre y sin restricciones, han sido la clave para que el marketing *influencer* pueda funcionar, pues en la actualidad, se considera que la televisión y la radio ya no son medios eficaces para publicitar dado que, ahora las redes sociales permiten difundir ideas de forma inmediata, con una respuesta rápida por parte del consumidor, y con un mayor dinamismo, lo cual facilita a las marcas comerciales para conocer de primera mano qué *influencers* y qué contenidos funcionan mejor para publicitar un producto o servicio.

De esta forma, en los últimos años han surgido nuevas aplicaciones para transmitir a la audiencia cierta opinión, fotografía o compañía sobre cualquier índole. Este el caso de historias en Instagram (instastories), publicaciones en Facebook, IG-TV, transmisiones en directo y vídeos de YouTube.

Hoy en día, los *influencers* tienen una gran repercusión e importancia en el mercado, por un hecho simple : poseen habilidades comunicativas que les permiten transmitir a un público, que confía en ellos, lo que las marcas quieren vender. Los consumidores tienen acceso a información real, de personas a las que admiran. Esta confianza proviene de la experiencia que cada *influencer* transmite, pues comentan en tiempo real su opinión y experiencia sobre el producto. Lo antes mencionado es un punto clave, pues se demuestra la superación a medios tradicionales, donde si bien se probaba el producto, esto no era con tal cercanía y fuera de libretos llamativos para el consumidor.

Gracias a estos nuevos publicistas, las empresas pueden llegar de forma más fácil y rápida a una masa social que es aquella que sigue al *influencer* en cuestión. Esto puede ayudar a mejorar la imagen de la marca y aumentar su visibilidad en un menor tiempo y con un mayor alcance. Además, con un manejo estratégico del marketing *influencer*, pueden lanzarse nuevos productos, marcas o incluso difundir eventos.

Entre los *influencers* más destacados está Cristiano Ronaldo, jugador estrella del equipo de fútbol italiano Juventus. Quien cuenta con más de 222 millones de seguidores en Instagram. Estas cifras han llamado la atención de innumerables marcas como Nike, que ha promocionado sus productos a través del jugador. Lo cual genera una ilusión en el consumidor de adquirir cierta indumentaria que un grande del fútbol “aprueba”. En Ecuador, se puede tomar como referencia a María Teresa Guerrero, ex presentadora de televisión. Misma que ahora promociona ropa para practicar atletismo y otros deportes en sus redes sociales. Actualmente, cuenta con más de 1.3 millones de seguidores en su cuenta de Instagram¹.

Por estas y muchas razones, la industria de la moda² tiene en la mira a los *influencers*, pues estos se han enfocado en promover

1 Instagram de María Teresa Guerrero: <https://www.instagram.com/flacaguerrero/>

2 Cuando se habla de “industria de la moda” nos referimos a un sector productivo o a una actividad económica y técnica que consiste en la realización de prendas de

contenido visual que permite publicitar ropa y zapatos; especialmente a través de la plataforma de Instagram, que en cuestión de años revolucionó esta industria, y lo sigue haciendo. Incluso recientemente, se implementó la opción de hacer compras de forma directa desde la mencionada plataforma mediante redirección a los links de las páginas, o con las etiquetas de precios que pueden ser colocadas en las fotos donde se muestran los productos

II. El *marketing influencer* y la propiedad intelectual

Una marca, es un signo que se utiliza para distinguir productos o servicios. Permite al consumidor su identificación en el mercado y puede entenderse adicionalmente (Laver, 2005) como una reputación en el mercado que tiene una identidad (el origen de la marca), traducido en una imagen (la percepción de los clientes) que confiere un valor competitivo a las ventas adicionales, o precios altos, o ambos.

La industria de la moda, ser entendida como un sector productivo o actividad económica y técnica que consiste en la realización de prendas de vestir y complementos basados en gustos y usos de un mercado específico. Esta ha evolucionado a la par con el avance del desarrollo tecnológico de las redes sociales. Ahora, respecto a la percepción que actualmente se tiene sobre la publicidad de las marcas, grandes empresas han decidido hacer uso de la idea de los *influencers* para promocionar sus bienes y/o servicios, ya sea como “fashion bloggers”, que son aquellos que modelarán una colección de la marca para una determinada campaña, o simplemente contratándolos para que sean una referencia de la marca y la recomienden.

Sin embargo, surge una cuestión interesante para el mundo jurídico, pues se presenta un problema de derechos de propiedad intelectual cuando los *influencers* generan este contenido para grandes industrias de la moda. Por una parte, hacen uso de una

vestir y complementos basados en gustos y usos, que se utilizan durante un periodo de tiempo determinado y que marcarán tendencia según la duración de este.

marca registrada, debidamente protegida y posicionada en el mercado, es decir, con cierta reputación. Esto plantea la duda de quién efectivamente posee los derechos de autor cuando nos referimos al contenido per se, que ha sido creado en una campaña de publicidad con un *influencer*, aspecto que en nuestro país no ha sido regulado desde el ámbito legal.

En el ámbito jurídico, la expresión “derecho de autor” se utiliza para describir los derechos de los creadores sobre sus obras literarias y artísticas. Las obras que se enmarcan en la protección por derecho de autor van desde los libros, la música, la pintura, la escultura y las películas, hasta los programas informáticos, las bases de datos, los anuncios publicitarios, los mapas y los dibujos técnicos y en este caso, aspectos de la moda como son diseños de ropa y zapatos.

Cuando se habla de una campaña *influencer*, generalmente son los *influencers* los que generan la idea y el contenido de la campaña con su propio tiempo, intelecto creativo, espacio y recursos. Un trabajo que va desde buscar locaciones adecuadas, edición de fotos y/o vídeos de la campaña, y diseño de los diferentes elementos o características que comprenderán la imagen posteriormente publicada. Por lo que, si entre el propietario de la marca y quien ejecutará la campaña -entiéndase todo el proceso creativo antes mencionado- no se ha establecido previamente un contrato que afirme lo contrario, la propiedad intelectual del contenido producido para la campaña va a pertenecer al *influencer*. Esto significa que la compañía propietaria de la marca no podrá recrear, reproducir o reusar el contenido de la campaña sin el consentimiento expreso del *influencer*.

En este escenario, para un mejor manejo de los derechos de propiedad intelectual, derivados de una campaña publicitaria con marketing *influencer*, es primordial que las empresas regulen este tipo de convenios a modo de contratación, estableciendo términos y condiciones para determinar a quién le pertenece la propiedad intelectual de lo producido. Además, podría establecerse, por ejemplo, el derecho de la empresa propietaria de la marca a usar exclusivamente el contenido creado por un periodo de tiempo específico, o permitir que el *influencer* sea el dueño del contenido,

con la salvedad de que la empresa propietaria de la marca posea el derecho a usarlo en campañas o anuncios futuros.

El hecho de que las empresas propietarias de las marcas promocionadas, sean las que se atribuyan los derechos de autor de la campaña publicitaria, les permite establecer un control sobre el contenido que es publicado por el *influencer*, con el fin de proteger y cuidar el prestigio de su marca, limitando al creador de contenido a lo que la empresa desee mostrar, que evita así la dilución o debilitamiento de la marca. Alineando esto además, a la misión de la campaña y sin que se dañe la esencia del producto o servicio, o se difunda una mala publicidad que dañe la imagen de la marca y lo que se quiere vender.

Por ello, es necesario y de suma importancia que entre las empresas y los *influencers* se suscriban contratos o se plasmen acuerdos que regulen adecuadamente todos estos aspectos, con el fin de garantizar la seguridad jurídica para las dos partes; por un lado, la protección del prestigio de una determinada marca, y por otra, la protección de los derechos de autor que tienen los *influencers* en la creación de contenidos para determinada campaña u otra actividad publicitaria.

En este sentido, según lo mencionado por Mónica Ramos Benítez, quien realiza un análisis de la legislación en Puerto Rico, en el contrato de *marketing influencer* debe incluirse ciertos aspectos básicos tales como:

Debe incluirse en el contrato la obligación de cumplimiento con las guías de la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés) para la publicidad y mercadeo en redes sociales, las cuales requieren, entre otras cosas, que los *influencers* divulguen cuando el contenido publicado es una promoción o anuncio pagado utilizando hashtags como #ad o #sponsored. La inclusión de esta obligación en el contrato provee una protección para las compañías ante un posible incumplimiento por el *influencer* con las guías de la FTC. (Ramos Benítez, 2019)

Cualquier acuerdo entre la empresa propietaria de la marca y el *influencer* debe estar establecido por escrito, de esta forma se evitarán confusiones o conflictos al momento de reconocer a quién

le pertenece la propiedad intelectual de la campaña y quién debe reclamar este tipo de derechos.

III. Efectos del *marketing influencer* en la economía y la propiedad intelectual

Es importante destacar que una de las ventajas del *marketing influencer* para las grandes empresas, particularmente las de la industria de la moda, es el ahorro de dinero en publicidad. En lugar de contratar a empresas dedicadas exclusivamente a la publicidad, que trabajan por altos costos, y utilizando medios de comunicación como televisión o internet, deciden otorgar el monopolio de la publicidad a los *influencers*, que realizan dicha acción de una forma más dinámica, moderna, y con un alcance masivo en el público objetivo que busca la empresa de la marca.

Y aunque esto puede afectar económicamente a las empresas enfocadas en la publicidad, también se debe tomar en cuenta que estas ahora deben adaptarse a los métodos modernos de difusión de publicidad. Una alternativa es mediante convenios con los *influencers*, incluso utilizando a estos agentes de difusión llegar más rápido a las empresas dueñas de las marcas.

Si las empresas de la industria de la moda, propietarias de marcas con renombre, deciden utilizar a los *influencers* para dar a conocer sus productos y llegar a un determinado sector del público consumidor, es necesario que mantengan cierto tipo de control, con el objetivo de que el producto o servicio sea usado de manera adecuada, con veracidad y transparencia, respetando la imagen e ideología empresarial o *know how*. El *influencer* debe informar siempre y de forma clara todos estos aspectos en el momento en que promocióne un producto, pues el incumplimiento de lo mencionado puede provocar consecuencias, no solo para el creador de contenido que incumple su obligación, sino también para la empresa dueña de la marca.

Para ello, y como se mencionó anteriormente, es imprescindible que exista un contrato de por medio. Al firmar este contrato, los *influencers* pueden proteger sus derechos, tal como afirma Annalucia Fasson:

Es recomendable que los influencers firmen un contrato con las marcas, a través de las agencias de publicidad o directamente con ellas. En el documento se debe establecer un plazo para que puedan ser utilizados como imagen en favor de una marca, producto o servicio. Cuando se den casos de incumplimiento, el contrato debe establecer su resolución, así como la posibilidad de ir al Poder Judicial o Arbitraje, dependiendo de la controversia. Sin embargo, en muchos casos, los influencers solo celebran contratos verbales, y esto puede provocar un problema cuando quieran exigir el pago convenido con las marcas porque no tienen nada escrito (Fasson, 2017).

Es primordial tomar en cuenta que cuando una persona se convierte en influencer de la industria de la moda, está utilizando su imagen personal para promover la venta de un producto determinado producto o servicio. Aquí entran en juego también los derechos de imagen, aquellos que le permiten a una persona “hacer un uso de tu propia imagen ya sea mediante la publicación o dejando que otros lo hagan y por otro lado, pueden prohibir que otros la usen sin su consentimiento” (Ramírez, 2015).

El derecho de imagen está consagrado en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral 18. De esta forma, un *influencer* puede garantizar que nadie abuse de sus derechos de imagen, y en caso de que esto suceda, revocar el consentimiento de prestar este derecho o de limitar la cesión del mismo.

El manejo que actualmente se les da a los derechos de imagen, ha logrado que estos se conviertan de derechos patrimoniales y de comercialización. Basta tomar un ejemplo mencionado por Jane Wakefield en el que resalta:

La firma de Marketing Izea, con base en Winter Park, Florida, analizó lo que pagan las marcas por contenido patrocinado en internet y descubrió que en Instagram el precio de una foto promocionada pasó de US\$134 en 2014 a US\$1.642 en 2019. (Wakefield, 2019)

La propiedad intelectual tiene que adaptarse a los tiempos modernos y las nuevas realidades que se presentan en aspectos como derecho de autor, derechos de imagen, derechos patrimoniales, licencias de uso y demás. Incluso se podría asumir que con el paso de los años, nuevos derechos enfocados en la propiedad intelectual deberán ser protegidos.

IV. Contraste legal del *marketing influencer*

En Ecuador, dado que es una tendencia relativamente reciente, no existe ningún tipo de regulación o legislación sobre el *marketing influencer*, ni las limitaciones o condiciones que este debe tener. Esto expone a varios riesgos a quienes tienen interés en efectuar campañas influencers con esta nueva técnica de publicidad.

En Reino Unido, por ejemplo, la situación es diferente. Se ha establecido una regulación enfocada en que el *influencer* debe declarar cuándo y cuánto han desembolsado a su favor las empresas dueñas de las marcas, aclarar la relación que puede tener con una marca o negocio, así como no engañar a posibles compradores y demás. Como lo mencionan Alicia Costas y Albert Agustinoy:

El pasado 23 de enero, la Autoridad de Competencia y de los Mercados británica (CMA —Competition & Markets Authority—) publicó una guía que los influencers deben seguir a fin de asegurarse el cumplimiento de las normas de protección de los consumidores. La CMA justifica la elaboración de dicha guía en que los consumidores deben saber cuándo un influencer ha recibido dinero, ha sido incentivado o ha recibido algún tipo de contraprestación por mostrar un producto o servicio en sus publicaciones. De no hacerlo, el influencer podría engañar a sus seguidores, quebrantando así las leyes británicas de protección a los consumidores, lo que conllevaría la oportuna sanción de la CMA y demás autoridades competentes. (Costas & Agustinoy, 2019)

De igual forma, la CMA da consejos para cumplir con lo establecido en la norma como; dar un mensaje transparente, fácil de entender, oportuno y destacado sobre la naturaleza de la publicación; y que para acceder a tal información no haya necesidad de hacer clic

para acceder a la información completa, independientemente del dispositivo utilizado.

La CMA sigue las líneas ya marcadas por la Advertising Standards Authority (organización de autorregulación publicitaria en el Reino Unido) que ya había elaborado una guía sobre influencers y la publicidad ilícita, dejando claro así la CMA que por el engaño al consumidor pueden resultar responsables de las correspondientes sanciones tanto el influencer, como su representante o incluso la marca indebidamente promocionada. (Costas & Agustinoy, 2019)

En Ecuador, la regulación al *marketing influencer* debió existir desde hace varios años, cuando los influencers comenzaron a tomar importancia en el mercado. La regulación debe ir desde aspectos económicos, comerciales, civiles y de propiedad intelectual, incluyendo, tal como lo hace el Reino Unido, con lo referente a los derechos del consumidor.

Hasta que esta regulación no se lleve a cabo, Ecuador se encuentra en un estado de completo atraso, donde pueden existir vulneraciones de derechos y constantes ilegalidades. Aunque existirán aspectos que son de primordial atención al momento de legislar, no se debe restar importancia a la relevancia que tiene esta nueva forma de publicitar bienes y servicios en la actualidad, y cómo este puede beneficiar a nuestro país. Incluso en aspectos como la recaudación de impuestos y el fortalecimiento del mercado nacional.

V. Conclusiones

La industria de la moda ha radicado toda su atención en los influencers, pues estos se han enfocado en promover contenido visual que permite publicitar productos y servicios. Especialmente a través de diversas plataformas en internet, que en cuestión de años han logrado evolucionar la industria de la moda, y lo seguirán haciendo.

Sin embargo, esta nueva forma de hacer publicidad debe estar regulada por la ley, estableciendo convenios entre *influencers* y

compañías dueñas de las marcas, donde se aclaren términos y condiciones por medio de contratos y esencialmente, que no se reste la importancia y relevancia que tiene la propiedad intelectual en estas formas modernas de difusión de contenido y publicidad.

Ecuador necesita establecer de forma inmediata y apropiada, leyes enfocadas a la regulación del *marketing influencer*, para evitar el cometimiento de ilegalidades, la vulneración de derechos fundamentales y de propiedad intelectual, para fomentar este tipo de negocios que cada día toman más cabida en el mundo contemporáneo.

Referencias Bibliográficas

- Costas, A., Agustinoy. A. (2019). Nuevas reglas de transparencia para «Influencers» en Reino Unido. Cuatrecasas. Recuperado de: <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/nuevas-reglas-transparencia-influencers-reino-unido/>
- Fasson, A. (2017). To be influencers. Esan. Obtenido de <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2017/11/20/to-be-influencers/>
- Laver, P. (2005). Crear una nueva marca en una semana. Gestión 2000.
- Martín-Sanz, L. (4 de Febrero de 2020). Cinco días: El país. Recuperado de: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/02/03/legal/1580751696_816858.html
- Portal of Competition Law. (26 de Abril de 2019). Portal of Competition Law. Recuperado de: <https://uclp.eu/influencerzy-naruszaja-prawo-gdy-nie-oznacza-linkow-jako-reklamy/>
- Ramírez, N. (2015). The Legal Hat: Asesoría y Acompañamiento Legal. Recuperado de: <https://www.thelegalhat.com/que-son-los-derechos-de-imagen/>

Ramos Benítez, M. (2019). La propiedad intelectual y el “influencer marketing”. *Microjuris: Inteligencia Jurídica*. Recuperado de: <https://aldia.microjuris.com/2019/05/12/la-propiedad-intelectual-y-el-influencer-marketing/>

Wakefield, J. (2019). Por qué los “influencers” ganan cada vez más dinero (y cuánto cuesta un anuncio en Facebook, Instagram o YouTube). *BBC*. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-50433554>

Protección y Mejoramiento Biotecnológico en el Ecuador.

*Protection and Biotechnological
Improvement in Ecuador*

Diego Orellana Sánchez*

Investigador jurídico independiente

Información del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 10 de mayo, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 12 de junio, 2020

Citación

Orellana, D. (2020). *Protección y mejoramiento biotecnológico en el Ecuador*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (577-588).

DOI: 10.26807/rr.vi02.54

Resumen: El presente artículo contrasta el mejoramiento y la protección de la Propiedad Intelectual en cuanto a los cambios en el sector productivo, económico y político en el Ecuador con una rama específica de la materia antes mencionada denominada como “Obtenciones Vegetales”. Para lograr encaminar el objeto de la presente investigación, el artículo se centrará en el análisis de conceptos fundamentales, el reconocimiento de la normativa aplicable y además los órganos competentes, en el caso concreto se analizará la SENADI, la cual entre sus funciones está garantizar la adquisición y ejercicio de los derechos de PI de conformidad con el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Como aporte a su efectividad también es importante

* Estudiante de quinto semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Correo electrónico: diegoorellana.2468@gmail.com

recalcar el énfasis del artículo con el Análisis Económico del Derecho con respecto a los derechos reconocidos y con la importancia de su aplicabilidad, esto con el objetivo de lograr establecer un camino para el fortalecimiento de los derechos y así generar un impacto económico positivo en la sociedad ecuatoriana.

Palabras clave: Propiedad intelectual, Obtenciones Vegetales, Transgénicos, SENADI, Análisis Económico del Derecho.

Abstract: *This article contrasts the improvement and protection of Intellectual Property in terms of changes in the productive, economic and political sector in Ecuador with a specific branch of the aforementioned subject called "Plant Varieties". In order to direct the object of this investigation, the article will focus on the analysis of fundamental concepts, the recognition of the applicable regulations and also the competent department, in the specific case the SENADI will be analyzed, which among its functions is to guarantee the acquisition and the exercise of IP rights in accordance with the Organic Code of the Social Economy of Knowledge, Creativity and Innovation. As a contribution to its effectiveness, it is also important to emphasize the importance of the article with the Economic Analysis of Law with respect to the recognized rights and with the importance of its applicability, this with the aim of establishing a path for the strengthening of rights and thus generate a positive economic impact on Ecuadorian society.*

Keywords: *Intellectual property, Plant Varieties, Transgenic, SENADI, Economic Analysis of Law.*

Introducción

La Propiedad Intelectual se relaciona con la protección de las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio (OMPI¹,

1 La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual es un organismo especializado del Sistema de Naciones Unidas, creado el 14 de julio de 1967

1967). La adherencia de los Estados a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual garantiza la protección de las obras del intelecto humano. Es por ello que, cuando Ecuador ingresa a la OMPI en 1998 a su vez crea el primer ente gubernamental nacional para la protección de PI², el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual se encargaba de velar por los derechos sobre las creaciones intelectuales.

Sin embargo, el proceso de protección de la PI en el Ecuador inició en 1895 con el registro de la primera marca en el país. En este año Ecuador se encontraba bajo el gobierno del General Eloy Alfaro, quien fue el impulsor de la Revolución Liberal. Es decir, la protección de la PI guarda conformidad con los cambios en el sector productivo, económico y político que se produjeron en aquel momento, gracias al incremento en las exportaciones del cacao (Boom Cacaotero).

“Se calcula que durante ese período se sembraron cerca de 14 millones de plantas, que seguirían aumentando hasta 70 millones entrado el siglo XX. De este modo, el cacao pasó de representar el 50 por ciento del total de exportaciones hacia la mitad del siglo, hasta un máximo de 75 por ciento en su último cuarto” (Aspiazu, 2018).

La tecnificación de las plantaciones de cacao mejoró la calidad del producto nacional, razón por la cual su demanda rivalizaba internacionalmente “siete u ocho mazorcas producían una libra de grano seco, en contraste con las 11 y hasta 14 requeridas por las variedades desarrolladas en otros países” (Aspiazu, 2018).

I. Metodología

El presente ensayo se focalizará en una rama de la PI que es conocida como las Obtenciones Vegetales, para lo cual se realizará un análisis descriptivo de las instituciones y la normativa vigente que

2 Propiedad Intelectual.

las protegen; con observancia al Análisis Económico del Derecho³ y su impacto en la productividad nacional.

1.1 La obtención vegetal

La obtención vegetal para Pablo Robledo (2006) “es una producción científica derivada del trabajo intelectual de una persona u organización en el que combinó sus conocimientos científicos y técnicos de la manera que considero más apropiada para lograr los resultados propuestos”. La persona que haya creado o descubierto y desarrollado una variedad, el empleador de la persona antes mencionada o que haya encargado su trabajo, o el derechohabiente de la primera o de la segunda personas mencionadas, según el caso, se conoce como Obtentor (Ley de la Propiedad Intelectual, 2006, art. 249).

Se entenderá por descubrimiento, la aplicación del intelecto humano a toda actividad que tenga por finalidad dar a conocer características o propiedades de la nueva variedad o de una variedad esencialmente derivada en tanto ésta cumpla con los requisitos de novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad. No se comprende el mero hallazgo. No serán sujetas de protección las especies que no hayan sido plantadas o mejoradas por el hombre (Ley de la Propiedad Intelectual, 2006, art. 249).

De igual manera, es importante mencionar que para tener los derechos de obtentor debe existir una muestra viva suministrada por el solicitante, en la cual se realizarán las pruebas correspondientes para verificar la novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad del descubrimiento.

3 Según Adriana García y Dirk Zavala (2017) el Análisis Económico del Derecho (AED) es una forma de estudiar al derecho que difiere de las formas tradicionales. A través de este tipo de análisis se pretende el uso de las herramientas económicas para analizar sistemas normativos, teniendo como principal objetivo la búsqueda de la eficiencia en los sistemas legales.

1.2 Instituciones gubernamentales

La primera Institución Gubernamental encargada de la protección de la PI fue el IEPI⁴, el cual era un órgano público adscrito a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación⁵. No obstante, el 3 de abril de 2018, el presidente Lenín Moreno Garcés mediante el Decreto Ejecutivo 356, transforma al IEPI en SENADI⁶ y le otorga nuevas atribuciones.

La SENADI funciona como Subsecretaría General y entre sus funciones está garantizar la adquisición y ejercicio de los derechos de PI de conformidad con el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Realizar estudios e investigaciones relativas a temas de PI que considere pertinentes. Actuar en coordinación con las dependencias competentes en la negociación de tratados y otros instrumentos internacionales en materias relativas a PI y conocimientos tradicionales. Tramitar y resolver las oposiciones que se presenten sobre el registro de derechos de PI. Tramitar todos los procesos de observancia de los derechos de PI, de los conocimientos tradicionales en el ámbito administrativo. Sustanciar los procedimientos de otorgamiento y registro de los derechos sobre nuevas obtenciones vegetales y administrar el depósito de las muestras vivas (Decreto Ejecutivo 356, 2018).

4 Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.

5 Conocida como SENESCYT es la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales (COESCCI, 2016, art. 10).

6 Servicio Nacional de Derechos Intelectuales.

1.3 Normativa vigente

La normativa vigente en el Ecuador se puede clasificar de la siguiente manera:



Fuente: SENADI, obtención vegetal, normativa vigente⁷.

Actualmente, la normativa constitucional en la sección de biodiversidad declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas. Excepcionalmente, y solo en caso de interés nacional debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional, se podrán introducir semillas y cultivos genéticamente modificados. (...). Se prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales (CRE, 2008, art. 401).

En contra parte, la Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento de Agricultura Sustentable en su art. 56 establece que: “se permite el ingreso de semillas y cultivos transgénicos al territorio nacional, únicamente para ser utilizados con fines investigativos. En caso de que se requiera el ingreso para otros fines distintos, se deberá seguir el procedimiento establecido en la Constitución

⁷ La información es de la fuente citada, sin embargo, la diagramación me pertenece.

para tal efecto (...). Esta problemática se produce después de una objeción parcial⁸ del expresidente Rafael Correa, la cual vulnera los preceptos constitucionales.

1.4 Uso de transgénicos

Los transgénicos son organismos vivos que han sido creados artificialmente manipulando sus genes. Las técnicas de ingeniería genética consisten en aislar segmentos del ADN (el material genético) de un ser vivo (virus, bacteria, vegetal, animal e incluso humano) para introducirlos en el material hereditario de otro (El Universo, 2018).

Frente al uso de transgénicos se mantienen dos posturas. En primer lugar, el rechazo a estos productos, consecuencia de organizaciones ambientales, se fundamenta en los peligros ambientales y a la salud que representan si no existen los mecanismos adecuados para la prevención. Por otro lado, Sandra Sharry refuta el anterior argumento y asegura que “en el caso de los OGM⁹, no existen riesgos a la salud pública o a la biodiversidad, los riesgos a los que siempre se apelan derivan del sistema económico y de las reglas por las que este se rige”.

II. Resultados

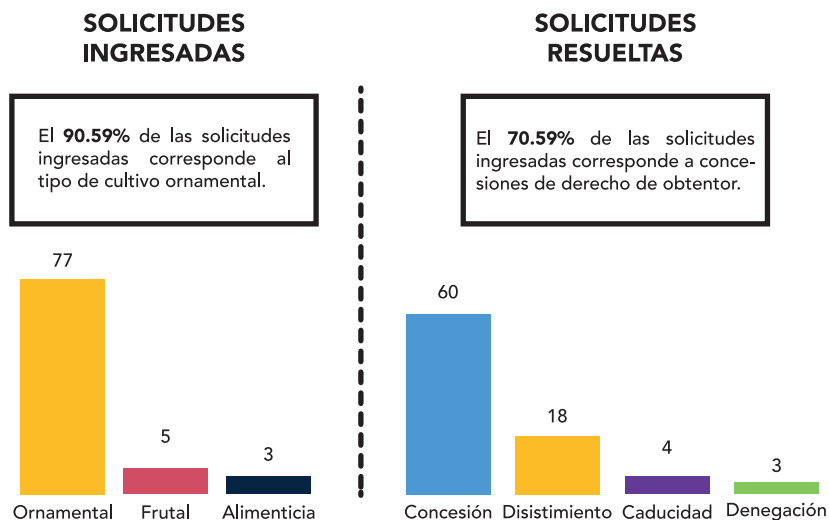
La obtención vegetal tiene como finalidad ampliar el mercado y disminuir los costos de producción. Esta ampliación debe acompañarse de una legislación que incentive al obtentor con mayores beneficios y una protección eficaz.

Según datos, del SENADI en 2018 en Ecuador se incrementó en un 4,93% las solicitudes ingresadas por obtenciones vegetales y conocimientos tradicionales en relación con el año anterior. El 90,59% de

8 En la objeción parcial a la LOASFAS se introduce el texto normativo anteriormente mencionado.

9 Organismo genéticamente modificado

las solicitudes ingresadas corresponden al tipo de cultivo ornamental y el 70,59% de las solicitudes resueltas corresponden a concesiones de derechos de obtentor.



Fuente: SENADI, Gaceta 647, Estadísticas 2018.

Es importante aclarar que la declaración constante en el art. 401 de la norma constitucional se halla vigente.

III. Discusión

En este punto se hará un Análisis Económico del Derecho con respecto a los derechos del obtentor, las transnacionales y los transgénicos.

Para efectos del AED en materia de “regulaciones sobre el PI se busca equilibrar el beneficio del obtentor y los de la población general al acceder al conocimiento” (Massot, 2006). Las transnacionales son un potencial obtentor de estos beneficios, aunque cargadas de un negativo sesgo político, de parte de la población nunca serán

aceptadas como una solución a la productividad de un país. Este tercer personaje complica la armonización de la relación inversa “*trade off*”¹⁰ entre uno y otro.

El *trade off* en la sociedad es determinado por una serie de cambios económicos los cuales dependerán de la eficiencia del Estado para cubrir las necesidades de la población. Cabe recalcar que este proceso es gradual, razón por la cual la legislación debe proteger a ambos extremos de las fallas en el mercado.

Las transnacionales, en ese sentido, juegan un rol importante puesto que su estancia en un Estado dependerá de la seguridad jurídica que le brinde. De igual manera, resulta clave entender que la inversión extranjera genera competitividad en el mercado.

El fortalecimiento de los derechos (sea por la actualización de la legislación o por un efectivo control del mercado ilegal) genera un impacto económico positivo derivado del mayor retorno de las inversiones en investigación y desarrollo constituiría una puerta de acceso para estas empresas e instituciones, a fin de enfrentar desafíos de envergadura, posiblemente relacionados con las áreas más modernas de la biotecnología vegetal. Por otro lado, el debilitamiento de los derechos de propiedad intelectual o el mantenimiento de la actual situación tendría un impacto neutro o negativo sobre la industria nacional y las instituciones oficiales, las cuales, por su necesidad de establecer convenios de vinculación tecnológica para acceder a desarrollos biotecnológicos o para la introducción de variedades terminadas a fin de desarrollarlas localmente, verían disminuidas sus posibilidades por la reticencia de estas empresas a permitir el acceso de sus tecnologías (Rapela, 2006, p.60-61).

10 El *trade off* se refiere a la relación costo-beneficio. En este caso cada parte obtendrá un beneficio y también asumirá una responsabilidad; resulta importante para el estudio establecer que no existe un equilibrio perfecto.

La vinculación tecnológica y el desarrollo biotecnológico¹¹ nacional resulta escaso aun en comparación regional, puesto que: “la inversión proviene, en su mayoría, de fondos públicos, y la poca participación de la empresa privada en el tema es uno de los factores más limitantes para su desarrollo” (Portafolio, 2008). Con relación a la tecnificación y la innovación de cada país, se plantean si el trade off entre población, transnacionales y los obtentores locales puede llegar a ser lo suficientemente eficiente y equilibrada.

IV. Conclusiones

La productividad nacional hasta la actualidad se ha visto limitada por políticas públicas ineficientes que mantienen un mismo modelo de subdesarrollo estatal, la innovación y descubrimientos en el Ecuador son muy bajos comparados al nivel de biodiversidad pertenecientes. Las limitaciones constitucionales impiden un enfoque óptimo dirigido a incentivar la investigación y el mejoramiento vegetal.

La matriz productiva actual se basa en la dependencia a las materias primas que nos brinda nuestro territorio. Los ingresos estatales, en materia vegetal, se obtienen de la exportación de dos productos principales: cacao y café, esto perjudica a la industrialización porque limita el panorama y no plantea alternativas económicas de sustento.

Promover el desarrollo, innovación y mejoramiento agrícola con incentivos para los creadores intelectuales en el país requiere de una reestructuración institucional y una reformulación legal que procure conseguir el equilibrio entre los titulares de los derechos de obtentor y el bienestar social, exigiendo siempre un efecto positivo y dinámico.

La reactivación económica del Ecuador no puede depender solo del Estado, resulta necesario incentivar la inversión extranjera. El tratamiento a las transnacionales, su tecnología y su tecnificación debe

11 La vinculación tecnológica y desarrollo biotecnológico comprende el uso de transgénicos y semillas genéticamente modificadas.

ser aceptado y a su vez sometida a un mecanismo eficiente de control que implemente medidas de seguridad hacia la población.

Finalmente, con acciones afirmativas proporcionadas se puede proteger la industria local, delimitando un mercado más justo, seguro y competitivo nacional e internacionalmente. Para establecer otro modelo económico en el cual las materias primas nos permitan generar mayor productividad a través de nuestro propio mejoramiento industrial.

Referencias bibliográficas

Aspiazu, R. (2018). El 'boom' del cacao ecuatoriano (1870-1925). Quito, Ecuador: El comercio. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/boom-cacao-ecuatoriano-colonia-economia.html>

El Universo. (2018). *Transgénicos son ilegales en sembríos, pero sí se consumen en Ecuador*. Guayaquil, Ecuador: El Universo. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/09/16/nota/6954224/transgenicos-son-ilegales-sembrios-si-se-consumen-ecuador>

García, A. y Zavala, D. (2017). *¿Qué es el análisis económico del derecho? Derecho en Acción*. Recuperado de <http://derechoenaccion.cide.edu/que-es-el-analisis-economico-del-derecho/>

IEPI. (2015). *La Propiedad Intelectual en el Ecuador*. Video. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=Vx9CwIsMXUA>

Massot, J. (2006). *Análisis Económico de los derechos de propiedad intelectual en semillas*. En: Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola. Buenos Aires, Argentina: Heliasta

Navarro, J. (2019). *Propiedad Intelectual – Ecuador*. Video. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=5Z1dIrMTxrc>

OMPI. (1967). Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

- Portafolio. (2008). *Avanza la biotecnología en América Latina, 10 países de la región la utilizan entre 23 del mundo, según IICA*. Portafolio. Recuperado de <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/avanza-biotecnologia-america-latina-10-paises-region-utilizan-23-mundo-iica-274712>
- Rapela, M. (2006). *Características de la propiedad varietal general y de la oferta de semillas de trigo y soja en Argentina*. En: Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Robledo, P. (2006). *Los derechos del obtentor de variedades vegetales en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- SENADI. (2013). *Obtenciones Vegetales*. Quito, Ecuador. Recuperado de <https://www.derechosintelectuales.gob.ec/obtenciones-vegetales/>
- SENADI. (2019). *Gaceta 647: Estadísticas 2018*. Recuperado de <http://gaceta.propiedadintelectual.gob.ec:8180/Gacetas/647/#p=1>

Legislación

- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. [Código 1 de 2016]. (1 de diciembre de 2016). RO. 899 de 9 de diciembre de 2016.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento a la Agricultura Sustentable. [Ley 0 de 2017]. (8 de junio de 2017). RO. 10 de 8 de junio de 2017.
- Congreso Nacional del Ecuador. Ley de Propiedad Intelectual. [Ley 1 de 2006]. (28 de diciembre de 2006). RO. 426 de 28 de diciembre de 2006.
- Constitución de la República del Ecuador. [Const.]. (2008). 2da. Ed. CEP.
- Presidencia de la República del Ecuador. Decreto Ejecutivo 356. (3 de abril de 2018). RO. de 3 de abril de 2018.

Personalidad Jurídica Independiente de la Sociedad Por Acciones Simplificada y Responsabilidad Limitada de sus Accionistas.

*Independent Legal Personality of the Simplified Joint
Stock Company and Limited Liability of its Shareholders*

Msc. Esteban Ortiz Mena*

Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Ecuador

LLM. Paúl Noboa Velasco**

Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Ecuador.

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 11 de octubre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 11 de diciembre, 2020

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Estudios de postgrado realizados en la Universidad Andina Simón Bolívar y la Universidad de Salamanca. Ha participado en la elaboración de los proyectos legislativos de reconocimiento de la Sociedad por Acciones Simplificada, Empresas BIC, entre otros. Fue profesor universitario de derecho mercantil y societario. También es representante del Ecuador ante la OEA como Punto Focal para el desarrollo de la Ley modelo sobre Sociedad por Acciones Simplificada. Actualmente ocupa el cargo de Intendente de Compañías de Quito. Correo electrónico: eortizme@supercias.gob.ec

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, graduado como el mejor egresado de su promoción. Tiene un LLM por University College London (UCL), título obtenido con Distinción. Actualmente labora en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en donde centra su práctica profesional en regulación societaria y concursal. Ha participado, activamente, en varios proyectos de desarrollo normativo en derecho societario, gobierno corporativo y procesos concursales. En el ámbito académico, es Research Associate del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. Correo electrónico: ponoboa@supercias.gob.ec

Citación

Ortiz, E. y Noboa, P. (2020). *Personalidad Jurídica Independiente de la Sociedad por Acciones Simplificada y Responsabilidad Limitada de sus Accionistas*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (589-620).

DOI: 10.26807/rr.vi02.35

Resumen: En comparación con el excesivamente formal y rígido marco normativo de las especies societarias tradicionales, la Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS) coadyuvará a fomentar el emprendimiento en Ecuador y a formalizar negocios otrora manejados informalmente. Debido a su flexibilidad, las SAS son formas asociativas que resultan idóneas para captar inversiones, gestionando adecuadamente el riesgo empresarial mediante estructuras determinadas de acuerdo con las necesidades operacionales de los inversionistas. Bajo aquel contexto, cabe señalar que la sociedad por acciones simplificada, al igual que cualquier sociedad mercantil, es un centro de imputación diferenciado, dotado de personalidad jurídica independiente de sus asociados. Por otro lado, los accionistas de una sociedad por acciones simplificada, cobijados por el principio de responsabilidad limitada, solamente comprometerán su patrimonio personal al monto de su aportación. Los antedichos principios son los pilares fundamentales del Derecho Societario.

Palabras clave: Responsabilidad limitada, separación patrimonial, derecho societario, emprendimiento

Abstract: *The Ecuadorian Entrepreneurship and Innovation Act became into force on February 28th, 2020. Among other aspects, the mentioned Act recognizes an innovative business structure in Ecuador: the Simplified Share Companies. This modern business structure (which, incidentally, is the Ecuadorian equivalent to the British private companies, the French “Société par actions simplifiée” or the American Limited Liability Companies) is characterized by the abolition of obsolete requirements for its incorporation and legal extinction. Besides, the Entrepreneurship and Innovation Act has established a combination of*

contractual flexibility and simplified corporate rules to determine the internal structure of the company, for the benefit of its shareholders. For these reasons, the Simplified Share Companies, considered by Aurelio Gurrea-Martínez authors as a paradigm of legal innovation, will undoubtedly revolutionize the Ecuadorian corporate legal framework. That said, the Ecuadorian Simplified Share Companies have all the essential elements of the business corporations: Legal personality and limited liability. This essay will discuss those features.

Keywords: *Limited liability, separate legal personality, corporate law, entrepreneurship*

Introducción

Las sociedades por acciones simplificadas (en adelante, SAS) surgieron debido a que la realidad empresarial requería de figuras mucho más versátiles para hacer negocios (Velazco, Mena, 2020). La necesidad de proveer a los inversionistas privados de una figura flexible y dispositiva que mejor se adecuare a sus necesidades operacionales no se compadecía con las compañías tradicionales existentes, las cuales, debido a su imperativismo normativo y rigidez estructural, no estaban en sintonía con esta realidad mercantil. De esta manera, en contraposición a dichas anacrónicas figuras, aparece la SAS como una forma asociativa moderna que se caracteriza, entre otras bondades, por conjugar la amplísima libertad contractual propia de las sociedades personalistas con las ventajas de la limitación de responsabilidad y de financiamiento, propia de las sociedades de capital (Reyes, 2018, p.29). Bajo aquel contexto, la supresión de barreras de entrada para la constitución de sociedades mercantiles, la erradicación del imperativismo normativo y la libertad contractual son las principales características de esta novedosa especie societaria.

Bajo aquel contexto, cabe señalar que la sociedad por acciones simplificada, al igual que cualquier sociedad mercantil, es un centro de imputación diferenciado, dotado de personalidad jurídica independiente de sus asociados. Por otro lado, sus accionistas, bajo el principio de responsabilidad limitada, solamente comprometerán

su patrimonio personal hasta el monto de su aportación al capital social. Los antedichos atributos son los pilares fundamentales del Derecho Societario.

I. Personalidad jurídica independiente de la SAS

De acuerdo con el profesor Aurelio Gurrea Martínez (2018), el Derecho, además de actuar como un instrumento de tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos, es también un poderoso mecanismo para fomentar el progreso y el crecimiento económico de las sociedades. Por este motivo, los diversos ordenamientos jurídicos, con la finalidad de fomentar el desarrollo de actividades empresariales, reconocen la existencia de centros de imputación diferenciados, dotados de personalidad jurídica independiente y separada de los patrimonios generales de las personas involucradas (Carmigniani, 2004).

Dentro de aquel marco conceptual, cuando una SAS culmina su proceso formal de constitución adquiere, por reconocimiento legal, personalidad jurídica independiente de sus accionistas. En otras palabras, una SAS y, en general, cualquier sociedad mercantil (Noboa, 2018), es, en estricto rigor jurídico, un centro de imputación diferenciado de quienes se asocian bajo su manto (Andrade, 2010). El principio de independencia de la personalidad societaria ha sido expresamente reconocido en varios pasajes del ordenamiento societario del Ecuador. Por ejemplo, de acuerdo con el artículo innumerado titulado “personalidad jurídica” de la sección que la reconoce, “la sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas”. Por su parte, la Disposición General Tercera de la Ley de Compañías, en su primer inciso, determina que una compañía “goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto a sus socios”. El principio de autonomía de la personalidad social ha sido también ratificado por el artículo 1957, segundo inciso, del Código Civil, que textualmente señala que la sociedad “forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”. Los artículos transcritos demuestran que, en estricto rigor

normativo, una compañía es un ente dotado de personalidad jurídica independiente de sus socios o accionistas.

En este contexto, consideramos pertinente aclarar que una compañía incorporada de acuerdo con el ordenamiento societario de un Estado extranjero también debería ser reconocida como una persona jurídica independiente. Como *leading case* en la materia, encontramos al caso *Arab Monetary Fund*. En aquel caso, la House of Lords del Reino Unido concluyó que *Arab Monetary Fund*, una persona jurídica incorporada bajo el imperio de la legislación de los Emiratos Árabes Unidos, constituye un centro de imputación diferenciado de sus constituyentes, y, por consiguiente, con plena capacidad de iniciar acciones judiciales en su propio nombre. En palabras de Lord Templeman, “in the present case the Fund was given legal personality and capacity by the law of the state wherein it has its seat or permanent location. There is every reason why the Fund should be recognised as a legal personality by the courts of the United Kingdom and no reason whatsoever why recognition should be withheld” (*Arab Monetary Fund v. Hashim* (No. 3) 1991).

Lógicamente, el principio de autonomía de la personalidad societaria también presupone que la compañía, como un centro de imputación diferenciado, es una persona jurídica independiente de quienes la administran o representan. Este principio encuentra sustento legislativo en el artículo 255 de la Ley de Compañías, aplicable sobre las sociedades anónimas y, por consiguiente, sobre las SAS por expreso reenvío normativo. Concretamente, el referido artículo, en su segundo inciso, establece que “los administradores no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la compañía.” El profesor Guillermo Cabanellas (1993) define al término personalidad como “la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones”. Partiendo de esta definición, la personalidad jurídica independiente es el principio que habilita a una SAS y, en general, a cualquier persona jurídica, a tener una voluntad propia, a ejercer derechos y contraer obligaciones a título personal. Es decir, como derivación del referido principio, la facultad que adquiere una sociedad es empleada para su plena actuación erga omnes y para adquirir responsabilidades frente a terceros. Por eso, el patrimonio de

una SAS es distinto del patrimonio del individuo o grupo de personas que la constituyeron.

En cuanto a los derechos y las obligaciones de las sociedades, el autor José Ignacio Narváez García (1999) señala que:

En ese contexto, la sociedad –persona jurídica- corresponde a ese orden institucional del que se derivan consecuencias prácticas, a saber: a) los bienes de la persona jurídica no pertenecen en común a sus miembros sino que integran su propio patrimonio; b) los acreedores de los asociados no tienen derecho alguno sobre los bienes sociales; c) la persona jurídica adquiere derechos y contrae obligaciones y, a pesar de carecer de vocación para heredar, puede recibir bienes por disposición testamentaria (...).

Sobre este mismo punto, Santiago Andrade Ubidia (s.f), ex Magistrado de la ahora Corte Nacional de Justicia, coincide en que

nadie duda que el reconocimiento de la personalidad jurídica a entes asociativos distintos de los seres humanos, ha sido trascendental para el desarrollo de la economía y del derecho y para que, en la actualidad, pueda funcionar una economía de libre mercado. No obstante, las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de estos entes asociativos, aun las que les niegan la calidad de personas, les reconocen su capacidad de adquirir derechos y obligaciones per se ipsum, lo que en definitiva constituye la esencia de la personalidad en el ámbito del derecho.

Justamente, existen varios aspectos que se derivan del principio de la personalidad jurídica independiente de la SAS. En primer lugar, será esta paradigmática especie societaria, y no sus accionistas, la persona responsable por las obligaciones sociales (Ferran, Chan Ho, 2014). Bajo este esquema, el patrimonio social está destinado a satisfacer los créditos de los acreedores sociales, mientras que los bienes personales de los accionistas están reservados para sus acreedores personales; y, por regla general, los acreedores sociales no cuentan con la posibilidad de perseguir los bienes personales de los accionistas. Claramente, el mencionado principio es un poderoso mecanismo que permite a los accionistas de una SAS gestionar su riesgo comercial (Ridley,

Shepherd, 2015, p.24), debido a que ellos cuentan con la alternativa de incursionar en actividades mercantiles sin exponer su patrimonio personal (Ferran, Chan Ho, 2014). Este principio ha sido reconocido, de manera categórica, por el artículo 568, primer inciso, del Código Civil, norma de aplicación supletoria para el régimen de la SAS en Ecuador. En lo medular, este artículo estipula:

(...) y recíprocamente, las deudas de la corporación no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación.

En segundo término, los bienes sociales son propiedad de la SAS, como sujeto de derecho autónomo. En consecuencia, dichos bienes no pertenecen a sus accionistas. En este respecto, Lord Wrenbury (1925) concluyó lo siguiente:

My Lords, this appeal may be disposed of by saying that the incorporator even if he holds all the shares is not the corporation, and that neither he nor any creditor of the company has any property legal or equitable in the assets of the corporation

En otras palabras, la participación de una persona en el capital social de una SAS no la convierte, ipso facto, en propietaria de los bienes sociales (Gramophone and Typewriter Co Ltd v Stanley, 1908, Court of Appeal).

De la conclusión anterior se desprende que, legalmente, la propiedad de una SAS se encuentra fuera del alcance de sus socios o accionistas y, más importante, fuera del alcance de los acreedores personales de aquéllos. Dicho blindaje, denominado por Hansmann y Kraakman como “entity shielding” (Hansmann y Kraakman, 2000), ha sido reconocido, de manera categórica, por los artículos 568, primer inciso, y 2000, del Código Civil.

En lo pertinente, el primero de los referidos artículos establece, de manera textual, lo siguiente: “Lo que pertenece a una corporación, no pertenece, ni en todo ni en parte, a ninguno de los individuos que

la componen (...)". Por su parte, el segundo artículo, en su primer inciso, determina que:

Los acreedores de un socio no tienen acción sobre los bienes que éste haya introducido a la sociedad, sino por hipoteca anterior a la sociedad o por hipoteca posterior, cuando el aporte del inmueble no conste por inscripción en el competente registro (CC, art 569).

Dicho esto, los acreedores de una sociedad por acciones simplificada solamente podrían perseguir los bienes y activos corporativos, pero no tienen derecho a iniciar un proceso en contra del patrimonio personal de los accionistas. De igual forma, el patrimonio de una sociedad por acciones simplificada no pertenecerá, ni en todo ni en parte, a sus accionistas. Como derivación de su constitución, una SAS también podría demandar y ser demandada a título personal. Al respecto, cabe reiterar que los derechos y obligaciones de una sociedad mercantil, como un centro de imputación diferenciado dotado de personalidad jurídica independiente de sus asociados, no se pueden confundir, al momento de presentar acciones en contra de la sociedad por acreencias que la misma ha adquirido, con los derechos y obligaciones atribuibles a sus socios o accionistas.

Por consiguiente, en estricto rigor procesal, los accionistas de una SAS, salvo puntuales excepciones establecidas en la Ley, no podrían ser forzados a cubrir o responder por las obligaciones sociales. Respecto a la legitimación en causa, elemento sustancial del proceso, la ex Corte Suprema de Justicia (2004) ha señalado, categóricamente, que:

para actuar como parte de un proceso, no basta ser legalmente capaz o tener poder suficiente para intervenir en juicio sino que es necesaria una condición más precisa referida al litigio de que se trata y consiste en una relación entre el sujeto y el objeto (jurídico).

Bajo aquel contexto, la *legitimatio ad causam* es definida como “la titularidad del derecho o relación jurídico-material objeto del juicio (Echandía, s.f). La legitimación en la causa, respecto al demandado, requiere que ésta sea “la persona que, conforme a la ley sustancial, está legitimado para oponerse o contradecir dicha pretensión del

actor, es decir, cuando es el contradictor legítimo” (Corte Nacional de Justicia, 2004). Es decir, citando a otro pronunciamiento de la ex Corte Suprema de Justicia, no existe debida legitimación en la causa “cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas” (Corte Nacional de Justicia, 2004). De acuerdo con Devis Echandía (s.f, p.286), la legitimación en la causal es personal y subjetiva. Por consiguiente, en aplicación del principio bajo análisis existiría una falta de legítimo contradictor cuando, en sede judicial, se demande a un accionista el cumplimiento de una obligación atribuible a una SAS, por cuanto la sociedad, como un patrimonio diferenciado, sería el único sujeto obligado a contradecir cualquier pretensión formulada en su contra.

En sentido contrario, la legitimación en causa respecto del actor surge cuando “este es la persona que, de acuerdo con la ley sustancial, está legitimada para solicitar sentencia de mérito o de fondo y, por tanto, se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda”. Por consiguiente, y considerando que una SAS es una persona jurídica independiente de quienes la constituyeron, sus accionistas no contarían con la facultad de iniciar una acción judicial por una pretensión atribuible a la referida sociedad. De acuerdo con *Foss v. Hartbottle*, leading case (1843) en la materia, cuando un agravio es cometido a una compañía solamente ella cuenta con la atribución de iniciar las acciones judiciales que correspondieren, y no sus accionistas. En opinión de *Wigram V-C* (1843), “the only question can be whether the facts alleged in this case justify the departure from the rule which, prima facie, would require that the corporation should sue in its own name. No such justification was found”.

Justamente, este ha sido el criterio de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, organismo administrativo de control societario en el Ecuador. Concretamente, la Doctrina Jurídico-Societaria No. 123 determinó que la acción de impugnación de una resolución administrativa emitida por dicho Órgano de Control solamente podrá ser efectuada por las propias compañías –por intermedio de sus representantes legales- y no por sus socios o accionistas.

De manera textual, dicha doctrina estableció lo siguiente:

Si la compañía forma ‘una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados’, según el inciso final del artículo 1957 del Código Civil y de acuerdo a lo confirmado por el inciso séptimo del artículo 2 de la Ley de Compañías, a los socios o accionistas de las sociedades sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, individualmente considerados, cualquiera que sea su número o el porcentaje de capital que representen, no les está permitida la facultad de apelar, objetar o impugnar válidamente la Resolución expedida por el Superintendente de Compañías -o por un Intendente- en la que se hubiere aprobado o negado un aumento de capital, una prórroga del plazo, un cambio de denominación o de domicilio y, en general, cualquiera de los actos mencionados en el artículo 33 de la Ley de Compañías y que fueren legalmente posibles para la compañía de que se trate; pues tales son actos de la sociedad correspondiente, que le pertenecen a ella por haber sido tomados por su correspondiente órgano social y por haber sido instrumentados en su nombre por su correspondiente representante legal (artículo 1464 del Código Civil).
// En consecuencia, sólo las compañías -como sujetos de derecho que son- por intermedio de sus representantes legales, pueden ejercer la antedicho facultad de apelar, objetar o impugnar las resoluciones que sobre los actos aludidos hubiere dictado la Superintendencia de Compañías (...) y que afectaren a sus intereses (pues simplemente no se concibe reclamo alguno en sentido contrario, como sería el caso de la resolución aprobatorio que en nada hubiere contrariado la respectiva solicitud).

Claramente, el principio de independencia de la personalidad jurídica, en la esfera procesal, resulta indispensable con el fin de determinar cuándo una SAS tendrá el derecho a que se resuelvan ciertas pretensiones y cuando la misma será la persona llamada a contradecirlas.

En tercer lugar, cabe señalar que, con fundamento en el principio de autonomía de la personalidad social, la SAS (y, en general, cualquier persona jurídica de derecho privado), podrían ser, bajo la legislación ecuatoriana y si las circunstancias lo ameritan, penalmente responsables. A efectos de una eventual imputación penal, las personas jurídicas son consideradas por el Código Orgánico Integral Penal como un centro de imputación penal diferenciado de sus administradores

y de las personas que las constituyeron. En otras palabras, el marco penal vigente, alejándose del principio clásico de inimputabilidad de las personas jurídicas, ha adoptado el principio *societas delinquere potest* (Araujo, 2014, p.63). Al respecto, cabe precisar que el Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), en el inciso primero de su artículo 49, establece lo expuesto a continuación:

En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados (...)

Sin ahondar en detalles respecto a la responsabilidad penal de una SAS, el segundo inciso del artículo 49 del COIP, al señalar que “la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito”, confirma el principio de independencia de la personalidad societaria en el Ecuador. En nuestro criterio, si una sociedad no sería un centro de imputación diferenciado de las personas que la conforman o representan, la atribución directa de responsabilidad penal sobre ella de acuerdo con el COIP devendría jurídicamente improcedente.

Finalmente, la personalidad societaria independiente de las compañías coadyuva a reducir los costos de transacción en la formación de relaciones contractuales, mismas que devendrían impracticables ante la inexistencia de esta figura (Kraakman y Hansmaan, s.f). La aplicación de este principio reduce los costos de monitoreo de los acreedores sociales, ya que ellos, debido a la existencia de un centro de imputación diferenciado capaz de obligarse por sí mismo, no deben evaluar la situación patrimonial de cada uno de los socios agrupados bajo la referida organización societaria (Kraakman y Hansmaan, 2006, p.1344).

En conclusión, como una entidad diferenciada de sus accionistas, una SAS debe ser tratada, en estricto rigor legal, como una persona independiente, con derechos y obligaciones atribuibles a sí misma. Por consiguiente, sería la SAS quien, bajo su propio nombre, celebrarían contratos, adquiriría obligaciones, sería propietaria del haber

social, podría demandar, ser demandada o, como fue indicado anteriormente, ser responsable penalmente, sin perjuicio de la eventual atribución de responsabilidad sobre sus accionistas o administradores. Esta regla general, no obstante, encuentra una excepción en la figura del levantamiento del velo societario, remedio procesal “mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular (Ubidia citando a Dobson, s.f).

II. Levantamiento del velo societario de la SAS

Por regla general, una SAS es un centro de imputación diferenciado de sus accionistas. No obstante, dicha autonomía, de acuerdo con las reformas introducidas al ordenamiento societario por la LOEI, podría ser desestimada bajo ciertos supuestos. El artículo innumerado titulado “desestimación de la personalidad societaria” aplicable sobre la SAS establece, de manera textual, lo siguiente:

Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

La inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor. El desvelamiento del velo societario se regirá por los artículos 17, 17A, 17B y la Disposición General Tercera de la Ley de Compañías.

Conforme fue indicado anteriormente, el principio de autonomía de la personalidad societaria produce una distinción entre el patrimonio de una SAS (y, en general, de cualquier compañía), y el patrimonio de

sus asociados. Esto quiere decir que, en la gran mayoría de los casos, la autonomía de la personalidad jurídica de una SAS, centro de imputación diferenciado con derechos y obligaciones independientes de sus miembros, será oponible por cualquier socio o accionista que sea requerido a cumplir una obligación atribuible, de manera exclusiva, a la sociedad. Esta regla general, no obstante, encuentra una salvedad en la figura del levantamiento del velo societario. Este instrumento procesal de uso excepcional, busca penetrar en la interioridad del manto que recubre a los controlantes de una sociedad mercantil para hacerlos responsables, a título personal, de actos y comportamientos abusivos o fraudulentos.

Como señala el autor argentino Efraín Richard (2002) “nada más es correr el velo del ente personificado para conocer qué personas son las que se ocultan o actúan indebidamente detrás de ella.” En este respecto, el jurista español José Hurtado Cobles (2008), determina que el levantamiento del velo societario no es más que “aquella técnica judicial que permite adentrarnos en el seno de la persona jurídica para poder desvelar cualquier posible fraude o abuso que se haya podido cometer sobre la base de ésta”.

De acuerdo con la legislación ecuatoriana, la inoponibilidad de la personalidad jurídica de una sociedad por acciones simplificada se regirá a lo dispuesto, entre otros, en el artículo 17 de la Ley de Compañías¹. El artículo referido, en su inciso primero, claramente establece que por los fraudes, abusos o vías de hecho, que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: (i) Quienes los ordenaren o ejecutaren. (ii) Los que obtuvieren provecho, hasta lo que éste valga; y, (iii) Los tenedores de los bienes, solamente para efectos de la restitución. Por lo tanto, la inoponibilidad de la personalidad jurídica, en estricto rigor legal, solamente se puede invocar cuando se cometiere, a nombre de una SAS, un acto fraudulento, abusivo o concurra una vía de hecho.

1 Reformado por la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, publicada en el Registro Oficial N° 249 del 20 de mayo de 2014.

El fraude a terceros ha sido definido “como el malicioso y desleal obrar en perjuicio ajeno en el cual asoma, agravada, la figura de la mala fe en sentido objetivo”. En este respecto, Alessandri, Somarriva y Vodanovic (s.f) consideran que el fraude difiere del dolo “porque el último tiene lugar entre las partes cuando una de ellas se vale de engaño para perjudicar a la otra; en cambio, el fraude es una maniobra de mala fe ejecutada por una o ambas partes dirigida a perjudicar a terceros”. Por su parte, el fraude a la ley concurre cuando “la voluntad del particular, respetando aparentemente la ley, la viola; lo cual ocurre cuando una persona se comporta de modo que el negocio, respetando la letra de la ley, llega a violarla en su espíritu” (Salgado Valdez, 2015). En nuestro criterio, las figuras del fraude a terceros y fraude a la ley, bajo el marco sugerido, darían lugar al levantamiento del velo societario en desmedro de los accionistas de una SAS.

De acuerdo con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 36 del Código Civil, “constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico”.

Al respecto, el doctor Roberto Salgado Valdez considera que las vías de hecho son “los caminos y procedimientos que adopta una compañía sin atenerse a los caminos y procedimientos que establecen las leyes o los contratos” (Salgado, 2015, p.467).

En definitiva, la inoponibilidad de la personalidad jurídica es un concepto que responde a una sucesión de abusos y fraudes cometidos por intermedio de la forma societaria, bajo la protección patrimonial otorgada por la personalidad autónoma de las sociedades mercantiles. En palabras de José Ignacio Narváez García (1999): “El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación” (p.41). Es por esta razón que, por ejemplo, una mera infracapitalización no podría ser justificación suficiente para levantar el velo societario y atribuir, por este mero hecho, responsabilidad directa sobre los asociados.

Al respecto, Francisco Reyes Villamizar (2019) ha establecido que:

los tribunales norteamericanos se han negado, en forma reiterada, a desconocer la separación patrimonial propia de la personificación jurídica de la compañía, cuando el único fundamento que se aduce es que la sociedad se constituyó sin el capital que se requería para hacerle frente a sus obligaciones, dada la naturaleza y dimensión de la empresa social. A pesar de estimarse que la infracapitalización no constituye base suficiente para levantar el velo societario, la carencia de capital, sumada a alguno de los factores ya indicados (como, por ejemplo, la concurrencia de fraude), puede servir de fundamento para aplicar la teoría (p.315-316).

Por consiguiente, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles deberá ser desconocida por los tribunales de justicia cuando la forma societaria sea, citando a Prat Rubi (1985), “invocada para fines contrarios a derecho”. En consecuencia, se entiende que la única razón para desestimar la personalidad jurídica de una SAS y así afinar la responsabilidad civil sobre sus accionistas, sería la utilización de la misma para alcanzar proditorios fines, mediante la realización o ejecución de actos contrarios a la Ley. En definitiva, el levantamiento del velo societario es una figura procesal que cumple la función de brindar una solución frente a comportamientos fraudulentos o abusivos. Al respecto, Seijas Renjifo (2007) señala, acerca del levantamiento del velo societario, que “resulta pertinente su aplicación cuando la persona jurídica es utilizada en contra de los intereses superiores de la sociedad o por motivo de conflictos externos o internos”.

El levantamiento del velo societario solamente puede ser declarado, dentro de un debido proceso, en sede judicial. El artículo 17 de la Ley de Compañías, en su inciso tercero, habla claramente sobre la jurisdicción de la inoponibilidad y dice, en lo pertinente, que esta orden “solamente podrá declararse judicialmente (...)”. Por lo tanto, es potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales, luego del análisis a que someta la situación específica que se le plantee, ordenar que se rompa o levante el velo societario, cuando se hubiere determinado que la forma societaria fue utilizada para alcanzar proditorios fines. El procedimiento que se aplicará en este caso, de acuerdo con el artículo 17A de la Ley de Compañías, será el ordinario. Finalmente, cabe precisar que, según el artículo 17B de la Ley de Compañías, la acción del corrimiento del velo societario prescribirá en seis años contados

a partir del hecho correspondiente, si hubiere sido uno solo, o del último de ellos, si hubieren sido varios.

Esta herramienta procesal constituye un régimen de excepción que se deriva de la necesidad de alcanzar la verdad real cuando la forma societaria fuere utilizada como una fachada para encubrir un fraude a la ley o un abuso del derecho. Debido a su naturaleza eminentemente excepcional, su aplicación devendrá improcedente cuando existiere otra vía para remediar la situación anómala advertida, como una eventual orden de disolución societaria de la compañía por una desviación de su finalidad societaria o una eventual nulidad del acto constitutivo por objeto o causa ilícita. En adición, su carácter excepcional encontraría sustento en la necesidad de evitar un escenario de incertidumbre societario que atenten contra la naturaleza misma del Derecho de Sociedades. Es, justamente, por este motivo, que connotados autores societarios como Stephen Bainbridge (2000) consideran que la figura del levantamiento del velo societario debe ser abolida. Concretamente, el mencionado autor ha señalado lo siguiente:

The standards by which veil piercing is effected are vague, leaving judges great discretion. The result has been uncertainty and lack of predictability, increasing transaction costs for small businesses. At the same time, however, there is no evidence that veil piercing has been rigorously applied to effect socially beneficial policy outcomes. Judges typically seem to be concerned more with the facts and equities of the specific case at bar than with the implications of personal shareholder liability for society at large. Veil piercing thus has costs, but no social pay-off.

A decir de Hannigan, los socios o accionistas de una compañía tienen la legítima expectativa de asumir, en términos normales, que la autonomía de la personalidad societaria será respetada y que ellos continuarán cobijados por el manto societario.

Para Brenda Hannigan (2016), ni siquiera se podrá confundir la figura para el cobro de créditos tributarios o de índole laboral. La misma ley establece que “salvo que, en sede judicial, se hubiere desestimado la personalidad jurídica de la sociedad por acciones simplificada, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones

laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en las que incurra la sociedad”. Esta disposición reafirma la figura de la personalidad propia de la SAS y la separación clara y precisa de patrimonios entre la persona jurídica y sus accionistas o administradores. Esta es una disposición que no admite duda.

El empleo de esta figura debe ser analizado con extremo cuidado, debiendo evitarse su aplicación a la ligera en contra de socios o accionistas que han cumplido con la Ley y obrado conforme a Derecho (Boldó, 2000, p.77). Por consiguiente, el velo societario que cobija a los accionistas de una SAS deberá ser respetado en todo momento, salvo que se constatare, en sede judicial, que la sociedad fue constituida o utilizada, en perjuicio de terceros, con fines fraudulentos o abusivos para encubrir la consecución de proditorios fines. Asimismo, esta distinción deberá ser inoponible cuando se comprobare, judicialmente, que la forma societaria fue utilizada como un mero recurso formal para evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante una simulación contractual o por cualquier otra vía de hecho semejante, siempre que de ello se derivaren perjuicios a terceros. En aquellos escenarios, quienes hubieren realizado, facilitado, participado en dichos actos, o se beneficiaren indebidamente de su consumación, serán directa y personalmente responsables por las obligaciones derivadas de los mismos. Dentro de los sujetos pasivos de esta responsabilidad encontramos, lógicamente, a los accionistas y a los administradores de una SAS.

Una reciente sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador (Sentencia No. 22-13-IN/20), que tenía por objeto analizar la constitucionalidad por el fondo y por la forma de varios artículos de la Ley Orgánica de Defensa de los Derechos Laborales, confirmó que el levantamiento del velo societario siempre deberá ser ordenado en sede judicial, “dentro de una acción de develamiento societario o dentro de otro proceso jurisdiccional alternativo que permita corregir el abuso de derecho en el uso de la personalidad jurídica (...)” Concretamente, el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales - acertadamente derogado por la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal-, en lo pertinente

dictaminaba que las “instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva”, ante un abuso de la personalidad jurídica, podían llegar hasta el último nivel de propiedad, que siempre recaía sobre personas naturales. Este artículo -a nuestro juicio indebidamente- abarcaba a los socios o accionistas de una compañía, quienes debían responder con todo su patrimonio por las acreencias antes referidas, en caso que los jueces de coactivas o las autoridades de trabajo, en ejercicio de sus atribuciones, hubieren llegado a determinar que la forma societaria fue utilizada, fraudulentamente, para burlar el cobro de sus acreencias (Noboa, 2018).

La concesión normativa de esta facultad a los jueces de coactivas y a las autoridades del trabajo era absolutamente inapropiada (Noboa, 2018). De acuerdo con Lorenzo Álvarez de Toledo (1997, p.18-22):

en ningún caso se debe atribuir a las autoridades administrativas, ni siquiera las de control, la atribución de aplicar esta teoría, porque se estaría violando las garantías del debido proceso y atropellando el derecho de los involucrados, quienes únicamente en virtud de una resolución judicial pueden ser privados de sus derechos y condenados a realizar una prestación más allá de su privilegio de exclusión de responsabilidad.

De este modo, y con fundamento en la naturaleza excepcional de la acción de develamiento societario, la Corte Constitucional del Ecuador, de manera muy apropiada, concluyó lo siguiente:

En atención a su excepcionalidad y al sumo cuidado que su análisis exige, la desestimación de la personalidad jurídica no puede ser conocida y resuelta dentro de un procedimiento coactivo, dado que su naturaleza de cobro ágil de créditos no permite el nivel de debate que esta cuestión necesita, ni ofrece garantías suficientes para que tanto la persona jurídica en cuestión como sus socios o accionistas puedan presentar alegatos y pruebas de descargo en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; es decir, **el procedimiento coactivo no es un procedimiento idóneo para que los intervinientes en un develamiento societario puedan ejercer su derecho a la defensa de manera oportuna y en igualdad de condiciones** (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 22-13-IN/20, p. 69.)

Justamente, una orden directa de levantamiento del velo societario por autoridades del trabajo o de coactivas, al desconocer el principio de separación patrimonial entre las compañías y sus asociados, podría atentar contra el principio constitucional de seguridad jurídica y los derechos a la defensa y de propiedad de quienes, de buena fe, están cobijados por el manto societario.

De manera muy apropiada, la Corte Constitucional del Ecuador determinó que:

El derecho a la defensa podría a priori verse afectado por una participación tardía en el procedimiento por parte del destinatario de una medida impuesta al amparo del artículo 1 de la LODDL. Pero como hemos comentado en líneas precedentes, la imposición de dichas medidas será acorde al derecho a la defensa y a la seguridad jurídica, si la autoridad acude previamente a los mecanismos jurisdiccionales idóneos para la determinación del fraude o abuso de derecho en el contrato de sociedad. De tal modo, se debe excitar y/o impulsar el proceso de levantamiento de velo societario y otras vías jurisdiccionales alternativas que permitan determinar el carácter excepcional que nuestro ordenamiento jurídico exige para la inoponibilidad de la personalidad jurídica, en un caso concreto. Al contrario, un develamiento societario efectuado directamente por el empleado recaudador coactivo, prescindiendo de dichos procesos judiciales idóneos para determinación de las causas que lo justifican, sería contrario al derecho a la defensa y a la seguridad jurídica. “Bajo idénticos argumentos que los señalados en el acápite anterior, si la autoridad emitiera tales medidas – omitiendo el proceso de levantamiento societario u otros procesos judiciales alternativos en los términos indicados anteriormente – dicha actuación sería además contraria al derecho a la propiedad, ya que se atentaría a la certeza de los contratos de sociedad efectuados de buena fe, desdibujando sin justificación legítima la diferencia de patrimonios entre el socio o accionista con la persona jurídica a la que pertenecen, dejando de ser centros de imputación autónomos. En consecuencia, la emisión de medidas descritas en el artículo 1 de la LODDL en contra de bienes de socios o accionistas será acorde a la Constitución siempre y cuando se haya obtenido previamente un pronunciamiento judicial que permita el develamiento societario, de acuerdo al procedimiento regulador por el legislador para ello. (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 22-13-IN/20, 70.)

Por todos estos elementos, consideramos que la mencionada sentencia, muy apropiada y absolutamente fundamentada, clarifica el carácter excepcional de las acciones de develamiento societario.

Con esta ligera digresión, y para finalizar este análisis, cabe precisar que las reformas a la Ley de Compañías introducidas por la LOEI contemplan, respecto a las consecuencias de la desestimación de la personalidad jurídica de una SAS, una diferencia fundamental frente a los parámetros previstos en el artículo 17 de la Ley de Compañías. En adición de la extensión de responsabilidad a quienes hubieren utilizado la forma societaria abusiva o fraudulentamente, la regulación normativa de la SAS en Ecuador permite requerir, adicionalmente, una indemnización por los perjuicios irrogados en contra de quienes hubieren perpetrado los actos defraudatorios por intermedio de esta especie societaria. En palabras de Reyes Villamizar (2018, p. 48):

aparte de la extensión de responsabilidad a los accionistas que controlen (que es la consecuencia básica de cualquier sistema de desestimación), puede intentarse, adicionalmente, una indemnización de perjuicios en contra de accionistas y administradores por los actos defraudatorios que hubieren dado lugar a la perforación del velo y a la consecuente extensión de responsabilidad.

III. Principio de responsabilidad limitada de los accionistas

El principio de responsabilidad limitada de los socios o accionistas es el segundo pilar fundamental del Derecho Societario. De conformidad con el mencionado principio, la responsabilidad de los socios o accionistas está limitada al monto de sus aportaciones (Davies, Worthington, Gower, Davies, 2012). El principio de responsabilidad limitada crea una cláusula implícita entre la compañía y sus acreedores sociales, a través de la cual los últimos tienen el derecho de perseguir el patrimonio social, pero se encuentran impedidos de iniciar acción alguna contra el patrimonio personal de los socios o accionistas (Kraakman, 2004).

En otras palabras, el principio de responsabilidad limitada blindada a los socios o accionistas de responsabilidad personal por las obligaciones sociales, debido a que los mismos (salvo las puntuales excepciones previstas en la Ley) no deben contribuir más allá del monto de su aportación social (Ferran y Chan Ho, s.f). Este principio ha sido reconocido, de manera categórica, por el artículo 568, primer inciso, del Código Civil. En lo medular, aquel artículo dictamina lo siguiente:

(...) y recíprocamente, las deudas de la corporación no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación.

La LOEI, en las normas reformatorias a la Ley de Compañías sobre SAS (concretamente, en su capítulo Disposiciones Generales), ha reconocido el principio de limitación de responsabilidad de los accionistas de una SAS, al establecer, textualmente en su artículo segundo, que:

La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables limitadamente por las obligaciones de la sociedad por acciones simplificada hasta por el monto de sus respectivos aportes.

Dicho esto, cabe señalar que el principio de responsabilidad limitada ha sido establecido en beneficio de los socios o accionistas de una compañía, más no en favor de la compañía per se. Conforme fue indicado anteriormente, una sociedad mercantil, como derivación del principio de autonomía de la personalidad social, es el sujeto jurídicamente obligado a cumplir con la totalidad de sus obligaciones. Por esta razón, una compañía mal podría invocar el principio de responsabilidad limitada para eludir el cumplimiento de las obligaciones que la misma, durante su marcha operacional, hubiere adquirido de manera directa. Habiendo aclarado aquello, reiteramos que los socios o accionistas son quienes ven limitada su responsabilidad personal, por una eventual concurrencia de obligaciones sociales insatisfechas, hasta el monto de sus aportaciones. Por este motivo,

ambos principios, a pesar de estar generalmente concatenados, no son equivalentes, ya que el alcance de cada uno de ellos es distinto (Blumberg, 1993, p.19).

La Ley de Compañías del Ecuador contiene disposiciones que diferencian ambos principios. Según el artículo 74 de la referida Ley:

todos los socios colectivos y los socios comanditados estarán sujetos a responsabilidad solidaria e ilimitada por todos los actos que ejecutaren ellos o cualquiera de ellos bajo la razón social, siempre que la persona que los ejecutare estuviere autorizada para obrar por la compañía.

Con fundamento en dicho artículo, es claro que, bajo la Ley de Compañías, pueden existir compañías con personalidad social autónoma sin limitación de la responsabilidad patrimonial de los asociados. En otras palabras, la responsabilidad limitada no siempre confluirá con la personalidad autónoma de una sociedad mercantil.

Con esta ligera digresión, debemos resaltar que la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas, privilegio patrimonial de trascendental importancia para el fomento del emprendimiento y la innovación, tiene una serie de positivas características. En primer lugar, el principio de responsabilidad limitada fomenta las actividades productivas (Ferran y Chan Ho, s.f), ya que permite a los emprendedores e innovadores asumir riesgos empresariales e iniciar nuevos negocios sin exponer su patrimonio personal ante eventuales riesgos que podrían derivarse de la marcha operacional de la sociedad (Muscat, 1996, p.163).

Con fundamento en los beneficios del principio de responsabilidad limitada, Nicholas Murray Butler, Premio Nobel de la Paz y Presidente de la Universidad de Columbia, llegó a afirmar que la sociedad de responsabilidad limitada es el descubrimiento más importante de la época contemporánea. Textualmente, sus palabras fueron las siguientes (2011): “The limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times. Even steam and electricity are less important than the limited liability company”.

En segundo término, este principio fomenta una diversificación en la propiedad de las acciones (portfolio diversification en palabras de Ferran y Chan Ho). Debido a la limitación de su responsabilidad personal, un inversionista contaría con mayores incentivos para ampliar su cartera de acciones, ya que él no se vería expuesto a asumir la totalidad de las obligaciones de cada una de las compañías emisoras de las acciones de su propiedad.

En tercer lugar, el principio de responsabilidad limitada reduce los costos de investigación por parte de los acreedores sociales cuando contraten con la compañía (Gurrea, 2019), particularmente por los siguientes motivos: (i) un acreedor de una compañía, con fundamento en este principio, solamente deberá evaluar la solvencia patrimonial de la compañía y no la de sus socios o accionistas (Ferran y Chan Ho, s.f), por cuanto ellos, en aplicación del principio analizado, no podrán ser obligados a cubrir deudas impagas de la compañía con su patrimonio personal. (ii) un acreedor social, cuando correspondiere, solamente podrá demandar el cumplimiento de una obligación contractual a la compañía, pero no a sus socios o accionistas (Ferran y Chan Ho, s.f). Claramente, una reducción en los costos de investigación de los acreedores sociales podría ocasionar un impacto positivo en los términos bajo los cuales una compañía adquiere capital de deuda (Ferran y Chan Ho, s.f).

Finalmente, el principio de responsabilidad limitada facilita una inversión societaria pasiva, la cual se caracteriza en la concesión de financiamiento sin la necesidad de participar o monitorear la administración de la compañía (Ferran y Chan Ho, s.f). Debido a la inexistencia de responsabilidad ilimitada por las obligaciones sociales, los inversionistas no tienen la necesidad imperativa de vigilar constantemente la marcha administrativa de las compañías, lo cual, en palabras de Aurelio Gurrea Martínez, “reduce costes de supervisión de los accionistas a los administradores” (Gurrea, s.f). El análisis anterior demuestra la utilidad e importancia del principio de responsabilidad limitada para el fomento del emprendimiento, para el financiamiento societario y desarrollo del mercado de valores y, en última instancia, para el desarrollo económico de los Estados (Muscat, s.f).

IV. Renuncia expresa al principio de responsabilidad limitada

El Derecho Societario, para las compañías de capital cerrado, solamente debería estar llamado a proveer normas dispositivas para las partes, quienes podrían optar por acogerlas o, en su defecto, desviarse de las mismas cuando lo considerasen conveniente (Gurrea, s.f). La inexistencia del imperativismo normativo de la SAS se adecúa a estos parámetros, bajo el entendido que la superación de la rigidez normativa de los tipos societarios tradicionales favorece el desarrollo de las actividades operacionales de los agentes económicos (Cony, 2018).

Justamente, la superación del anacrónico imperativismo normativo en su funcionamiento es una de las dos características distintivas de la SAS. La erradicación del imperativismo normativo por instituciones societarias más flexibles se ve ejemplificada, entre otros pasajes de la ley que reconoce a esta especie societaria, en la posibilidad de los accionistas de renunciar, de manera expresa, al privilegio patrimonial que brinda el principio de responsabilidad limitada. Al respecto, la LOEI que reforma a la Ley de Compañías ha establecido, en lo medular, lo expuesto a continuación:

El o los accionistas podrán renunciar de manera expresa y por escrito al principio de responsabilidad limitada en este tipo de compañías. De mediar una renuncia expresa en tal sentido, los accionistas serán solidaria e ilimitadamente responsables por todos los actos que ejecutare la sociedad por acciones simplificadas.

Conforme fue indicado en el acápite precedente, la responsabilidad limitada impide a los acreedores de la compañía dirigir cualquier curso de acción en contra del patrimonio personal de sus socios o accionistas. Ahora bien, Gurrea Martínez considera que dicha regla general encontraría una excepción en el otorgamiento voluntario de garantías o mecanismos de aseguramiento adicionales para respaldar las obligaciones sociales (aspecto que, a decir del mencionado autor, ‘suele ser frecuente en muchas sociedades cerradas’) (Gurrea, s.f).

La superación del anacrónico imperativismo normativo que tradicionalmente ha regido al Derecho Societario se fundamentaría, esencialmente, en la existencia de opt-out provisions que permitan a las partes apartarse de las reglas predispuestas por el ordenamiento jurídico, cuando dicha desviación resulte conveniente y concordante con sus intereses. Consideramos que el fomento de la libertad de contratación a través del establecimiento de normas dispositivas y flexibles para la SAS resulta, desde una perspectiva ex ante, más eficiente que la existencia de normas imperativas. En este respecto, suscribimos la opinión de Anthony Kronman (1978, p.370), quien, respecto de las default provisions, ha señalado lo siguiente:

But ex ante arguments for the efficiency of a particular legal rule assume that individuals remain free to contract around that rule, and a legal system that denies private parties the right to vary rules in this way will tend to be less efficient than a system that adopts the same rules but permits contractual variation.

Una de las opt-out provisions previstas en el marco normativo de la SAS es, justamente, la posibilidad de renunciar al principio de responsabilidad limitada. Esta alternativa confiere a los accionistas de una SAS la opción de aplicar, sin coste alguno, una solución de afianzamiento patrimonial que bien podría ser acordada por fuera de la esfera societaria, pero con altos costos de transacción, supervisión e investigación (Ayresy y Gertner, 1989, p.90). La renuncia al principio de responsabilidad limitada también podría operar mediante la celebración de un contrato de fianza, consagrado en el Código de Comercio. El artículo 662 del vigente Código de Comercio establece que:

el contrato de fianza es una convención expresa de garantía personal en virtud de la cual un tercero, ajeno al negocio principal garantizado, se compromete a responder, subsidiaria o solidariamente, del cumplimiento ante el acreedor, en lugar del deudor, que es el obligado principal, para el caso en que éste no cumpla con la obligación.

La renuncia expresa al principio de responsabilidad limitada permitiría al accionista de una SAS asumir la calidad de fiador, subsidiario o solidario, por las obligaciones de esta última. Bajo aquel

contexto, el reconocimiento legislativo de la renuncia expresa al principio de responsabilidad limitada podría coadyuvar a una SAS, cuando fuere necesario, a obtener un mayor volumen de capital de deuda, debido a que un acreedor social, bajo este esquema, tendría la certeza que su crédito estaría asegurado con el patrimonio personal del accionista. En conclusión, el principio de responsabilidad limitada, consagrado a nivel legislativo, tendrá aplicación y protegerá a los accionistas de una SAS por regla general, a menos que ellos, de manera categórica, hubieren renunciado a la tutela conferida por este atributo societario, ya sea por intermedio de una aceptación expresa de un régimen de responsabilidad ilimitada (propio de las sociedades mercantiles personalistas), o mediante la celebración de un contrato de fianza con la sociedad.

En este respecto, la doctrina societaria más autorizada ha señalado, respecto de las default provisions, lo expuesto a continuación:

Default provisions can be supplied in a variety of ways, the choice of which affects the ease and means of ‘contracting around’ them. A common form of corporate law default is a statutory provision that will govern unless the parties explicitly provide an alternative” (Armour, Hansmann, Kraakman y Pargendler, 2004).

Consideramos que aquel escenario sería el que concurre respecto a la posibilidad de los accionistas de renunciar, de manera expresa, a la limitación de su responsabilidad, bajo el marco normativo de las SAS en Ecuador.

Ahora bien, entendiendo que el principio de responsabilidad limitada es uno de los pilares esenciales del Derecho Societario, la renuncia a este privilegio patrimonial operará, de manera excepcional, ante una declaración expresa de quien, de manera voluntaria, se comprometiere a responder solidariamente ante el acreedor, en lugar de la SAS (obligada principal), en caso de que ésta no cumpliera con su obligación. Por consiguiente, salvo estipulación manifiesta que estableciere inequívocamente lo contrario, el principio de responsabilidad limitada de los accionistas de una SAS deberá ser respetado, razón por la cual, en ningún caso, el afianzamiento de una

obligación de una SAS con el patrimonio personal de uno o varios de sus accionistas podrá operar por el ministerio de la ley. De igual forma, cabe indicar que este régimen de excepción será impuesto solamente sobre el accionista renunciante. De este modo, de existir dos accionistas, la renuncia de este privilegio por parte de uno de ellos no perjudicará al otro.

Dicho esto, cabe señalar que la renuncia a la responsabilidad limitada no operaría ad infinitum, dado que el accionista renunciante podría restituir el privilegio de limitación de responsabilidad al monto de su aportación en cualquier momento, usando el mismo mecanismo que utilizó para formalizar la renuncia a este principio. Es importante matizar que la posibilidad de renunciar a la responsabilidad limitada podría ser formalizada en el estatuto social (con la inclusión de acciones con esta particularidad) o a través de un acto o contrato distinto, en el que el accionista hace uso de su derecho a renunciar, de manera expresa, a esta protección corporativa.

V. Conclusión

La sociedad por acciones simplificada se caracteriza por los dos siguientes atributos esenciales: Personalidad jurídica independiente y responsabilidad limitada de sus accionistas. Con relación al primer atributo, la SAS es un centro de imputación diferenciado, dotado de personalidad jurídica independiente de sus asociados. Esta separación patrimonial solamente podrá ser desconocida, previa orden judicial en aquel sentido, cuando la estructura societaria hubiere sido utilizada con proditorios fines por los asociados. Por otro lado, el segundo atributo protege a sus accionistas, quienes no estarán llamados a responder por las obligaciones sociales sino hasta por el monto de sus aportaciones. Estos dos atributos, que son los pilares esenciales del Derecho Societario, tienen plena vigencia y aplicación para las sociedades por acciones simplificadas. Dicho esto, el marco establecido por la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación se caracteriza por la supresión de barreras de entrada para la constitución de las SAS. De este modo, los accionistas podrán acceder a estos derechos de una manera más expedita. Por este motivo,

consideramos que las sociedades por acciones simplificadas, debido a la facilitación de sus procesos constitutivos, son la innovación más grande de la historia del Derecho Societario del Ecuador.

Referencias Bibliográficas

- Alessandri, A. Somarriva, M. & Vodanovic, A. Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General, Tomo II, Santiago de Chile: Ediciones Nascimento.
- Andrade, S. (2010). El Levantamiento del Velo Societario y Jurisprudencia Ecuatoriana en Romero Parducci, E. (ed), Derecho societario: Revista No. 10 EDINO.
- Araujo, P. (2014). La Nueva Teoría del Delito Económico y Empresarial en Ecuador: La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal, Quito: Corporación de estudios y Publicaciones.
- Armour, J. Hansmaan, H., Kraakman, R. & Pargenlder, M. (2017). What is Corpoartive Law? En: Kraakman, R., Armour, J., Davies, P., Enriques, L., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, K., Kanda, H., Pargendler, M., Ringe, W., Rock, E. *The Anatomy Of Corporate Law* (OUP).
- Ayres, I. & Gertner, R., *Filling Gaps in Incomplete Contrats: An Economic Theory of Default Rules*, The Yale Law Journal, Vol. 99, No. 1 (Oct., 1989).
- Bainbridge, S. & Abolishing Veil Piercing (21 de julio de 2000). Available at: <https://ssrn.com/abstract=236967>
- Braindige, S. & Abolishing, V. (2011) *The Corporation: A thing of power and beauty*. Obtenido de <https://www.professorbainbridge.com/professorbainbridgecom/2011/01/the-corporation-a-thing-of-power-and-beauty.html>.
- Balbín, S. (2019). *Sociedad por Acciones Simplificada*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.

- Blumberg, P. (1993). *The Multinational Challenge to Corporation Law*. (OUP).
- Boldó Roda, C. (2000). *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*. Aranzadi Editorial No. 5, 3era Ed: Navarra, España.
- Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario jurídico elemental*, Buenos Aires: Heliasta
- Carmigniani Valencia, E. (2004). Responsabilidad de los accionistas por las deudas de la sociedad, *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Año 37, Editorial Lexis Nexis.
- Cony Etchart, R. (2018), 'Sociedad anónima simplificada: ¿Renovación o destrucción tipológica?', *RSyC, FIDAS*, Bs. As, 2018-1.
- Davies, P.L. and Worthington, S. (2012). *Gower & Davies' Principles Of Modern Company Law* (9th edn, Sweet & Maxwell 65)
- Devis Echandía, H., *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Bogotá
- Dobson, J. (1985). *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, Buenos Aires, Depalma.
- Ferran, E and Chan Ho, L. (2014). *Principles Of Corporate Finance Law* (2nd edn, OUP)
- Grantham, R., and Rickett, C. (1998). *The Bootmaker's Legacy to Company Law Doctrine*. en: Rickett, C., and Grantham, R., (eds), *Corporate Personality in the 20th Century*, Hart Publishing, Oxford.
- Gurrea Martínez, A (2018). *La sociedad por acciones simplificada como paradigma de innovación jurídica: Una reflexión sobre la función social de los investigadores de Derecho a partir de la experiencia de la SAS en Colombia*, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF), Working Paper Series 2.

- Gurrea Martínez, A., y Coronel Jones, C., (coordinadores). (2019). 'Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador', Working Paper Series 2/2019, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas.
- Hannigan, B. (2016). *Company Law*, 4th Edition, OUP.
- Hansmann, H., and Kraakman, R. (2000). 'The Essential Role Of Organisational Law' [110 YLJ 387.
- Hansmann, H., Kraakman, R., and Squire, R. (2006). 'Law and the Rise of the Firm', *Harvard Law Review*, Vol. 119, No. 5.
- Hurtado Cobles, J. (2008). *La Doctrina del Levantamiento del velo Societario en España e Hispanoamérica*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona.
- Kronman, A. (1078). "Specific Performance", 45 *University of Chicago Law Review* 351.
- Muscat, A. (1996). *The Liability Of The Holding Company For The Debts Of Its Insolvent Subsidiaries*. Dartmouth Publishing Company.
- Narváz García, J. (1999). *Derecho Mercantil Colombiano: teoría genera de las sociedades*, Bogotá: Legis.
- Noboa Velasco, P. & Ortiz-Mena, E. (21-04-2020) *Elementos Característicos de las Sociedades por Acciones Simplificadas en Ecuador (Characteristic Elements of the Simplified Share Companies in Ecuador)* Available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3582137
- Noboa Velasco, P. (08-05-2018). *Activos y Pasivos Sobrevenidos a la Cancelación Registral de una Sociedad Mercantil (Effects of the Cancellation of a Company on its Arising Property and Debts)* Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3158844>
- Prat Rubi, J. (1985). *Intervención de la persona jurídica en el juicio de quiebra*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona.

- Reyes, F. (2018). *La Sociedad por Acciones Simplificada*, Legis, Bogotá.
- Richard, E. (2002). *Personalidad Jurídica – Inoponibilidad*, 20. En: *Responsabilidad y Abuso en la Actuación Societaria*, Nissen, R., Pardini, M. y Vitolo, D., Editorial Ad Hoc, Buenos Aires.
- Ridley, A, and Shepherd, C. (2015). *Company Law* Routledge.
- Salgado, R. (2015). *Tratado de Derecho Empresarial y Societario: Tomo II: Vol. 1: La Sociedad Anónima*, Quito.
- Salgado, R. (2015) *Voces Conceptuales de Derecho Societario, Tomo II*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Seijas Rengifo, T. (2007). *The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)* en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, UNMSM, Vol 64, (N° 1- N° 2), Lima.
- Ventoruzzo, M., et al. (2015). *Comparative Corporate Law, American Casebook Series*.

Casos y jurisprudencia

- Arab Monetary Fund v. Hashim (No. 3) (1991)
- Foss v. Hartbottle (1843) 2 Hare 461 Ch
- Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3039. (Quito, 5 de junio de 2002)
- Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 133. (Quito, 28 de octubre de 2004)
- Gramophone and Typewriter Co Ltd v Stanley [1908] 2KB 89 (Court of Appeal)
- Macaura v Nothern Assurance Co [1925] AC 619 (House of Lords)

*Personalidad Jurídica Independiente
de la Sociedad Por Acciones Simplificada y
Responsabilidad Limitada de sus Accionistas*

Salomon v A. Salomon & Co Ltd [1897] AC 22 (House of Lords)

Standard Chartered Bank v Pakistan National Shipping Corpn and Others
(Nos 2 and 4) [2003] 1 A.C. 959, 36 (Lord Hoffman)

Corte Constitucional del Ecuador Sentencia No. 22-13-IN/20, Caso No. 22-
13-IN de 09 de junio de 2020. Jueza ponente: Teresa Nuques

RECENSIÓN DE LIBRO

Desconsolidación de la democracia: retos contemporáneos y reflexiones para salvar nuestros Estados

*Desconsolidation of Democracy: Contemporary
challenges and reflections to save our States*

*Reseña del libro: El pueblo contra la democracia: por qué nuestra libertad está
en peligro y cómo salvarla*

Yascha Mounk (2018). 1ª Edición. Barcelona, España: Editorial Paidós

Camila Valencia Galarza *

Investigadora Jurídica Independiente

Información del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 15 de octubre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 03 de diciembre, 2020

Citación

Valencia, C. (2020). *Desconsolidación de la democracia: retos contemporáneos y reflexiones para salvar nuestros Estados*. Reseña del libro: El pueblo contra la democracia: por qué nuestra libertad en peligro y como salvarla. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (623-645).

DOI: 10.26807/rr.vi02.59

Resumen: En el presente trabajo se realizará una reseña del libro “*El pueblo contra la democracia: Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*” de Yascha Mounk. En primer lugar, se describirá el

* Egresada de la carrera de Derecho por la Universidad de Cuenca, Ecuador. Correo electrónico: camila.valencia.ge@gmail.com

problema de investigación que ha identificado el autor; para luego abordar someramente cada capítulo, haciendo énfasis en las ideas fundamentales que se encuentran a lo largo del texto. A su vez, se emite una crítica con respecto a ciertas posturas que deben ser puestas al debate. Finalmente, se emitirán las conclusiones a las que ha llegado el autor y lo que ha buscado transmitir con su libro, sin dejar de lado consideraciones personales acerca del tema, principalmente, abordado por el autor: la *democracia liberal*; institución jurídica relevante para el Derecho.

Palabras clave: Democracia liberal, democracia iliberal, liberalismo no democrático y populismo.

Abstract: *In this work, a review of the book “The People vs. Democracy” by Yascha Mounk will be made. In the first place, will be described the research problem identified by the author; and then briefly address each chapter, emphasizing the fundamental ideas found throughout the text. At the same time, is issued criticism regarding certain positions that should be put to debate. Finally, the conclusions reached by the author and what he has sought to convey throughout his book will be issued -without neglecting personal considerations about the subject- mainly approached by the author: the liberal democracy: legal institution relevant to Law.*

Key words: *Liberal democracy, illiberal democracy, undemocratic liberalism, and populism.*

Introducción

Desde antaño, el término democracia se ha utilizado en las distintas naciones y no ha habido acuerdo alguno en cuanto a su significado, tanto es así que incluso varios doctrinarios consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. Para Mounk (2018), la democracia es “un conjunto de instituciones electorales vinculantes que traducen de manera efectiva las opiniones populares en unas políticas públicas concretas” (p. 33). Es importante considerar esta definición ya que esta es la base para entender las posturas que se abordan a lo largo del texto.

Según Yascha Mounk (en adelante el autor), la democracia -en sí- no es suficiente para la consolidación de un Estado, siendo menester considerar su combinación con el liberalismo. Sin embargo, en este punto, nuevamente nos encontramos frente a un término que puede provocar confusión; por esa razón Mounk (2018) define al liberalismo como aquello que permite la materialización de los derechos individuales, así supone la existencia de una correlación entre libertad e igualdad.

A partir de estos dos conceptos, el autor aborda el tema central de su libro: la *democracia liberal*. La considera como aquella mezcla única entre la manifestación de la voluntad popular -gobierno popular- y los derechos individuales (Mounk, 2018). Esta institución jurídica se desarrolla a lo largo de tres capítulos, haciendo énfasis en problemáticas en las que, actualmente, se ven inmersos distintos países¹ debido a contrariedades estructurales, políticas, sociales y económicas; factores que traen consigo que la democracia se encuentre en inminente peligro.

Entonces, ¿puede una democracia desconsolidarse?, y de ser así, ¿es posible salvarla de su desconsolidación? Si bien se considera inimaginable que la democracia -institución fuertemente desarrollada a lo largo del tiempo- pueda desprenderse, la realidad que nos atañe es otra. En las últimas décadas hay más personas que se inclinan hacia un gobierno dirigido por “hombres fuertes” o se sienten seducidos por la idea de uno autoritario (Mounk, 2018).

El autor desarrolla la siguiente premisa: sí es posible que las democracias se desconsoliden y que, de hecho, eso puede estar pasando en la actualidad. Estas fuertes alegaciones que hace el autor son confirmadas mediante encuestas que ha realizado para dar solidez a su investigación, por lo que, teniendo en cuenta esta gran problemática,

1 Yascha Mounk a lo largo de su texto analiza principalmente la realidad política de países pertenecientes a América del Norte y Europa Occidental. A pesar de que su investigación se centra en los territorios mencionados, no hay que desmerecer las reflexiones interesantes y, sobre todo, trascendentales que podrían aplicarse a todos los países, teniendo en cuenta los matices propios de cada nación.

se ve inmerso en describir el origen de esta para, consecutivamente, exponer sus posibles remedios.

Las reflexiones que se encuentran en este texto se vuelven fundamentales para el Derecho, pues explican la forma en la cual fuertes partidos políticos populistas, así como diversos factores estructurales y tecnológicos están socavando la democracia liberal, además, presenta cómo esto afecta a los derechos individuales o a la voluntad popular -a pesar de haber sido considerada más o menos estable e, incluso, consolidada una vez culminada la Segunda Guerra Mundial-. Si bien es cierto que el autor aborda una metodología bastante descriptiva y experimental enfocándose únicamente en el marco de países pertenecientes a América del Norte y Europa Occidental no deja de ser menos importante el hecho de que sus reflexiones puedan ser aplicadas -evidentemente, con ciertos matices- en países pertenecientes a Latinoamérica y, en concreto, en nuestro país, Ecuador.

I. Capítulo I: La crisis de la democracia liberal

1.1 Democracia sin derechos

La democracia sin derechos -o también llamada “*democracia iliberal*”- trae consigo un debate acerca de cómo los partidos políticos populistas inician seduciendo al pueblo con la idea de que su voz nunca más será callada para terminar, de esta forma, acaparando instituciones democráticas hasta el punto en que los derechos individuales se vean seriamente comprometidos, surgiendo así el inminente peligro de la consolidación de un gobierno autoritario.

Para comprender el problema, el autor trata de explicar el riesgo que acarrea que el poder se encuentre en manos de populistas, incluso exterioriza lo que perpetran para mantenerse en este. Para ello, analiza la campaña llevada a cabo por Donald Trump en las elecciones presidenciales de Estados Unidos de Norteamérica en 2016. Trump llegó al poder de manera “inesperada” según muchos políticos, pues es difícil de creer que alguien con ideales tan extremis-

tas pueda ganar las elecciones de un país que hace honor a valores fundamentales como la libertad. Lo cierto es que Trump pudo ganar las elecciones porque su perfil era el de un populista, pues le vendía al pueblo estadounidense soluciones simplistas y fáciles a los problemas que le atañen al país como lo hizo, por ejemplo, respecto a la inmigración y su solución de construir un muro en la frontera con México (Mounk, 2018). Estas posturas que pecan de simplismo propenden al populismo porque llegan de forma tentadora a aquella parte de la población que mantiene constructos sociales y raciales, conllevando a que estos crezcan aún más, cuando se supone que en la actualidad se intenta prescindir de posturas discriminatorias.

No obstante, el problema se desarrolla cuando estas soluciones no funcionan y el pueblo, llevado por ideales ya inculcados, buscan otro populista que sí las materialice. Desde otra perspectiva, en caso de que estas soluciones efectivamente se cumplan, pueden traer como consecuencia una dictadura (Mounk, 2018). En sí, “los populistas moldean la identidad de la mayoría traicionada y de la minoría despreciada a medida que lo necesita según su contexto local, la estructura retórica de la que se valen es llamativamente parecida en cualquier parte del mundo” (Mounk, 2018, p.46).

Otro rasgo fundamental que el autor identificó como rasgo característico de un populista es que el político empieza con enunciados tales como “el pueblo decide y yo soy vuestra voz” (Mounk, 2018, p.47). En este punto, el populista introduce una idea en la mente de los votantes: existe un pueblo que es real, formado por aquellos que comparten ciertos rasgos culturales, étnicos o religiosos, dejando a lado minorías que se alejan de dicho escenario. Por consiguiente, se difunde la creencia de que la mayoría manda, quien habla por ellos es el político, por lo tanto, no hay nada más importante que la voluntad popular (Mounk, 2018).

Una vez alcanzado el poder, el populista redirecciona sus energías hacia el pueblo para que este tenga la convicción de que ciertas “instituciones formales o informales osan de disputar sus pretensiones de monopolio moral de la representación” (Mounk, 2018, 48). Esto implica el acaparamiento de aquellas instituciones democráticas que garantizan derechos individuales. Cuando se alcanza este objetivo,

efectivamente se ha caído en una dictadura; el elemento democrático con el cual inició el populista queda totalmente perdido.

Observando otra perspectiva, hay analistas destacados como Jan-Werner Müller, que están en contra del carácter democrático del populismo, así como del término “democracia iliberal”. Este autor considera que dicha expresión solamente legitima los actos antidemocráticos de los populistas, que por cuestión lógica, estos no tienen naturaleza democrática (Müller, 2016).

Regresando al pensamiento de Mounk (2018) este hace especial énfasis en que, como se manifestó anteriormente, el populismo no es del todo antidemocrático, es decir, su naturaleza tiene un tinte democrático e iliberal. Desde un inicio lo que se busca -o al menos lo que se propaga- es que la voluntad popular sea un valor fundamental. Sin embargo, posteriormente, ese valor se ve socavado por el ansia del político de acaparar todo el poder pasando por alto la voluntad popular que tanto profesó. El no entender esto, menciona Mounk (2018), hace que muchos no podamos comprender que este problema tiene un carácter atractivo (componente democrático) el mismo que, si lo excluimos del panorama solamente dificulta las posibilidades de descubrir cómo frenarlo.

1.2 Derechos sin democracia

¿Cuándo garantizar derechos individuales puede llevarnos a un Estado no democrático? Dentro de este contexto, surge el término “*derechos sin democracia*”. Los derechos individuales se han materializado, pero esto ha provocado que la voluntad popular se vea disminuida e, incluso, que muchos ciudadanos no se sientan partícipes en las decisiones que toman los gobernantes (Mounk, 2018).

El ideal de la democracia directa ha quedado atrás ya sea por circunstancias geográficas, sociales, económicas y políticas que han provocado su transformación. De esta manera, se consolidó una democracia representativa, en la cual, debido a la creación y división

de los poderes del Estado, la máxima expresión del pueblo se confió al órgano legislativo.

Entonces, surge la siguiente interrogante: ¿es legítimo que otros órganos desarrollen actividades legislativas? El camino hacia esta respuesta trae a colación un debate que se ha desarrollado a lo largo del tiempo. Hay quienes consideran que las decisiones de otras instituciones en el ejercicio de facultades legislativas pueden estar alejadas de la voluntad del pueblo, ya que no son tomadas en el desenvolvimiento de un debate político.

Como, por ejemplo, los servidores de la administración pública muchas veces han sido llamados “burócratas legisladores” debido a que la finalidad de que sea la voluntad popular la que legisle va encaminada a que las instituciones que apliquen estas normas estén subordinadas por dicha voluntad. Es decir, no cabría un margen de arbitrariedad y discrecionalidad de estos funcionarios (Mounk, 2018). No obstante, la realidad es otra. Ninguna ley va a ser lo suficientemente completa para regular todas las conductas posibles, ya que la norma siempre es finita, por otra, los hechos infinitos.

Esta dificultad da paso a que muchos Estados doten de atribuciones legislativas a sus administradores con la finalidad de solventar futuras anomías; o que la regulación sobre ciertas cuestiones técnicas caiga en órganos especializados al respecto. El autor se encamina en la importancia que tiene la realización de funciones por parte de ciertas instituciones que no puede -con facilidad- efectuar el órgano legislativo, pero no prescinde la preocupación de que cada vez estas facultades legislativas son más amplias, acarreando que varios asuntos sean suprimidos del debate político (Mounk, 2018).

Siguiendo la misma línea, el surgimiento del control judicial de constitucionalidad ha dado origen a posturas que explican que este control es antidemocrático porque es efectuado por un grupo de jueces que no ostentan legitimidad y por no haber sido elegidos popularmente. Jeremy Waldron (1998) critica este control y sostiene la importancia de que temas polémicos no sean desprovistos del debate político porque puede traer como resultado la falta de consenso social

sobre cuestiones que tienen una fuerte carga moral donde las personas tienen posiciones tajantes; verbigracia, como lo es: el aborto.

Empero, el autor, si bien tiene en cuenta todas estas críticas sobre el carácter antidemocrático del mencionado control, manifiesta su apoyo a los fundamentos esbozados por autores como Dworkin y Kelsen que están a favor de la legitimidad de los jueces para efectuar un control de constitucionalidad. Estos autores sostienen que, a pesar de existir la supresión del debate político en temas que las personas tienen opiniones fuertemente controvertidas, es necesario que los jueces hagan un análisis constitucional en los diferentes casos para proteger derechos individuales de minorías que, en ocasiones, son invisibilizadas; y así, en momentos de crisis, tales como en el caso de gobiernos de “hombres fuertes”, estas no se vean desprotegidas (Mounk, 2018).

Considero que el control de constitucionalidad que ejerce el poder judicial, o en algunos países -como en el nuestro- la Corte Constitucional, no propende a la eliminación del debate político. Todo lo contrario. El control que ejercen estos jueces da paso a que las decisiones tomadas por organismos técnicos de la administración pública sean explicadas de mejor forma, sin tecnicismos, permitiendo que los ciudadanos comprendan de mejor manera. De hecho, da paso a que estos funcionarios se vean obligados a emitir una mayor motivación, respecto del apego que sus decisiones deban -en palabras de Kelsen- a la norma fundamental (Uprimny, 2001). Retórica que se hace posible sólo al momento en que ejercen su defensa ante jueces constitucionales.

No obstante, pese a estar de acuerdo con la legitimidad y conveniencia del control de constitucionalidad por parte de jueces constitucionales², opino que dicha cuestión ha abierto la puerta para que

2 Me refiero a jueces constitucionales porque, como se mencionó anteriormente, en la realidad ecuatoriana, estos son los encargados de realizar el control de constitucionalidad de aquellas decisiones que emanen los órganos que ostentan facultades legislativas.

este órgano independiente de la función judicial realice funciones cada vez más amplias, y de ser así, resulta claro que se estaría vulnerando normas democráticas básicas³. Por ejemplo, en la Sentencia N°024-16-SIN-CC la Corte Constitucional resolvió una acción pública de inconstitucionalidad de una ordenanza dictada por el Consejo Cantonal del GAD Limón Indanza. Entonces, estamos frente al escenario de un órgano que es representante del pueblo y a quien se le ha confiado facultades legislativas en aras de satisfacer necesidades básicas de aquellas personas que conforman una circunscripción territorial. La Corte determinó que la ordenanza fue en contra de normas constitucionales que tutelan los derechos de las personas discapacitadas frente a los tributos, pero la sentencia no termina ahí. Los jueces constitucionales legislaron el pasaje de la ordenanza considerando que vulneraba derechos fundamentales (Patricio Peláez y Otros vs. GAD Municipal Limón Indanza, Sentencia No. 024-16-SIN-CC, 2016). De esta forma nace la interrogante ¿es legítimo que la Corte Constitucional se atribuya actividades legislativas? Pregunta que, en nuestra realidad ecuatoriana, no ha encontrado respuesta firme constituyendo un debate desde que inició la justicia constitucional⁴.

Prosiguiendo con el análisis, después de la fuerte experiencia que nos dejó la Segunda Guerra Mundial, se dio origen a la creación de organismos y tratados internacionales con la finalidad de fortalecer la cooperación internacional, evitar conflictos bélicos y propender a la globalización. El autor considera que esto ha traído ciertos beneficios. Un claro ejemplo es en el ámbito del cambio climático, para combatirlo se requiere el trabajo y compromiso de varios países. No obstante, realiza una observación en cuanto a que cada vez estos organismos están

3 Acerca del debate sobre la dificultad contramayoritaria y antidemocrática del control judicial de constitucionalidad, véase: Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona, España: Ariel.

4 Acerca del debate de si es o no legítimo y conveniente que las Cortes Constitucionales realicen el control de constitucionalidad, véase: Uprimny, R. (2001). Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía. *Precedente Revista Jurídica*, (-) 35-66. DOI: 10.18046/prec.v0.1382

carcomiendo la independencia de los Estados, como en el caso de los tratados de libre comercio, que, a pesar de sus ventajas, ocasionan cierta inhabilitación a los Estados miembros para gravar con aranceles, lo cual compromete su libertad de maniobra (Mounk, 2018).

1.3 La democracia se está desconsolidando

El autor, al realizar su investigación, efectuó estudios estadísticos a cierta población estadounidense, los cuales muestran que gran parte de los encuestados nacidos en las décadas de 1930 y 1940 consideran que es esencial vivir en una democracia. No obstante, aquellos nacidos después de 1980 creen que no es fundamental (Mounk, 2018). Estos datos han sorprendido a muchos politólogos, aunque Mounk (2018) cree que tiene que ver con el componente histórico: los abuelos de los *millennials* han vivido la época dura de la guerra, por ello conocen y saben la importancia de tener una democracia consolidada. Igualmente, están conscientes que la misma no llega a su fin, como en el caso de Polonia y Venezuela. Desde otro punto de vista, los relativamente jóvenes sienten que sus intereses están cada vez menos representados por los políticos que tienden al conservadurismo y por eso le dan escasa o nula importancia al hecho de vivir en una democracia (Mounk, 2018).

Asimismo, el autor a través de encuestas llegó a la conclusión de que el 24% de estadounidenses de todas las edades apoyaban la idea de un líder fuerte, aquel que pase por encima del órgano legislativo y de las elecciones. En el 2018, ese porcentaje aumentó hasta un 32% (Mounk, 2018).

Estos datos son preocupantes. Permiten visualizar cómo la democracia está en crisis, la importancia de hacer algo para que los ciudadanos vuelvan a estar comprometidos con ella, que rechacen alternativas autoritarias y que los partidos políticos reflexionen acerca de la importancia de su sometimiento a las normas democráticas básicas. Para hallar soluciones a este problema, es fundamental que se indague acerca de los orígenes del apoyo a la democracia liberal, que, si bien ha sido una buena forma de gobierno, el autor es escéptico

al pensar que esa ha sido la razón por la cual ha gozado históricamente de apoyo; si se busca en sus verdaderos orígenes nos permitirá encontrar las razones de porqué en la actualidad los ciudadanos de distintos países están desilusionados de la democracia liberal (Mounk, 2018).

II. Capítulo II: Orígenes

2.1 Las redes sociales

¿Las redes sociales son un peligro para la democracia liberal? En el último periodo de la edad media, que comprende los siglos XIV y XV, la información escrita estaba al alcance de una élite selecta, pues para transmitir ideas se requería de una persona que transcribiera palabra por palabra el manuscrito original (Mounk, 2018).

Posteriormente, ya en el siglo XVI y XVII se dio paso a la alfabetización con la creación de la imprenta haciendo posible la comunicación de pocos a muchos. No obstante, quienes accedían a esta debían tener los recursos necesarios y el capital social suficiente para poder transmitir sus ideas dando origen a los guardianes de la información, derivando, a su vez, en la difusión -únicamente- las posturas políticas y religiosas de las élites (Mounk, 2018).

En los últimos años, con la creación de la tecnología digital, especialmente las redes sociales, la comunicación se convirtió de muchos a demasiados⁵, lo cual efectivamente permitió una mayor propagación y acceso a la información por parte de los ciudadanos de pie (Mounk, 2018).

Especialmente, el acceso a redes sociales, ha dado paso al activismo que realizan grupos histórica y estructuralmente segregados, dándoles la posibilidad de unir fuerzas y difundir sus argumentos en favor de que sus derechos sean reconocidos. Por el momento, observamos

5 Es decir, a diferencia de lo que ocurría en antaño, actualmente los medios de comunicación están al alcance de muchas personas y su difusión es a mayor escala.

claros ejemplos de lo anteriormente mencionado como movimientos feministas, LGBTIQ, Black Lives Matter, entre otros. La comunicación en tiempos actuales efectivamente constituye una ventaja para quienes desean promulgar sus ideales a diferencia de décadas atrás donde movimientos como *las sufragistas* no contaron con la misma suerte, pues, para que su causa fuera escuchada tuvo que suscitarse la muerte de Emily Davison⁶.

No obstante, a pesar de estas diáfanas prerrogativas, las redes sociales han debilitado poco a poco la democracia liberal. Primero, menciona Mounk (2018) por la difusión de un discurso de odio caracterizado por su estilo incendiario más que por su veracidad, que para nada va acorde a los valores de libertad e igualdad. Segundo, porque ha servido como herramienta para que los populistas acaben con las normas democráticas básicas, por ejemplo, en el caso de las elecciones presidenciales de Estados Unidos en 2016. El ataque constante que Trump realizó a Clinton en redes sociales fue tal que un sondeo mostró que, en agosto de 2016, un 42% de los electores registrados habían llegado a creer que Clinton era maligna (Barrett, 2016).

Finalmente, Mounk (2018) considera que, “las redes sociales no son necesariamente buenas ni malas para la democracia liberal, lo cierto es que han contribuido a cerrar la brecha tecnológica entre quienes están dentro del sistema y quienes están fuera de él” (p. 152), lo cual ha servido para impedir el acaparamiento de los medios de comunicación que buscaban fijar un discurso político; cuestión que no quita el cuidado que se debe tener cuando esto es utilizado como herramienta por los populistas para acabar con normas democráticas básicas.

6 El 8 de junio de 1913, Emily se convirtió en mártir al interrumpir una carrera de caballos conocida como el Derby, pudo alzar su bandera sufragista y hacer visible el motivo por el cual luchaba con sus militantes: el derecho al voto de las mujeres. Este terrible suceso en la historia -uno de un sinnúmero de hechos-, nos muestra lo difícil que era para ciertos grupos sociales acceder a los medios de comunicación para difundir vulneraciones a sus derechos. Emily consiguió una victoria para las mujeres y esta historia quedó marcada en el corazón de muchas.

2.2 El estancamiento económico

Mounk (2018) considera que existe un vínculo entre la situación económica y la estabilidad política. Cuando la democracia llegó a su época dorada o de mayor consolidación era porque varias personas eran partícipes de los beneficios del crecimiento económico del país en cuestión. Por esta razón, tenían confianza en los gobiernos de turno, dado que su estilo de vida se asemejaba mucho o alcanzaba incluso el valor de ser digno.

Al darse un estancamiento en la economía de un Estado, los ciudadanos pierden esa confianza hasta llegar al punto de creer que los políticos se han dejado llevar por intereses externos para redirigir los recursos; lo cual no es nada descabellado, especialmente en nuestra realidad ecuatoriana que cuenta con múltiples casos de corrupción⁷. Al surgir esta desconfianza, que según Mounk (2018), es mayor en aquellos ciudadanos que no han sufrido calamidades económicas y que, por tanto, tienen un temor al futuro que se muestra como incierto. La democracia cada vez va perdiendo sentido, pues los populistas, sean de extrema derecha o extrema izquierda, se aprovechan de la situación para presentar su oposición al statu quo, con soluciones simplistas que no tardan en caer al vacío. Pero, se pregunta Mounk (2018): ¿qué les hace falta a las democracias para prolongar su historial de estabilidad pasada?, ¿es suficiente con que un Estado democrático garantice una vida digna a sus ciudadanos?

2.3 La identidad

Lo que busca la democracia es que el pueblo tenga el poder, entonces, ¿quién es exactamente el pueblo? (Mounk, 2018). Esta interrogante planteada por el autor es fundamental. Abarca un factor que es

7 Para un análisis de los casos de corrupción en Ecuador desde el año 2008 hasta el año 2018 con relación a indicadores internacionales, véase: Cordovez, A., Ponce, J. y Rodríguez, A. (2019). Administración pública y corrupción en el Ecuador; un matrimonio inquebrantable. Revista mktDescubre, 250-257. DOI: 10.36779.

determinante para entender las razones de por qué la democracia se está desconsolidando.

El autor a lo largo de este subcapítulo analiza cómo históricamente el pueblo no ha estado formado por todos sus habitantes. Desde Atenas el concepto de pueblo segregaba a mujeres y esclavos. Similar discriminación se dio en el Imperio Romano, Imperio Otomano y en la época anterior a la Segunda Guerra Mundial (Mounk, 2018).

Una vez con la experiencia del Holocausto, el fuerte nacionalismo y la homogeneidad que existía principalmente en las naciones de Europa Occidental se fue degradando hasta formar una democracia multiétnica, o al menos ese era el objetivo.

A diferencia de Estados Unidos, que no tenía el problema de la homogeneidad en su fundación, dado que fue un país creado a partir de colonias y siempre estuvo latente el ámbito de una democracia multiétnica. Empero, este ideal no siempre se cumplió dado los fuertes acontecimientos de discriminación racial lo largo de la historia, lo que conllevó a que la gente busque una democracia multiétnica pero que materialice la igualdad de las personas (Mounk, 2018).

Mounk (2018) hace mención a la ansiedad de los ciudadanos con respecto a la interrogante: ¿las democracias multiétnicas puedan ser viables en el futuro? Preocupación que ha brotado debido a la fuerte problemática de inmigración llevado a cabo a lo largo de la historia en Estados Unidos y en Europa Occidental con el conflicto suscitado en Siria. Este problema va de la mano con la ansiedad económica, agente que impulsa a muchos a una rebelión a favor del resurgimiento del nacionalismo y de la homogeneidad (Mounk, 2018).

Así es el escenario. Los populistas se han aprovechado de la situación para potencializar ese pánico infundado hacia el futuro con respecto a la seguridad y sustento de la población. De esta forma, han logrado alcanzar el poder, pues los electores han sido seducidos por las soluciones económicas simplistas de los populistas que, generalmente, han tenido la intención de echar la culpa a elementos externos de los problemas internos del Estado en cuestión (Mounk, 2018).

El panorama está claro. Las democracias actuales no pueden garantizar un acelerado proceso en el incremento de nivel de vida de sus ciudadanos; los medios de comunicación hoy en día están a disposición de todas las personas; y la homogeneidad -como elemento para construir una democracia- ya no es primordial, dado que los Estados deben aprender a vivir en democracias más iguales y diversas (Mounk, 2018).

III. Capítulo tercero: remedios

¿Cómo salvar a la democracia de su desconsolidación? El autor propone soluciones para que, en un futuro, la democracia liberal no se destruya. Un primer paso para alcanzar aquello es derrotar a los populistas en las urnas, con el afán de obtener dicha meta, el autor emite las siguientes reflexiones que se deben tomar en cuenta, lo cual considero es perfectamente aplicable a la realidad ecuatoriana:

- *Primera lección:* es importante mantener la unidad, no la división de la oposición (Mounk, 2018).
- *Segunda lección:* los partidos políticos que aspiran derrotar a los populistas deben conectarse con los intereses de los votantes mientras usan un lenguaje que permita dar cuenta que la oposición es parte del pueblo lo que conlleva a materializar sus necesidades (Mounk, 2018). En este punto, el autor hace énfasis en no caer en el discurso de los populistas, pese a esto, considero que traza una línea muy delgada. A lo largo del texto, explica básicamente las estrategias de los populistas, y, posteriormente -de forma bastante irónica- ofrece el uso de estas mismas herramientas como defensa para derrotar al mal primigenio, resultando ser entonces, populismo venciendo al populismo, cuestión que -aún con más ironía- no es inimaginable, ya que si los votantes no sienten agrado por la oposición van a seguir encantados con el partido populista.
- *Tercera lección:* es fundamental concentrarse en los aspectos positivos del populismo para poder abordar con mayor facilidad las soluciones, ya que permite el no estancamiento en los defectos (Mounk, 2018).

- *Cuarta lección:* Mounk (2018) menciona que la oposición deberá mostrar su desencanto por el statu quo, dado que muchos de los cuales apoyan a partidos políticos populistas están desilusionados del mismo.

En definitiva, para alcanzar una democracia liberal más estable y defender los valores que esta promulga, es necesario tomar en cuenta aspectos estructurales, sociales, económicos y políticos, que, si bien han servido para dar origen al encanto por la democracia, asimismo han provocado la desilusión de esta.

3.1 Domesticar el nacionalismo

Como se señaló, el nacionalismo no siempre ha sido considerado un aspecto positivo para la democracia, a pesar de haber servido como elemento para que ésta se funde. Por todo lo vivido, es necesario que los Estados aprendan a convivir con la diversidad, procurando que no se vulnere la igualdad.

Sin embargo, en la actualidad se vive el resurgimiento de un nacionalismo excluyente (Mounk, 2018). El concepto de pueblo comienza una vez más a segregar a las minorías, lo que quiere decir que, como humanidad, nos vemos inmersos en un círculo vicioso, pues estamos regresando a aquello que en ataño juramos nunca retornar. No es que el pueblo ha olvidado, sino que este está ansioso por factores económicos y geográficos que deben ser tomados con pinzas por parte de los gobernantes si se desea mantener la democracia.

El retorno de este tipo de nacionalismo es defendido por políticos populistas como Trump, Wilders, o Le Pen. Lo que buscan es fundar en lo más intrínseco de los votantes el resentimiento social hacia las minorías étnicas o religiosas. Así, una vez con esta idea arraigada, presentarles lo que supondría la solución más acertada y fácil, pero lo cierto es que el problema no es tan simple como lo exponen. Cuando esto se manifieste será demasiado tarde, los populistas ya habrán socavado las instituciones democráticas.

Domesticar al nacionalismo, no significa que no se tome en cuenta ciertos problemas que genera el elevado número de inmigración. Se puede optar por soluciones que no incentiven el odio o resentimiento social de cierto porcentaje de la sociedad; ejercer un mejor control fronterizo, tomando en cuenta que la nación es una circunscripción geográfica y que necesita ser tal para funcionar es una gran forma de ejemplificar este tipo de soluciones. Esto no quiere decir que se va a desproteger a los inmigrantes de tratos indebidos vulnerando sus derechos. En concreto, se trata de reafirmar la importancia de proteger a estas minorías, incluso, para la estabilidad económica, sin ignorar los temores de aquellos que se inclinan por gobiernos populistas con soluciones simplistas al problema de la inmigración.

3.2 Arreglar la economía

¿La ansiedad económica de los ciudadanos puede generar nostalgia de épocas pasadas? Por más sencilla que parezca la respuesta, la realidad es otra. Quedó claro que un componente que les impulsaba a los ciudadanos a creer en las democracias era el crecimiento en el nivel de vida. Efectivamente, si las personas están contentas con su estilo de vida, están estables, por lo que les interesa mantener el statu quo que les permite conservar esa situación.

En la actualidad, no podemos decir que la economía es la misma que hace décadas. La globalización ha traído consigo cambios que a muchas personas les ha obligado a salir de su zona de confort para acoplarse a una nueva realidad; más aún si consideramos la economía en tiempos de pandemia.

Hace poco, sin emergencia sanitaria, la situación no era del todo distinta. La crisis ya empezó a manifestarse en muchos países; siendo la pandemia un conducto que mostró -para bien o para mal-, de manera diáfana, los aprietos en los que se encontraban muchos Estados. Un componente importante dentro de este contexto fue el desarrollo de la economía digital la cual avanza de manera acelerada, mientras que los seres humanos nos movemos a paso lento; ocasionando nostalgia y ansiedad, por aquellas épocas en donde la

estabilidad económica era una realidad, o al menos, a la mira de la población promedio, alcanzable.

Y el populismo asecha una vez más, pero ahora lo hace con la herramienta de la tan nombrada nostalgia, hoy ya no es necesaria la universalización del concepto de este término, dado que los partidos políticos son tan astutos que dejan a la imaginación y al sentimiento de cada persona, tanto la definición como la forma de manifestación de esta.

El autor, en este punto, identifica los factores económicos que influyen al deceso de la democracia liberal. Entre estos, encontramos a la vivienda que debe ser fundamentalmente garantizada para que los ciudadanos no sientan temor al futuro, miedo que muchas veces es sobredimensionado.

Mounk (2018), plantea que, para garantizar aquello, debería considerarse la reestructuración de la política de vivienda, de tal forma que las personas en realidad crean que pueden acceder a una vivienda digna, desvaneciendo su temor a un futuro infortunado.

De igual manera, bosqueja una reconfiguración de la política fiscal. Por cuestiones obvias, esta influye directamente en la redistribución de las riquezas (Mounk, 2018). Es decir, se trata de materializar el principio de capacidad contributiva asegurando que las personas paguen según sus condiciones.

Personalmente, estimo que este cambio expuesto por el autor supone una erogación fuerte por parte del Estado con ciertos matices, pues la consideración de que todos los derechos económicos y sociales son prestacionales quedó desvirtuada⁸. Es complejo, aún para un país de

8 Al respecto véase: Sunstein, C. (2018). *Las cuentas pendientes del sueño americano: por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A. Y, Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid, España: Editorial Trotta, S.A. Autores que consideran que no se debería catalogar a los derechos económicos y so-

primer mundo, asegurar a absolutamente toda su población una vida o vivienda digna. Por esta razón, muchos países se cuidan de garantizar estos derechos a través de normas de aplicación directa, inclinándose a su regulación mediante normas pragmáticas, lo cual, en cierta forma, les convierte en consecuencialistas, pues tienen claro el gasto que puede generar aquello (Guastini, 2003; Sunstein, 2017).

Con esto no quiero decir que por complicado que resulte para el Estado garantizar ciertos derechos económicos y sociales, deben dejar de realizarlo. De hecho, deben hacerlo. Es parte de su obligación para con sus ciudadanos, para con el pueblo que les otorgó su poder. No obstante, resulta ineficiente dejar dicha posición a medias, agrego entonces que para hacerlo deben tomar en cuenta la reflexión que he manifestado con anterioridad: el aparato Estatal debe tener sumamente claro cómo garantizar estos derechos, además del tipo de norma con el que pretenderán ejecutarlos. En definitiva, sí, calmar la ansiedad económica del pueblo puede llevar a que se vean desencantados por partidos políticos populistas que utilizan su nostalgia como una artimaña para sus propios fines.

3.3 Renovar la fe cívica

¿Renovar la fe cívica ayudará a que los ciudadanos vuelvan a confiar en los políticos? Hoy en día vivimos en una época digital, donde acceder a todo tipo de información es sencillo y fácil; además, se ha dado una modificación en la naturaleza de la comunicación a causa del amplio alcance de las redes sociales.

La tecnología facilita a que las personas en cuestión de segundos accedan a datos que definen el valor cívico, lo cual nos lleva a creer que nos encontramos frente a una ventaja inminente. La cuestión no es así del todo. Este acceso inmediato ha ocasionado que varias

ciales como esencialmente prestacionales. Esto, generalmente, instaura la creencia de que es casi imposible garantizarlos y judicializarlos, ya que muchos de los derechos civiles y políticos, de igual forma, suponen una erogación por parte del Estado.

personas no se preocupen por los mencionados datos, o de plano, se desentiendan de la política. El tema de la fe cívica se encuentra solamente a un click, más no en las mentes de los ciudadanos.

Por lo tanto, lo que se necesita, según Mounk (2018), es un reforzamiento de la fe cívica, de tal forma que a través de la educación se enseñe lo positivo de vivir en una democracia liberal, e incluso sus aspectos negativos, anhelando que las personas apoyen lo primero y sean conscientes sobre lo segundo. Si las personas tienen suficiente confianza será fácil que se enfoquen en el primer camino sin desconocer los aspectos nocivos con el fin de solventarlos.

Para reforzar esta confianza se requiere poner un alto al desenfreno de información -si así puede llamarse- sin fuentes fidedignas que circulan por redes sociales. El discurso de odio que se fomenta en estos espacios solamente ocasiona que la desconfianza aumente; las personas están saturadas por teorías conspirativas que muestran como la política, y en general, el statu quo, ya no funciona (Mounk, 2018).

No se trata de censurar, porque de esa forma estaríamos vulnerando el tan aclamado derecho a la libertad de expresión. Lo que sí se podría realizar es exigir a las grandes empresas la mejora de los algoritmos con la finalidad de evitar, en lo posible, el mayor número de noticias falsas (Mounk, 2018).

En sí, se trata de criar ciudadanos que fortalezcan la fe cívica desde que son infantes, para que cuando crezcan, después de ejercer el correspondiente discernimiento, se inclinen por la democracia liberal, propendiendo a la unión entre libertad y derechos individuales.

IV. Conclusiones

¿La era digital ha desencadenado una crisis que nos lleve a pensar que las democracias de diferentes países se están desconsolidando? Parece ser que la respuesta, al menos de forma indirecta, es afirmativa, pero el escenario no es del todo pesimista. A lo que me refiero, es que, como bien analiza el autor, la tecnología -y en especial las redes sociales- han potencializado elementos políticos, económicos y sociales que ponen en riesgo la democracia.

Lo que nos lleva a concluir que el problema no es reciente, más bien de índole estructural. La tecnología de la información y comunicación ha traído complicaciones. Principalmente, lo que hizo fue exteriorizar y manifestar de forma vehemente las frustraciones y resentimientos que ya sentían varias personas mucho antes del surgimiento de las redes sociales.

Los partidos políticos populistas no han perdido el tiempo y han sacado provecho de esta situación. Se han gorroneado de los agentes ya existentes que estaban causando malestar a la gente. Han utilizado las redes sociales como instrumento para difundir temores, miedos y discursos de odio; dirigiéndonos a una crisis en donde la democracia liberal pende de un hilo.

El auge del populismo puede llevar a que un hombre fuerte alcance el poder gracias a su discurso centrado en que solo él es el único vocero del pueblo. Como consecuencia la población cada vez se siente más ajena a las decisiones tomadas por los políticos, es decir, se ha caído en un liberalismo no democrático. Entonces, una vez en el poder, la perorata populista con la cual presumían ser los mejores representantes de la voluntad popular cae por completo cuando empiezan a socavar instituciones democráticas hasta acabar inmersos en un gobierno autoritario.

He ahí la importancia de tener en cuenta las reflexiones y diversas soluciones para hacer frente a gobiernos populares que al autor desarrolla a lo largo del libro: evitar que la era de los Estados democráticos terminen siendo un recuerdo plasmado únicamente en los

libros de historia. El tema no es sencillo. Para poder enfrentarlo es fundamental que las personas vuelvan a tener interés en la política, así se podrá analizar las razones por las cuales muchas personas se han desilusionado de la democracia liberal, directrices que nos mostrará el camino para seguir la vía que nos llevará a la atenuación de dicho desconforme.

Por último, pero no por ello menos importante, se formula la siguiente reflexión. ¿Es posible que el ser humano, para la búsqueda de su felicidad y bienestar, se desprenda totalmente de cosas externas? Para los estoicos la respuesta fue claramente afirmativa. Según su filosofía, de eso se trata el vivir bien. Alejarse de intereses externos implica que una persona se convierta en un ser tranquilo y estable sin depender de nadie más que de sí mismo, sin esperar favores ni fortuna de otros (Parra, 2000).

Ojalá así realmente fuera la vida. Desprenderse de todo lo que nos rodea efectivamente puede llevarnos al punto de no sentir dolor y por consiguiente alcanzar la felicidad. Pero hacer eso puede provocar que nos alejemos de manera irremediable de la realidad, y cuando estemos consientes de aquello, la frustración va a ser tan grande que por ningún motivo vamos a estar cerca de conseguir la felicidad de la que tanto hablaron los estoicos.

Aquí surge la sintaxis y la lógica del ser sociable por naturaleza. Indudablemente, no podemos ser indiferentes ante los conflictos que enfrenta un Estado democrático. El pretender no sentir nada al respecto solo nos va a traer frustraciones. Si renunciamos a la indignación, ira e impotencia que generalmente sentimos frente a casos de corrupción, partidos políticos populistas, democracias iliberales, minorías segregadas, etc., únicamente nos transformará en meros espectadores de un Estado que se desmoronará de poco a poco, hasta que la lucha por nuestras convicciones quede totalmente sepultada debajo de un cúmulo de bloques de populismo.

Referencias Bibliográficas

- Barrett, J. (29 de agosto de 2016). Poll: Who's More "Evil", Hillary or Trump? *Daily Wire*. Recuperado de www.dailywire.com/news/8720/
- Guastini, R. *Constitucionalización del ordenamiento jurídico: caso italiano*, en: Carbonell, M. (coord.). (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. España: Editorial Trotta, S.A.
- Müller, J. (27 de enero de 2016). The Problema with Democracy. *Social Europe*. Recuperado de www.socialeurope.eu/2016/01/the-problem-with-iliberal-democracy
- Mounk, Y. (2018). *El pueblo contra la democracia: por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*. Barcelona, España: Editorial Paidós.
- Parra, C. (2000). La filosofía y el sabio estoico: Examen de la virtud. *Revista Horizontes ducacionales*, (5), 27-35. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=97917880004>
- Sunstein, C. (2018). *Las cuentas pendientes del sueño americano: por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.
- Uprimny, R. (2001). Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía. *Precedente Revista Jurídica*, (-) 35-66. DOI: 10.18046/prec.v0.1382
- Waldron, J. (1998). Judicial Review and the conditions of democracy. *Journal of Political Philosophy*, 6(4), 335-355. DOI: 10.1111/1467-9760.00058.

Jurisprudencia Constitucional

- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 024-16-SIN-CC. Caso No. 0013-13-IN de 6 de abril de 2016. Jueza ponente: Wendy Molina Andrade.

QUEVEDO & PONCE

ESTUDIO JURÍDICO

80
1941-2021

QUIENES SOMOS



Quevedo & Ponce es una firma ecuatoriana fundada en 1941 por el Dr. Antonio Quevedo. Se ha caracterizado por mantener su tradición a través de la historia. Su experiencia de 80 años conociendo la legislación y la realidad del país ha significado un gran valor agregado para alcanzar la justicia.

NUESTROS SERVICIOS



Ofrecemos un servicio profesional de calidad bajo los más altos estándares de ética y conocimiento en cuatro ciudades del Ecuador. Mantenemos nuestro ejercicio profesional orientado a la defensa del cliente, con completa lealtad y con sujeción a los principios jurídicos y morales.

www.quevedo-ponce.com

 Quevedo & Ponce

Cuenca

 (593) 7 4218 100

 santiago.ponce@quevedo-ponce.com

Tulcán

 (593) 6 2984 220

 galo.teran@quevedo-ponce.com

Quito

 (593) 2 2986- 570

 quepon@quevedo-ponce.com

Guayaquil

 (593) 4 4632 290

 quepongy@quevedo-ponce.com



CEVALLOS[®]

LIBRERÍA • JURÍDICA

¡TRANSFORMA TU TALENTO!



MATRIZ

Carrión N22-14 y Tamayo
Ed. «Azul» esq.
(02) 2905 303 • 6003 566



SUCURSAL

Iñaquito N37-168 y UNP
Ed. «Torres Navarra» PB
(02) 224 0168

< CONTACTOS >



+593-987 267 921



@cevalloslibreria

ON-LINE: www.cevalloslibreriajuridica.com



La Revista Ruptura, es una publicación científica de carácter anual de la Asociación Escuela de Derecho (AED) de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Nacida en el año 1949 bajo el nombre de "Revista de la Asociación Escuela de Derecho", constituye además la primera publicación de la PUCE. En su edición dieciochoava cambia su denominación a su actual. Este número se inserta dentro de la Tercera Época de la revista, que utiliza la plataforma digital como su medio principal de difusión y distribución. Cuenta con el aval investigativo, académico e instruccional del Comité Editorial (Publicaciones) de la Facultad, el Centro de Publicaciones y la Dirección de Investigación de la PUCE. Asimismo, la revista cuenta con un Comité Editorial y de Revisores Externos constituido por académicos, investigadores y profesionales de universidades nacionales y extranjeras del más alto prestigio y miembros de los mejores estudios jurídicos del país que combinan el libre ejercicio con la labor docente.

Aborda temas desde una perspectiva exegética, inter y transdisciplinar. Está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del Derecho en todas sus áreas. Se edita en castellano, inglés y portugués. Incluye artículos originales en formato de documento científico, revisión, análisis de actualidad, resumen de investigaciones, nota de investigación, miscelánea y recensiones de libros. La selección y evaluación de todos los documentos publicados en Ruptura se realiza bajo la metodología <<doble ciego>>, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto, los artículos para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del equipo editorial; y b) cumpliendo con el sistema de revisión antes mencionado.