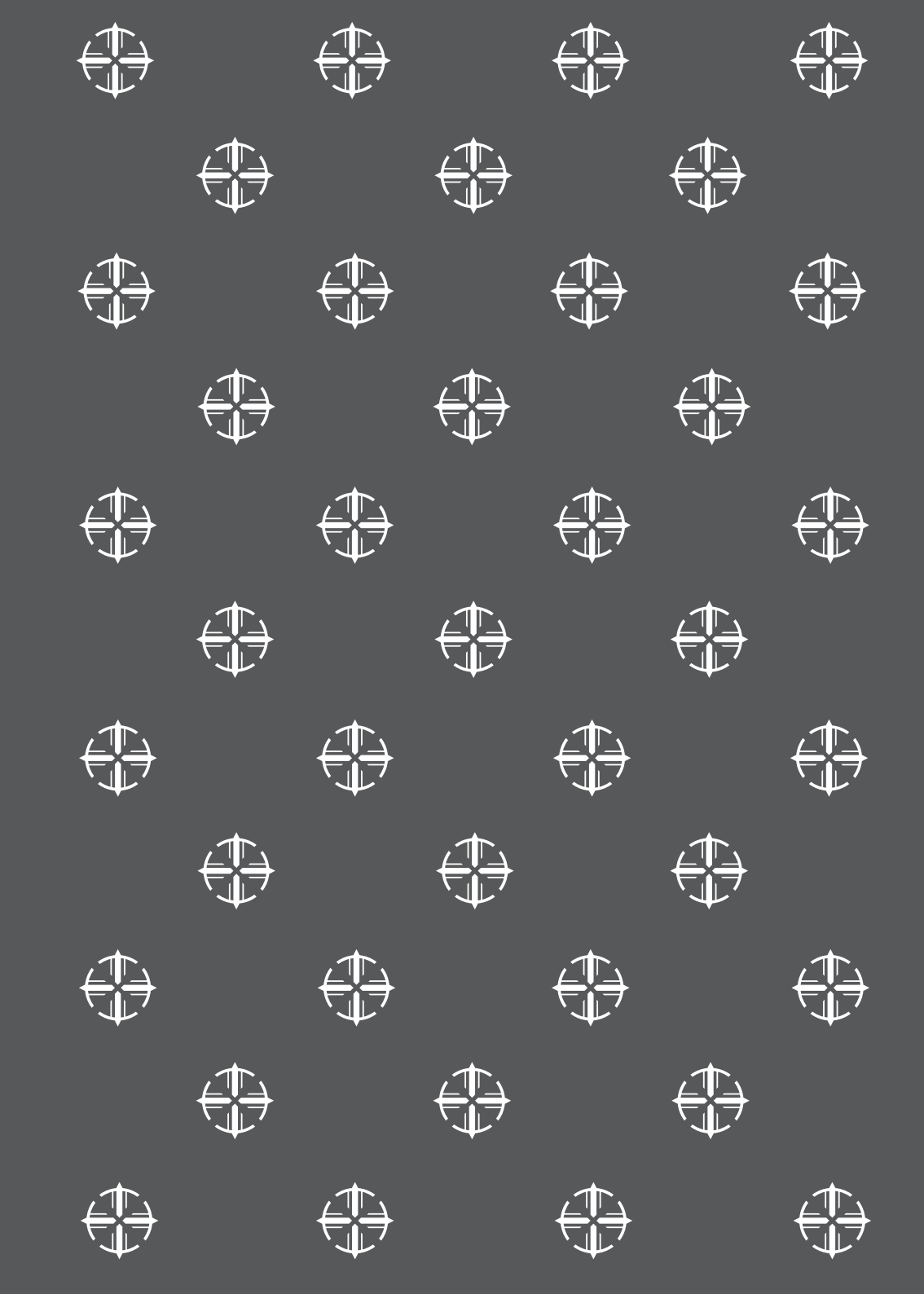
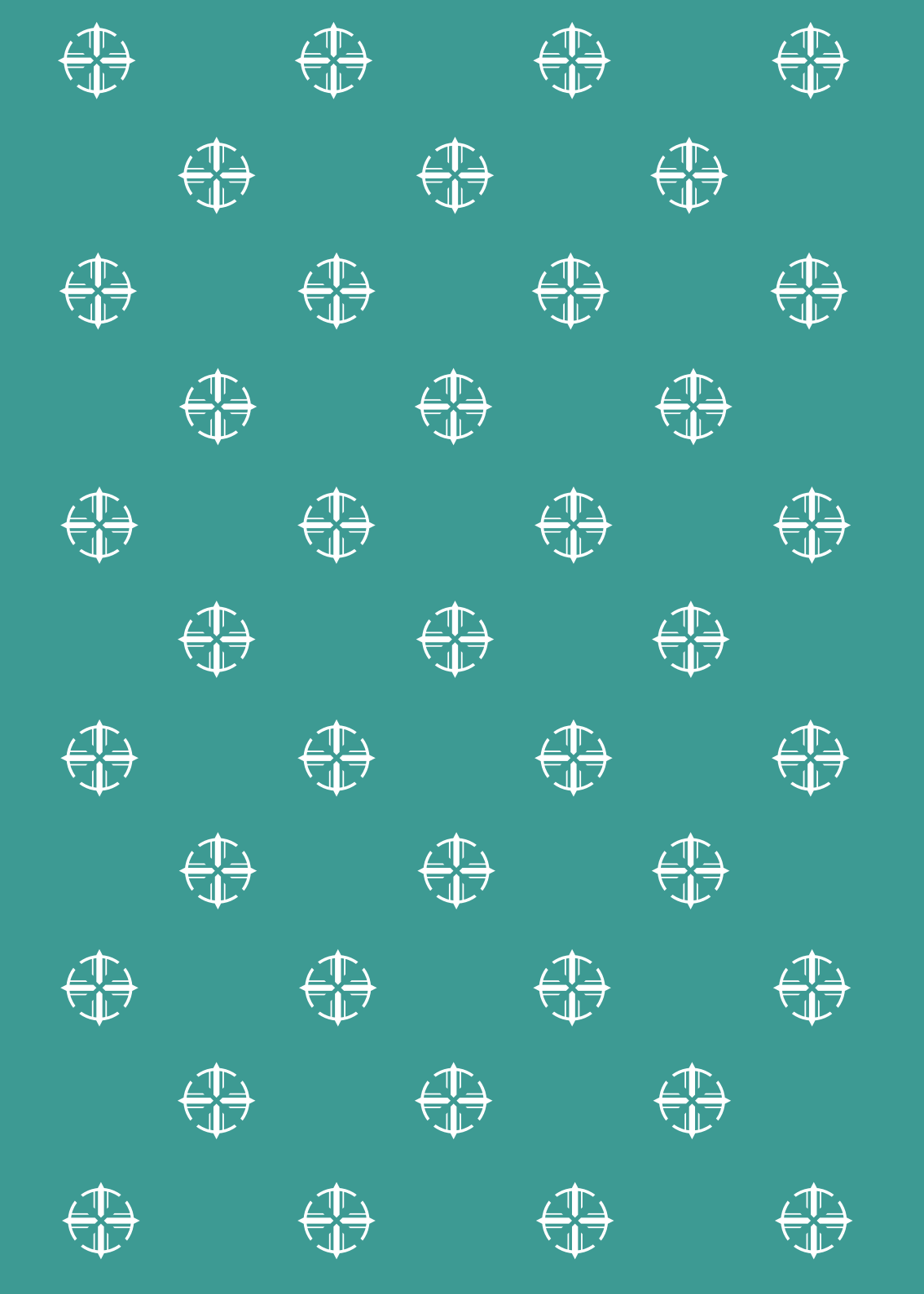




RUPTURA

Comité Editorial de la Revista Ruptura 2022, y con el apoyo del Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y la Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (período 2022).

www.revistaruptura.com

Editado por: Comité Editorial de la Revista Ruptura 2022.

Comité Editorial conformado por: Vanessa Zaldumbide, Verónica Terán, Daniel Franco, Juan Padilla, Leonardo Cáceres, Pamela Heredia, Antonio Sepúlveda, Ernesto Espinosa, Pedro Romero, Daniela Rodríguez, Ramiro Garzón, Lizbeth Almeida, Abraham Zaldívar (aval académico).

ISSN (impreso): 1390-7182
ISSN (digital): 2737-6346

Todos los derechos reservados. El contenido de la obra se encuentra protegido bajo la licencia de Creative Commons – Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional –

Se autoriza su reproducción siempre que se cite su fuente.

Quito- Ecuador 2022

Impreso por: FREdiciones
Diseño de Portada: Martha Vinueza M.
Diagramador: Martha Vinueza M.

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

DIRECTORIO DE LA
ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO 2022

Brenda Lizbeth Villacis Almeida
PRESIDENTA

Ernesto Michael Espinosa Cerna
VICEPRESIDENTE

CONSEJO DE FACULTAD
Camila Isabel Gómez Carrión
Andrea Cevallos

COMISIÓN ACADÉMICA
Lizardo Gabriel Maldonado
Pedro Miguel Romero Corral
Miguel Alejandro Araujo Zambrano
Paola Estefanía Viñán Padilla
Antonio Martin Sepúlveda Villagomez

COMISIÓN DEPORTIVA
Patricio Alexander Paz Caicedo
Mateo Geovanny Bustamante Yanchapaxi
Ronny Santiago Altamirano Matute
Arturo Alejandro Noroña Tapia
Ambar Gabriela Vera Morán

COMISIÓN DE COMUNICACIÓN
Nixon Alexander Guamán Solorzano
Nerea Evelyn Paredes Vera
David Sebastián Carrera Valenzuela
James Sebastián Bermeo Vélez
Domenica Sofia Salgado Espín
Emily Zafiro Realpe Salas
Marley Carolina Cajas Chasi
Emilio José Pico Armendáriz

COMISIÓN SOCIAL CULTURAL
Grace Alexandra Suarez Morales
Bryan Steven Silva Guamashig
Jahat Shayla Enriquez Escobar
Alan Ariel Tapia Rosero
Pablo Martin Roman Chavez
María Gracia Suarez Morales

Ramiro José Garzón Larco
SECRETARIO

Paula Antonella Vergara Osorio
TESORERA

Fanny Yadira Reyes Medina
DEFENSOR ESTUDIANTIL

PRESENTACIÓN

Hablar de RUPTURA es hablar de un legado de 74 años desde que su primer ejemplar vio la luz. Hablar de RUPTURA es hablar de trabajo, esfuerzo, dedicación y sacrificio. No obstante, hablar de RUPTURA es hablar de aprendizaje tanto para lectores, autores y sobre todo para nosotros como miembros del Comité Editorial, como se escribió en la RUPTURA de 1963, otorgándole su nombre con la inscripción: "ruptura con el desorden legalizado".

La Revista que hoy tienen en sus manos o quizá la están leyendo desde nuestra página web, representa el trabajo de varios meses de un grupo de personas que año tras año tienen la labor de dar continuidad a RUPTURA. Para nosotros, RUPTURA es uno de los legados más importantes que tiene nuestra querida Facultad, y he ahí la importancia de continuar manteniendo su relevancia.

RUPTURA se ha caracterizado por ser una revista de altos estándares académicos y rigurosidad, considerando en cada edición que no es la cantidad de artículos que sean publicados sino su calidad. De esta manera, RUPTURA no sería posible sin el apoyo de nuestros revisores conformado por profesionales expertos en las diversas ramas del derecho que año tras año colaboran con el Comité en la ardua labor de revisión y corrección de los artículos enviados. Un agradecimiento especial a nuestros revisores, que hacen de RUPTURA una realidad.

En esta edición 2022 tenemos el honor de presentarles los artículos que fueron aprobados y publicados, mismos que materializan la investigación, dedicación y trabajo. Cada autor se dio el tiempo de en primer lugar, analizar una problemática y plasmarla en su artículo; y, en segundo lugar, elegir a RUPTURA como el lugar para transmitir y difundir sus ideas. Todos y cada uno de los autores que envían sus artículos hacen posible que RUPTURA continúe año tras año con su legado.

Agradecemos a nuestros autores por su confianza, paciencia y arduo trabajo en sus artículos, fue larga la espera, pero trajo con ella los frutos

que hoy tienen consigo, un ejemplo de investigación y excelencia académica. Asimismo, agradecemos a nuestros revisores, encargados de evaluar y garantizar la calidad de los artículos a ser publicados. Finalmente, agradecemos a nuestros lectores, que deciden ilustrarse con RUPTURA y formarse como personas que lo cuestionan todo, "ruptura con el desorden legalizado".

Para concluir, invitamos a todos a atreverse a investigar, escribir, crear, analizar y expresar sus ideas a través de artículos, con el objetivo de aprender y crecer como profesionales en el ejercicio del Derecho. RUPTURA representa una oportunidad única de crecimiento en la que todos podemos aprovechar, debemos aprender a que no somos perfectos, no todo sale al primer intento y que una de las virtudes más importantes que debemos adquirir es la perseverancia.

Como último punto, nos gustaría realizar una invitación a las futuras generaciones de Comité Editorial que vendrán, la tarea más importante que tendrá cada uno de los nuevos estudiantes que se comprometan a trabajar por la Revista es continuar con su legado, mediante esfuerzo no viéndolo como una obligación sino como una responsabilidad, comprometiéndose y trabando para continuar con el legado de RUPTURA.

Con cariño,

Vanessa Zaldumbide y Verónica Terán
Representantes del Comité Editorial 2022

CARTA DEL COMITÉ EDITORIAL

La revista RUPTURA es un espacio creado y dirigido por estudiantes de la facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, su primer ejemplar fue publicado en marzo de 1949, donde su nombre era Revista de la Asociación Escuela de Derecho, posteriormente en 1966 en su edición número 18 se la denominó la revista "RUPTURA", nombre conservado hasta la actualidad. Desde su creación, los estudiantes han hecho posible su publicación cada año, adquiriendo la ardua tarea de presentar no solo artículos que aporten a la academia, sino a la historia y al debate jurídico. Esta revista consta de críticas, misceláneas, notas de investigación y resúmenes que gracias al trabajo en equipo y a constante esfuerzo por alcanzar el mayor alcance investigativo, contribuye a la generación del conocimiento.

La revista RUPTURA está conformada por un comité editorial y un comité de revisores externos, en el que participan académicos, investigadores, profesionales de distintas universidades, docentes, estudios jurídicos e instituciones públicas a nivel nacional e internacional especializados en diferentes ámbitos del estudio del derecho. Las políticas editoriales surgen a partir de directrices generales y específicas de diversos catálogos de indexación.

Se reciben diferentes aportes académicos como artículos, críticas, recensiones de libros, misceláneas, notas de investigación y resúmenes de investigación donde cada una de ellas, cumple sus propios requerimientos. En cuanto a la política de evaluación los documentos aceptados, son revisados bajo el sistema de "doble ciego", mismo que garantiza la confidencialidad y evita conflictos de intereses. Además, cada aporte pasa por la revisión del comité editorial, cuya labor es velar por el cumplimiento de los estándares mínimos requeridos para que la revista alcance el nivel de excelencia esperado.

La recepción de artículos se realiza durante todo el año manteniendo fechas límites para cada edición, el canal de comunicación se realiza mediante convocatorias CALL OF PAPPERS, difundidas a través de los

diferentes medios de comunicación oficiales en la revista. Actualmente, RUPTURA se dicta en dos idiomas: el castellano y el inglés, permitiendo que los diferentes autores puedan enviar sus aportes desde cualquier parte del mundo, ya sea en un idioma o en ambos; de allí que, es necesario que se ejecute un proceso editorial por expertos en ambos idiomas para garantizar la correcta recepción de la información.

Deseamos recalcar el objetivo de la revista RUPTURA, la presente busca contribuir al desarrollo del derecho, a la dogmática jurídica y académica, al debate, al análisis, a desarrollar herramientas que aporten al mundo del derecho y a todos los interesados en conocer más sobre esta rama que está en constante evolución tanto a nivel nacional como internacional.

Comité Editorial
REVISTA RUPTURA

AGRADECIMIENTO

El Comité Editorial de la revista RUPTURA expresa su más sincero agradecimiento a todas las personas involucradas en el proceso de formación de esta revista durante el periodo 2022:

- A nuestros AUTORES, que gracias a sus aportes y artículos académicos permitieron hacer posible esta nueva edición de la revista, a su contribución con la generación del conocimiento en la ciencia del derecho y la dogmática; Permitiendo construir un insumo invaluable para el quehacer jurídico ecuatoriano.
- A nuestros EVALUADORES, que gracias a su ardua rigurosidad, originalidad, pertinencia y relevancia, supervisaron el cumplimiento de los parámetros necesarios para garantizar que el trabajo se haga con los estándares más altos de calidad para contribuir a la academia a nivel nacional e internacional.
- A nuestros AUSPICIANTES Y ALIADOS ESTRATÉGICOS, (ECIJA GPA, PBP, Fexlaw, Cevallos & Noboa, Observatorio de Derechos y Justicia, Lexis y la Librería Jurídica Cevallos), por confiar en este proyecto y ayudar a transmitirlo por los diferentes medios.
- A nuestro COMITÉ EDITORIAL, por la gran labor realizada en la revisión y coordinación de las actividades relacionadas a la revista, por su aporte y dedicación brindadas en las diferentes etapas en beneficio de Ruptura.

El trabajo en conjunto, el esfuerzo y dedicación de cada una de las personas mencionadas anteriormente ha permitido el lanzamiento de esta nueva edición 2022; Hoy, la revista RUPTURA presenta ante todos ustedes su publicación anual a entera satisfacción para seguir fomentando el debate, la crítica y el análisis de temas jurídicos de actualidad, con los más altos estándares de investigación nacionales e internacionales.

Comité Editorial de la Revista Ruptura
Vanessa Zaldumbide, Verónica Terán, Daniel Franco, Juan Padilla,
Leonardo Cáceres, Pamela Heredia, Antonio Sepúlveda,
Ernesto Espinosa, Pedro Romero, Daniela Rodríguez, Ramiro Garzón,
Lizbeth Almeida, Abraham Zaldívar (aval académico).

CONTENIDO

PRESENTACIÓN **VII**

CARTA DEL COMITÉ EDITORIAL **IX**

AGRADECIMIENTO **XI**

ARTÍCULOS **19**

La evaluación de impacto ambiental de actividades mineras acorde al principio de prevención ambiental: evaluaciones ex ante y ex post conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano
Aury Villavicencio Galarza y Verónica Morales Ramos *21*

La constitucionalidad de la disposición interpretativa única al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo: un análisis a su promulgación y a la sentencia No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21
Jaime Leonardo Cevallos Navas *69*

The Russia-Ukraine conflict: analysis of the international responsibility of the States, the principles of non-intervention, and prohibited use of force under the International Court of Justice jurisprudence
Ricardo Angulo Medina, Isabella Hidalgo Saavedra y Santiago Suárez Ortiz *89*

La desobediencia civil y el derecho penal: entre la resistencia y el uso legítimo de la fuerza en el contexto del paro de junio del 2022
María Emilia Aliaga, Antonella Arrobo y María Paulina Araujo Granda 117

La citación como una traba para el procedimiento judicial y sus violaciones a los principios fundamentales
Iván Rodrigo Ávalos Barreno 171

La inducción como una forma de autoría mediata en el Ecuador: Reflexión acerca del (in)correcto planteamiento del Código Orgánico Integral Penal
David Montoya Garcés 195

Las buenas prácticas para el tratamiento del dato de salud
Mishelle Bermeo Vivar 219

ARTÍCULOS

La evaluación de impacto ambiental de actividades mineras acorde al principio de prevención ambiental: evaluaciones ex ante y ex post conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano

Environmental impact assessment of mining activities according to the principle of environmental prevention: ex ante and ex post evaluations under Ecuadorian law

Aury Villavicencio Galarza[*]
Investigador jurídico independiente
Verónica Morales Ramos[**]
Investigador jurídico independiente

Información del artículo
Original – Ruptura, 2022
Artículo recibido / Received: 31 de octubre de 2022
Artículo aceptado / Accepted: 9 de enero de 2023

Citación
Villavicencio, A., Morales, V. (2022). *La evaluación de impacto ambiental de actividades mineras acorde al principio de prevención ambiental: evaluaciones ex ante y ex post conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano.* Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2022, p. (21-68)

DOI: 10.26807/rr.v4i4.121

* Aury Villavicencio es abogada por la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE). Actualmente se desempeña como editora e investigadora en la UIDE. Es una apasionada por el derecho y cómo este se aplica como una herramienta para el cambio social. Correo electrónico: avillavicencio@uide.edu.ec

** Verónica Morales es antropóloga y abogada, máster en investigación etnográfica, teoría antropológica y relaciones interculturales, por la Universidad Autónoma de Barcelona. Ha sido docente universitaria en la Universidad Tecnológica Indoamérica (Ambato), en la Pontificia Universidad Católica (Ambato), en el Instituto de Altos Estudios Nacionales (Quito). Actualmente se desempeña como docente investigadora a tiempo completo en la Universidad Internacional del Ecuador, Carrera de Derecho. Correo electrónico: vemoralesra@uide.edu.ec

Resumen: El presente artículo analiza la institución jurídica de evaluación de impacto ambiental acorde al principio de prevención, para lo que parte del alcance del principio en la doctrina y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Presenta jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional de Colombia respecto de la necesidad de evitar que el daño se produzca, la obligación estatal de exigir medidas para preservar el medio ambiente, la materialización del principio y su diferencia con el principio de precaución; además, plantea un análisis sobre las obligaciones que surgen a partir del principio de prevención contenidas en la Opinión Consultiva OC 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta investigación muestra la regulación de las evaluaciones de impacto ambiental ex ante y ex post dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y lo compara con las regulaciones que ha tomado el Estado colombiano en la misma materia.

Bajo el estudio del principio de prevención del daño ambiental, identifica la aparente inconstitucionalidad respecto de la regulación de las evaluaciones de impacto ambiental ex ante y ex post contenidas en el Acuerdo Ministerial No. 061. La investigación concluye en la necesidad de expulsar del ordenamiento jurídico ecuatoriano a las normas jurídicas que regulan ambas instituciones y que vulneran los derechos de la naturaleza y garantías constitucionales.

En consecuencia, este trabajo se constituye en un insumo jurídico para la comunidad académica y estudiantes del Derecho, así también para los legisladores y a la vez para la Corte Constitucional.

Palabras claves: Prevención, evaluación, impacto, daño ambiental, Colombia, Constitución, Acuerdo Ministerial No. 061.

Abstract: *This article analyzes the legal institution of environmental impact assessment according to the principle of prevention, starting with the scope of the principle in the doctrine and in the Ecuadorian legal system. It presents jurisprudence issued by the Constitutional Court of Colombia regarding the need to prevent damage from occurring, the state obligation to require measures to preserve the environment, the materialization of the principle and its*

difference with the precautionary principle; it also presents an analysis of the obligations arising from the principle of prevention contained in Advisory Opinion OC 23/17 of the Inter-American Court of Human Rights.

This research shows the regulation of ex ante and ex post environmental impact assessments within the Ecuadorian legal system and compares it with the regulations adopted by the Colombian State on the same subject. Under the study of the principle of prevention of environmental damage, it identifies the apparent unconstitutionality with respect to the regulation of ex ante and ex post environmental impact assessments contained in Ministerial Agreement No. 061. The research concludes in the need to expel from the Ecuadorian legal system the legal norms that regulate both institutions and that violate the rights of nature and constitutional guarantees. Consequently, this work constitutes a legal input for the academic community and law students, as well as for legislators and at the same time for the Constitutional Court.

Keywords: *Prevention, evaluation, impact, environmental damage, Colombia, Constitution, Ministerial Agreement No. 061.*

Introducción

El presente trabajo revisa doctrina, legislación, jurisprudencia e instrumentos nacionales e internacionales y propone insumos jurídicos que dotan de eficacia y seguridad jurídica al ordenamiento ecuatoriano, acorde al principio constitucional de prevención del daño ambiental, en lo referente a las Evaluaciones de Impacto Ambiental o Estudios Ambientales ex ante y ex post como requisititos para la obtención de licencias o permisos ambientales para la ejecución de actividades mineras.

La Constitución ecuatoriana declara de interés público la preservación del ambiente y la prevención del daño ambiental, la Ley de Minería y el Reglamento de Actividades Mineras establecen a los controles ex ante y ex post como requisitos para la emisión de licencias ambientales requeridas para la ejecución de tales actividades. Los controles ex ante y ex post son instituciones jurídicas que se encuentran reconocidas de forma

especial en el Acuerdo Ministerial No. 061 de 2015 (artículos 34 y 35 respectivamente) bajo el nombre de Estudios Ambientales ex ante y ex post; sin embargo, la ley no diferencia el tiempo en el que cada uno de estos controles debe operar y expresamente menciona que ambos tienen el mismo fin, haciendo que su eficacia no pueda ser determinada antes y después de la operación minera.

La indeterminación del momento oportuno para realizar el control ex ante y ex post se materializa en la disposición transitoria número 3 del decreto ejecutivo 151 de agosto de 2021, en donde el presidente de la República ordena emitir un Acuerdo Interministerial para el otorgamiento de permisos ambientales en el que se optimicen los tiempos para su emisión y se prioricen los controles ex-post.

La Ley de Minería y su respectivo reglamento hacen referencia al control como requisito previo en el proceso administrativo para la emisión de licencias que permitan realizar actividades mineras en el país; empero, nuestra legislación no ha desarrollado efectivamente estas instituciones acorde al principio constitucional de prevención, de tal forma que vulnera dicho principio y a su vez, el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano, principios que protegen no solamente a los seres humanos sino también a la naturaleza en sí misma.

El presente artículo estudia a profundidad las instituciones de evaluación de impacto ambiental ex ante y ex post, teniendo en cuenta doctrina, legislación, jurisprudencia y derecho comparado, para lo que se emplea el modelo de investigación denominado "estado del arte", categoría central y deductiva que permite revisar la situación actual de un tema con el fin de "aclarar el rumbo en medio de la desbordada cantidad de información que provee la literatura en cada tema". (Guevara, 2016).

Es importante precisar que se trata de exponer literatura actualizada referente a la EIA; sin embargo, se trata de una institución que en la actualidad ha dejado de discutirse académicamente, razón por la que este trabajo busca acercarla nuevamente a la esfera académica, con el fin de que se repiensen los conceptos y se propongan soluciones a las problemáticas que a lo largo del artículo son expuestas.

Además, se emplea el método de análisis jurídico comparado, partiendo del estado actual de la institución jurídica estudiada en Ecuador y las diferencias y semejanzas existentes en otro ordenamiento jurídico, en este caso, el colombiano.

Se decidió analizar la situación jurídica de la EIA en Colombia en respuesta al avance en materia de derechos de la naturaleza que se ha identificado en este país, pues aunque no reconoce a la naturaleza como sujeto de derecho, tanto en doctrina cuanto en jurisprudencia se ha pasado de una tutela resarcitoria a una inhibitoria (Pinto, 2015); es decir que, para el ordenamiento jurídico colombiano, uno de los objetivos ambientales es evitar el perjuicio y actuar ante la mera posibilidad del daño, sin esperar a que el daño se configure y realizar la reparación respectiva.

El objetivo del presente trabajo es establecer una aproximación jurídica a cada una de las evaluaciones de impacto ambiental, con especial atención al momento de aplicación en el ciclo de una actividad, obra o proyecto minero; de forma que se evidenciará la inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico respecto de los controles previamente enunciados.

I. Conceptualización y alcance del principio de prevención ambiental

Es necesario partir de la concepción del derecho ambiental como una super-rama del derecho; históricamente existe un amplio debate respecto del objeto y contenido de la misma, discusión que a lo largo de los años se ha reducido a su contenido y transversalidad.

En la actualidad el derecho ambiental es entendido como una rama de frontera, en donde el derecho desde distintas ramas: administrativo, constitucional, civil, penal se encuentra en dialogo permanente con ramas técnicas como la geografía, biología, química; y además, con las ciencias sociales, la antropología, sociología o ciencias políticas.

De esta forma, precisa José Luis Serrano (2007), que el derecho ambiental no está compuesto sólo por leyes, ni siquiera sólo por normas;

"sino por normas, principios, instituciones, estructuras, procesos, relaciones, prácticas operativas e ideologías jurídicas que regulan las relaciones entre los sistemas sociales y sus entornos naturales".

Prieur (2013) comparte el mismo criterio y afirma que:

> "El derecho ambiental no se trata simplemente del conjunto de normas jurídicas que delimitan el medio ambiente, sino que es la expresión de una ética o de una moral del medio ambiente que pretende reducir la contaminación y aumentar la biodiversidad". (Prieur, 2013)

De primer plano es posible identificar que el derecho ambiental se aleja de la concepción netamente positivista del derecho, en la que sólo se tiene en cuenta lo reconocido expresamente en los ordenamientos jurídicos, para involucrarse directamente con las relaciones entre el ser humano – y sus diversas actividades – y los recursos y entornos naturales.

Esta concepción ha tenido repercusiones en la forma de entender y garantizar los derechos de la naturaleza, siguiendo a Serrano (2007), la regulación jurídica de los problemas del ambiente hasta entrada la década de los años ochenta, se centraba únicamente en las técnicas de sanción administrativa o del control directo. De tal forma que el poder ejecutivo establecía las normas de carácter reglamentario que enlistaban una serie de límites de contaminación permisibles para cada sector; y si una empresa o persona pasaba este límite, se activaba el procedimiento administrativo, terminando en un acto sancionador.

Estableciendo en primer plano que el derecho ambiental es más que un conjunto de leyes, por lo que se aleja de un enfoque únicamente administrativo punitivo, también es necesario concebirlo como una rama transversal del derecho, es así como Silvia Jaquenod de Zsogon (1991) establece que:

> El Derecho Ambiental, sustancialmente público y privado a la vez, en cuanto protector de intereses colectivos, de carácter esencialmente preventivo y transnacional, se perfila como una combinación de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos que se orientan a lograr la protección de todos los elementos que integran el ambiente natural y humano, mediante un conjunto integral de disposi-

> ciones jurídicas que, por su naturaleza interdisciplinar, no admiten regímenes divididos y recíprocamente se condicionan e influyen, en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes. (Jaquenod de Zsogon, 1991)

La autora refuerza su línea de pensamiento y en otro de sus trabajos señala que, "las actuaciones en política ambiental deben considerar cada realidad, sustentándose sobre los pilares interdisciplinarios y transversales holísticos que abarquen el conjunto de situaciones, para que las decisiones sean las más adecuadas sobre cada caso" (Jaquenod de Zsogon, 2012).

En la actualidad, para Andrés Ugarte, "recurrir a los principios como fundamento de una decisión o de una regulación es corriente del derecho ambiental" (Ugarte, 2020); por tanto, es posible precisar que el derecho ambiental se concibe como una rama arraigada de principios, aquellos que fungen como su piedra angular y que permiten regular las diversas relaciones entre las personas y el medio ambiente.

Doctrinariamente, el derecho ambiental se divide en dos grupos de principios: los que buscan evitar el daño y los que tienen como objetivo su reparación o restauración (Betancor, 2014).

El objetivo central del derecho ambiental es la protección de la naturaleza, por lo que la reparación no es suficiente, por lo tanto, la necesidad de evitar el daño es el elemento característico del derecho ambiental.

A manera de antecedente, en la doctrina colombiana, acorde a Pinto (2015), el derecho ambiental moduló su eje central, pasando de una tutela resarcitoria a la tutela inhibitoria. Es decir, el objetivo ya no es la reparación del perjuicio sufrido, sino que más bien busca *evitar dicho perjuicio* y actuar ante la mera posibilidad de daño, con énfasis en que es la mera amenaza de daño futuro lo que habilita la tutela inhibitoria (Pinto, 2015). Este cambio para la protección de derechos ambientales surge de la imposibilidad – en muchos casos – de lograr una reparación integral, justificación de que el propósito principal del derecho ambiental contemporáneo sea evitar el daño.

II. Prevención como principio modular del derecho ambiental y antecedente de la Evaluación de Impacto Ambiental

Acorde a Francisca Silva Hernández, el principio de prevención opera sobre el riesgo o peligro existente con medidas de prevención y supervisión y que se ejecuta a través de dos formas de actuación: la primera, referente a que las obras y megaproyectos atiendan a los mecanismos de evaluación para prever los daños que ocasionarán (Hernández, 2019); la segunda, pretende atender a las acciones y omisiones que se estén realizando con el fin de prevenir la consumación del daño, actuando antes, durante y después del mismo (Hernández, 2019).

Este principio es concebido por la tratadista Morand-Deviller (2014) como el antecedente directo de la práctica ambiental administrativa más generalizada en la actualidad, la *evaluación de impacto ambiental*, institución jurídica que se estudiará con profundidad en el capítulo número dos.

Por su parte, el investigador Mario Peña Chacón desde Costa Rica enfatiza que la prevención es "la regla de oro y piedra angular del derecho ambiental", estableciendo la siguiente analogía: "frente al daño nace la obligación de reparar; mientras que frente al riesgo existe la obligación de prevenir" (Peña, 2016).

Para el tratadista argentino Néstor Cafferatta, este principio implica que "las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir" (Cafferatta, 2004).

En Ecuador, autores como Efraín Pérez, han estudiado el principio de prevención, estableciendo que el mismo se apoya en la certeza científica de que el daño se va a producir, añadiendo que:

> Se encuentra íntimamente ligado con la figura de la responsabilidad objetiva en materia ambiental, según la cual la ocurrencia de un daño ambiental compromete al que lo origina, aunque no haya habido de su parte negligencia ni culpa alguna, por el mero hecho de estar desarrollando una actividad de riesgo. (Pérez, 2008).

De esta forma, es posible esgrimir que el principio de prevención ambiental forma parte del primer grupo de principios acorde a la clasificación de Betancor Rodríguez (2014) previamente citada, pues es aquel *que busca evitar daños en el medio ambiente que podrían incluso llegar a ser de carácter irreversible,* por lo que se establecen mecanismos de control antes, durante y después de la actividad a realizarse, entendiéndose que en las etapas en las que ya se esté desarrollando la actividad, lo que se buscará será cesar el daño y minimizar en lo posible sus consecuencias.

Sin embargo, como ya se mencionó, no siempre es posible restaurar los recursos naturales, por lo que se vuelve inoperante cualquier medida de reparación, al respecto, Pérez (2008), expone que "si estos daños son irreversibles, es decir, si afectan el derecho humano de habitar en un ambiente sano o que ponga en riesgo del desarrollo sostenible, deberán adoptarse las medidas para prevenir, vigilar y evitar que éste se produzca" (Pérez, 2008).

Acorde a Andaluz (2009) las obligaciones que surgen de este principio son las de: controlar los efluentes potencialmente contaminantes en la fuente, la aprobación de la Evaluación de Impacto Ambiental previo a la autorización de una intervención, la vigilancia y monitoreo ambiental, las inspecciones del oficio inopinadas a los centros de producción o comercio, la prohibición del silencio administrativo positivo para la aprobación automática de instrumentos que autorizan actividades económicas y la excepción a la regla de agotar las vías previas para interponer una acción de garantía constitucional.

III. Derecho internacional

Acercando la doctrina a la realidad del derecho, históricamente la naturaleza no tenía lugar en el derecho internacional (Duvic-Paoli, 2018), pues bajo el paraguas de la soberanía de cada Estado, no era necesario que existan reglas generales que regulen el uso de los recursos naturales, hecho que llama la atención, considerando la particular interacción de los elementos de la naturaleza entre sí y más allá de la soberanía de cada Estado.

En la región andina encontramos que en Bolivia y Ecuador se constitucionalizaron los derechos de la naturaleza (2009 y 2008 respectivamen-

te); por su parte, Colombia, aunque no los reconoce expresamente en su texto constitucional, presenta un extenso análisis constitucional sobre los derechos de la naturaleza en la Sentencia T-622 de 2016, en la que "se reconoce al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas" (Corte Constitucional de Colombia, 2016).

Ecuador – de forma material – es considerado como uno de los países más garantistas en materia de derechos de la naturaleza, desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución – en adelante "CRE" –, misma que parte de la concepción de la naturaleza como sujeto de derecho, abarcando una serie de principios y valores constitucionales con el fin de proteger y reparar integralmente al ambiente (Maldonado, F., Yánez, K., 2020).

IV. Ordenamiento jurídico ecuatoriano

La voluntad del constituyente de establecer un marco normativo que proteja los derechos de la naturaleza se ve reflejada en varios artículos de la Constitución de 2008, una de las grandes diferencias en comparación con la de 1998.

El artículo 14 de la CRE declara que:

"Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay.

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la *prevención del daño ambiental* y la recuperación de los espacios naturales degradados". (Asamblea Constituyente, 2008)

Del artículo en cuestión emerge la responsabilidad estatal por prevenir cualquier tipo de daño ambiental. Sobre el daño, como se mencionó anteriormente y acorde a Efraín Pérez (2008), el principio de prevención

liga esta institución con la responsabilidad objetiva en materia ambiental por el mero hecho de desarrollar una actividad de riesgo.

De los artículos 313 y 396 se infiere nuevamente que, cuando exista certeza de daño, el Estado es el responsable de prevenirlo; si aun así se configura, la responsabilidad será de tipo objetiva[1].

La Constitución irradia al resto de las normas que coexisten en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es así como en el Código Orgánico del Ambiente, en adelante "COAM", se hace especial énfasis en los principios ambientales como eje fundamental de las actuaciones de públicos y privados y sus afectaciones a los recursos naturales.

Como parte del derecho de la población a vivir en un ambiente sano, el artículo 5 del COAM reconoce que este comprende "la prevención, control y reparación integral de los daños ambiental" (Asamblea Nacional, 2017). De forma específica, el artículo 9 contiene los principios ambientales que "constituyen los fundamentos conceptuales para todas las decisiones y actividades públicas o privadas de las personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, en relación con la conservación sostenible del medio ambiente" (Asamblea Nacional, 2017).

En este cuerpo normativo se entiende al principio de prevención de la siguiente forma:

> Cuando exista certidumbre o certeza científica sobre el impacto o daño ambiental que puede generar una actividad o producto, el Estado a través de sus autoridades competentes exigirá a quien la promueva el cumplimiento de disposiciones, normas, procedimientos y medidas destinadas prioritariamente a eliminar, evitar, reducir, mitigar y cesar la afectación. (Asamblea Nacional, 2017)

1 Acorde a Rodríguez Puentes (2016) se deriva de una conducta del responsable, quien es el causante del daño, y puede liberarse de la responsabilidad que le corresponde demostrando una fuerza mayor o la culpa de alguien más, sea la víctima, sea un tercero. Es decir, este tipo de responsabilidad busca reparar el daño sin exigir prueba de la culpa, por lo que se revierte la carga de la prueba sobre quién ocasionó el daño, para lo que deberá probar caso fuerza mayor o la culpa de un tercero.

Del artículo citado se desprenden varios elementos, el primero, es que el principio de prevención opera cuando existe certeza sobre el daño ambiental, es decir que, para determinar el riesgo deberán existir informes o controles de los cuáles se pueda inferir la posibilidad de riesgo.

Como segundo elemento, en concordancia con el artículo 396 de la CRE, el Estado ecuatoriano es responsable de que se cumplan efectivamente todas las disposiciones normativas que tienen como propósito proteger los derechos de la naturaleza y el derecho de los seres humanos a vivir en un medio ambiente sano.

Finalmente, como tercer elemento, se entiende que el principio de prevención podrá operar antes y durante la ejecución de la actividad; siendo antes, con el fin de evitar el daño y durante, para reducir, mitigar y cesar la afectación.

V. Acuerdo Ministerial No. 061

El Acuerdo Ministerial No.061 expedido por el Ministerio del Ambiente en el 2015, establece que todos los principios contenidos en la Constitución, leyes y normas secundarias de cualquier jerarquía en materia ambiental son de aplicación directa; añade además que, las autoridades administrativas y jueces observarán los principios de la legislación ambiental y enlista diez principios en particular, entre ellos el principio preventivo o de prevención, definiéndolo de la siguiente forma: "Es la obligación que tiene el Estado, a través de sus instituciones y órganos y de acuerdo a las potestades públicas asignadas por ley, de adoptar las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño" (Ministerio del Ambiente, 2015).

Por tanto, el elemento diferenciador del principio de prevención, tanto para la doctrina cuanto la legislación ecuatoriana, es la existencia de certidumbre de daño, para lo que deben ejecutarse las evaluaciones ambientales correspondientes que permitan identificar la posibilidad de que la actividad evaluada tenga impacto negativo en cualquiera de los ciclos o procesos de la naturaleza.

VI. Jurisprudencia Nacional

En la sentencia No. 32-17-IN/21, la Corte Constitucional resuelve una acción pública de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos 86 y 136 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (RAAM), en cuya sentencia decide que las normas impugnadas son contrarias al principio de reserva de ley; aquí, los magistrados indican que el principio de prevención implica tomar las medidas necesarias frente a las afectaciones que con certeza se conoce que una actividad conlleva.

Menciona además que, "las autorizaciones o permisos ambientales deberán garantizar, en cada caso concreto, la aplicación de los principios de precaución y prevención. Particularmente, en cada caso individual, de ser procedente la autorización el permiso, deberá garantizarse el principio de prevención" (Corte Constitucional, 2021).

Siguiendo la misma línea, dentro de la sentencia 1149-19-JP/2, la Corte Constitucional revisa la sentencia de segunda instancia emitida por la Corte Provincial de Justicia de Imbabura dentro de la acción de protección presentada por el GAD de Santa Ana de Cotacachi en favor del Bosque Protector Los Cedros, en la cual se alegaron como vulnerados los derechos de la naturaleza, el derecho a un ambiente sano, el derecho al agua y la consulta ambiental.

En esta sentencia, la Corte Constitucional realiza un análisis más extenso sobre los principios de prevención y precaución, declarando que la principal diferencia entre ambos es la incertidumbre científica sobre las consecuencias negativas, "sea por ser aún objeto de debate científico, por desconocimiento, o por la dificultad de determinar tales consecuencias en virtud de la alta complejidad o numerosas variables involucradas" (Corte Constitucional, 2021).

Establece la Corte que la incertidumbre es la característica fundamental del principio de precaución, y la que lo diferencia del principio de prevención. Es decir que, en el principio de prevención se debe identificar esta certeza científica, la cual se refiere a efectos relativamente claros o posibles de una actividad o producto, pero sin evidencia adecuada para asignar pro-

babilidades; para la Corte, el principio de prevención se aplica sólo cuando se conocen con anticipación tanto los efectos como sus probabilidades.

Además, en concordancia con el artículo 396 de la CRE, la Corte menciona que el principio de prevención conlleva la obligación estatal de exigir el cumplimiento de disposiciones, normas, procedimientos y medidas destinadas prioritariamente a eliminar, evitar, reducir mitigar y cesar la afectación.

VII. Colombia

Respecto al desarrollo de derechos y principios en materia ambiental, Colombia es un referente internacional, su Corte Constitucional ha realizado un extenso trabajo al indicar los lineamientos básicos de ciertos principios, ya que, acorde a su jurisprudencia, la defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la forma organizativa de Estado social de derecho.

En la Sentencia C-703 de 2010, los Magistrados de la Corte Constitucional de Colombia analizan la acción pública de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos 32, 36, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, y 49 de la Ley 1333 de 2009.

Aquí, la Corte hace un detallado trabajo al enunciar las formas en las que el principio de prevención se materializa, con el propósito de "conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente" (Corte Constitucional, 2010), siendo las siguientes:

- Evaluación del impacto ambiental
- Trámite y expedición de autorizaciones previas

Criterio que se mantiene dentro de la sentencia T-204 de 2014, en la que la Corte analiza un proceso de revisión sobre el fallo de tutela de 30 de agosto de 2013 que resolvió una acción de tutela y en la sentencia

T-733 de 2017, en la que además se señalan los dos elementos claves del principio de prevención:

- Conocimiento previo del riesgo de daño ambiental, e
- Implementación anticipada de medidas para mitigar los daños (Corte Constitucional, 2017).

En la sentencia T- 1077 de 2012, la Corte identifica la aplicación de los principios de prevención y precaución de la siguiente forma:

> El principio de prevención se aplica en los casos en los que es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente puede adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzca, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarla. (Corte Constitucional, 2012).

Por otro lado, el principio de precaución "se aplica cuando el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción" (Corte Constitucional, 2012)

VIII. Opinión Consultiva OC 23/17

En dicha OC, solicitada por el Estado de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH") detalla varios puntos referentes a la relación entre los derechos humanos y la naturaleza. Es importante señalar que en esta, la Corte IDH estipuló que las respuestas planteadas son de importancia para todos los Estados del planeta y que deberán ser acatadas por todos los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, además, deberán ser interpretadas para el medio ambiente en general.

Por tanto, en la OC 23/17 se encuentra un criterio de obligatoria aplicación en lo que respecta a las obligaciones ambientales que a su vez se derivan de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos.

Es necesario precisar que, conforme al bloque de constitucionalidad, los tratados internacionales de derechos humanos son de *obligatoria aplicación* en nuestro país. De forma que, al ser las opiniones consultivas la interpretación oficial de la Convención Americana de Derechos Humanos, se convierten automáticamente en parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

La Corte IDH señala que en el Caso Kawas Fernández Vs. Honduras (2009), ya se ha reconocido la existencia de una relación innegable entre el medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, puesto que la degradación ambiental y los efectos del cambio climático afectan el goce de estos derechos. Por tanto, es a partir de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente que la Corte puede hacer uso de los principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional para determinar las obligaciones estatales derivadas de la Convención Americana en materia ambiental.

El principal derecho afectado por la degradación del medio ambiente es el derecho a un medio ambiente sano, consagrado en el Protocolo de San Salvador[2].

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se recoge en el artículo 14 de la Constitución el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir. Para la Corte IDH, este derecho protege a los componentes del medio ambiente como bosques, ríos, mares y otros; reconociéndolos como intereses jurídicos en sí mismos, aunque no exista evidencia de riesgo a las personas individuales. Reconoce la Corte IDH que:

> Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos

2 Art. 11. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

> vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. (Corte IDH, 2017)

Es decir que, el derecho a un medio ambiente sano no tiene como interés principal la protección de los derechos del ser humano, sino más bien la protección de la naturaleza y de todos los elementos que la conforman en sí. Y es a partir de esta protección que efectivamente se podrá garantizar el desarrollo de los derechos de las personas.

Sobre la obligación de prevención que es lo que nos atañe en el presente trabajo de investigación, la Corte IDH menciona que este principio forma parte del derecho internacional consuetudinario, protección que "no solo abarca la tierra, el agua y la atmósfera, sino que incluye a la flora y la fauna" (Corte IDH, 2017). Conforme a lo estipulado por la Corte IDH, todo daño ambiental que pueda afectar a los derechos de la vida o integridad personal, ya es considerado como un daño significativo, aunque este deba ser analizado acorde al contexto de cada caso, siendo obligación del Estado tomar todas las medidas necesarias para evitar dicho daño. No se trata por tanto de una prohibición expresa de actividades económicas, como lo es el caso de la minería, sino más bien se hace referencia a la obligación estatal de regular dichas actividades, de forma que se eviten daños al medio ambiente.

Es enfática la Corte al señalar que los Estados "están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al medio ambiente" (Corte IDH, 2017). Señala que dicha obligación debe cumplirse "bajo un estándar de debida diligencia, el cual debe ser el apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental" (Corte IDH, 2017).

Es importante recordar que el Estado ecuatoriano tiene la responsabilidad de ejecutar las obligaciones que devienen del principio de prevención acorde a la Corte IDH – en las diferentes etapas de la actividad o proyecto desarrollado – siendo las desarrolladas a continuación.

Primero, reglar la legislación interna a las disposiciones no convencionales en todos los niveles jerárquicos del ordenamiento jurídico, por

lo que las normas que protejan los derechos de la naturaleza no podrán quedar únicamente en el ámbito constitucional o legislativo.

Segundo, la obligación de supervisar y fiscalizar, significa que los Estados no sólo deben preocuparse por indicar las medidas preventivas, sino también aquellas que permitan investigar, sancionar y reparar los daños al medio ambiente, para lo que es obligación estatal desarrollar los mecanismos pertinentes acordes al nivel de riesgo que una actividad o proyecto tenga en el medio ambiente.

La Corte IDH se adentra en un punto muy importante, la obligación estatal de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental e impone varias condiciones que deberán cumplirse; aunque esta institución será desarrollada en el próximo capítulo de este trabajo, cabe indicar que para la Corte IDH, los estudios deberán llevarse a cabo y ser aprobados por la autoridad estatal competente de forma previa a la realización de la actividad y sólo así se otorgará el permiso necesario.

Como cuarta obligación, establecer un plan de contingencia que responda a emergencias o desastres ambientales con el fin de minimizar sus consecuencias. Aunque la Corte IDH se refiera a "Estado de origen" y "Estado afectado", los criterios de la OC 23/17 son de aplicación directa para todos los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos acorde al bloque de constitucionalidad.

Por último, se encuentra la obligación de mitigar en aquellos casos que ya haya ocurrido el daño ambiental, esto si es que ya se han tomado todas las medidas preventivas y aun así se configura el daño ambiental, utilizando la mejor tecnología disponible para minimizar en la medida de lo posible, los daños que la naturaleza pueda sufrir.

IX. Evaluaciones de impacto ambiental

La doctrina y principios de la Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "EIA"), surgen en los años sesenta como una institución del derecho ambiental que incide en la toma de decisiones referentes a dicha

materia, para lo que se requería una evaluación técnica que pudiera proveer la justificación que permita aprobar cierta decisión desde un punto de vista objetivo.

Pinto y Martin detallan que esta institución ambiental encuentra su primer antecedente regulatorio en la legislación norteamericana, pues a partir de la Segunda Guerra Mundial, el gobierno federal de Estados Unidos comenzó a tener mayor peso en las decisiones, financiamiento y asignación de obras públicas de gran escala (Romero, 2007) decisiones que se contraponían ante la voluntad de los municipios y condados, con los programas de planificación o con los intereses de ciertos grupos locales, así, fue creciendo la necesidad de justificar dichos proyectos ante las juntas de planeación (integradas por autoridades municipales y de condados), los tribunales civiles correspondientes y la sociedad en general.

En respuesta a esta necesidad es que en 1969 fue expedida como ley pionera en la materia la "*National Enviromental Policy Act*" (NEPA), norma que fijó en su artículo 102 la obligación de que las acciones federales que puedan suponer una afección significativa sobre el medio ambiente, sean consideradas en un *Enviromental Impact Statementent* (EIA) con el fin de que prevenga las repercusiones de las mismas en el medio. A partir de este hito la institución comenzó a extenderse hacia otros ordenamientos jurídicos, es así como Colombia la incorpora en 1974 dentro del "Código de Recursos Naturales de Colombia" (Pinto, M.; Martin, L., 2012).

Estos primeros acercamientos son los que iniciaron lo que la doctrina ha denominado como etapa formativa del concepto (Pérez, 2017), conforme pasaron los años y frente a la necesidad de regular el impacto que proyectos y obras podrían tener en el ambiente, más países comenzaron a institucionalizar a la EIA. Respecto a instrumentos internacionales, en 1991 se firmó el Convenio de Espoo sobre evaluación de impacto en el medio ambiente, lo que configuró la etapa de formalización (1989-2000), en este periodo, la EIA era entendida como como un modelo técnico-racional, y desde ahí ha sido manejada bajo dos perspectivas: en primer lugar, desde un ámbito técnico con diferentes herramientas para la evaluación, y en segundo lugar, con el fin de sentar las bases legales para su aplicación. (Jay, S.; Jones, P., Slinn and C. Wood., 2007).

La EIA es un instrumento que surge a partir del nuevo paradigma ambiental como "respuesta a la preocupación por las consecuencias que el actuar humano genera sobre el entorno" (Lorenzetti, 2008), de forma que este paradigma abandona el enfoque tradicional del conocimiento jurídico, dando un paso más allá de los modelos curativos, para avanzar a los estándares preventivos, con el fin de evitar los posibles riesgos del actuar humano antes de que se efectúe el daño.

Para estudiar esta institución y analizar la regulación respecto de esta en nuestro ordenamiento jurídico, se debe conceptualizarla para identificar sus elementos y llevarlos a nuestra realidad jurídica. De esta forma, a continuación, se muestran ciertas definiciones de la EIA:

> Es un procedimiento previo a la toma de decisiones, constituido por un proceso por el cual una acción que debe ser aprobada por una autoridad pública y que puede dar lugar a efectos colaterales significativos para el medio, se somete a una evaluación sistemática cuyos resultados son tenido en cuenta por la autoridad competente para conceder o no su aprobación. (Bustamante, 1995)

La Asociación Internacional de Evaluación de Impacto (IAIA), define a la EIA como "el proceso de identificar las consecuencias futuras del desarrollo de un proyecto. Debiéndose considerar los aspectos biofísicos, sociales y cualquiera que pudiera ser considerado relevante" (IAIA, 2009).

Para Jaquenod de Zsogon, la EIA "se presenta como la típica evaluación previa a la decisión, en la medida en que procura orientar la resolución a adoptar en función de potenciales impactos sobre el ambiente" (Jaquenod de Zsogon, 2007), definición de la cuál es posible identificar y hacer énfasis en el carácter preventivo de esta institución del Derecho ambiental.

Canter, citando a Barret y Therivel, menciona que el sistema ideal en la Evaluación de Impacto Ambiental debe tener las siguientes características:

1. Ser aplicables a todos los proyectos que se espere tengan impactos en el ambiente y que a su vez puedan ser considerados todos los impactos que sean significativos;

2. Se puedan comparar alternativas a los proyectos propuestos (incluyendo la posibilidad de no desarrollar el proyecto), se puedan comparar metodologías, técnicas y medidas de mitigación;

3. Ser escrita en términos claros y accesibles a cualquier persona, ya sean expertos o no en el tema;

4. Incluir la participación pública y de cualquier instancia;

5. Ser programada para obtener la información suficiente antes de tomar la decisión;

6. Ser ejecutable; e

7. Incluir un procedimiento de seguimiento y monitoreo. (Barrett, B. F.D., Therivel, R., 1991)

Pinto y Martin citando a Cafferatta, identifican a la EIA como un estudio destinado a identificar e interpretar, así como a prevenir las consecuencias que las actividades ambientales podrían causar en el medio ambiente, siendo por ello en principio un procedimiento previo para la toma de decisiones (Cafferatta, 2003).

Añaden los autores que "la evaluación puede presentarse antes, durante o después de las actividades vinculadas al proceso de decisión" (Pinto, M.; Martin, L., 2012); es así como la EIA se clasifica en dos: la evaluación ex ante, que procura alcanzar la decisión más conveniente, y la evaluación ex post, que procura corregir las decisiones ya adoptadas.

Aquí surge el debate, pues a partir del acercamiento doctrinario realizado se entiende que la EIA tiene una naturaleza preventiva; sin embargo, para autores como los ya citados, la EIA se caracteriza principalmente por ser cognoscitiva, ya que:

En dicha discusión, ciertos autores proponen que esta institución carece de eficacia en el derecho. Pigretti critica la regulación de la EIA en el ordenamiento jurídico argentino afirmando que:

> El conjunto normativo, por lo general ha resultado ineficaz volviendo estéril esta figura de la EIA. Este hecho nos aleja del análisis de la figura dado que la misma no presenta en realidad los efectos deseados, pasando a constituir un Bill de indemnidad, como suele suceder en más de una figura creada por el nuevo derecho que sin embargo, no da resultado ninguno. (Pigretti, 2003).

Para entender la postura de Pigretti se debe definir la figura de Bill de indemnidad, que se relaciona estrechamente con la división de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Dicho Bill, faculta al poder ejecutivo a convalidad o remediar los vicios que puedan ser realizados por el poder legislativo en el ejercicio de sus funciones y exime de responsabilidad a los funcionarios partícipes del acto en cuestión. Así, es posible concluir que la crítica de este autor no es la figura de EIA como tal, sino más bien al sistema no sólo jurídico, sino también social y sobre todo, político.

Aunque la crítica está enfocada hacia la aplicación de la institución por las autoridades en las distintas realidades sociales, mas no en su objeto, se considera que la misma deja de lado la importancia de entender al derecho como una herramienta para la transformación social, lo que a su vez permite que desde el punto de vista formal, las autoridades se excusen en que esta institución junto al principio de prevención no pueden tener más alcance que al expresamente consagrado en las normas, y que ellos, en el ejercicio de sus atribuciones legales cambien dichas normas en función de sus intereses.

En contraste, Ramiro Ávila en la Sentencia de Acción Pública de Inconstitucionalidad 32-17-IN/21 expone que, esta transformación social tiene como obstáculo la comprensión del derecho desde la forma tradicional, en el que se mira obsesivamente el pasado y el formalismo jurídico es la garantía de su permanencia en el tiempo (Corte Constitucional del Ecuador, 2021), lo que impide que se garanticen los derechos de las personas y colectivos, más allá de que aquellos se encuentren reconocidos o no en los cuerpos legales.

X. Evaluaciones Ex Ante y Ex Post

Alejandro Drovandi en "La Evaluación de Impacto Ambiental y su régimen jurídico" diferencia las cinco etapas del ciclo de vida de un proyecto, siendo estas:

1. Identificación
2. Preparación
3. Evaluación ex ante y aprobación
4. Ejecución
5. Terminación y evaluación ex post. (Drovandi, 2012)

De lo expuesto se observa que la evaluación ex ante se realiza antes de la ejecución de la actividad, conforme al principio de prevención pues como se ha mencionado varias veces, una vez que el daño sea realizado, muchas veces no es posible remediarlo, mucho menos llegar a una reparación integral; por otro lado, la evaluación o control ex post es la última parte del proyecto, herramienta que se activa una vez que el proyecto finaliza, por lo que se aleja del principio de prevención, enfocándose en evaluar las consecuencias reales que la obra o proyecto ha dejado en el medio ambiente.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, Labeaga y Muñoz se refieren a la complementariedad de ambas herramientas de forma que se logre cumplir la doble finalidad de la evaluación de impacto ambiental:

> Aprender de la experiencia, extrayendo lecciones que puedan aplicarse a la mejora del diseño y la puesta en práctica de políticas públicas; y rendir cuentas a los ciudadanos que, con carácter general, han sido los que han aportado los recursos utilizados. (Labeaga y Muñoz, 2013)

Para Zarabozo, la característica principal de la evaluación ex ante es la proyección a futuro (Zarabozo, 2011), pues tiene como objetivo "poder

comprender posibles escenarios de crisis y adelantarse con suficiente antelación a que la misma ocurra" (Katz, 2020), se esgrime así la estrecha relación entre la evaluación ex ante y el principio de prevención.

Por otro lado, en lo referente a la evaluación ex post, mantiene Zarabozo que son contrarias a la preservación del orden ambiental, pues aunque acciones como la recomposición ambiental tienden a la regeneración en especie del medio, una vez que el daño ambiental se ha producido, no se puede garantizar el reequilibrio del medio ambiente, además muchas veces el accionar humano no puede evitar las variaciones ecológicas y/o climáticas que se producen por dicho daño (Zarabozo, 2011), por lo que se mantiene desde la doctrina que en esta etapa el papel de los agentes regulatorios es de "responder a la crisis una vez que esta ha ocurrido, desarrollando capacidad de gestión de riesgo, es decir capacidad de monitorear y predecir las condiciones de funcionamiento de la industria y operar preventivamente antes que la crisis se manifieste" (Katz, 2020).

De lo recién expuesto es posible llevar al debate si el principio de prevención está o no relacionado con la EIA ex post. Para entenderlo mejor se presenta el siguiente caso hipotético.

Tenemos el proyecto A y proyecto B. El proyecto A es ejecutado una vez que se aprobó la EIA ex ante, cumpliéndose todos los requisitos legales para aprobar su ejecución; sin embargo, ya finalizado el proyecto se realiza la EIA ex post en la que se determina que la actividad causó efectos irreversibles en el medio ambiente. Años después se propone empezar con el proyecto B, análogo al proyecto A, por lo que se decide, en base a los resultados obtenidos en la EIA ex post del proyecto A, denegar su ejecución.

¿Sirvió el control ex post del proyecto A para prevenir los posibles efectos negativos que pudo tener el proyecto B sobre el medio ambiente? ¿Tiene carácter preventivo la EIA ex post del proyecto A?

Si bien es cierto, con los resultados de la EIA ex post del proyecto A, se logró prevenir los posibles efectos negativos del proyecto B, sin embargo,

para llegar a esta decisión tuvo que surgir la necesidad de evaluar este último y así compararlo con el caso análogo.

Una de las posibles respuestas deducibles a partir del caso planteado es que, aunque la EIA ex post del proyecto A sirvió como fundamento para denegar el permiso ambiental del proyecto B, no tuvo carácter preventivo en sí mismo, ya que el daño al medio ambiente en dicho proyecto sí se ocasionó, y como se ha expuesto enfáticamente en este trabajo de investigación, reparar dichos daños es una misión casi imposible. Se entendería entonces que fue la EIA ex ante del proyecto B que cumplió su función de prevenir daños ambientales y que los resultados del proyecto A sirvieron como antecedente.

Por otro lado, el carácter preventivo de la EIA ex post del proyecto A podría encontrarse en la certeza de que dicho caso análogo tendrá efectos negativos en el medio ambiente.

XI. Colombia

En Colombia son varios los cuerpos normativos que se enfocan en regular el proceso de licenciamiento para actividades ambientales y en específico, actividades mineras; la Ley 99 de 1993 se refiere a las generalidades de las licencias ambientales y es un primer acercamiento a la institución de EIA, ya en el Decreto 2041 se desarrolla con mayor profundidad los parámetros que debe contener una EIA, así como los tiempos en los que debe ser realizada; sin embargo, Colombia ya había dado un paso más allá al publicar en el 2002, a través del Ministerio del Medio Ambiente y el Convenio Andrés Bello, el "Manual de evaluación de estudios ambientales: Criterios y procedimientos".

Juan Maldonado (2002), Ministro del Medio Ambiente a la época, sostuvo que: "el Ministerio del Medio Ambiente, consciente del compromiso institucional de hacer de la evaluación del impacto ambiental una herramienta efectiva para la toma de decisiones, se retó a agilizar el proceso de licenciamiento ambiental, con el objetivo de dar una respuesta

ágil y oportuna al sector regulado" (Ministerio del Medio Ambiente de Colombia, Convenio Andrés Bello, 2002).

El manual abarca la metodología de la evaluación de impactos, misma que deberá incluir tanto los sistemas ecológicos naturales cuanto una serie de acciones tecnológicas del hombre, de forma que, al reconocer las interacciones entre ambos, sea posible identificar una idea real del comportamiento de todo el sistema. El manual indica las características que deben cumplir las metodologías de evaluación de impactos, enlistando las siguientes:

a. Ser interdisciplinarias, sistemáticas, reproducibles y con un fuerte grado de organización y uniformidad.
b. Considerar los sistemas más amplios, empero, estudiar cada parte de forma especial, concluyendo en que las interpretaciones de cada una de esas partes deberán guardar relación entre sí.
c. Ser flexibles, aplicables a cualquier fase del proceso de planificación y desarrollo; sin embargo, deberán revisarse constantemente en relación a la experiencia adquirida.
d. Ser adecuadas para efectuar un análisis integrado, sistemático e interdisciplinario del medio ambiente y sus componentes. (Ministerio del Medio Ambiente de Colombia, Convenio Andrés Bello, 2002)

Se trata entonces de un compendio de criterios y parámetros que, acorde a Milena Escobar (2002), Secretaria Ejecutiva del Convenio Andrés Bello, aunque fueron recopiladas a partir de la normativa ambiental colombiana y ante la necesidad de regular con especialidad las actividades que causan impacto en el medio ambiente, tienen también una fuerte validez internacional, al tratarse de contenido técnico y acorde a los lineamientos mundialmente aceptados. De allí la importancia que tiene dicho instrumento para otros países de la región como Ecuador, donde claramente se ha identificado en este trabajo la necesidad de directrices más específicas y claras que protejan los derechos de la naturaleza y que adecúen el proceso de licenciamiento a los estándares constitucionales e internacionales.

A continuación, se muestra una tabla que compara a la institución de Evaluación de Impacto Ambiental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con el colombiano.

Evaluación de Impacto Ambiental		
	Ecuador	**Colombia**
Ley orgánica	Derecho a vivir en un medio ambiente sano: obligación de toda obra, proyecto o actividad, en todas sus fases, de sujetarse al procedimiento de EIA. (Código Orgánico del Ambiente, Art. 5.7)	EIA como instrumento básico para la toma de decisiones respecto de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial. (Ley 99 de 1993, Art. 1). Conjunto de información que debe presentar ante la autoridad ambiental competente el interesado en el otorgamiento de una licencia ambiental. (Ley 99, Art. 57)
Ley especial	* En todos los casos, se requiere la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por parte del Ministerio del Ambiente. (Ley de Minería, Art. 26.a) * Los titulares de concesiones mineras y plantas de beneficio, fundición y refinación, previamente a la iniciación de las actividades mineras en todas sus fases deberán efectuar y presentar estudios de impacto ambiental. (Ley de Minería, Art. 78)	Deberá presentarse el estudio que demuestre la factibilidad ambiental de cada programa. Sin la aprobación expresa de este estudio y la expedición de la Licencia Ambiental correspondiente no habrá lugar a la iniciación de los trabajos y obras de explotación minera. (Ley 685, Art. 85)

Decretos / Acuerdos Ministeriales	Estudios ambientales: una estimación predictiva o una identificación presente de los daños o alteraciones ambientales, con el fin de establecer las medidas preventivas, las actividades de mitigación y las medidas de rehabilitación de impactos ambientales producidos por una probable o efectiva ejecución de un proyecto de cualquiera de las fases. (Acuerdo Ministerial 0.61, Glosario de términos)	Parámetros para la emisión de la EIA: Información del proyecto, Caracterización del área, Demanda de recursos naturales, Análisis de riesgos, Zonificación de manejo ambiental, Evaluación económica, Plan de manejo ambiental, Programa de seguimiento, Plan de contingencias, Plan de desmantelamiento, Plan de inversión, Plan de compensación por pérdida de biodiversidad. (Decreto 2041, Art. 21)
Manuales	Ecuador no tiene	* Características: interdisciplinario, interrelacionado, aplicables a cualquier parte del proceso de planificación de forma constante, integrado, sistemático e interdisciplinario. * Contenido técnico acorde a lineamientos internacionales. (Manual de evaluación de estudios ambientales: Criterios y procedimientos)

XII. EIA en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

El Código Orgánico del Ambiente desarrolla en su artículo 5 el derecho de la población a vivir en un ambiente sano, indicando en su numeral 7 que dicho derecho comprende "La obligación de toda obra, proyecto o actividad, en todas sus fases, de sujetarse al procedimiento de evaluación de impacto ambiental" (Asamblea Nacional, 2017).

De manera especial, la Ley de Minería dentro del capítulo de "Zonas mineras especiales y actos administrativos favorables previos", indica en

el artículo 26 que para ejecutar actividades mineras en los lugares determinados en dicho capítulo, se requiere de forma obligatoria actos administrativos fundamentados y favorables, mismos que al tenor de la misma norma, deberán ser otorgados previamente; es así como en el literal a) señala que: "En todos los casos, se requiere la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental y el informe sobre la afectación a áreas protegidas por parte del Ministerio del Ambiente".

El artículo 78 de la norma mencionada precisa que de forma previa al inicio de toda actividad minera y en cualquiera de sus fases deberán presentar estudios de impacto ambiental. Distingue que para la fase de exploración inicial será obligatorio presentar el estudio de impacto ambiental previo a la ejecución de la actividad, obra o proyecto y en la fase de exploración y subsiguientes, además del EIA, deberán presentarse los planes de manejo ambiental pertinentes.

Siguiendo con el tratamiento que la legislación ecuatoriana da a la institución de EIA, el Acuerdo Ministerial No. 061 de 4 de mayo de 2015 como acto administrativo de carácter normativo, contiene las definiciones jurídicas de las evaluaciones de impactos ambientales ex ante y ex post.

El Acuerdo No. 061 fue expedido cuando aún no se promulgaba el Código Orgánico del Ambiente, norma que entró en vigencia en 2018; sin embargo, no derogó al Acuerdo, por lo que este sigue vigente y es el único cuerpo en el que se encuentran reguladas las dos instituciones estudiadas dentro de este apartado.

El acuerdo busca regular las actividades públicas y privadas que puedan afectar el mantenimiento y regeneración de la naturaleza. Como parte de su glosario y con el objetivo de integrar correctamente las normas a los hechos, el Acuerdo parte de la definición de Estudios Ambientales, para luego acercarse a las de Estudios de Impacto Ambiental ex ante y ex post; en este orden de ideas, los Estudios Ambientales son considerados como:

> Una estimación predictiva o una identificación presente de los daños o alteraciones ambientales, con el fin de establecer las medidas preventivas, las actividades de mitigación y las medidas de rehabilitación de impactos ambientales producidos por una probable o efectiva ejecución de un proyecto

> de cualquiera de las fases, las mismas que constituirán herramientas técnicas para la regularización, control y seguimiento ambiental de una obra, proyecto o actividad que suponga riesgo ambiental. (Ministerio del Ambiente, 2015).

La definición legal de Estudios Ambientales se asemeja entonces a lo que para la doctrina es llamado como "Estudios de Impacto Ambiental", por lo que la normativa ecuatoriana considera que pueden realizarse en cualquiera de las etapas de un proyecto, sea en la etapa de evaluación, para establecer medidas preventivas (EIA ex ante), etapa de desarrollo, para establecer actividades de mitigación y por último, una vez concluida la actividad que efectivamente causó daño ambiental, para establecer medidas de rehabilitación de impactos ambientales (EIA ex post).

Expuesta la definición de los estudios o evaluación de impacto ambiental, a efectos prácticos surge la siguiente interrogante: ¿Sobre quién recae la competencia del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental?

Según lo dispuesto en el Acuerdo Ministerial No. 0.61, le corresponde a "la Autoridad Ambiental Nacional el proceso de evaluación de impacto ambiental, el cual podrá ser delegado a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales, metropolitanos y/o municipales a través de un proceso de acreditación conforme a lo establecido en este Libro" (Ministerio del Ambiente, 2015).

Una vez sea llevado a cabo el proceso de evaluación ambiental, el resultado es una autorización administrativa ambiental, que según lo expuesto por el Ministerio, su alcance y naturaleza depende de la herramienta de gestión empleada según el caso.

Acorde al artículo 27 de la normativa estudiada, los estudios ambientales sirven en primer lugar, para garantizar una adecuada y fundamentada predicción, identificación e interpretación de los impactos ambientales; y en segundo lugar, para garantizar la idoneidad técnica de las medidas de control para la gestión de los impactos ambientales y sus riesgos.

Se especifica que los estudios ambientales deben ser realizados "de manera técnica, en función del alcance y la profundidad del proyecto,

obra o actividad, acorde a los requerimientos previstos en la normativa ambiental aplicable" (Ministerio del Ambiente, 2015).

Respecto de la institución que nos interesa analizar, el artículo 28 del Acuerdo define cómo debe entenderse en el contexto jurídico ecuatoriano a la EIA:

> La evaluación de impactos ambientales es un procedimiento que permite predecir, identificar, describir, y evaluar los potenciales impactos ambientales que un proyecto, obra o actividad pueda ocasionar al ambiente; y con este análisis determinar las medidas más efectivas para prevenir, controlar, mitigar y compensar los impactos ambientales negativos, enmarcado en lo establecido en la normativa ambiental aplicable. (Ministerio del Ambiente, 2015)

Finalmente, la normativa proporciona una definición de las EIA ex ante y ex post, de tal forma que en artículo 34 del Acuerdo, se dispone que la EIA ex ante, o conocida en el Acuerdo como EsIA Ex Ante, "son estudios técnicos que proporcionan antecedentes para la predicción e identificación de los impactos ambientales. Además, describen las medidas para prevenir, controlar, mitigar y compensar las alteraciones ambientales significativas" (Ministerio del Ambiente, 2015).

De lo expuesto se esgrime que la EIA ex ante para la normativa ecuatoriana es un estudio que permite predecir e identificar los posibles impactos ambientales de una obra o proyecto, en el que se describen además las medidas que serán empleadas para prevenir, controlar, mitigar y compensar las afectaciones a la naturaleza.

Vuelve a surgir entonces una discusión entre lo internacionalmente aceptado en la doctrina y la normativa nacional, pues la primera de estas ha sido clara al precisar que la EIA ex ante, tiene como fin prevenir que se efectúe el daño, por lo que no cabe, como se presenta en la norma ecuatoriana, hablar de control, mitigación o compensación, ya que, estas etapas sólo son posibles de llevar a cabo una vez que se ha aprobado el proyecto y que el mismo se encuentra en etapa de desarrollo o culminación. Cabe recordar que el fin de la EIA ex ante es evitar que el daño se efectúe, por lo que – en teoría – debe servir como herramienta para que se niegue la autorización ambiental correspondiente si es que se conoce

que en el futuro existirá un impacto ambiental fuerte o irreversible en el medio ambiente.

Que la EIA ex ante pueda ser realizada en cualquier etapa de una obra o proyecto implica que no se está garantizando el principio de prevención ambiental, lo cual es inconstitucional a la luz de la Constitución de la República del Ecuador (artículos 14 y 397) y de lo esgrimido por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC 23/17. Si bien este punto no es parte del análisis del capítulo presentado, es importante comenzar a abrir la discusión que será abarcada dentro del siguiente y último capítulo de este trabajo.

Por otro lado, en el artículo 35 del Acuerdo No. 061 se encuentra la definición de la EIA ex post, conocida en la norma ecuatoriana como EsIA Ex Post: "Son estudios ambientales que guardan el mismo fin que los estudios ex ante y que permiten regularizar en términos ambientales la ejecución de una obra o actividad en funcionamiento, de conformidad con lo dispuesto en este instrumento jurídico" (Ministerio del Ambiente, 2015).

La norma ecuatoriana no diferencia los objetivos de las EIA ex ante y ex post; sin embargo, se identifica que la EIA ex post es realizada cuando la obra o actividad ya se encuentra en funcionamiento, criterio que, en parte, coincide con el alcance doctrinario de esta institución; sin embargo, la norma no detalla si la EIA ex post deberá realizarse una vez el proyecto u obra haya terminado, por lo que se entiende que la EIA sólo podrá ejecutarse durante la etapa de desarrollo.

XIII. Inconstitucionalidad del Acuerdo Ministerial

El Acuerdo Ministerial No. 061 fue emitido por el Ministerio del Ambiente en uso de las atribuciones establecidas en el artículo 154 numeral 1 de la Constitución y del artículo 17 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (norma que a la actualidad no se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano) con fecha 7 de abril de 2015, entrando en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial a la fecha de 4 de mayo de 2015.

El ámbito del mismo, acorde a su artículo 1, es establecer los procedimientos y regular las actividades y responsabilidades públicas y privadas en materia de calidad ambiental, que comprende el conjunto de características del ambiente y la naturaleza. En dicho instrumento se encuentran los procesos que deben ser cumplidos para realizar cualquier tipo de actividad que tenga repercusiones en el ambiente, incluyendo a las actividades mineras.

Es importante resaltar que, el Acuerdo ratifica los principios ambientales reconocidos en la Constitución e incluso hace énfasis en que las autoridades administrativas y jueces deberán observar con especial atención los principios de prevención, precaución, contaminador-pagador o quien contamina paga, corrección de la fuente, corresponsabilidad en materia ambiental, de la cuna a la tumba, responsabilidad objetiva, responsabilidad extendida del productor y/o importador, de la mejor tecnología disponible y reparación primaria o In Natura.

El Acuerdo incluye, en concordancia al artículo 14 de la Constitución, al principio de prevención, además, dicho Acuerdo recoge en sus artículos 34 y 35 la conceptualización de los Estudios Ambientales Ex Ante y Ex Post respectivamente, estableciendo que ambos son estudios técnicos que proporcionan antecedentes para la predicción e identificación de los impactos ambientales y que guardan el mismo fin. Es así como surge la necesidad de analizar la constitucionalidad de ambos artículos, pues acorde a lo expuesto en el desarrollo de este trabajo, la EIA ex ante tiene un propósito diferente a la EIA ex post e incluso se realizan en diferentes etapas de las actividades, obras o proyectos; por lo que, su regularización dentro de los artículos en cuestión vulneraría los principios de reserva legal y de jerarquía constitucional, además vulneraría el derecho a vivir en un medio ambiente sano y el principio de prevención.

13.1 Reserva legal y jerarquía constitucional

El cumplimiento del principio de reserva legal en materia ambiental encuentra dificultades en el arbitrio de la autoridad administrativa, es así como Ruiz-Jarabo menciona que “aun cuando dicho principio está

destinado a procurar grandes ventajas a la sociedad, encierra también peligros, derivados de las excepciones que conlleva a ciertos derechos y libertades fundamentales" (Ruiz-Jarabo, 2005).

El artículo 132 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador establece que:

> 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. (Asamblea Constituyente, 2008).

Bajo la misma línea, el artículo 133 de la CRE cataloga como leyes orgánicas a aquellas que regulen el ejercicio de los derecho y garantías constitucionales.

Los artículos 34 y 35 del Acuerdo Ministerial No. 061 contemplan la posibilidad de que ambos tipos de evaluación de impacto ambiental (ex ante y ex post) puedan ser realizadas en cualquier parte del ciclo de la actividad, obra o proyecto minero; además, no distinguen la finalidad de cada EIA, lo que resulta contrario al principio de reserva de ley, ya que incide directamente en el derecho constitucional de vivir en un medio ambiente sano y en el principio de prevención, lo que exige que este supuesto se encuentre reconocido en una ley orgánica.

Sin embargo; el artículo 6 del Código del Ambiente establece que, para garantizar el ejercicio de los derechos de la naturaleza, "La Autoridad Ambiental Nacional definirá los criterios ambientales territoriales y desarrollará los lineamientos técnicos sobre los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos de la naturaleza" (Asamblea Nacional, 2017), facultando al ejecutivo a regular los derechos de la naturaleza que tienen reconocimiento constitucional, lo que, a la luz del artículo 132 de la CRE sería inconstitucional.

Por otra parte, el artículo 84 de la Constitución reconoce que todo órgano con potestad normativa debe adecuar las leyes y demás normas a

los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales; es decir que, todas las normas infraconstitucionales – incluyendo aquellas que se encuentran contenidas en los Acuerdos Ministeriales – deben guardar coherencia con la Constitución, tratados e instrumentos internacionales reconocidos por el Estado ecuatoriano.

La Constitución establece dentro del artículo 424 que todo acto del poder público deberá guardar conformidad con la Constitución.

En ese sentido, un Acuerdo Ministerial no puede contravenir disposiciones constitucionales, oponiéndose expresamente a los artículos 14 y 397 de la Constitución, por lo que, el Acuerdo analizado tampoco respeta la jerarquía establecida en la norma constitucional. En ese sentido, existe una aparente inconstitucionalidad por la forma en los artículos 34 y 35 del Acuerdo Ministerial No. 061.

Textualmente se reconoce en el artículo 35 del Acuerdo en cuestión que los Estudios Ambientales Ex Post guardan el mismo fin que los estudios Ex Ante, lo que a la luz de la Constitución de la República y de instrumentos internacionales como la Opinión Consultiva OC/23 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sería inconstitucional ya que vulnera el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Artículo 14 de la CRE) y es contrario al principio de prevención recogido en el mismo artículo y desarrollado a lo largo del ordenamiento jurídico ecuatoriano, siendo reconocido como el eje central para el desarrollo de las actividades, obras o proyectos que puedan tener afectaciones al medio ambiente.

Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia No. 019-16-SIN-CC, ha identificado la relación entre la garantía normativa de reserva de ley y la de jerarquía constitucional:

> Las garantías normativas implican que los órganos encargados de la producción normativa infraconstitucional deben observar y guardar coherencia prima facie con el contenido de la Constitución de la República al momento de producir disposiciones normativas. Aquello denota que el legislador dentro de su contexto democrático, debe garantizar derechos a través de leyes; sin embargo, para complementar aquella tutela y lograr una eficacia de la norma

> jurídica se requiere también un desarrollo normativo a través de regulaciones acordes a la normativa constitucional. (Corte Constitucional, 2016)

Por tanto, no sería suficiente que mediante ley orgánica se regulen las EIA ex ante y ex post, su objetivo y tiempos de aplicación; sino que dicha ley, así como la normativa secundaria que se emita con regulaciones específicas sobre la materia, deberá guardar armonía con los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales, de tal forma que se garantice su protección.

Dicha normativa deberá garantizar que las evaluaciones de impacto ambiental no constituyan un mero trámite, es decir que sean ejecutadas con una rigurosidad técnica y normativa en la que se garanticen los principios ambientales reconocidos en la Constitución, entre estos, el de prevención.

13.2 Derecho a vivir en un medio ambiente sano

El artículo 14 de Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay.

Por su parte, el Protocolo de San Salvador – parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos – ratificado por el estado ecuatoriano y publicado en el Registro Oficial 109 de 18 de enero de 1993, consagra expresamente en su artículo 11 que:

> 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
>
> 2. Los Estados Parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. (Organización de los Estados Americanos, 1988)

Bajo la misma línea, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC 23/17 desarrolla este derecho manifestando que tiene connotaciones tanto individuales como colectivas. La connotación colectiva implica que el de-

recho es en sí mismo un interés universal que se debe a generaciones presentes y futuras; pero a la vez, también tiene relación directa con la esfera individual, pues la vulneración de dicho derecho puede afectarla – directa o indirectamente – a través de la vulneración a otros derechos conexos como el derecho a la salud, a la integridad personal o la vida.

Por su parte, la misma Constitución reconoce en el artículo 397 numeral 2 que, para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: "Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales" (Asamblea Constituyente, 2008).

La Corte IDH lo reconoce como un derecho fundamental, pues estipula que la degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos; sin embargo, añade que el derecho al medio ambiente sano debe ser considerado como un derecho autónomo, ya que "protege los componentes del medio ambiente, tales como los bosques, ríos, mares y otros, como intereses en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales". (Corte IDH, 2017).

Por tanto, se observa que existe un reconocimiento expreso del derecho a un medio ambiente sano en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por Ecuador y que por tanto, forman parte del bloque de constitucionalidad, convirtiéndose en normas de obligatorio cumplimiento.

Que las Evaluaciones de Impacto Ambiental ex ante y ex post sean consideradas por la legislación ecuatoriana como herramientas que guardan el mismo fin, vulnera el derecho a un medio ambiente sano, pues no garantiza la protección del ambiente y no previene la configuración del daño ambiental. Si es posible que ambas herramientas sean ejecutadas en cualquier parte del proceso de un actividad, obra o proyecto, ¿Cuál de estas herramientas estaría velando por la prevención del daño ambiental?

Acorde a la amplia doctrina que ha sido expuesta en el capítulo número dos, ambas instituciones guardan diferencias entre sí, siendo la más

importante que la EIA ex ante debe ser realizada antes de la ejecución de cualquier actividad que afecte al medio ambiente, mientras que la EIA ex post deberá ejecutarse una vez que dicha actividad haya concluido.

Que las EIA ex post, acorde al artículo 35 del Acuerdo No. 061 sean "estudios que permiten regularizar en términos ambientales la ejecución de una obra o actividad en funcionamiento" (Ministerio del Ambiente, 2015), da paso a que en la práctica se dé prioridad a este tipo de evaluación y por tanto, sea posible que se otorgue una licencia ambiental sin que exista control previo que determine los posibles impactos a la naturaleza, ocasionando finalmente que el daño ambiental ya no pueda prevenirse, pues como no existe evaluación, no existe a la vez certeza de daño ambiental.

Aunque lo expuesto anteriormente parte de un supuesto, debe evidenciarse que en la actualidad, los artículos 34 y 35 del Acuerdo No. 061 han dado paso a otros actos normativos que podrían seguir vulnerando los derechos previamente establecidos.

Es así como, el Presidente de la República, Guillermo Lasso, basado en que "la coyuntura económica actual, nacional e internacional demanda que el Gobierno Nacional busque alternativas viables para explorar y explotar, de manera racional y ambientalmente sustentable, los recursos naturales no renovables que se encuentran en el subsuelo" (Presidencia de la República del Ecuador, 2021) expidió mediante Decreto Ejecutivo No. 151 el Plan de Acción para el Sector Minero del Ecuador, con el fin de "destinar el fruto de tal actividad a programas sociales que combatan la pobreza y promuevan el desarrollo económico del país" (Presidencia de la República del Ecuador, 2021).

Decreta que el Plan de Acción para el Sector Minero del Ecuador tiene como objetivo desarrollar una minería eficiente y responsable ambiental y socialmente; sin embargo, en la tercera disposición transitoria expresamente establece que, el Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica junto con el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables deberán emitir un Acuerdo Interministerial para "el otorgamiento eficiente y oportuno de permisos ambientales y de agua, que

cumplan con absoluta rigurosidad la normativa ambiental y de agua, en el que se optimicen los tiempos para su emisión y se prioricen los controles ex-post" (Presidencia de la República del Ecuador, 2021).

Es decir, a partir de este decreto ejecutivo, los Ministerios correspondientes podrían regular el proceso de emisión de permisos ambientales de tal forma que los tiempos para obtener dicho permiso se acorten y que se pueda iniciar una actividad, obra o proyecto con la aprobación de una EIA ex post, que a la luz del Acuerdo No. 061 puede realizarse mientras la obra ya está en desarrollo.

Bajo los estándares nacionales e internacionales no puede iniciarse una actividad, proyecto u obra minera sin una Evaluación de Impacto Ambiental; sin embargo, sí es posible que se cumpla tal supuesto en la realidad ecuatoriana.

13.3 Inobservancia al principio de prevención

Como ya se citó, el artículo 14 de la Constitución estipula que se declara de interés público la prevención del daño ambiental, obligación estatal que además es reconocida como tal en la Opinión Consultiva OC-23/17.

A partir de dicha obligación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone que a la vez surge la obligación de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental, que a criterio de la Corte IDH "debe ser concluido de manera previa a la realización de la actividad o antes del otorgamiento de los permisos necesarios para su realización" (Corte IDH, 2017) e incluso, con el fin evitar pérdidas económicas, la Corte IDH señala que la EIA deberá iniciarse antes de que la ubicación y diseño de los proyectos estén decididos.

De tal forma que es posible constatar que el Estado tiene la obligación imperante de prevenir el daño ambiental, principio constitucional del que se desprende la necesidad de presentar una evaluación de impacto ambiental frente a toda actividad que pueda repercutir negativamente en el medio ambiente. La relación entre el principio de prevención y la

EIA es que el primero de estos mantiene como elemento esencial la certidumbre del daño, que debe demostrarse a través de los instrumentos o herramientas necesarias, que en el caso ecuatoriano son las evaluaciones de impacto ambiental.

Por tanto, a la luz de los artículos constitucionales señalados y de la interpretación de la Corte IDH dentro de la Opinión Consultiva – expuesta con especial énfasis en el capítulo 1 – no es posible que en Ecuador se inicie una actividad, obra o proyecto minero sin la aprobación de la evaluación de impacto ambiental correspondiente, por lo que, realizarla en el transcurso de la misma es contrario al principio de prevención.

Por lo expuesto, realizar una evaluación de impacto ambiental en el transcurso de la ejecución de una actividad, proyecto u obra vulnera directamente el principio de prevención reconocido expresamente en el artículo 14 de la Constitución de la República del Ecuador y en la Opinión Consultiva No. 23 de 2017; en consecuencia, los artículos 34 y 35 del Acuerdo Ministerial No. 061 serían inconstitucionales al vulnerar el principio de prevención contenido en los artículos 14 y 397 de la Constitución de la República del Ecuador.

La presunta inconstitucionalidad tendría como efecto expulsar del ordenamiento jurídico a las normas en cuestión, sin que se afecten las situaciones jurídicas consolidadas previamente en razón de la aplicación de dichas normas. Por tanto, los permisos y licencias ambientales concedidos con anterioridad a que se declaren como inconstitucionales los artículos 34 y 35 del Acuerdo no perderían vigencia ni validez.

XIV. Conclusiones

La naturaleza es reconocida como sujeto de derechos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de la Constitución de 2008. Del reconocimiento de dichos derechos emanan varios principios constitucionales que tienen como fin garantizar y velar por el cumplimiento de los derechos que recoge la norma constitucional.

Se concluye que el principio de prevención ambiental es la piedra angular del derecho ambiental, del que surgen varias obligaciones estatales, entre ellas, la obligatoriedad de aprobar una evaluación de impacto ambiental previo al inicio de cualquier actividad, obra o proyecto que pueda tener afectaciones en la naturaleza. Además, el principio de prevención guarda una estrecha relación con el de precaución, ya que todos los principios ambientes son interdependientes; sin embargo, a criterio de la Corte, la diferencia radica en que el principio de prevención requiere de certidumbre de daño.

En Colombia, aunque no existe reconocimiento expreso de la naturaleza como sujeto de derechos dentro de la Constitución, la Corte Constitucional Colombiana ha realizado un trabajo extenso por establecer el alcance de sus derechos y principios; es así como en relación al principio de prevención, determina que este surge por dos motivos: la concepción del derecho ambiental a partir un modelo preventivo y la necesidad de que el daño no se configure.

Por otro parte, el principio de prevención encuentra gran parte de su desarrollo en la Opinión Consultiva OC 23/17, donde la Corte IDH dispone las obligaciones estatales que surgen de dicho principio, entre estas la obligación estatal de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental que deberán llevarse a cabo y ser aprobados por la autoridad estatal competente de forma previa a la realización de la actividad, obra o proyecto.

Por otro lado, se puede afirmar que existen dos tipos de evaluación de impacto ambiental: ex ante, que debe realizarse de forma previa al inicio de la actividad, obra o proyecto y la evaluación ex post, se debe realizarse una vez la misma ha sido finalizada.

Ambas evaluaciones son complementarias entre sí y no son excluyentes, ya que sus finalidades son diferentes: en la evaluación ex ante se pretende motivar con información técnica las decisiones de las autoridades que tienen la facultad de autorizar permisos o licencias ambientales con el fin de prevenir el daño ambiental; mientras que, en la evaluación ex post se busca evaluar los resultados de la actividad, de forma que se concluya el grado de afectación en el medio ambiente.

Acorde a lo descrito en el desarrollo de este trabajo, la relación entre el principio de prevención ambiental y la evaluación de impacto ambiental reside en que el principio requiere de certeza científica como requisito central; mismo que se cumple a través de herramientas como la evaluación de impacto ambiental.

En Ecuador la institución jurídica de evaluación de impacto ambiental se encuentra recogida en el Acuerdo Ministerial No. 061 del Ministerio del Ambiente, donde se reconocen ambos tipos de EIA; sin embargo, de lo analizado en el capítulo 3 se concluye que dicha regularización no cumple con los parámetros constitucionales y convencionales para garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente sano.

Finalmente, se logra concluir que los artículos 34 y 35 del Acuerdo No. 061 no diferencian la finalidad ni la etapa de realización de las evaluaciones ex ante y ex post, siendo contrarios al principio constitucional de prevención e incumpliendo las obligaciones estatales que surgen del mismo y que han sido señaladas por la Corte IDH, por lo que no cumplen con la garantía normativa de adecuar las normas infraconstitucionales a la Constitución; además, al regular el derecho fundamental de vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, incumplen el principio de reserva de ley, razones por las que se concluye que son inconstitucionales.

XV. Recomendaciones

Es necesario que el reconocimiento de los derechos de la naturaleza no quede únicamente en letra, pues, aunque la Constitución haya dado un paso enorme a partir del 2008, este trabajo da cuenta de que en la práctica, existe aún una grave vulneración a los derechos y principios constitucionales y que no se aplican los estándares dispuestos por la Corte IDH en lo que respecta a la obligación de prevenir el daño ambiental.

Se vuelve imperante recordar que los daños a la naturaleza, en la mayoría de casos son irreversibles, por lo que es imposible que los recursos naturales se regeneren; por tanto, no podría configurarse una reparación integral.

Es obligación del Estado velar por que se prevenga todo daño ambiental, no solamente porque su afectación vulnera el derecho de las generaciones presentes y futuras de vivir en un medio ambiente sano; sino también por la autonomía con la que se reviste dicho derecho y que tiene como sujeto principal a la naturaleza.

Desde cada uno de nuestros espacios como ciudadanos estamos llamados a respetar y hacer respetar las disposiciones constitucionales y convencionales, en este caso en lo que respecta a los derechos del medio ambiente; razón por la que este trabajo es un primer acercamiento a una de las vulneraciones al principio de prevención que en la práctica ha permitido que las autoridades puedan disponer arbitrariamente de los derechos y principios reconocidos en la CRE, tal como se ve reflejado en el Decreto 151, en el que se priorizan las evaluaciones de impacto ambiental ex post, olvidando la finalidad de esta institución y permitiendo que se efectúen daños irreparables en el medio ambiente.

Con base a las conclusiones esgrimidas a partir de este trabajo de investigación, se recomienda que se plantee una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 34 y 35 del Acuerdo Ministerial No. 061, de forma que sean los Magistrados de la Corte Constitucional quienes, en el ejercicio de sus funciones, modulen el desarrollo de esta institución, y de creerlo pertinente, expulsen ambos artículos del ordenamiento jurídico.

Referencias bibliográficas

Andaluz, C. (2009). *Manual de Derecho Ambiental*. Editorial Iustitia.

Barret, B.F.D. & Therivel, R. (1991). *Environmental Policy and Impact Assessment in Japan*. Reoutledge. Charpman and Hall.

Betancor, A. (2014). *Derecho Ambiental*. Editorial La Ley.

Bidart, G. (1995). El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Ediar, 1995. Citado por Andrés Gil Domínguez, "El Bloque de la Constitucionalidad Federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Huma-

nos", en Revista Argentina de Derecho Constitucional, No. 4, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 58.

Bustamante, J. (1995). *Derecho Ambiental*. Abeledo-Perrot.

Cafferatta, N. (2003). Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada. *Doctrina Judicial*, p. 1133.

Cafferatta, N. (2004). *Introducción al derecho ambiental*. Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales Instituto Nacional de Ecología, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Canter, W.L. (1996). *Environmental Impact Assessment*. McGraw-Hill Education

Duvic-Paoli, L. (2018). *The Prevention Principle in International Enviromental Law*. Cambridge University Press.

Gallego, L. (2020). *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*. Tomo XX. Universidad Externado de Colombia.

Garmendia, A., Salvador, A., Crespo, C. & Garmendia, L. (2005). *Evaluación de Impacto ambiental*. Pearson Education.

Guevara, R. (2016). *El estado del arte en la investigación: ¿análisis de los conocimientos acumulados o indagación por nuevos sentidos?* en Revista FOLIOS. pp. 165-179.

International Association for Impact Assessment. (2009). *¿Qué es la evaluación de impactos?*. Asociación Española de Evaluación de Impacto Ambiental.

Jaquenod de Zsogon, S. (1991). *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Editorial Dykinson.

Jaquenod De Zsögön, S. (2007). *Vocabulario ambiental práctico: jurídico, técnico, etimológico*. Dykinson. p. 50

Jay, S.; Jones, P., Slinn & C. Wood. (2007). Environmental impact assessment: Retrospect and prospect. *Environmental Impact Assessment Review*, 27 (4), 287-300.

Katz, J. (2020). *Recursos naturales y crecimiento. Aspectos macro y microeconómicos, temas regulatorios, derechos ambientales e inclusión social*. Comisión Económica para América Latina (CEPAL).

Labeaga, J.M. & Muñoz, C. (2013). La evaluación de políticas públicas en España: aprendizaje y práctica institucional. *Revista de Evaluación de Programas y Políticas Públicas*. https://revistas.uned.es/index.php/REPPP/article/view/10778/10297

Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. La Ley.

Maldonado, F., Yánez, K. (2020). El constitucionalismo ambiental en Ecuador. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 97, Sección "Artículos doctrinales". https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wpcontent/uploads/2020/01/2020_0107_Mila_Constitucionalismo-ambiental-Ecuador.pdf

Morand-Deviller, J. (2014). *Los "Grandes Principios" del Derecho del Ambiente y del Derecho del Urbanismo*. Universidad de Costa Rica. https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13350/12622

Peña, M. (2016). *Derecho Ambiental Efectivo*. Universidad de Costa Rica.

Peréz, E. (2008). *Derecho Ambiental*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Pérez, M. (2017). La Evaluación Ambiental Estratégica como instrumento de protección del medio en el Estado Autonómico. La Comunitat Valenciana como caso de estudio. *Revista de Evaluación de Programas y Políticas Públicas*, 8, 31-53. https://revistas.uned.es/index.php/REPPP/article/view/16319/16475

Pigretti, E. (2003). *Derecho Ambiental Profundizado*. La Ley.

Pinto, M. (2015) Los principios de prevención y precaución en el derecho ambiental argentino. En M. García Pachón y Ó. D. Amaya Navas. *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*. Universidad Externado de Colombia.

Pinto, M., Martin, L. (2012). *La Evaluación de Impacto Ambiental y su régimen jurídico. Análisis del nuevo paradigma*. Lajouane Gráfica Sur Editor.

Prieur, M. (2012). *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*. Editions Bruylanl.

Rodríguez, M. (2016). Concepto y alcance de la responsabilidad objetiva. *Revista de Derecho Privado*. Universidad de Los Andes. https://www.redalyc.org/pdf/3600/360055998003.pdf

Romero Lankao, P. (2007). Evaluación de impacto ambiental. *Argumentos. Estudios Críticos De La Sociedad*, (21), 7-19. https://argumentos.xoc.uam.mx/index.php/argumentos/article/view/753

Ruiz-Jarabo, D. (2005). *El desarrollo comunitario del principio de precaución,* en: "El principio de precaución y su proyección en el Derecho Administrativo español" (Madrid, Consejo General del Poder Judicial).

Serrano, J. (2007). *Principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Editorial Trotta.

Silva, F. (2019). Principio de prevención y precautorio en materia ambiental. *Revista Jurídica.* http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102019000200006&lng=es&tlng=es

Ugarte, A. (2020). *Cuadernos sobre temas de Derecho Ambiental*. Colegio de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial.

Zarabozo, M. (2011). *El control de constitucionalidad y los criterios y principios rectores en materia ambiental, de recursos naturales en general e hidrocarburífera en particular, ejercido por la corte suprema de justicia de la nación argentina entre los años 1875-2010 y sus implicancias.* Universidad de Buenos Aires.

Plexo normativo

Asamblea Nacional del Ecuador. (12 de abril de 2017). Código Orgánico del Ambiente. Registro Oficial Suplemento 983.

Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449.

Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica. (4 de mayo de 2015). Acuerdo Ministerial No. 061. Registro Oficial de Lunes 4 de mayo de 2015.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). Ley de Minería. Registro Oficial Suplemento 517.

Congreso de la República de Colombia. (22 de diciembre de 1993). Ley General Ambiental de Colombia. [Ley 99 de 1993]. DO: 41146.

Congreso de la República de Colombia. Código de Minas. (2001). [Ley 685 de 2001]. DO: 45273.

Congreso de la República de Colombia. (2015). Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país". [Ley 1753 de 2015]. Decreto Legislativo 1081.

Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2014). Decreto Reglamentario 2041.

Ministerio del Medio Ambiente, Convenio Andrés Bello. (2002). Manual de evaluación de estudios ambientales: Criterios y procedimientos.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2011). Hacia el crecimiento verde. Un resumen para los diseñadores de políticas. OCDE. http://www.oecd.org/greengrowth/49709364.pdf

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-703.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-204.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-622.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-733.

Corte Constitucional del Ecuador. (2012). Sentencia 1149-19-JP/21.

Corte Constitucional del Ecuador. (2016). Sentencia No. 019-16-SIN-CC

Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No. 32-17-IN/21.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión Consultiva 23/17.

La constitucionalidad de la disposición interpretativa única al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo: un análisis a su promulgación y a la sentencia No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21

The constitutionality of the single interpretative provision to paragraph 6 of article 169 of the Labor Code: an analysis to its enactment and to the judgment No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21

Jaime Leonardo Cevallos Navas*
Investigador jurídico independiente

Información del artículo
Original – Ruptura, 2022
Artículo recibido / Received: 14 de octubre de 2022
Artículo aceptado / Accepted: 4 de enero de 2023

Citación
Cevallos, J. (2022). *La constitucionalidad de la disposición interpretativa única al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo: un anáñisis a su promulgación y a la sentencia No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21.* Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2022, p. (69-86)

DOI: 10.26807/rr.v4i4.115

Resumen: La pandemia ocasionada por el virus SARS-Co-V2, y la correspondiente crisis social, laboral y económica que la misma desencadeno en la República del Ecuador, llevó a que desde el poder ejecutivo y legislativo se busque normar aspectos que alivien a la ciudadanía y fomenten el fortalecimiento de la economía y el trabajo. A tal efecto, se consideró pertinente interpretar el numeral 6 del artículo 169 del Código del Tra-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Maestrante en la Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Ambiental por la Universidad de los Hemisferios. Correo electrónico: jcevallos@xcalivur.com

bajo, pues, el mismo contemplaba la terminación de la relación laboral en casos de fuerza mayor, en un intento de proteger a los trabajadores, se dio una interpretación al sentido de cómo debía aplicarse dicha norma. La disposición interpretativa fue sometida a control de constitucionalidad por la Corte Constitucional del Ecuador, que se pronunció al respecto en la sentencia No.23-20-CN y ACUMULADOS/21. Este artículo pretende analizar los aspectos formales y de fondo bajo los que se elaboró la norma interpretativa al numeral 6 del artículo 169 de Código del Trabajo, y contrastar los mismos al análisis de la Corte Constitucional, verificando si dicha interpretación constituye una solución enmarcada en la Constitución o no.

Palabras clave: Fuerza mayor; COVID19; Corte Constitucional; Disposición Interpretativa; Ley de Apoyo Humanitario; Ecuador; Código del Trabajo.

Abstract: *The SARS-Co-V2 virus pandemic, and the social, labor and economic crisis unleashed in the Ecuadorian Republic, led the executive and legislative branches to regulate aspects in order to relieve citizens and promote the strengthening of the economy and work. For this purpose, it considered pertinent to interpret paragraph 6 of article 169 of the Labor Code, since it contemplated the resolution of employment relationships in cases of force majeure, in an attempt to protect workers, an interpretation was given to the meaning of this rule, and how it should be applied. The interpretive provision was brought to constitutional review by the Ecuador Constitutional Court that issued the judgment No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21. This article, aims to analyze the procedural and structural aspects under which the interpretative provision to paragraph 6 of article 169 of the Labor Code was elaborated, and contrast them with the judgment of the Constitutional Court, verifying if the interpretation is a solution framed in the Constitution or not.*

Keywords: *Force majeure; COVID19; Constitutional Court, Interpretive Provision; Humanitarian Support Act; Ecuador; Labor Code*

Introducción

La pandemia causada por el virus SARS-Co-V2 desencadenó una crisis a gran escala a nivel mundial. En la República del Ecuador afectó a diferentes sectores, tales como, productivo, económico, industrial, etc., entre ellos, el sector laboral; que se encontraba escasamente preparado en el aspecto tecnológico y, con personal poco capacitado para asumir y aplicar nuevas modalidades laborales y las obligaciones que esto conlleva, como el denominado "home office" o teletrabajo. Asimismo, el empleador no se encontraba preparado para afrontar una paralización de sus actividades, en algunos casos total, en sus diferentes áreas o líneas de negocio, por el lapso de tres meses o más. Esta situación llevó a que los empleadores, algunos de manera justificada y otros aprovechándose de la crisis nacional, apliquen la causal contemplada en el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo para finalizar la relación laboral.

Fue, el uso abusivo de dicha causal, el que llevó a la Asamblea Nacional a considerar incluir una norma interpretativa, necesaria para algunos y para otros una decisión populista para mejorar la imagen de la Asamblea Nacional. Sea cual fuera la razón, la promulgación la dicha norma desencadenó un sin número de procesos judiciales, muchos aún en trámite, que buscan el reconocimiento de indemnizaciones a favor de los trabajadores amparados en la "interpretación" dada al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo; ésta interpretación llevó a los Jueces que conocían dichos procesos judiciales, sea de oficio o a petición de parte, a solicitar el pronunciamiento de la Corte Constitucional del Ecuador, respecto a la constitucionalidad de dicha norma, amparados en lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Las consultas sobre constitucionalidad de forma, fueron resueltas por la Corte Constitucional del Ecuador el 01 de diciembre de 2021 en la sentencia No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21; a través de la cual la Corte Constitucional ejerció control concreto de constitucionalidad sobre la disposición interpretativa única al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo.

Este análisis pretende determinar si por un lado la inclusión de la disposición interpretativa al numeral 6 del artículo 169 del Código del Tra-

bajo dentro de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19 cumplió con los requisitos legales para su incorporación, y; si la misma resultaba necesaria y contemplaba la realidad de todos los sectores o, en su defecto se convirtió en un arma de doble filó que podría afectar a la postre a los trabajadores. Asimismo, con el análisis a la sentencia No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21 de la Corte Constitucional, se busca extraer el criterio de la Corte respecto al fondo del texto de la disposición interpretativa única al numeral 6 del artículo 69 del Código del Trabajo, y determinar con esto su aplicabilidad o no en los procesos judiciales que se manejan actualmente por la terminación de la relación laboral bajo la causal de fuerza mayor.

I. Problemática

La interpretación al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, fue incorporada en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19, publicada en el Registro Oficial S. 229 del 22 de junio de 2020; es decir, 3 meses después que el virus SARS-Co-V2 desatara no solo una crisis sanitaria en el país, sino también social, económica y laboral, cuando en el Ecuador se reportaban 50.915 casos confirmados de contagio con el virus SARS-Co-V2 y, 4.246 muertes a causa del mismo[1], fundamentando dicha ley en que:

> "...la actual emergencia sanitaria ha producido efectos negativos en la economía mundial, razón por la cual el referido proyecto de ley busca dar un alivio a la ciudadanía, al sector productivo y a la economía popular y solidaria para hacer frente a la actual situación económica y sanitaria del país..."[2]

Ahora bien, uno de los motivos de la promulgación de dicha ley fue aliviar a la ciudadanía, al sector productivo y a la economía popular y solidaria, es importante considerar la forma en la que la disposición interpretativa fue incorporada a la misma. La Ley Orgánica de la Función

1 https://www.gestionderiesgos.gob.ec/wp-content/uploads/2020/06/INFOGRAFIA-NACIONALCOVI-19-COE-NACIONAL-22062020-08h00.pdf, ingreso 30 de septiembre de 2021, 11:07.

2 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 229, del 22 de junio de 2020.

Legislativa publicada en el Registro Oficial S. 642 del 27 de julio de 2009, dispone el procedimiento para la aprobación tanto de leyes orgánicas como de leyes interpretativas, por lo que, de no haber cumplido con el mismo, dicha disposición sería inconstitucional y, aquellos procesos iniciados y basados en la misma, podrían terminar afectando a la economía de los trabajadores a los que se buscaba dar un alivio.

La promulgación de dicha ley generó un sinnúmero de acciones públicas de inconstitucionalidad que actualmente se encuentran en conocimiento de la Corte Constitucional, algunas de ellas atacan directamente a la disposición interpretativa única al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo sea por su forma o fondo, que, de aceptarse, afectarían a los trabajadores que iniciaron procesos judiciales amparados en dicha disposición, acciones que se encuentran en análisis de la Corte Constitucional bajo la causa No. 49-20-IN y ACUMULADOS, a través de la cual en sentencia la Corte Constitucional ejercerá un control abstracto de constitucionalidad sobre la disposición citada. Por otro lado, en aplicación del artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la Corte Constitucional, a través de la sentencia No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21, la Corte ejerció un control concreto de constitucionalidad y, emitió su criterio respecto a la constitucionalidad de la disposición interpretativa; esto debido a las consultas realizadas por los jueces de primera instancia que tenían a su cargo resolver procesos judiciales iniciados al amparo de dicha norma.

El fallo de la Corte Constitucional, además de determinar la constitucionalidad o no de la disposición interpretativa única al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, resultará crucial para los procesos judiciales en curso, lo cual también representará que la Asamblea Nacional no habría generado un alivio a la situación de los ciudadanos ecuatorianos, sino un problema.

II. Análisis

Bajo estos antecedentes, es necesario determinar: si la disposición interpretativa al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo dentro de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19, fue una solución legal a la aplicación de dicha causal para la terminación de la relación laboral o, en realidad, representa un problema nuevo que los trabajadores se verán forzados a enfrentar en algún momento. Para esto, es necesario revisar si el cumplimiento de constitucionalidad por la forma de dicha norma interpretativa, con base a la forma en que se trató dentro de la Asamblea Nacional y, el fondo que pretendía interpretar.

2.1 Constitucionalidad por la forma de la disposición interpretativa única dentro de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19

El análisis de constitucionalidad por la forma, conlleva evaluar si se ha observado en el proceso de formación de una ley, todas las normas constitucionales y legales que regulan el mismo. Para definir, el tratamiento que dio la Asamblea Nacional al proyecto de Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19, basta con dar lectura de los considerandos de la misma, en los que por un lado recoge lo dispuesto en el artículo 140 de la Constitución de la República, esto es "*...la facultad del Presidente de la República de enviar a la Asamblea Nacional proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica...*"[3], y por otro, señala también la potestad de la Asamblea Nacional, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución de la República y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, para "*...expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio...*"[4]. Con esto, la Asamblea Nacional definió dos facultades (i) la potestad del Presidente de la República de enviar proyectos de urgencia y materia económica y, (ii) la

3 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 229, del 22 de junio de 2020.

4 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 229, del 22 de junio de 2020.

potestad de la Asamblea Nacional de interpretar las leyes para dar el tratamiento a dicho proyecto de ley. Sin embargo, la ejecución de ambas facultades dista mucho de la armonía, pues, el ordenamiento jurídico ecuatoriano establece dos procedimientos diferentes para su implementación.

En el caso que nos ocupa, el proceso de aprobación de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19, fue enviada con carácter de urgente en materia económica, esto quiere decir que, a ojos del Presidente de la República, la misma se refería a aspectos sustantivos de la política económica y que, buscaba garantizar sea el equilibrio de las finanzas públicas o para, y como fue en éste caso, enfrentar una situación económica adversa[5], de acuerdo a lo que establece el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. El hecho de que dicha ley haya sido calificada con carácter de económico urgente, significó que recibió un proceso expedito y simplificado de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Función Legislativa para proyectos de urgencia en materia económica[6]. Ahora bien, como se dijo anteriormente el hecho de enunciar las facultades constitucionales del Presidente de la República y de la Asamblea Nacional, no valida o garantiza que se actuó dentro del marco constitucional, pues, la Ley Orgánica de la Función Legislativa, contempla un procedimiento distinto para tratar y aprobar un proyecto de ley interpretativa[7].

El hecho que la Asamblea haya incluido una disposición interpretativa dentro de un proyecto de ley, significa que inobservaron el proceso de aprobación de una norma interpretativa con base a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, y de manera errónea la trataron con el proceso de aprobación que dicha ley dispone para los proyectos de ley urgente en materia económica. Esto significa que, la forma en la que se aprobó la disposición interpretativa al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo dentro de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19 posee un vicio

5 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 642, 27 de julio 2009.

6 Revisar artículos 59 y 62 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 642, 27 de julio 2009.

7 Revisar artículos 69 y 72 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. Publicada en el Suplemento del Registro

de forma, esto es, que posee un defecto de tramitación o procedimiento que anula el acto que resulto del mismo.

Con lo expuesto, la Asamblea Nacional erró al tratar la disposición interpretativa dentro de un proyecto de ley calificado como urgente en materia económica, violentando el derecho de seguridad jurídica que de acuerdo al artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador[8], que exige el respeto a la Constitución y las normas jurídicas previas, lo que concluye a todas luces en la inconstitucionalidad por la forma de la disposición interpretativa al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, al no haber seguido el procedimiento específico para la misma estipulado en la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

2.2 Constitucionalidad por el fondo de la disposición interpretativa única dentro de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19

En el caso de constitucionalidad por el fondo, es necesario fijar nuestra atención en el contenido de la norma y si el mismo, se opone o no la Constitución de la República del Ecuador. Con ese objetivo es necesario analizar la interpretación que realizó la Asamblea Nacional al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo dentro de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19[9], la misma que establece:

> "En estos casos, la imposibilidad de realizar el trabajo por caso fortuito o fuerza mayor estará ligada al cese total y definitivo de la actividad económica del empleador, sea persona natural o jurídica. Esto quiere decir, que habrá imposibilidad cuando el trabajo no se pueda llevar a cabo tanto por los medios físicos habituales como por medios alternativos que permitan su ejecución, ni aún por medios telemáticos."

8 Publicada en el Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

9 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 229, del 22 de junio de 2020.

El numeral interpretado dispone:

> "Art. 169.-Causas para la terminación del contrato individual. - El contrato individual de trabajo termina:
>
> 6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar"

Es necesario analizar el texto del numeral interpretado y definir si requería o no de una interpretación, por parte de la Asamblea Nacional, para poder ser aplicado; por lo que se debe primero parametrizar lo que se entiende por interpretación de las normas jurídicas. Ésta puede definirse como como la aplicación de métodos interpretativos con el propósito de entender el pensamiento de otros, y con esto el sentido y alcance de las normas comprendiendo lo que se busca disponer a través de ellas, y así, definir si la norma interpretada debe ser aplicada de manera extensiva o restrictiva (Salgado, 1996, p. 193). Bajo esta premisa, corresponde analizar los elementos que conforman el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo con el objetivo de entender su alcance y, posteriormente analizar de igual manera los elementos de la interpretación y si los mismos (i) eran necesarios, (ii) se adaptan a la realidad y (iii) cumplen con un propósito interpretativo.

Los aspectos que deben analizarse respecto al texto del numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo es, que se entiende por caso fortuito o fuerza mayor, que de acuerdo al a lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil[10], es "*...el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*", definición que no dista de lo que doctrinariamente se entiende por el término, que en cortas palabras se entiende como cualquier acontecimiento que no ha sido posible prevenir o que previsto no se pudo evitar. Salta a la vista que el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo contiene de manera clara todos los aspectos

10 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial 46, 24 de junio de 2005.

que la ley y la doctrina contemplan respecto a la fuerza mayor o caso fortuito, entonces ¿qué fue lo que los asambleístas pretendieron interpretar?

Ésta pregunta es difícil de responder, pues, si se lee a reglón seguido lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo y la disposición interpretativa única de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19, en realidad no se evidencia que ésta última interprete la norma del Código del Trabajo, sino más bien, a simple vista reluce que es una incorporación o una modificación a la norma, es decir, no la interpreta, sino que la reforma.

Si analizamos la interpretación incorporada en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19, el texto de la misma no define cuales son los términos que deben interpretarse de una u otra forma, sino que establece que para alegar la terminación del contrato de trabajo por imposibilidad de realizar el trabajo por caso fortuito o fuerza mayor, ésta deberá estar ligada al cese total y definitivo de la actividad económica del empleador. Por consiguiente, esto se puede entender más como una condición para poder terminar la relación laboral bajo esa causal a una interpretación; es más, posteriormente agrega que la imposibilidad de realizar el trabajo aplicará cuando el trabajo no se pueda llevar a cabo tanto por los medios físicos habituales o medios alternativos. Pero la norma interpretativa se asemeja más a otras causales del artículo 169 del Código del Trabajo, pues, el legislador al incorporar en su interpretación que es necesario el cese total y definitivo de la actividad económica del empleador, parece omitir que el numeral 4 del artículo 169 del Código del Trabajo contempla ya el caso de extinción de la persona jurídica o la muerte e incapacidad del empleador cuando se trate de una persona natural, asimismo, omiten que el Código del Trabajo contempla también, en el artículo 193 como proceder en caso de liquidación del negocio, con esto, no había razón para condicionar la fuerza mayor o caso fortuito a al cese de la actividad económica, pues, como se ha demostrado el Código del Trabajo ya contempla estos casos dentro de su normativa.

Por otro lado, analizando dicha interpretación desde el aspecto lógico apegado a la realidad social, habría que entender que un evento de fuerza mayor o caso fortuito puede afectar a toda una empresa y sus diferentes

líneas de negocio o solo a una de ellas. Por ejemplo, en abril de 2016 el terremoto en la provincia de Manabí – Ecuador afectó a empresas que tenían líneas de negocio en dicha provincia, pero su actividad se realizaba también en otras provincias; sin embargo, se vieron obligados a aplicar el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo con sus colaboradores ubicados en ese lugar en específico porque en ese sector era donde se configuró lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo. Ahora, de igual manera sucedió en el 2020 a raíz de la pandemia causada por el virus SARS-Co-V2, una empresa que se compone de diferentes áreas y líneas de negocio seguramente se vio afectada a todo nivel por dicha pandemia y la crisis que desencadeno, pero, algunas de ellas como las áreas administrativas por ejemplo podrían ejecutar sus actividades a través de teletrabajo, pero otras líneas de negocio como ensamblaje, logística o servicios no, pues, por la naturaleza de su actividad requieren acudir a su sitio de trabajo. De acuerdo a la interpretación realizada al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo para poder aplicar la misma, debería dicha paralización a las actividades ser permanente y provocar el cese total y definitivo de la actividad económica, a ojos de ésta interpretación es preferible el cese total y definitivo de toda la empresa y las fuentes de empleo, a la amputación de una única línea de negocio, lo cual dista mucho del objetivo de la Ley promulgada que era aliviar la situación del trabajador en general.

Asimismo, habría que entender por qué un evento de caso fortuito o fuerza mayor debería provocar de manera obligatoria el cese total y definitivo de la actividad económica, habrá casos en que desafortunadamente sucedió, pero en otros no, y aquellos casos no han sido contemplados dentro de esta interpretación. Tampoco se consideró casos específicos como contratistas privados a cargo de concesiones otorgadas por el Estado, quienes contractualmente están obligados con el Estado a cuidar del bien concesionado, y simplemente no pueden cesar su actividad económica hasta realizar la devolución del bien concesionado. En esos casos tampoco podrían invocar el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, pues, para de las diferentes instituciones estatales seguirían activos económicamente. Por lo expuesto, la interpretación al numeral 6 del artículo 169, no contempla que un evento de fuerza mayor o caso fortuito es temporal y no permanente, y que, además, puede como no

afectar a todas las líneas de negocio de un empleador o solo a ciertas líneas específicas dentro de su giro de negocio.

A la luz de los aspectos analizados, se puede contestar ya los tres puntos inicialmente planteados con relación a la pertinencia de la interpretación realizada al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, estos son, (i) era necesaria, (ii) se adapta a la realidad y (iii) cumple con un propósito interpretativo, así pues:

i. Era necesaria. – No, pues, como se evidenció previamente, el texto del numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo es claro en su disposición y abarca ampliamente el concepto de fuerza mayor y caso fortuito, lo ejemplifica y establece su procedencia.

ii. Se adapta a la realidad. – No, ya que, la interpretación no contempla diferentes casos que pueden generarse en el ámbito de la relación laboral, asimismo, se basa en suponer que un evento de fuerza mayor afecta de manera permanente a un negocio y obliga a cesar de manera definitiva una actividad económica, obviando incluso que los casos de cese de la actividad económica, liquidación de negocio o muerte del empleador se encuentran ya contemplados en el Código del Trabajo.

iii. Cumple con un propósito interpretativo. – No, pues, al leerlas a reglón seguido, lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo y la interpretación al mismo, no se identifica que ésta última haya interpretado algún término oscuro dentro de la norma o esclarecido el significado del texto, al contrario, lo que se evidencia es que, se agregó una condición para poder aplicar lo dispuesto en dicho numeral, lo que constituye una modificación a la norma, es decir, una reforma, pero de ninguna manera una interpretación.

Con base a lo analizado, desde el aspecto del fondo de la norma, la interpretación al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo dentro de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19, es inconstitucional, pues, no es una interpretación sino una reforma, lo que implica nuevamente una violación

al derecho a la seguridad jurídica de acuerdo a lo que manda el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, pues, al ingresar como una norma interpretativa se entiende automáticamente incorporada al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo y sus efectos son inmediatos, a diferencia de si se hubiese incorporado como una reforma que es lo que realmente se ejecutó.

2.3 Sentencia No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21 – Criterio de la Corte Constitucional del Ecuador

Ante el sin número de procesos judiciales iniciados por la terminación de la relación laboral bajo el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, de manera previa a la promulgación Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19; y los demás que posterior a ella se iniciaron al tener una certeza de resultado favorable. El sistema judicial se vio inundado de peticiones de consulta a la Corte Constitucional respecto a la constitucionalidad de la disposición interpretativa que contenía dicha Ley, además que, por la forma en la que se promulgó fueron varios los jueces de primera instancia que, sea de oficio o a petición de parte, en aplicación del artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicitaron a la Corte Constitucional el ejercicio del control concreto constitucionalidad sobre la disposición interpretativa única de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria derivada del COVID-19.

Como la Corte Constitucional lo ha especificado en la sentencia No. 001-13-SCN-CC, la finalidad del control concreto de constitucionalidad es garantizar la aplicación constitucional de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. Respecto a la disposición interpretativa única al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, la Corte Constitucional emitió su criterio y control concreto de constitucionalidad sobre dicha norma a través de la sentencia No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21 el 01 de diciembre de 2021, como respuesta a más de una decena de consultas realizadas por jueces de primera instancia.

Así pues, la Corte Constitucional inicia su control concreto de constitucionalidad partiendo de lo que se entiende por normas interpretativas, si bien reconoce la potestad constitucional de la Asamblea Nacional de realizar dichas interpretaciones, establece también que la interpretación debe únicamente declarar el sentido de aplicación de una Ley, y no modificarla, pues, la premisa es que la interpretación guarda unidad material de objeto e identidad. Para ahondar en su criterio, la Corte Constitucional cita la sentencia No. 009-13-SIN-CC, a través de la cual recogió el criterio de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia No.245/02 que establece que una ley interpretativa debe reunir los siguientes tres requisitos".

"...i) Debe referirse expresamente a una norma legal anterior; ii) Debe fijar el sentido de dicha norma anterior enunciando unos de los múltiples significados plausibles de la norma interpretada, y iii) No debe agregarle a la norma interpretada un contenido que no estuviera comprendido dentro de su ámbito material."[11]

Bajo las premisas citadas, la Corte Constitucional analiza la norma interpretada versus la disposición interpretativa, concluyendo que los términos no definidos en la norma interpretada son "caso fortuito", "fuerza mayor", "irresistible" e "imprevisible", y que correspondía en cualquier caso a la Asamblea Nacional dar una definición o interpretación a esos términos. Sin embargo, colige también que la Asamblea Nacional lejos de interpretar la norma, con la inclusión de "*...estará ligada al cese total y definitivo de la actividad económica del empleador, sea persona natural o jurídica*"[12], condicionó a que el caso fortuito o fuerza mayor además de ser irresistible e imprevisible, dependa del cese total y definitivo de la actividad económica.

Una vez que la Corte Constitucional determinó que la Asamblea Nacional en lugar de interpretar la norma, lo que hizo fue incorporar dos nuevos elementos a dicha norma bajo una supuesta interpretación. Determinó que no por denominar a una norma como "interpretativa" se está realizando una interpretación, es decir, que una ley no es interpretativa por su denominación, sino por su contenido.

11 Sentencia No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21, Corte Constitucional del Ecuador.

12 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 229, del 22 de junio de 2020.

Definido que la disposición interpretativa al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, no lo interpreta, sino que la modifica y condiciona su ejecución a nuevos elementos; requiriendo ahora para poder invocar la causal de terminación de la relación laboral establecida en el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo verificar la concurrencia de cuatro elementos, que el evento sea: i. Imprevisible, ii. Irresistible, iii. Cese total y, iv. Cese definitivo. Verificando de esta manera que la disposición interpretativa al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, no interpreta, sino que, modifica y agrega requisitos para la aplicación de dicho numeral.

La Corte Constitucional analiza también los efectos de retroactivos que acarrea modificar la norma bajo una supuesta interpretación, y como su incorporación atenta contra la seguridad jurídica, es decir, contra la certeza y certidumbre de que, las relaciones jurídicas en el Ecuador se generan bajo un ordenamiento jurídico determinado y previsible. Al respecto, la Corte Constitucional concluye que la disposición interpretativa, al modificar la norma interpretada y entenderse que dichas modificaciones se encuentran incorporadas desde la vigencia de la norma interpretada, van en contra del elemento de previsibilidad propio del principio de seguridad jurídica, es decir, quienes aplicaron el numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo para finalizar sus vínculos laborales, no pudieron prever que, se requería el cese total y definitivo de sus negocios para poder invocar dicha causal.

Por último, la Corte Constitucional advierte que su decisión dentro de la sentencia No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21 es aplicable para los procesos judiciales que han realizado una consulta a la Corte, y que, el control abstracto de constitucionalidad sobre la incompatibilidad de la disposición interpretativa única será analizado en un futuro dentro de la causa 40-20-IN y ACUMULADOS, que al momento se encuentra pendiente de emisión de sentencia por parte de la Corte Constitucional. Sin embargo, con el objetivo de evitar su aplicación en casos similares que no hayan subido a consulta o que se llegaren a presentar; la Corte Constitucional dispone en la sentencia No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21, que en estos casos no se deberá aplicar tal disposición interpretativa; siempre y cuando la terminación de la relación laboral que deriven en

procesos judiciales se haya generado antes del 22 de junio de 2020, fecha en la que se publicó la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario.

III. Conclusiones

La disposición interpretativa al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo incorporada dentro de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19, fue tratada con el procedimiento aplicable a los proyectos de ley catalogados como urgente en materia económica de acuerdo a la Ley Orgánica de la Función Legislativa, cuando lo correspondiente era aplicar el procedimiento establecido dentro de la misma ley para los proyectos de leyes interpretativas.

Por la forma en la que se formó y promulgó la disposición interpretativa al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo incorporada dentro de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19, se identifica un vicio de forma que la convierte en inconstitucional, al no haberse originado siguiendo el proceso legal correspondiente.

La interpretación realizada al numeral 6 del artículo 169 del Código del Trabajo, no presenta el esclarecimiento a una obscuridad en el significado del texto revisado, sino que, al leerlo en conjunto se evidencia que consiste en una modificación a la norma, y por lo tanto una reforma, lo que representa un vicio de fondo de la disposición interpretativa que se contiene en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19.

Denominar a una norma como “interpretativa” no la convierte en tal, es necesario verificar que la misma en realidad se limite a interpretar o aclarar el texto de la norma original, y que, por lo demás guarde unidad material de objeto e identidad. Pues, como lo establece la Corte Constitucional una norma es interpretativa no por su denominación, sino por su contenido.

Al incorporar nuevos elementos (cese definitivo y total del negocio) para poder invocar la causal de fuerza mayor contenida en el numeral 6

del artículo 169 del Código del Trabajo, la disposición interpretativa contenida en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19 atenta contra el principio de seguridad jurídica, consagrado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Lo cual genera inestabilidad jurídica, pues, incluye elementos que no pudieron ser previstos por el empleador a la hora de finalizar la relación laboral con sus trabajadores.

La Corte Constitucional fue prudente al determinar que, pese a que la sentencia No. 23-20-CN y ACUMULADOS/21 es aplicable a los procesos judiciales que solicitaron el pronunciamiento de la Corte Constitucional, su decisión debe tenerse en cuenta también en los procesos judiciales que sin haber solicitado el pronunciamiento de la Corte Constitucional tengan a su cargo pronunciarse en casos similares; en los que se haya invocado la causal de fuerza mayor para finalizar la relación laboral, siempre que estos casos se hayan suscitado antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria derivada del COVID-19. La decisión de la Corte supone un acto coherente, pues, impide que se siga utilizando la norma interpretativa en procesos judiciales, mientras la Corte Constitucional realiza el control abstracto sobre dicha norma.

La promulgación de una norma interpretativa que evidentemente posee vicios formales y de fondo, no solo violó el derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, sino que su efecto fue transversal afectando el derecho al trabajo de ambas partes, pues, no brinda un escenario seguro y certero para generar relaciones jurídicas.

Referencias bibliográficas

Cabanellas de Torres, Guillermo (2003), Diccionario Jurídico Elemental, 16va edición, Buenos Aires – Argentina: Editorial Heliasta.

Oyarte Martínez, Rafael (2007), Curso de Derecho Constitucional Tomo II: La Función Legislativa, Quito – Ecuador: Andrade y Asociados Fondo Editorial.

Salgado Pesantes, Hernán (1996), Lecciones de Derecho Constitucional, Quito – Ecuador: Ediciones Legales S.A./IMPRESORESMYL.

Salgado Pesantes, Hernán (2014), Introducción al Derecho, Quito – Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Vigo, Rodolfo (2015), Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional, Santa Fe – Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores

Jurisprudencia constitucional

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 23-20-CN y ACUMULADOS, 01 de diciembre de 2021.

ECIJA GPA

+900 profesionales

183 socios

57 oficinas

18 países

ECUADOR

Quito

Av. 12 de octubre, N26-97 y Lincoln
Edificio Torre 1492, 170516, piso 10, oficina 1005
Telf.: +(593-2) 2986528/29/30/31
Info.ecuador@ecija.com

Cuenca

Av. Roberto Crespo y Alfonso Uriguen
Telf.: +(593-7) 2817664

Guayaquil

Av. Numa Pompillo Llona s/n
Puerto Santa Ana
Edificio The Point, Piso 8, oficina 806
Telf.: +59343883007

Manta

Calle M3 y Avenida 24
Edificio Fortaleza, piso 8
Telf.: +(593-5) 5003008

www.ecija.com

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

The Russia-Ukraine conflict: analysis of the international responsibility of the States, the principles of non-intervention, and prohibited use of force under the International Court of Justice jurisprudence

El conflicto entre Rusia y Ucrania: análisis de la responsabilidad internacional de los Estados, los principios de no intervención y uso prohibido de la fuerza bajo la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

Ricardo Angulo Medina[*]
Investigador jurídico independiente
Isabella Hidalgo Saavedra[**]
Investigador jurídico independiente
Santiago Suárez Ortiz[***]
Investigador jurídico independiente

Información del artículo
Original – Ruptura, 2022
Artículo recibido / Received: 13 de octubre de 2022
Artículo aceptado / Accepted: 4 de enero de 2023

* Fifth-year law school student of the Pontifical Xavierian University of Cali - Colombia, with emphasis on public law and alternative dispute resolution, and member of the research line on international law. Email: ricardoa12@javerianacali.edu.co

** Fifth-year law school student of the Pontifical Xavierian University of Cali - Colombia, with emphasis on public law and alternative dispute resolution, and member of the research line on international law. Email: isabellahenriquezt@javerianacali.edu.co

** Fifth-year law student of the Pontifical Xavierian University Cali-Colombia, with an emphasis on public law and alternative dispute resolution. He was recognized by the Ministry of National Education of Colombia with the Andrés Bello distinction in 2018. He has been part of the procedural law research hotbed at Xaverian University and is currently a member of the research line on international law. Email: santysuarez@javerianacali.edu.co

Citación
Medina, R; Hidalgo, I y Suárez, S. (2022). *The Russia-Ukraine conflict: analysis of the international responsibility of the States, the principles of non-intervention, and prohibited use of force under the International Court of Justice jurisprudence.* Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2022, p. (89-116)

DOI: 10.26807/rr.v4i4.111

Abstract: *The International Court of Justice, to ensure friendly relationships between the international community, has recognized the importance of the principles of non-intervention and prohibited the use of force as a limit and guarantee of the sovereignty of nations. Nevertheless, during 2022 actions have been presented in the context of the Russia-Ukraine conflict that can be considered illegal inferences that involve the use of force. The present article aims to analyze the events of this conflict and contrast them with the international principles of non-intervention and prohibited use of force based on the ICJ jurisprudence and doctrinal approaches. In conclusion, the transgression of the analyzed principles by Russia against Ukraine led to the existence of international liability and the duty to repair and indemnify.*

Keywords: *International Responsibility, Non-intervention, Prohibited Use of Force, Russia-Ukraine Conflict, International Court of Justice, Reparations.*

Resumen: La Corte Internacional de Justicia, con el objetivo de asegurar relaciones amistosas entre la comunidad internacional, ha reconocido la importancia de los principios de no intervención y del uso prohibido de la fuerza como un límite y garantía de la soberanía de las naciones. No obstante, durante 2022 se presentaron acciones en el contexto del conflicto entre Rusia y Ucrania que pueden ser consideradas como interferencias ilegales que envuelven el uso de la fuerza. El presente artículo pretende analizar los eventos ocurridos durante el conflicto en cuestión y contrastarlos con los principios internacionales de no intervención y uso ilegítimo de la fuerza, basados en la jurisprudencia de la CIJ y planteamientos doctrinales. Como consecuencia, fue posible concluir la transgresión de los principios analizados por parte de Rusia contra Ucrania, lo cual conlleva a la existencia de responsabilidad internacional y el deber de reparar e indemnizar.

Palabras clave: Responsabilidad Internacional, No intervención, Uso prohibido de la fuerza, conflicto entre Rusia y Ucrania, Corte Internacional de Justicia, Reparaciones.

Introduction

Jean Bodin (1576) states, "sovereignty is the absolute and perpetual power of a Republic" (p. 24). This statement encompasses a fundamental value of international law; it implies the recognition of States as entities whose autonomy and all subjects of international law must respect independence.

Sovereignty is widely protected by International Courts, mainly in the judgments of the International Court of Justice (henceforth, ICJ) that resolve disputes peacefully about nations' sovereignty.[1] In this way, the ICJ guarantees one of the State's elements according to the Weiverian theory, which allows its existence in the international framework (Maftei, 2015).

The analysis of the guarantees of sovereignty is of great relevance, mainly on the principles of non-intervention and the prohibited use of force, which the jurisprudence has known of the ICJ as relevant aspects of international law. According to Kolb (2013), this Court is the oldest and one of the most relevant Courts in the United Nations system, created to resolve conflicts in a jurisdictional way between the members of this organization.

In the present days, the most recent actions presented in the Russia-Ukraine conflict have questioned the application of the principles of non-intervention and prohibited use of force by possible use of illegitimate force applied by the Russian Federation and the violent military interventions justified in legitimate self-defense. This topic is relevant due to its impact on international harmony and the destabilization of the

1 For example, see the case "Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)" developed by the International Court of Justice.

global justice system. It reopens a discussion left aside by the modern modality of war.

According to that, this paper addresses the following question: Do the actions of Russia against Ukraine deployed in 2022 constitute the international responsibility of the States for violating the international principles of Non-Intervention and Prohibited Use of Force in light of the ICJ jurisprudence?

For this purpose, this document has three sections; the first one is going to develop the concept of the responsibility of States; the second one is going to study the principles of non-intervention and the prohibited use of force; and finally, the analysis of the possible violation of the principles caused by the action taken by Russia. These topics will be studied based on the jurisprudence of the ICJ.

I. The concept of international responsibility of States in light of the jurisprudence of the International Court of Justice

Doctrine, Courts, and other international subjects and institutions have reinforced and developed the concept of international responsibility of States in a specialized manner. Given the importance of this concept, it is necessary to analyze its development and the scope of its application through the International Court of Justice.

The ICJ alludes to the international responsibility of the State when it transgresses an international obligation, regardless of its customary origin; this notion is visible in one of the judgments made by the International Court of Justice (ICJ, 2010) regarding the pulp mills on the Uruguay River, which states that:

A party to the 1975 Statute will incur responsibility if it exhibits that it did not act diligently and therefore did not take all appropriate measures to enforce the relevant regulations on the public and private operators under its jurisdiction. (p. 66)

Despite the generality of the fragment, this statement leads to the understanding that when a State faces its international responsibility, it has a clear obligation to make reparations for its non-compliance or violation.[2]

On the other hand, it is valuable to determine that the international responsibility of a State is not directed to a single determination. According to Aizenstatd (2012), it is crucial to distinguish the State's responsibility between acts or omissions and the responsibility for brutal actions that violate norms of international law that are considered Ius Cogens. These barbaric acts alter the harmony and security of humankind, such as torture, genocide, and racial discrimination.

For Aizenstatd (2012), the so-called acts or omissions that constitute illegal acts are subject to the objective international responsibility of States, while in the case of severe wrongful acts attributable to States, international responsibility is aggravated and should be externalized with dissuasive penalties; likewise, the international responsibility in these scenarios may lead to the obligation to do internal legislative variations or even to alter absolutely its fundamental norm.

The ICJ (2007), in its judgment of February 26 referring to international responsibility for genocide, states with particular emphasis that the responsibility of a State or a member is a direct consequence of its actions. For this Court, "the conduct of any organ of a State is considered an act of the State in international law and thus gives rise to State responsibility if it constitutes a breach of an international obligation of the State". (p. 9)

Furthermore, the ICJ (2007), in the referenced judgment, defines the principle of the unity of the State, which implies that the acts or omissions of all the organs of a State must be observed for international responsibility purposes; furthermore, it is not possible to assure that there are organs of the State that are singularly denominated to carry out illegal acts, and therefore, any subject or organ belonging to the State may be the cause of that prohibited act or event.

2 As Daillier and Pellet (1999) suggest, "The action for breach of a rule of international law remains purely theoretical if the internationally wrongful act has not caused any injury." (p. 765)

Finally, the United Nations (2002), through resolution 56/83, disposes of State responsibility for advanced illegal acts, which lists various articles attributable to responsibility. However, article 4 of Conduct of Organs of a State tells that the behavior of any member of a State is considered an act of the State. Also, article 5 signals that it is also an act of the State when it gives a unique power to exercise elements of governmental authority. Those mentioned above are the central pillars for resolving an act or conflict on the part of a State.

To sum up, every State must repair the consequences of its actions or omissions, which is the meaning of international responsibility. This obligation arises when an imperative global law or obligation is violated. Overall, analyzing some principles whose violation could generate international responsibility is necessary. These principles are the non-intervention and prohibited use of force.

II. International Principles of Non-Intervention and Prohibited Use of Force, in light of International Court of Justice jurisprudence

The principles of non-intervention and prohibited use of force are elemental for studying the Ukraine-Russia case, so analyzing their development through the International Court is pertinent.

The ICJ (1986) has defined the principle of non-intervention as the one that "involves the right of every sovereign State to conduct its affairs without outside interference" (p. 96). Despite the simplicity of the given definition, three essential elements emerge from it. Firstly, this principle emanates a right that is proper to the States and enforceable towards others. Secondly, non-intervention has its bases on the sovereignty of the State, recognized by the ICJ (2019) as an essential foundation of international relations, which has the character of "general principles derived from existing rules of international law" (p. 7). Lastly, it proposes a prohibition of interference directed at other States, which must be complied with under penalty of sanctions imposed by the ICJ.

Referring to doctrinal approaches is essential to have a more expansive vision of the principle of non-intervention; like Hall (1890), there is intervention when a State interferes in the relationship of other States or when the interference lies in the domestic affairs of a single one. Still, this intervention does not have the consent of the State and has the purpose of maintaining or altering the political, economic, or social condition of a State.

In this way, according to the author, it is possible to identify two scenarios in which intervention is evident, the first in the context of a conflict between two States in which a third party carries out actions to favor or harm one of the parties and the second when a State intervenes in another for a specific purpose without consent.

The International Court of Justice has identified that the principle of non-intervention, beyond the regulation by international norms, is widely recognized by the subjects of international law since they consider its application mandatory and coercive. In the words of the ICJ (1986), this principle is a result of the principle of the sovereign equality of States, and it is backed by an established and substantial practice applied by the majority of the States.

From the previous, the principle of non-intervention is related to the equal sovereignty of the States since this requirement prevents abuses from being presented by the dominant position, whether military, economic, or market, of some States towards others. In this regard, the ICJ (1949) has stated that the intervention as a manifestation of a policy of force has given rise to severe abuses that cannot have a place in modern international law.

In this way, ensuring the prevalence of the principle of non-intervention must be a priority in international justice, which allows for achieving the objective of contributing to an environment of peace and security projected since the creation of international law. (Marks et al., 2013)

On the other hand, for the International Court of Justice (2005), the principle of non-intervention is directly related to the illegitimate use of

force. The acts that breach the principle of non-intervention and involve the use of force also constitute a breach of the prohibited use of force.

It must be understood that for there to be a violation of the principle of non-intervention and illegitimate use of force, there must be aggression that threatens the sovereignty of the State. Oppenheim (1912) mentions the requirement of arbitrary interference.[3] That does not necessarily involve using weapons. In the author's words:

It must be emphasized that proper intervention is always dictatorial interference, not pure and simple. Therefore, an intervention must neither be confounded with good offices, mediation, intercession, or cooperation because none imply arbitrary interference. (p. 189)

By what Oppenheim proposed, it must be in which cases there is, or there is no intervention. In the first case, whether it takes place by right or without a request must be distinguished. As stated, there is an intervention only if there is arbitrary interference because if it is friendly, it does not violate the principle of non-intervention.

On the other hand, it must be differentiated if the intervention is done by right or without right. Oppenheim (1912) said intervention is made by right when there is a legal restriction of the supremacy of the State Concerned, so in this case, there is no violation of the principle of non-intervention.

The International Court of Justice (1986) has defined that there are interventions without rights when it uses coercion methods that limit the freedom of free choices and independence of States. According to the Court, coercion is the essence of prohibited intervention. It is evident in cases where a State makes illegal use of force, whether presented directly or indirectly, for example, supporting terrorist activities. There is a violation of the principle of non-intervention and the illegitimate

3 To understand Oppenheim's concept of "dictatorial intervention," it is necessary to analyze the definition of dictatorship. Outhwaite (2008), delimits the common understanding of the term dictatorship, as a highly oppressive and arbitrary system established by force or intimidation. Therefore, dictatorial intervention is understood as interference carried out arbitrarily and oppressively, which uses force to generate intimidation.

use of force when there is an arbitrary and dictatorial interference that threatens the sovereignty of a State using force and methods of coercion.

The ICJ (1999) has emphasized that despite a dispute over the legality of an action, the solution should always be framed by peaceful means, for which the parties must refrain from aggravating or extending the disagreement.[4]. So, the jurisdiction of the Court is a valuable way to resolve disputes about the transgression of international principles such as non-intervention and prohibited use of force.

However, some interventions are permissible or can be excused due to the justification proposed by the intervening State. Following the provisions of the International Court of Justice (1986), these justifications must be framed in international law. It is not an admissible statement of international policy, so a State cannot delegate topics like the country's domestic policies, the ideology, or the direction of its foreign policy. The only admissible arguments are those related to, for example, self-defense or the legitim use of force.

Accordingly to the ICJ, Hall (1890) points out some valid arguments that can excuse or become admissible an intervention, such as "the right of self-preservation[5], to a right of opposing wrong-doing, to the duty of fulfilling engagements and friendship for one or two parties in a State" (p. 183).

To summarize, the principle of non-intervention is fundamental when it connects the prohibited use of force and is developed without any in-

4 The ICJ's judge Vereshchetin (1999) has insisted that the Court must express its concern about a violation of international law principles, which leads to the inherently empowered, the very least, "immediately to call upon the Parties neither to aggravate nor to extend the conflict and to act following their obligations under the Charter of the United Nations." (p. 66)

5 The International Court of Justice has developed this right under self-defense, which the Charter of the United Nations recognizes as an inherent individual and collective right. For the ICJ (1996), this right can be used as a justification for intervention but understanding that:
The use of force that is proportionate under the law of self-defense must be lawful and meet the requirements of the law applicable in armed conflict, which comprises the principles and rules of humanitarian law. (p. 6)

ternational law argument. Then, it is essential to reflect on the principles applied in the case of the Russia-Ukraine conflict to determine a possible violation of international law.

III. Analysis of the conflict deployed in 2022 between Russia and Ukraine in light of the principles of Non-Intervention and Prohibited Use of Force

3.1 Factual description of the Russia-Ukraine conflict

The successive tension of the conflict and the international concern that currently exists between Ukraine and Russia requires a more exhaustive analysis of the behavior of the Russian Federation from the concepts issued by the International Court of Justice in repeated judgments and norms of public international law.

It is imperative to refer to the historical tension between the two States in the conflict. Puffer (2018) openly explains that the tension between these States dates back to the first decade of the twentieth century. Especially in 1991, when Ukraine was one of the three republics that consolidated the dissolution of the Soviet Union, along with Russia and Belarus.

The American news network CNN (2022) offered extensive coverage of the events in the conflict between Russia and Ukraine. According to the news chain, the first fissures in the relationship between Russia and Ukraine occurred in 2003. Under Vladimir Putin, Russia built a dam between the Ukrainian islet of Tuzla and the Kerch Strait. Since then, and for the last two decades, there has been what is known as "trench warfare," a term used to refer to static lines of forts dug by the combatants.

Euronews reported the first material actions in the current conflict framework in February 2022, when Russian President Vladimir Putin accused NATO and the United States of trying to turn Ukraine into a military outpost to threaten Russia. Subsequently, tensions escalated by signing

decrees when Putin recognized the Donetsk People's Republic and the Lugansk People's Republic, located in southeastern Ukraine.

Subsequently, the BBC (2022, February 24) detailed how Vladimir Putin launched a military operation after stating numerous times that Russia was not planning an invasion of Ukrainian territory. It thus began to register the arrival of tanks, shelling, and air strikes in major Ukrainian cities such as Kyiv, Kharkiv, and Lviv.

According to Anadolu Agency (2022), the President of Ukraine, Volodymyr Zelensky, made a military move to ensure the State's defense by actively preparing troops to fight for Kyiv while the Ukrainian resistance solidified. Zelensky demands that the European Union admit Ukraine to the group as urgent and install a no-fly zone over his country; Putin makes it known that from his point of view, any country implementing this measure will be considered a party to the conflict. As has been sued by Human Rights Watch (2022), a massive evacuation of refugees leaves Ukraine, the number estimated by the UN at 1,200,000 since February 24. Russia attacks a civilian evacuation point on the outskirts of Kyiv, killing eight people trying to escape from their homes.

Despite an agreed ceasefire to allow civilians to flee through humanitarian corridors, Russian forces shelled a maternity and children's hospital in Mariupol on March 9, 2022 (BBC, 2022). Zelensky calls this legitimate action proof of genocide and reiterates his request to declare a no-fly zone over his country.

In the days following those events, Russia attacked with missiles at a Ukrainian military base near Lviv, resulting in the death of 35 civilians and the murder of American journalist Brent Renaud at the hands of Russian forces. In contrast, attacks continue in Kyiv, Kharkiv, Mykolaiv, Chernihiv, and Sumy, showing various damages in the residential areas of the cities. The shocking satellite images showing the widespread destruction in the Ukrainian country upset and worried the entire international community (Infobae, 2022).

Meanwhile, the European Union and the United States did not hesitate to announce several sanctions against Russia in the financial sector, visa

policies, and the energy sector, announced as a symbol of the international community's disapproval of the actions taken against Ukraine; and declared a joint working group to stop Europe's dependence on oil, gas, and other resources belonging to the Russians (El País, 2022).

Swissinfo (2022) remakes that the Russian invasion of Ukraine has brought all maritime trade in Ukrainian ports to a colossal halt, according to recently declassified US intelligence documents, cutting off a critical commodity for Ukraine and risking a global food crisis.

It is of great relevance to point out that one of the most significant limitations that the United Nations Security Council has had in fulfilling its function to maintain international peace and security and dictate whether there is a threat to the peace or an act of aggression is the veto of Russia of adopting a resolution. When the organization is resolving "procedural matters," there must be at least nine affirmative votes, including the concurring votes of the permanent members; only those five permanent members can exercise the right of veto, which can prevent the Council from adopting any draft resolutions on substantial affairs. As one of the five permanent members, Russia has prevented the security council from issuing a resolution on the Russia-Ukraine issue with its veto right. Therefore, Russia could veto a resolution condemning its offensive on the invasion of Ukraine (United Nations, 2022, February 25).

At the same time, the pro-Russian territories in Ukraine are holding referendums in which they will "decide'' whether they will join Russia, starting in Donetsk, Luhansk, Kherson, and Zaporizhia between September 23 and 27 of this year. Regardless of the outcome, the West did not recognize these votes and has been branded as a "farce" by Ukraine.

After over seven months since Russia's invasion of Ukraine, Moscow has not entirely defeated the Ukrainian resistance, mainly in Donetsk, where it has only taken control of 55% of the territory. The Russian army controls most of the Luhansk and Kherson republics and a little more than half of the region of Donetsk and Zaporiyia. After announcing the referendums, Putin decreed a military mobilization to recruit and incorporate 300,000 reservists into his campaign.

At the end of the voting day, Russian officials announced the victory of the referendums to annex the pro-Russian republics on Ukrainian territory promoted by the Kremlin. Moscow labeled these voting days as "a historical claim," while the West called it a "farce." However, the United Nations assured that it would not recognize such results.

Finally, it is essential to note that the Russian invasion of Ukraine has brought all maritime trade in Ukrainian ports to a colossal halt, according to recently declassified US intelligence documents, cutting off a critical commodity for Ukraine and risking a global food crisis. Accordingly, the conflict between Russia and Ukraine remains active. Despite all the efforts of the international community, achieving a final peaceful solution to the existing disputes has not been possible.

3.2 Analysis of the conflict in light of the principles of non-intervention and prohibited use of force.

The analysis of the conflict must observe that the international principles of equal sovereignty and the principle of non-intervention consigned in the United Nations Charter, according to Vargas (2003), these two are intimately connected. Therefore, when a State breaks the non-intervention principle, it no longer recognizes the sovereignty of the other State. In those terms, it could be established that Russia could not transgress one without breaking the other one as well since, according to the author, sovereign equality would be worthless if Russia could intervene in the affairs of Ukraine.

Applying the concepts developed by Oppenheim (1912), it is necessary to analyze whether the actions carried out in the context of the conflict constitute an interference that violates the international principle of non-intervention. In this regard, Russia's arbitrary and oppressive actions[6] Involve using force to intimidate Ukraine and the international community. Therefore, this intervention is not classified as pure and

6 Specifically, these arbitrary actions are evident in the attack on civil evacuation points in Kyiv that caused human losses on February 24, 2022, in missile launches against a Ukrainian military base near Lviv on March 13, 2022; in the bombing against a ma-

straightforward but as an arbitrary interference proposed by Oppenheim, assimilating to the forcible or coercive intervention developed by the international doctrine (Lieblich, 2011).

Russia's intervention must be analyzed according to the concept of legitimate intervention to classify whether the invasion of Russia was legitimate or not. Following classic international authors such as Hugo Grotius (1720) and Emer de Vattel (1756), an intervention is entirely legitimate if it is based on humanitarian conditions. An intervention would be legitimate to Russia if there were a responsibility to protect, but limited to the fulfillment of some demands, as (i) a reasonable cause, such as imminent damage; (ii) the right intentions (like avoiding or ending human suffering linked to violations to the human rights of the civilians), (iii) last resource and (iv) proportional means (ONU, 2009).

In the concerning case, it can be established that, firstly, there is not a reasonable cause for the lack of serious and irreparable damage; secondly, there are no right intentions because there was not an attempt to prevent or put an end to human suffering as a result of severe violations of the rights of Ukrainian citizens; thirdly, there are less coercive measures that can have an effect, like diplomacy; and finally, the means used are not proportionate to the magnitude of the provocations made by Ukraine.

According to the above, it can be affirmed that Russia's intervention in Ukraine could not be seen, by any understanding, as an exception to the non-intervention principle. In this case, Russia's illegitimate use of force is configured as seeking to force Ukraine's sovereignty.

While studying the actions developed by Russia during the last two decades, the concept of "hybrid warfare" can be applied, which involves military and non-military means to achieve political or economic objectives. These strategies aim to infuse instability and oppression in the Ukrainian government, so they make concessions. This intervention violates Ukraine's territorial integrity, using financial penalties, cyber-attac-

ternity and childhood hospital in Mariupol on March 9, 2022, and in all the military operations carried out by Russia against Ukraine.

ks, propaganda, intimidation, and military support from the pro-Russian separatist groups.

The intervention realized by Russia can also be classified mainly as material because, as Pastor (2006) revealed, most of the actions involve palpable aggressions as military attacks. However, it does not put aside immaterial interventions with actions that do not include a tangible use of force.

As well, from Gómez's postulates (2020), the interventions realized by Russia can also be considered illegal interventions because the established requirements by the international community were not fulfilled to carry out said actions due to the absence of circumstances that empower the State to violate the principle of non-intervention.

Summarizing, in the concerning conflict, there is an arbitrary and illegal interference of a mainly material nature developed by Russia against Ukraine, which cannot be considered legitimate as it does not comply with the essential requirements demanded by law. Therefore, it does not constitute an exception to the principle of non-intervention.

Regarding legitimate defense as the justification alleged by the parties of the conflict, it is necessary to study the report issued by the United Nations Security Council (1997) that defines the concept as a situation configuring the legitimate use of force in international law. It should be analyzed whether the requirements for exercising the right to practice legitimate defense are fulfilled. According to Regueiro (2012), there must be a previous armed attack, it must be provisional and subsidiary to the action of the Security Council, and it must comply with customer requirements of proportionality and necessity.

As regards Russia, the lack of the requirement of a previous armed attack by the counterpart is evident. Even though there was diplomatic tension with Ukraine, it did not constitute a measure that justified the armed attack perpetrated by the Federation. In this sense, legitimate defense is not a measure that can explain Russia's actions.

On the other hand, Ukraine did suffer a previous armed attack carried out by Russia that affected its sovereignty as a nation. Therefore, the actions developed sought to prevent and confront an imminent threat. However, the Security Council must be informed of the measures taken immediately to be considered a legitimate defense. In addition, it is not possible to affirm that the actions carried out by Ukraine are disproportionate since in no case, the measures taken were more burdensome than the attack received.

However, in the concerning case, Ukraine's actions demonstrate that the President was always open to pacific negotiation and that the Ukrainian military forces were always responding to the aggressions and never attacking by initiative. Therefore, the legitimate defense can only be claimed to justify the actions that Ukraine carried out in response to the attacks delivered by Russia. Still, it must comply with the Security Council's pertinent information and follow the principles of proportionality and necessity.

To analyze the competence of the ICJ in this case, it is necessary to be precise that Russia cannot claim sovereign immunity[7]. The Court (2012) has an unequivocal position recognizing it as one of the bases of its jurisdiction that no State is exempt except in the cases expressly provided in Article 36 of its Statute. Therefore, sovereign immunity is not a rule of international law but an exception to the jurisdiction of the Court. So then, when the ICJ sets up that sovereign immunity is not a rule of international law but an exception to the jurisdiction of the Court. Since there is no sovereign immunity in the case presented, it can be established that the Court has the authority to hear the case.

On the other hand, there must be an intervention from NATO to fulfill its duty to prevent and evaluate all international crimes to react to them subsequently, so then, NATO must be the one to assess the real intentions and actions committed by Russia and respond accordingly, taking into consideration that several public figures have cataloged those actions as genocide, crimes against humanity and even a Russian soldier who plead guilty of war crimes. Also, suppose these terms are used to describe the

7 Sovereign immunity has been defined as each State's right not to be subdued by the jurisdictional power of another State or an International Court (Casella, 2013).

situation. In that case, it is only logical to assume that the non-intervention and equal sovereignty have been broken by the State responsible.

For its implications for international peace and security, the international community reacted swiftly to this use of force and reflected it in implementing sanctions. However, the international community is against Russia's refusal to abide by international law, evidenced by not having accepted Security Council resolutions using its right to veto and not recognizing the legitimacy of Ukraine as a State.

Taking into account that there are a variety of special regimes in the international community and that each one has its organizations, which have intervened in a contiguous manner, such as the International Court of Justice, the European Court of Human Rights, and the International Criminal Court where the participation of different jurisdictions analyzing and applying different secondary norms in the same conflict. According to Luterstein (2022), it could set up an assumption of dual responsibilities, that is, the existence of an internationally wrongful act (attributable to a State) and an international crime (attributable to an individual) arising from the same events.

The International Court of Justice (2007) develop the same concept in the judgment relating to the case concerning the application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide where this Court is emphatic saying that the individual criminal responsibility shall not affect the obligation of States under international law. Therefore, it is relevant to differentiate between the liability of the State and the liability of individuals for their criminal conduct. In the Russia-Ukraine case, it should be made clear that there may be criminal responsibility of the person directing or ordering the use of force in crimes against humanity, which is a separate responsibility from that of the State for violating its obligations to the international community.

As a result of the previous analysis, it is clear to say that since Russia does not count with sovereign immunity, meaning that it is subject to international responsibility for the acts carried through all of 2022, therefore, the international organizations and Courts must fit the actions

deployed by Russia in the relevant regulations contemplated in international law. Considering this has to be NATO, the one to evaluate the real intentions and acts committed by Russia and react according to the severity of the activities. That does not exclude the duty of the respective authorities to attribute individual responsibility to those who direct or use force in humanitarian crimes.

3.3 Applicable Reparations and Indemnifications in a contemporary geopolitical environment

The international community is tied to protect the sovereignty of all States, in use of its collective security system, is bound to use political or economic sanctions against every State that is in serious breach of its international obligations, meaning the international community and its organizations are the ones who must reproach the acts committed by Russia to protect and restore the sovereignty of Ukraine.

These sanctions that seek to repair can be divided into three sections, firstly, conceiving Ukraine as a political organization. Secondly, taking the State as a human community, and finally, in favor of the affected citizens in the conflict. It allows for an integral reparation that has a fundament in the ICJ (1928) jurisprudence, where it recognizes the necessity to mend up all of the consequences of the illegal act. It is essential to recognize the precedent of the judgment of July of 1927 concerning the dispute about the Factory at Chorzow, which realized that the duty to repair must leave all things as they were before the conflict, so all the consequences of illegal acts must be eliminated, and the situation must be restored.

Initially, Russia must repair the State of Ukraine as a political organization since it was affected in its principal elements, mainly in its sovereignty, legitimacy, and international reputation in the international community.

In this matter, no material action can return the political situation of Ukraine to how it was before the war. Still, Russia must take measures in favor of the good name of the affected nation. These actions are focused on four aspects: (i) a public and complete statement in which it retracts the

accusations that have affected Ukraine's international reputation; (ii) a public and truthful pronouncement where Russia Recognizes the war facts, the breach of international liabilities that lead to International responsibility, the promise of non-repetition[8], and a concert pact of peace; (iii) an institutional effort to maintain commercial relationships that strengthen the economy of both nations[9]; (iv) and to incentivize the dialogue to conciliate an agreement about the territorial limits of the countries.

It is necessary to consider Ukraine as a human community whose collective rights have been violated and who have suffered damages that affect a specific individual and a group of human beings. In this point, Russia must take actions like (i) finance and execute the repairs to the infrastructure affected by the bombardment carried out, so it can restore the integrity of the public space; (ii) create a collective war memory based on the testimonies of the victims and their families that allows obtaining the truth for the victims.[10] Moreover, it can be taken as a precedent to ensure non-repetition.

8 It is necessary to emphasize the importance of the promise of non-repetition, which according to Amezcua (2011), is, without doubt, the most far-reaching form of reparation. This promise is not specified only in verbal expressions, so Schonsteiner (2011) says that the guarantees of non-repetition usually are materialized by legislative measures that "identify and attempt to remedy a structural wrong" (p. 149). International Courts recognize the importance of this measure as the Inter-American Court has ordered many States to amend, annul or adopt new domestic law in around 37 cases (Galvan, 2009).

9 In this regard, strengthening trade relations between two countries generates nations' political and social development (Beltran, 2017). In this way, the maintenance of a commercial relationship can be considered a reparation measure since it benefits the State as a political institution and the citizens due to the market benefits they generate.

10 International law recognizes the truth as a right, which aims to restore peace, facilitate reconciliation processes, record historical facts, and rebuild the identity of nations by promoting dialogue on common history (Naqvi, 2006). This right is mainly relevant when it comes to repairing the community, and according to the report given by Joinet to the UN (1997):

Every person has the inalienable right to know the truth about past events and the circumstances and reasons which led, through systematic, gross human rights violations, to the perpetration of heinous crimes. (...) A people's knowledge of the history of its oppression is part of its heritage and, as such, must be preserved by appropriate measures. (p.13)

Additionally, it is required to make up for the individuals affected by the illegal conduct in its inheritance, integrity, or physical condition. In this part, it is necessary to understand that the damage is individual, so general reparation cannot be estimated for all the affected people. So, it is pertinent to create a temporary jurisdictional institute,[11] with the principal function of analyzing the concrete cases and determining the compensation for every affected considering the loss of profit and consequential loss.

Finally, it is vital that once the conflict comes to an end, Russia allows the intervention of the United Nations Security Council in such a way that it is allowed to enter the European Union, according to what Ukraine considers pertinent under its sovereignty.

IV. Conclusions

According to the analysis, the actions or omissions that constitute unlawful acts carried out by the States, organs, and institutions belonging to them, will be legitimately subject to international responsibility and, therefore, will be seriously imputed and committed to compensating the subsequent effects of their normative transgression by dissuasive sanctions.

In the frame of international responsibility, the ICJ has recognized the principle of non-intervention as a guarantee for every State to conduct its affairs without outside interference. This concept is related to the prohibited use of force, whether military or not. It also prevents any State from interfering with the sovereignty of another when it does not

11 It is essential to point out that the competence to carry out these trials could rest on the European Court of Human Rights exercising their duty concerning the equitable satisfaction immersed in article 41 of the European Convention of Human Rights. Under this, this Court has so far recognized pecuniary compensation for material damages, moral damages, as well as the payment of the costs of the process and the expenses of lawyers to the people affected by the breach of international obligations (Cruz, 2010). However, as of September 16, 2022, the Russian Federation ceases to be a party to the European Convention on Human Rights after six months of its exclusion from the Council of Europe; therefore, only the events that occurred prior to their dismissal can be judged in this Court (Council of Europe, 2022).

have an international law justification related to self-preservation, the right of opposing wrong-doing, and the duty of fulfilling engagements.

So then, applying this to the concerning conflict, it can be observed that an arbitrary and illegal interference is carried out by Russia against Ukraine with mainly material nature, same that cannot be considered legitimate since it does not comply with the essential requirements demanded by law, therefore, does not constitute an exception to the principle of non-intervention. In addition, the legitimate defense can only be claimed to justify the actions that Ukraine carried out in response to the attacks delivered by Russia, which must comply with the duty of information to the Security Council. It must follow the principles of proportionality and necessity. So there, it cannot justify the actions taken by Russia since there is a lack of the requirement of suffering a previous armed attack and a lack of proportionality.

The international community is tied to protect the sovereignty of all States, in use of its collective security system, is bound to use political or economic sanctions against every State that is in serious breach of its international obligations, meaning the international community and its organizations are the ones who must reproach the acts committed by Russia to protect and restore the sovereignty of Ukraine. As previously established, the reparations in this conflict must be integral, so it must recognize the damage caused in all three of the exposed aspects, these being on political, community, and individual levels. As of great relevance, it is imminent to seek an agreement between the two States that allows the war to end and to return things to the way they were before the conflict.

References

Aizenstatd, N. A. (2012). La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *12,* 3-23. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29227.pdf

Amezcua, O. N. (2011). Reparation Principles under International Law and their Possible Application by the International Criminal Court: Some Reflections. *Reparations Unit, Briefing Paper.* https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r26681.pdf

Beltran, L. M. N. (2017) *Integración y acuerdos regionales mundiales: Una visión desde la economía y el derecho público internacional.* Escuela Superior de Administración Pública. https://www.esap.edu.co/portal/index.php/Descargas/787/publicaciones-2018/34155/integracion-y-acuerdos-regionales-mundiales.pdf

Bodin, J. (1576). *Six books of the commonwealth*. https://www.yorku.ca/comninel/courses/3020pdf/six_books.pdf

Calderón, J. F. (2013). *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano.* Instituto de investigaciones jurídicas. 147-219. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf

Casella, D. A. (2013), La inmunidad soberana y el embargo de un buque de guerra: el caso de A.R.A. *Revista Colombiana de Derecho Internacional.* 17-52. https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13631

Cruz, L. M. (2010) La reparación a las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional. LXII/1. 89-117. http://bibliotecaculturajuridica.com/biblioteca/arxius/PDF/REDI_VOL._LXII_1_2010/03_Cruz_digital.pdf*

Galvan, H. S. P. (2009). Legislative measures as guarantees of non-repetition: a reality in the Inter-American Court, and a possible solution for the European Court. *Revista IIDH*, *49*, 69-106. https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r24578.pdf

Grotius, H., Barbeyrac, J., & Gronovius, J. F. (1720). De iure belli ac pacis: libri tres, in quibus ius naturae et gentium, item iuris publici praecipua explicantur. Janssonio-Waesbergii. https://www.cervantesvirtual.com/obra/hugonis-grotii-de-iure-belli-ac-pacis-libri-tres-in-quibus-jus-naturae-et-gentium-item-juris-publici-praecipua-explicantur-847400/

Gómez, C. (2020). *El Principio De No Intervención Y Su Erosión En El Derecho Internacional Contemporáneo Ante Crímenes Internacionales.* [Trabajo de grado]. Universidad Pontificia Comillas. https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/38344/TFG%20-%20Gomez%20del%20Rio%20Negrin%2C%20Carmen.pdf?sequence=1

Hall, W. E. (1890). *A treatise on international law.* Editorial Oxford. https://ia800900.us.archive.org/1/items/atreatiseoninte01hallgoog/atreatiseoninte01hallgoog.pdf

Jaudenes, J. A. (1995). La Intervención En Las Relaciones Internacionales. Intervenciones Lícitas E Ilícitas. *Cuadernos de estrategia,* (79), 41-57. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2779855

Kolb, R. (2013). *The International Court of Justice.* Bloomsbury Publishing.

Lieblich, E. (2011). Intervention and consent: Consensual forcible interventions in internal armed conflicts as international agreements. *BU Int'l LJ*, pp. 29, 337.

Luterstein, N. M. (2022). La intervención de los tribunales internacionales en tiempo de conflicto armado: la doble dualidad de responsabilidad en los casos entre la Federación Rusa y Ucrania. *Pensar en derecho,* (20), 63-82. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/20/la-intervencion-de-los-tribunales-internacionales-en-tiempo-de-conflicto-armado.pdf

Naqvi, Y. (2006). El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción? *International Review of the Red Cross,* (862). https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc_862_naqvi.pdf

Nguyen, Dailler, Pellet. (1999). Droit International Public. *The British Yearbook of International Law.* 70(1).

Nieto, R. (2007). *Responsabilidad Interrnacional por Genocidio, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Srebrenica*. https://www.corteidh.or.cr/tablas/25368.pdf

Maftei, J. (2015). Sovereignty in International Law. Acta Universitatis Danubius, (11), 54-65.

Marks, S. P., Rudolf, B., Feyter, K. D., & Schirijver, N. (2013). The role of international law. OHCHR. The United Nations, *Realizing the Right to Development* (pp. 445-468). Office of the High Commissioner. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Development/RTDBook/PartIVChapter31.pdf

Oppenheim, L. (1912). *International Law a treatise - peace,* (1). https://www.gutenberg.org/files/41046/41046-h/41046-h.htm

Outhwaite, W. (2008). *The Blackwell dictionary of modern social thought*. Blackwell Publishing.

Puffer, S., & McCarthy, D. (2018). *History of the USSR and CIS*. D'Amore-McKim School of Business. https://www.researchgate.net/publication/330837890_History_of_the_USSR_and_CIS

Pastor, J. A. (2006). *Curso De Derecho Internacional Público Y Organizaciones Internacionales.* Tecnos.

United Nations. (1997). Security Council resolution 1101. https://digitallibrary.un.org/record/232519?ln=es#record-files-collapse-header

United Nations. (2009). *Resolution 63-308. The responsibility to protect*

Regueiro, R. D. (2012). *La legítima defensa en derecho internacional*. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado. https://iugm.es/wp-content/uploads/2016/07/la_legitima_defensa.pdf

Rodriguez, E. G. (2015). *Guerra justa y derechos humanos, una aproximación desde la filosofía jurídico-política.* [Trabajo de grado]. Universidad Carlos III de Madrid. https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=75893

Roncagliolo, I. (2015). The principle of non-intervention: enshrinement, evolution and problems in current International Law. *Ius Et Praxis*, (21). https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122015000100013&script=sci_abstract&tlng=en

Sarooshi, D. (1999). *The United Nations And The Development Of Collective Security. The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers.* Oxford.

Schonsteiner, J. (2011). Dissuasive Measures and the "Society as a Whole": A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights. *American University International Law Review, 23*, 127-164.

United Nations. (2008). I*nforme de la Corte Internacional de Justicia, 1° de agosto de 2007 a 31 de julio de 2008.*

United Nations. (1997). *The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees.* Revised final report prepared by Mr. Joinet under Sub-Commission decision 1996/119. http://hrlibrary.umn.edu/demo/RightsofDetainees_Joinet.pdf

Vattel, E. (1756). *Le Droit des Gens. Ou Principes de la Loi Naturelle, Appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains.* A. Londres. https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k865729/f5.item

Venzke, I., Von Bogdandy, A. (2012). On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority. *Leiden Journal of International Law, 26*(1), 49-72.

Vargas, E. (2003). El Principio De No Intervención in R. Méndez. (Ed.), *Derecho y seguridad internacional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* (pp. 135-178). UNAM Editorial. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXX_curso_derecho_internacional_2003_Edmundo_Vargas_Carreno.pdf

International Court of Justice

International Court of Justice. (1928). *Factory at Chorzów (Merits). Judgment, September 13, 1928. https://jusmundi.com/en/document/decision/en-factory-at-chorzow-merits-judgment-thursday-13th-september-1928*

International Court of Justice. (1949). *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania). https://www.icj-cij.org/en/case/1*

International Court of Justice. (1986, November 26). *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua (Nicaragua V. United States Of America).* https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19841126-JUD-01-00-EN.pdf

International Court of Justice. (1996). *Press release 1996/23: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons - (Request for Advisory Opinion by the General Assembly of the United Nations).* https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/10407.pdf

International Court of Justice. (1999). *Press Release 1999/23: Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain)*. https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/112/112-19990602-PRE-01-00-EN.pdf

International Court of Justice. (1999). *Dissenting opinion by Judge Vereshchetin - Order of June 2, 1999. The legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Portugal)*. https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/111/111-19990602-ORD-01-08-EN.pdf

International Court of Justice. (2005). *Case Concerning Armed Activities On The Territory Of The Congo*. https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf

International Court of Justice, (2007). *Case concerning the application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro)*. judgment. https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-19960711-JUD-01-00-EN.pdf

International Court of Justice. (2010). *Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina v. Uruguay)*.

International Court of Justice (2012). *Judgment of February 3, 2012: Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*. https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf

International Court of Justice. (2019). *Statement Of HE Mr. Abdulqawi Ahmed Yusuf, President Of The International Court Of Justice, Before The Sixth Committee Of The General Assembly.*

International Court of Justice. (2022). *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*. https://www.icj-cij.org/en/case/155

Journalism

Andolu Agency. (2022, Marzo 03) *Zelenski insiste en que se establezca una zona de exclusión aérea sobre Ucrania*. https://www.aa.com.tr/es/mundo/zelens-

ki-insiste-en-que-se-establezca-una-zona-de-exclusi%C3%B3n-a%C3%A-9rea-sobre-ucrania/2537459

BBC News Mundo. (2022, february 24). *Rusia invade Ucrania: cómo fue el inicio de la operación militar ordenada por Putin*. https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-60514738

BBC News Mundo. (2022, Marzo 9) *Rusia y Ucrania "Es un crimen de guerra": el bombardeo a una maternidad y hospital infantil en Mariupol atribuido a Rusia causa indignación internacional.* https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-60684842#:~:text=El%20bombardeo%20de%20una%20maternidad,%22un%20crimen%20de%20guerra%22.

BBC *News Mundo. (2022, septiembre 30) Cuáles son las 4 regiones ucranianas anexadas por Rusia y qué significa para la guerra https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-63094365*

CNN en español (2022, 23 de julio). *Así ha sido, día a día, la guerra en Ucrania: datos y cronología sobre la invasión rusa.* https://cnnespanol.cnn.com/2022/07/23/guerra-ucrania-cronologia-orix/

Council of Europe (2022, September 16) Rusia deja de ser parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos. https://n9.cl/z3uxq

El País. (2022, marzo 7) *Europa prepara nuevas sanciones contra Rusia y anuncia que blindará su sistema energético*. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/03/07/economia/1646663136_370042.html

Euronews. (2022, february 21). *Putin acusa a EEUU y OTAN de convertir a Ucrania en un escenario de guerra.* https://es.euronews.com/2022/02/21/ucrania-crisis-putin-discurso

Human Rights Watch. (2022, Marzo 10) *Ucrania: el ataque ruso mata a civiles que huían*. https://www.hrw.org/es/news/2022/03/10/ucrania-el-ataque-ruso-mata-civiles-que-huian

Infobae. (2022, Marzo 13) *El periodista estadounidense Brent Renaud fue asesinado por las fuerzas rusas en Ucrania* https://www.infobae.com/america/mundo/2022/03/13/el-periodista-estadounidense-brent-renaud-fue-asesinado-por-las-fuerzas-rusas-en-ucrania/

Swissinfo. (2022, Mayo 25) *Rusia bloquea comercio marítimo y ataca la cadena mundial de suministros* https://www.swissinfo.ch/spa/ucrania-guerra-alimentos_rusia-bloquea-comercio-mar%C3%ADtimo-y-ataca-la-cadena-mundial-de-suministros/47621860

United Nations News. (2022, febrero 25) *Rusia veta la resolución que condena su propia ofensiva sobre Ucrania y apoyada por la mayoría del Consejo de Seguridad Https://news.un.org/es/story/2022/02/1504652*

La desobediencia civil y el derecho penal: entre la resistencia y el uso legítimo de la fuerza en el contexto del paro de junio del 2022

Civil disobedience and criminal law: between resistance and the legitimate use of force in the context of the strike of June 2022

María Emilia Aliaga[*]
Investigadora Jurídica Independiente
Antonella Arrobo[**]
Investigadora Jurídica Independiente
María Paulina Araujo Granda[***]
Investigadora Jurídica Independiente

Información del articulo
Original – Ruptura, 2022
Articulo recibido / Received: 18 de septiembre de 2022
Articulo aceptado / Acepted: 23 de enero de 2023

* Estudiante de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Comisionada Adjunta del Directorio de la Asociación Escuela de Derecho 2021 de la Facultad de Jurisprudencia (PUCE). Correo Electrónico mealiaga@puce.edu.ec

** Estudiante de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Correo Electrónico aarrobo@puce.edu.ec

*** Doctora (PhD) en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho con mención en Estudios Judiciales por el Instituto de Altos Estudios Nacionales. Máster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada. Especialista Superior en Docencia Universitaria por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Especialista en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesora titular del área de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesora de la Escuela de Posgrados en Derecho de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo - UEES. Profesora invitada de los cursos intensivos para el doctorado de la Universidad de Buenos Aires y de la Maestría oficial en Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. Correo Electrónico paulina@araujoasociados.net

Citación
Aliaga, M; Arrobo, A; Araujo, M. (2022). *La desobediencia civil y el Derecho Penal: Entre la resistencia y el uso legítimo de la fuerza en el contexto del paro de junio del 2022*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p. (117-168)

DOI: 10.26807/rr.v4i4.108

Resumen: El presente artículo intentará delimitar de la mejor manera posible el sentido, contenido y alcance del derecho a la resistencia o desobediencia civil, para lo cual, se hará un breve recuento histórico de la institución y se analizará su reconocimiento normativo y límites en nuestra Constitución.

El propósito de lo señalado en el párrafo precedente es contextualizar cuándo una protesta es legítima y cuándo deja de serlo, por tanto, se reflexionará que, ante un desbordamiento del derecho a la protesta y para garantizar y proteger bienes jurídicos individuales y colectivos, se hará necesario que los agentes de orden usen racionalmente la fuerza para repeler agresiones.

De esta manera, centraremos nuestra atención en el uso legítimo y progresivo de la fuerza, no solo desde su concepción histórica, sino desde puntos de vista normativos y fácticos; aspectos todos que toman relevancia en el contexto de la aprobación de la ley orgánica que pretende regular de mejor modo las labores de la fuerza pública.

Todos los aportes y reflexiones contenidos en el presente artículo confluirán en hipótesis que permitan abrir un debate serio y prolijo de lo acontecido con ciertas conductas verificadas durante el paro de junio del 2022 que, aunque se ha pretendido cubrirlas con la legitimidad del derecho a la resistencia, penosamente derivaron en conductas con caracteres de delitos.

Palabras clave: Desobediencia civil, principios del uso de la fuerza, legítima defensa propia y de terceros, paro nacional de junio del 2022

Abstract: *This article will attempt to delimit in the best possible manner the meaning, content, and scope of the right to resistance or civil disobedience. For this purpose, we will make a brief historical review of the institution and analyze its normative recognition and limits in our Constitution.*

The purpose of the preceding paragraph is to contextualize when a protest is legitimate and when it ceases to be so. Therefore, the analysis will center on the fact that in the case of an overflow of the right to protest and to guarantee and protect individual and collective legal rights, it will be necessary for law enforcement officers to employ the rational use of force to repel aggressions.

We will pay attention to the legitimate and progressive use of force, not only from its historical conception but also from legal and factual points of view. These are relevant to the approval of the organic act that intends to contribute to the better work of the public force.

All the contributions and reflections in this article will converge on hypotheses that make possible a serious and thorough debate on what happened with certain behaviors verified during the June 2022 strike. Some of these behaviors were portrayed as a legitimate use of the right to resistance but unfortunately turned into behaviors that constitute criminal offenses.

Keywords: *Civil disobedience, Principles on the use of force and firearms, self-defense and legitimate defense, Ecuador national strike June 2002.*

I. El derecho de resistencia y la desobediencia civil

1.1 Origen del derecho a la resistencia

A lo largo de la historia se tienen antecedentes de cómo el ser humano ha ejercido resistencia u oposición a las normas impuestas por considerar que han sido violados sus derechos (Guato y Fernández, 2021, p. 51). Dado que sería imposible señalar todas las situaciones en las que ello ha ocurrido, en esta sección se realizará un breve recuento de momentos

fundamentales, para así determinar cuál es el sentido, contenido y alcance del que llamaremos como derecho a la resistencia.

Nos remontamos por ejemplo a la mitología griega, cuando Antígona desobedece a Creón en uno de sus decretos, alegando el derecho que tiene -mediante las leyes divinas- para enterrar a su hermano (Hidalgo, 2015, p. 4). De igual forma, cuando Sócrates se opuso a cambiar de ideas después de ser sentenciado a muerte por falsas enseñanzas, desobedecer a los dioses e impiedad (Hidalgo, 2015, p. 4).

Más adelante, los primitivos cristianos opusieron resistencia al Imperio Romano, que les impuso ciertas prohibiciones de sus creencias, antes de la conversión del emperador Constantino. Alegaron que si alguien, incluso si era autoridad civil, se inmiscuía en la esfera de Dios, contradiciendo sus mandamientos, el cristiano tenía que oponer resistencia a aquello (Hernández, 2012, p. 113).

En el último tercio de la Edad Media y en su finalización, existieron tensiones entre los grades poderes de la época para determinar cuál de ellos ostentaba el poder político. Las monarquías se enfrentaron con el papado, de forma que se opusieron y crearon una crisis del pacto de obediencia sobre los límites de poder que tenía el Rey con respecto al Papa. Debemos decir que esto último concluyó robusteciendo a las monarquías y le dio autonomía frente a la iglesia, creándose entonces el concepto de soberanía, que, para la época, residía en el Rey (Hidalgo, 2015, p. 7).

Posteriormente, se representa al derecho a la resistencia en la modernidad como un derecho natural, proveniente del Iluminismo y el espíritu liberal revolucionario (Hernández, 2020, p. 107). Aparece contra el absolutismo monárquico, cuestionando la percepción de que la soberanía recaía en el Rey. A este derecho se lo positiviza en la Declaración de Virginia de 1776 y en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789[1] (Falcón y Tella, 2004, p. 219).

1 Según este texto, en su artículo 2 se presupone que "La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión."

Tras la Segunda Guerra Mundial, se vuelve a mencionar este derecho a causa del rechazo al nazismo. Así, aparece en 1949 en la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 20.4, así como en la Constitución de Francia dada en 1958. De igual manera, se encuentra consagrado como una institución en el preámbulo de la Declaración universal de los derechos humanos de 1948[2] (Falcón y Tella, 2004, p. 219).

Para concluir con esta parte, podemos afirmar que las manifestaciones analizadas del derecho a la resistencia a lo largo de la historia han sido diferentes y cambiantes, por tanto, tiene un significado bastante amplio. En palabras de Patricio Carvajal: "podemos afirmar que estas fases del derecho de resistencia moderno corresponden a la búsqueda de una norma jurídica que proteja la libertad de los miembros de la comunidad frente al poder y las pretensiones del Estado" (Carvajal, 1992, p. 66).

1.2 La desobediencia civil como derecho a la resistencia

En un sentido clásico, y como se ve analizó con base en su historia, se concebía al derecho a la resistencia como una reacción a la opresión del poder tiránico, cuya finalidad fue restaurar o instaurar un orden jurídico legítimo. Patricio Carvajal (1992) define este sentido clásico, de la siguiente manera:

> En consecuencia, cuando el sistema político es corrompido y deviene en tiranía (legitimidad), el orden político y el bien común se ven gravísimamente afectados; en otras palabras: la justicia ya no es el fin del ordenamiento jurídico de la comunidad; por tanto, el derecho de resistencia opera aquí como una norma que procura la restauración del orden alterado (p. 70).

En la actualidad podría describirse como "un mecanismo de protección contra el poder público por un motivo de justicia" (Araujo, 2005, p. 44). Fernando Navarro (1990) incluso menciona:

2 Se lo menciona esencialmente en su preámbulo, en la frase: "Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión."

> El viejo derecho a la resistencia como un derecho natural de los hombres a levantarse en armas contra la injusticia de la ley o los abusos del poder ha sido proscrito y tildado de anárquico por unos, de ideológico por otros, de inconsistente, trasnochado y anacrónico por la mayoría. En su sustitución ha venido una pareja de términos con una carga menos problemática y de connotaciones menos polarizadas. Hoy en día se habla de **desobediencia civil** (...). La desobediencia civil aparece, así como un trasunto contemporáneo en los Estados constitucionales de una dimensión funcional del viejo derecho de resistencia, evitando toda vinculación iusnaturalista, puesto que la desobediencia civil, aun estando al borde de la legalidad, se conecta con ella y mantiene una estrecha relación perfilando las fronteras de lo permisible y lo lícito. (p. 6)

Dejamos constancia que hay tantas definiciones de desobediencia civil y del derecho a la resistencia, como autores que han escrito acerca de ellas, *ergo*, aunque se han hallado criterios interesantes que los diferencian y otros que los homologan, para los fines del presente aporte y para entender mejor el derecho a la resistencia en el contexto normativo ecuatoriano, se lo entenderá como un símil de la operatividad de la desobediencia civil. Lo dicho se fundamenta en la consideración de que el derecho a la resistencia abarca una gran cantidad de situaciones, entre ellas, la desobediencia civil.

Siguiendo la línea de pensamiento de Patricio Carvajal:

> (...) El derecho de resistencia tiene una base doctrinal sólida y precisa, fundada en el derecho natural y en una teoría de la justicia, con lo cual los diversos grados de resistencia, desde la resistencia pasiva al tiranicidio, tienen unos fundamentos éticos concretos, lo que hace posible la invocación y ejercicio siempre legítimo de un tal derecho. De este modo, en relación al derecho a la revolución y la desobediencia civil, podríamos argumentar que se trata de manifestaciones o conductas políticas que han derivado del derecho de resistencia debido, entre otras causas históricas, al proceso inexorable de secularización de la sociedad moderna (p. 66).

De igual forma, varios autores consideran que la desobediencia civil se ha institucionalizado en la modernidad como una herramienta de ayuda para la profundización del régimen democrático, no en vano, se comprueba:

> (...) «la institucionalización de la resistencia», es decir, la incorporación al ordenamiento jurídico de mecanismos de protesta frente a normas consideradas injustas (...). Algunos derechos como la libertad de expresión, de prensa, de reunión y de asociación, y algunos mecanismos jurídicos de garantía de los derechos, como el recurso de amparo, o del propio sistema constitucional, como el recurso de inconstitucionalidad, son ejemplos de ese proceso (Peces-Barba, 1988, p. 162).

A nuestra manera de entender, el derecho a la resistencia en Ecuador se entiende como una institucionalización de la desobediencia civil que, como otros derechos, debe ejercerse de manera conjunta e interdependiente a los derechos de libertad de expresión y de libre asociación y reunión.

1.3 Definición del derecho a la resistencia y la desobediencia civil

Norberto Bobbio define al derecho de resistencia "como una de las variedades de desobediencia civil que se distingue de la 'desobediencia común' porque tiene como fin inmediato el demostrar públicamente la injusticia de la ley infringida y, por tanto, inducir al legislador a cambiarla. Las posibilidades van desde la objeción de conciencia, pasando por la desobediencia civil, hasta la resistencia pasiva y activa (Bobbio, 1988, p. 535 Cit. por Hidalgo, 2015, pp. 26-27).

Hidalgo, en referencia al pensamiento de J. Adame (1984), señala:

> (...) existe resistencia a la autoridad cuando un individuo o una colectividad impugnan, por fuera de las vías institucionales, un determinado mandato o ley de la autoridad considerado como injusto (...)
>
> Hay dos formas de resistencia que se diferencian por el tipo de obediencia. Por ejemplo, si una ley o mandato contravienen algún derecho humano, la resistencia se resuelve con la desobediencia llamada "pasiva" o desobediencia únicamente a una ley injusta. Al contrario, la resistencia activa tiende a cambiar un gobernante o gobierno cuando se trata de un poder usurpador, o de un poder originariamente legítimo que se convierte en tiránico. (Hidalgo, 2015, p. 39)

En este hilo, asumimos al derecho a la resistencia como una especie de resistencia "pasiva", direccionada al cambio de una ley o actuación injusta del Estado. María Paulina Araujo Granda, en su obra dedicada a un análisis político y penal de la desobediencia civil, dice es:

> (...) una manifestación del régimen democrático de participación política ciudadana, que, a través de conductas positivas o negativas de ciudadanos con un fuerte compromiso social, se constituye en una alternativa reivindicatoria de un grupo concreto, que defiende legítimamente una posición razonable, frente a la incongruencia de las decisiones del poder que están poniendo en entredicho la esperada representación. Esta institución se ve apoyada en el ejercicio de derechos y libertades fundamentales, justificada por la primacía de los principios o valores jurídicos constitucionales y limitada por derechos y libertades de terceros que al ser vulnerados, implicarían un costo mayor al beneficio que se pretende alcanzar con ella. (2005, p. 33)

La profesora española Ma. José Falcón y Tella la define como "el acto de quebrantamiento consciente e intencional, público y colectivo de una norma jurídica, utilizando normalmente medios pacíficos, apelando a principios éticos, con aceptación voluntaria de las sanciones y con fines innovadores" (2004, pp. 17-18).

En este punto y tomando lo analizado hasta aquí, consideramos oportuno enumerar diferentes elementos que, de manera integral, conforman y le dan sentido a la institución de la desobediencia civil:

1. El quebrantamiento de la norma jurídica tiene un carácter omisivo antes que comisivo. Según Bobbio (citado por Falcón y Tella, 2004, p. 19), no significa hacer lo que está prohibido, sino en no cumplir lo que se ordena hacer.

2. Tiene que ser realizada de manera consciente y con voluntad. Es decir, reunir el elemento cognitivo y volitivo de una persona que debe saber que está quebrantando una norma, y, aun así, libre y voluntariamente decide hacerlo.

3. La forma en la que se expresa debe ser pública, con actos externos o exteriorizados para ganar el mayor número de adeptos. "(...) se

enfoca en crear un público determinado, a transmitir el sentir crítico frente a una orden concreta de una autoridad, puede realizarse a través de mensajes escritos, orales, mediante la creación de organizaciones, fundaciones (...)" (Araujo, 2005, p. 36).

4. Es colectiva, por tanto, requiere de actos de la sociedad civil organizados en los que actúen grupos más o menos numerosos.

5. Apela a principios éticos o a la concepción común de la justicia.

6. Debe ejercerse de forma pacífica, "a modo de apelación, discurso o protesta simbólicos, generalmente no violentos" (Falcón y Tella, 2004, p. 28). Por ello se cita como grandes ejemplos de desobediencia civil o derecho a la resistencia a Gandhi o Martin Luther King quienes, con acciones pacíficas, lograron que su discurso derive en grandes cambios en sus respectivos Estados.

7. "La protesta que inicia debe ser proporcionada a la injusticia que se pretende evitar" (Araujo, 2005, p. 40). Esto implica que la innovación que se pretende alcanzar, debe ser mayor a los costos derivados de dicha actividad.

8. Debe ser una medida de *última ratio* en los regímenes democráticos. Puede ser utilizada "(...) cuando la ineficacia de los procedimientos ordinarios existentes para la satisfacción de los propósitos o la urgencia de su ejecución, no dan los resultados esperados" (Araujo, 2005, p. 41).

9. Tiene fines innovadores. A diferencia del clásico derecho a la resistencia o de la desobediencia común, no busca desintegrar el ordenamiento jurídico, sino integrar y mejorar el régimen constitucional legítimo.

Cabe decir que en ocasiones se adiciona, dentro de los elementos de la desobediencia civil, la necesidad de aceptación voluntaria por parte de los desobedientes de las sanciones jurídicas derivadas de su conducta; sin embargo, para los fines de esta investigación, al ser una institución reconocida en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, estar amparada

por él, si es ejercida de la manera debida y dentro de los límites establecidos, no conllevaría una sanción.

Más adelante se evidenciará que si se sobrepasan los límites en cuanto al ejercicio de este derecho, la acción no estará amparada por el principio de juridicidad, convirtiéndose en un delito y, como consecuencia, corresponderá aplicar la pena respectiva.

1.4 El derecho a la resistencia en el marco legal ecuatoriano con base en los parámetros de la desobediencia civil

Para iniciar esta sección, es necesario indicar que, para determinar el contenido del derecho a la resistencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es preciso realizar una interpretación completa de la norma que lo contiene; esto más porque en el país existe un pluralismo interpretativo, es decir existen varios métodos de interpretación que pueden ser empleados. Por ejemplo, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional reconoce a los métodos literal, teleológico, sistemático y evolutivo (2009).

El artículo 98 de nuestra Constitución señala:

> Art. 98.- [Derecho a la resistencia]. - Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.

En cuanto al titular del derecho, si tomamos su sentido literal, sería la sociedad civil y, realizando una interpretación sistemática, se podría determinar que los titulares de derechos constitucionales son "las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos" (CRE, 2008, art. 10). Sobre los obligados a respetarlo, existen dos destinatarios: el poder público y las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar derechos constitucionales (CRE, 2008, art. 98). Por lo tanto, es posible entender que "(...) dentro del poder público existirán distintos obligados de acuerdo a su función en el Estado" (Cordero, 2013, p. 38).

Con relación a las acciones y omisiones ante las que se puede ejercer el derecho a la resistencia, el profesor David Cordero (2013) menciona:

> El derecho a la resistencia, de la forma en que está formulado en la Constitución Ecuatoriana, implica un derecho subjetivo a resistir al Derecho, entendiéndose este Derecho como toda decisión de la autoridad competente, norma jurídica escrita o norma jurídica de carácter particular, como una sentencia (p. 51).

Si aplicamos el método sistemático, podría interpretarse que las decisiones del poder público abarcan (...) 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 (CRE, 2008, art. 425).

Acerca de los derechos que la norma registra deben ser vulnerados o posiblemente vulnerados para poder ejercer el derecho a la resistencia, se expresa que son los "derechos constitucionales"; sin embargo, estimamos *prima facie* esto como un error conceptual, ya que, al hablar de derechos constitucionales, se haría referencia únicamente a los derechos contenidos en la Constitución, omitiendo por ejemplo aquellos provenientes de los instrumentos internacionales de derechos humanos. No obstante, es evidente que la cláusula abierta del numeral 7 del artículo 11 de la Constitución, deja en claro que todos los derechos derivan de la dignidad humana que existen incluso antes de la creación del Estado.

1.4.1 Antecedentes del derecho a la resistencia en Ecuador

Continuando con el análisis del sentido, contenido y alcance del derecho a la resistencia, es necesario realizar una interpretación histórica o finalista, es decir, entender la norma en función de los fines que persigue (LOGJCC, 2009, art. 3.6), por tanto, se hace menester comprender cuál fue la finalidad del constituyente para el reconocimiento de este derecho.

Téngase en cuenta que a lo largo de la historia en el Ecuador y en el mundo, han existido actos de desobediencia civil y resistencia frente al poder, como se señaló en párrafos precedentes. En nuestro territorio,

estos actos pueden remontarse desde antes de la creación del Estado; empero, toman fuerza en las últimas décadas gracias a las múltiples movilizaciones sociales, que han reclamado el reconocimiento y protección de varios derechos.

En nuestro país podemos referirnos a varios tipos de movimientos sociales en los que la desobediencia civil y su ejercicio, a través del derecho a la resistencia, se han evidenciado. Por ejemplo, piénsese en los movimientos sindicales que, a criterio de Eduardo Tamayo (1996), lucharon por conseguir mejoras en las condiciones de trabajo. Gracias a sus reclamos y pedidos, se consiguió la aprobación de importante legislación tuitiva de derechos sociales (p. 30).

Otro ejemplo es el movimiento ecologista, en el que convergen varias organizaciones no gubernamentales y comunidades campesinas, indígenas y de distintas nacionalidades de la Amazonía que, desde los años 70, han rechazado y presentado oposición ante actividades petroleras reñidas con la necesaria protección del medio ambiente (Fontaine, 2007, p. 225).

Otros precedentes los hallamos en los pedidos de movimientos campesinos, afroecuatorianos e indígenas. Del movimiento campesino, han surgido varias organizaciones que han luchado por acceder a la tierra y a una fuente de ingresos en condiciones dignas y favorables. Gracias a su accionar se han expedido leyes sobre la abolición del trabajo precario e importantes reformas agrarias (Chiriboga, 1986, 68).

El movimiento afroecuatoriano, además de participar por la lucha de la tierra y la reforma agraria (Tamayo, 1996, p. 171), se ha manifestado especialmente en contra de la violencia causada a raíz del racismo y la discriminación. *Verbi gratia*, la marcha contra la violencia racial de 1997 en el parque La Alameda, en la cual se exigió justicia y respeto a los derechos humanos, tras el asesinato de Mireya Congo (Sánchez, 2009, p. 262-263).

Es el movimiento indígena el que ha protagonizado durante los últimos años las más grandes movilizaciones de protesta (Sánchez-Parga, 2010, 138); esto, no solo por su amplio poder de organización y su capacidad

de convocatoria, sino por la necesidad de reivindicación de sus derechos, dada la situación precaria que han tenido que sobrellevar desde los tiempos de la Colonia (Tamayo 1996, p. 67-68).

No podemos olvidar aquellos actos de desobediencia civil que han impulsado las mujeres en nuestro país y que, aunque invisibilizados en gran medida, han tenido un alto impacto no solo para la reivindicación de los derechos de las mujeres, sino de la sociedad en general.

Aunque la lista es amplia, resaltan en nuestra historia mujeres como Ana de Peralta, quien lideró una protesta contra la Cédula Real de 1752, que prohibía a las mujeres mestizas utilizar prendas de vestir distintivas, es decir, no podían, con su vestimenta, identificarse como indígenas o españolas (foros ecuador, 2019). Ella fundó el primer movimiento de mujeres en la Real Audiencia de Quito, cuyo propósito fue luchar por los derechos y la libertad de la mujer a la época (Vive!, 2017).

Manuela Sáenz y Manuela Cañizares no solo desafiaron las normas que la sociedad imponía a las mujeres, sino que apoyaron y organizaron reuniones del movimiento revolucionario en contra del imperio español (Colombia Informa, 2018). Manuela Sáenz fue parte y asesoró al movimiento independentista con estrategias políticas y militares, al punto que se incorporó como miembro activo del Estado Mayor del Ejército Libertador (Colombia Informa, 2018).

Dolores Veintimilla Carrión, no solo fue la primera mujer en pronunciarse y luchar en contra de la pena de muerte, sino además una férrea defensora de los derechos de los indígenas (Ministerio de Cultura y Patrimonio, 2022).

Rosa Cabeza de Vaca, desafió el sistema educativo de la época, siendo la primera mujer en inscribirse y obtener el título como bachiller en el Colegio Mejía (Vive!, 2017), abriendo así el camino para que otras mujeres pudieran continuar sus estudios y ejercer su derecho a la educación.

Matilde Hidalgo de Prócel fue la primera mujer en América Latina que pudo acceder al voto (Panchi, 2020, p. 22) y la primera médica en el

Ecuador (Municipio de Loja). Inspiró a muchas mujeres no solo a exigir ingreso en condiciones de igualdad a la universidad, sino también a movimientos de mujeres de Latinoamérica para ejercer su derecho a la participación política de sus países.

Adicionalmente, resaltamos los actos de desobediencia civil realizados por María Angélica Idrovo y Zoila Ugarte quienes, junto a sus varios escritos en pro del sufragio femenino, la participación política y el laicismo, fundaron la Sociedad Feminista Luz de Pichincha (Kynku, marketing social, 2020, p.126).

Isabel Robalino Bolle, primera abogada en el Ecuador, primera concejala de Quito y primera senadora en la historia del país, hasta el día de su muerte, se enfrentó a los abusos e injusticias del poder, desde la participación en la huelga organizada por más de 5.000 trabajadores despedidos en la alcaldía de Febres Cordero (GK, 2022) hasta su importante rol como parte de los miembros fundadores de la Comisión Nacional Anticorrupción (CNA). A través del honesto e impoluto ejercicio de su profesión, defendió incansablemente luchas por los derechos laborales (GK, 2022). Es uno de los íconos y fuente de inspiración para las abogadas del país.

Por último, las dirigentes indígenas Tránsito Amaguaña y Dolores Cacuango, se destacaron como líderes y activistas que encabezaron la primera huelga de trabajadores en Olmedo, fundaron la Federación Ecuatoriana de Indios (FEI), organizaron escuelas bilingües indígenas y realizaron activismo para el desarrollo y eficaz reconocimiento de derechos laborales y educativos (CNDH México).

A pesar de todo lo dicho, es evidente que, en nuestro país, el derecho a la resistencia es reconocido normativamente tan solo desde la Constitución del 2008. A decir de Hernández:

> Una de las más importantes novedades de la Ley suprema publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 fue el haber constitucionalizado el derecho a la resistencia. Ello no obstante que tal derecho, como regla, no había sido tratado por la doctrina, por la jurisprudencia ni por la legislación ecuatoriana. (Hernández, 2012, p. 139).

No queremos dejar de señalar que nuestra historia no ha estado exenta de confusiones entre el ejercicio del real derecho a la resistencia y el cometimiento de conductas ilícitas; esto lo señalamos en razón de varias amnistías otorgadas, las que, aunque han tratado de cubrir de legitimidad al perdón y olvido de delitos, no reparan en que la desobediencia civil o derecho a la resistencia lo que busca es *el reconocimiento de nuevos derechos o la mejora de los ya existentes*, por ende, no podría no debería ser asimilada a la extinción de la acción penal y la pena cuando se han lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos de relevancia social.

La esencia del desobediente civil es su compromiso implacable con la defensa de los derechos humanos. Los implicados hacen sus reclamos y ponen en marcha su activismo social en aras de garantizar beneficios colectivos. Quien ejerce el derecho a la resistencia, es y será un ejemplo de quien anhela y busca el cambio y desarrollo de las sociedades democráticas.

1.4.2 La desobediencia civil como forma de participación democrática

En teoría, en un régimen democrático, el gobierno se encuentra legitimado porque la soberanía radica en el pueblo, y "la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público" (Asamblea General de la ONU, 1948). Dicho eso, cabe preguntarse si el derecho a la resistencia o desobediencia civil realmente cabe respecto a decisiones de una autoridad legitimada a través de elecciones libres e iguales.

Desafortunadamente, aunque pueda ser posible que la autoridad del poder público sea legítima, eso no hace que sus decisiones sean siempre correctas o que velen por el bienestar de todos los ciudadanos. El hecho de que sea una mayoría la que decida el rumbo político de un Estado hace que las necesidades y opinión de varias minorías pueda verse eclipsados si no se las toma en cuenta. Para María Paulina Araujo, hay muchos casos en que una decisión desde el punto formal puede ser considerada democrática, pero no por ello dejaría de ser una decisión injusta o vulneradora de derechos (Araujo, 2005, p. 47).

Incluso aunque existan mecanismos de participación para que los colectivos puedan expresar su inconformidad y necesidades, muchas veces

esos medios son ineficaces para la urgencia de las necesidades que se expresan. Por ello es necesario que la ciudadanía muestre su inconformidad ante decisiones del poder público tenga un medio de participación democrática cuando la ineficacia de los medios por los que se subsanan las necesidades aclamadas no da los resultados esperados (Araujo, 2005, p. 41).

Por eso, la desobediencia civil o derecho a la resistencia es tan necesario, dado que:

> La democracia electoral es insuficiente por sí sola para cohesionar a toda una sociedad. En la actualidad el poder es sometido a nuevas presiones y demandas sociales correlativas a las nuevas responsabilidades y obligaciones que el Estado democrático y social ha ido asumiendo históricamente. (...) La construcción de la democracia y de una cultura política constitucional requiere no solo de nuevas instituciones y prácticas políticas sino también de la construcción de nuevos consensos, prácticas, actitudes y símbolos políticos en torno a valores constitucionales como la igualdad, la justicia la solidaridad y la libertad.
>
> (...) la desobediencia civil (es) una forma de decisión, intervención y participación política democrática eficaz y útil que debe realizar todo ciudadano que se sienta libre y autónomo (Aguilera, pp. 250, 253).

En este hilo de ideas, para que la desobediencia civil pueda ser expresada de manera pública, colectiva y apegada a principios afines a la concepción de justicia, debe manifestarse a través e interdependientemente de varios derechos recogidos en las sociedades democráticas. Para María José Falcón y Tella, entre los derechos que se amparan en un acto de desobediencia civil, están el derecho a la libertad de expresión, el derecho de reunión, el derecho de manifestación pública, el derecho a la huelga y la libertad ideológica (2004, p. 75-77).

Interesante resulta traer a colación el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha expresado que:

> El derecho a protestar o manifestar inconformidad contra alguna acción o decisión estatal está protegido por el derecho de reunión, consagrado en el artículo 15 de la Convención Americana. (...) El derecho protegido por el artículo 15 de la Convención Americana "reconoce el derecho de reunión

> pacífica y sin armas" y abarca tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos. La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente (Corte IDH, Serie C No. 371., párr. 171).

En este punto podemos concluir que, para que exista una participación política eficaz en Ecuador a través del derecho a la resistencia o desobediencia civil, éste debiera ejercitarse de manera legítima, pacífica, lógica, conjunta e interdependiente con otros derechos fundamentales, en especial los derechos a la libertad de expresión y de reunión, ya que son el mecanismo o vehículo más idóneo de expresión de la resistencia cuando estamos ante decisiones del poder público que vulneran derechos, *ergo*, no tienen en cuenta de manera eficaz y efectiva las necesidades sociales.

1.4.3 Límite del derecho a la resistencia o desobediencia civil en el marco legal ecuatoriano

Es claro que, para entender el límite de un derecho, se deba comprender que ningún derecho es absoluto. Para el profesor Luis Aguiar de Luque (1993):

1. "(...) los derechos fundamentales se hallan sometidos a límites, aunque sólo sea por su necesidad de articulación con los derechos de los demás" (p. 12).

2. Existe la posibilidad de que tanto la Constitución como otras normas de carácter general limiten derechos (p. 13).

De igual manera, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 29.2 expresa:

> En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de

> los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Tomando lo dicho, se delimitará el límite del derecho a la resistencia con base a una interpretación sistemática según los principios que se han expuesto a lo largo del presente artículo y ante todo a la luz de un análisis dogmático de la desobediencia civil.

Recuérdese que una de las características de la desobediencia civil es que debe manifestarse de una forma pacífica. María Paulina Araujo Granda (2005) describe que "(...) la desobediencia civil se ejercerá siempre de manera pacífica, de un modo no violento" y "que la protesta que inicia debe ser proporcionada a la injusticia que se pretende evitar, para eso hay que escoger racional y cuidadosamente las vías para alcanzar los objetivos; es decir, que el bien alcanzado por la desobediencia civil debe ser mayor a los peligros y los costos que tal acción entraña (...)" (p. 39).

Reiteramos, la historia ha demostrado que la desobediencia civil es legítima cuando es no violenta. Algunos ejemplos que pueden ser señalados son el de Henry David Thoreau, cuando se negó a pagar un impuesto que iba a ser utilizado para una guerra que consideraba injusta (Araujo, 2005, p. 35); Mohandas Gandhi, para impulsar mediante manifestaciones pacíficas un movimiento frente al colonialismo británico; Martin Luther King, quien organizó, de manera pacífica, un movimiento colectivo para pronunciarse en contra de las políticas segregacionistas en Estados Unidos. Es por ello que, cuando se realizan este tipo de manifestaciones colectivas pacíficas, no solo están permitidas sino amparadas por el ordenamiento jurídico.

De esta manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, que forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, contiene una limitación del derecho a la resistencia al expresar que, se amparará y garantizará el derecho de reunión, cuando se lo ejerza sin armas y de forma pacífica:

> Artículo 15. Derecho de Reunión:
>
> Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean

> necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás (CADH, 1969, art. 15).

En nuestro contexto constitucional se lo reconoce en el artículo 66.13: "El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria. (CRE, 2008, Art. 66.13)", no en vano, si lo cotejamos con la aprobada ley orgánica que regula el uso legítimo de la fuerza, se registra que "Es deber del Estado y de las servidoras y servidores policiales (...) garantizar y proteger el libre ejercicio de los derechos de reunión, asociación, libertad de expresión, participación y de resistencia de las ciudadanas y los ciudadanos" (LORULF, 2022, art. 23).

A estas alturas cabe preguntarse ¿Qué ocurre cuando una manifestación en contra de una decisión vulneradora de derechos es no pacífica? Consideramos que, si va en contra de derechos de terceros o contra particulares en relaciones de no subordinación, se desnaturalizaría el componente altruista que acompaña al derecho a resistir. Dicho de otro modo, cuando se comprueben conductas contrarias a derechos de otros, por tanto, no propicien mayor cobertura y garantía de bienes jurídicos de la sociedad, los actos dejarían de estar amparados por el derecho constitucional a la resistencia y la desobediencia civil.

Pedimos la atención al criterio de Asanza:

> El ejercicio del derecho de resistencia se transforma en algo ilegitimo cuando su intención no está dirigida a manifestarse bajo los mecanismos de la protesta sino a producir perjuicios en los bienes jurídicos ajenos. Para evitar este problema, se debe iniciar de la norma que: una acción de protesta causa perjuicios, y que estos deben ser los más leves posibles. En ese sentido, el mal que se causa debe ser menor al mal que se quiere evitar con el ejercicio de la medida, de modo que debe tratarse de una protesta que reclame sobre la afectación a un derecho fundamental considerado de mayor importancia que los bienes jurídicos afectados en las protestas. Entonces se entiende porque el derecho penal debe extremar la punición y/o represión solamente a los casos en los que las protestas son únicamente un entorno de maquillaje para comisión de un delito (Asanza, 2016, p. 48 Cit. por Guato y Fernández, 2020, p. 50).

No estaría entonces justificado ni amparado por el derecho a la resistencia acciones como robos, hurtos, destrucción de la propiedad ajena, lesiones, impedir el paso de ambulancias con enfermos y heridos, entre otros. Tan sencillo como esto: Si la manifestación sobrepasa elementales criterios pacifistas y no tiene cobertura con el principio de proporcionalidad de la desobediencia civil, las actuaciones se convierten en delitos. Esta afirmación demuestra la necesidad de diferenciar la desobediencia civil de la desobediencia común.

En la desobediencia civil existe un fin que apela a la concepción de justicia y a impedir la vulneración de derechos de terceros, a diferencia de la desobediencia común, que podría confluir en violaciones de bienes jurídicos protegidos y legalmente tutelados. En el caso de que ello suceda, la conducta reúne los elementos de un delito, en consecuencia, el ordenamiento jurídico hará prevalecer la justa salvaguardia y tutela de derechos de la sociedad a través del ejercicio legal y legítimo del poder público.

Siguiendo con esta premisa, si existe el cometimiento de un delito en el contexto de una manifestación, la fuerza pública en orden de proteger sus derechos y los de terceros, debe identificar a las personas que perpetran actos lesivos y actuar mediante el uso progresivo y legítimo de la fuerza.

Con razón la aprobada ley orgánica que regula el uso legítimo de la fuerza señala:

> Las servidoras y los servidores policiales y militares, de conformidad con los principios y parámetros establecidos en la Constitución y esta Ley, están autorizados para utilizar la fuerza con fines de control del orden público y seguridad ciudadana en contextos de reuniones violentas (LORULF, 2022, art. 23).

Para concluir esta parte, consideramos que uno de los límites para ejercer el derecho a la resistencia o desobediencia civil, es que se ejerza de manera pacífica y sin vulnerar violenta o coercitivamente derechos de terceros. De no ser así, se desnaturalizaría el derecho en sí mismo y su ejercicio se tornaría ilegal e ilegítimo, es decir, no estaría amparado por el principio de juridicidad basado en el bienestar general.

1.5 El derecho a la resistencia y la desobediencia civil en el contexto del paro nacional de junio del 2022

Analizando las acciones de un sector de la sociedad durante el paro nacional de junio del 2022, existieron varios escenarios que pudieron y no catalogarse como desobediencia civil. Esto hace imperiosa su singularización, para evitar injustas generalizaciones.

Pensemos en las personas y comunidades que atravesaron las calles de manera pacífica, gritando consignas, llevando carteles. Otras personas que, a manera de expresar su descontento hacia las políticas sociales (o la falta de ellas) lo hicieron a través de bailes, cantos, dibujos e incluso llevando objetos simbólicos (GK, 2022).

Estas acciones las podríamos catalogar como desobediencia civil o derecho a la resistencia ya que, al ser ejercidas de una manera pacífica, expresaron descontento de manera pública, justa y legítima ante las inacciones del Estado, derivadas de la no garantía plena de derechos fundamentales como la salud, educación, etcétera.

En este punto es ineludible, por justicia, reflexionar que, aunque existieron este tipo de manifestaciones amparadas por derechos constitucionales, también se constataron otras que no fueron ejercidas de manera pacífica y que podrían confluir en conductas de relevancia penal.

Hubo varios manifestantes que cometieron actos violentos haciendo uso de piedras, adoquines y objetos encontrados en las calles, así como de armas blancas, de fuego y bombas molotov (Human Rights International, 2022). Además, se perpetraron saqueos, seguidos de destrucción de propiedad privada, como ocurrió por ejemplo con el kiosco de Martha Yambay (El Comercio, 2022).

Según reportes a nivel nacional, se verificó una contaminación en la red de distribución de agua en Ambato (El Comercio, 2022), el cierre de pozos petroleros y desabastecimiento de suministros para la producción de petróleo (El Universo, 2022). Qué decir de la paralización y agresiones a ambulancias (MSP, 2022), de las cuales se registró el fallecimiento

de dos personas que no pudieron llegar a los hospitales para su atención de emergencia (GK, 2022).

La violencia ocasionada y que debió ser repelida, provocó una casi decena de fallecidos (Primicias, 2022), centenas de manifestantes, policías y militares heridos (El Comercio, 2022). Se registraron 37 policías retenidos y luego liberados, 77 vulneraciones a los derechos humanos y 155 personas detenidas (El Comercio, 2022).

Según el Ministerio de la Producción, las pérdidas económicas sumaron aproximadamente mil millones de dólares, las empresas reportaron caídas en ventas de al menos el 53% (El Comercio, 2022). Existió, además, por el bloqueo de vías, un desabastecimiento de productos y aumento de precios (Primicias, 2022), así como la afectación especialmente a los sectores avícola, la industria láctea y bananera, así como a sectores de exportación y comercio (GK, 2022). Miles de personas no pudieron continuar con sus actividades económicas, en especial aquellas a cargo de tiendas y locales por temor a saqueos y robos (GK, 2022).

En conclusión, aunque la lucha y la demanda pacífica a la protección de derechos en este paro nacional fue legítima, existieron conductas no amparadas por la desobediencia civil o el derecho a la resistencia. Sabemos que cuando se rebasa sus límites elementales y lógicos y se deriva en atentados a derechos de terceros, la reacción (legal y legítima) del Estado, a través de sus distintos órganos, es lo procedente.

La fuerza pública y las autoridades estatales "(...) deben extremar sus esfuerzos para distinguir entre las personas violentas o potencialmente violentas y los manifestantes pacíficos" (Corte IDH, Serie C No. 371., párr. 175). Y, bien se conoce que nuestro sistema penal, ante conductas, típicas, antijurídicas y culpables (más cuando son flagrantes) debe poner en marcha el ejercicio del poder punitivo, *ergo*, al verificarse agresiones ilegítimas, se abre la posibilidad y hasta necesidad para que la fuerza pública, mediante el uso racional y legítimo de la fuerza, actúe para neutralizar a los agresores, conforme procedemos a analizar.

II. El uso legal, racional y legítimo de la fuerza

2.1 Definición de fuerza pública y principios del uso legítimo de la fuerza

Cuando hablamos de la fuerza pública, la RAE la identifica como un cuerpo armado, permanente y de naturaleza civil encargado de la seguridad y el ejercicio de los derechos y libertades de los habitantes. Este concepto toma fuerza a partir de la Carta de las Naciones Unidas, que tiene como finalidad unir a las fuerzas públicas de los Estados para el mantenimiento de la paz, creando la necesidad en los Estados modernos de proteger a sus ciudadanos y garantizar el orden dentro de sus territorios.

La Constitución de la República en su artículo 3, numeral 8, establece que son deberes primordiales del Estado: "Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción." (CRE, 2008). Asimismo, el artículo 23 de la Ley de seguridad pública y del Estado, determina, en esencia, que la seguridad ciudadana debe ser asumida como una política de Estado destinada a fortalecer y modernizar los mecanismos que garanticen los derechos humanos, en especial el derecho a una vida libre de violencia y criminalidad, la disminución de los niveles de delincuencia, la protección de víctimas y el mejoramiento de la calidad de vida de todos los habitantes del país (Ley de Seguridad Pública y del Estado, 2009).

Es nuestra Carta Política, en su artículo 163, la que centra en la Policía Nacional la misión de atender la seguridad ciudadana y el orden público, así como proteger el libre ejercicio de los derechos y seguridad de las personas dentro del territorio nacional. Por lo señalado, el Estado es el único que detenta el monopolio de la fuerza y lo ejerce mediante los cuerpos del orden; sin embargo, hacer uso de la fuerza estatal, no significa que se pueda, sin justa causa, violentar derechos, mucho menos traspasar la línea de la legalidad.

Según el artículo 4 de los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley sabemos que:

> "(...) los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto." (1990)

Además, su artículo 5 establece que "cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

a. Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;

b. Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;

c. Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas;

d. Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas." (1990)

Si tomamos estos principios básicos para poder aplicar el uso de la fuerza pública, sobresale a su nuestro criterio el *principio de legalidad*, que implica que los funcionarios encargados del orden público actuarán acatando el contenido de las normas, es decir, no será viable extralimitar la fuerza, violentando las reglas del ordenamiento jurídico. No se podrá, por ejemplo, vulnerar, sin justa causa, derechos como la integridad personal, la vida, el debido proceso, entre otros. Este principio, de aplicación estricta, conlleva que la normativa nacional deba ajustarse a parámetros internacionales, que es lo que entendemos busca la aprobada ley orgánica que regula el uso legítimo de la fuerza[3].

Resaltamos también al *principio de necesidad*, que básicamente sirve para determinar cuándo debe emplearse la fuerza, en qué medida y cómo proceder cuando ha cesado una agresión o ataque a bienes jurídicos. Este tema,

3 Publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 131 de 22 de agosto del 2022.

aunque a veces controvertido, sin lugar a dudas debe ser analizado en un contexto fáctico en el que se lleva adelante un operativo policial concreto.

Debemos hacer conocer al lector que la aprobada ley orgánica de uso legítimo de la fuerza, además de describir los niveles de su uso legítimo[4], en los varios literales de su artículo 10 detalla, junto a los principios de *legalidad* y de *absoluta necesidad*, a los siguientes:

a. *Proporcionalidad*, que permite evaluar el equilibrio entre el tipo y nivel de fuerza utilizada y el daño que puede causar el sujeto (persona intervenida) con la amenaza o agresión;

b. La *precaución*, entendida como la necesaria planificación que los servidores de la fuerza pública harán, para minimizar los efectos del uso de la fuerza física o potencial e intencionalmente letal y, para reducir al mínimo la gravedad de los daños que se puedan causar;

c. Principio de *humanidad,* que se resume en la idea de que los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus accio-

4 Artículo 13 Niveles de uso legítimo de la fuerza. - Cuando las servidoras y los servidores de las entidades reguladas por esta Ley deban emplear la fuerza, lo harán procurando adecuar el nivel de uso de la fuerza a la situación o amenaza que esté enfrentando. Para ello, los niveles de uso legítimo de la fuerza son: **a. Presencia**. - Es la demostración de autoridad que, ante amenaza o peligro latente y mediante técnicas de control como el contacto visual, realiza la servidora o servidor, para prevenir o disuadir la comisión de una presunta infracción penal; **b. Verbalización**.- Es el uso de técnicas de comunicación que, ante una persona cooperadora o no cooperadora, facilitan a las servidoras o los servidores el cumplir con sus funciones; **c. Control físico**.- Es el uso de técnicas físicas de control y neutralización aplicadas mediante un sistema estandarizado de defensa personal policial que permite a la servidora o servidor neutralizar la acción ante la resistencia pasiva no cooperadora o física de la persona o personas intervenidas. **d. Técnicas defensivas menos letales**. - Es el uso de armas y munición menos letal y medios logísticos o tecnológicos menos letales con el fin de neutralizar la resistencia violenta o agresión no letal de la persona o personas intervenidas; **e. Fuerza potencialmente letal**. - Es el uso de armas de fuego con munición letal, a efecto de neutralizar la actuación antijurídica violenta o agresión letal de una o varias personas, ante amenaza inminente de muerte o lesiones graves de terceras personas o de la servidora o servidor; y, **f. Fuerza intencionalmente letal.** - Es el uso de armas de fuego con munición letal ante una amenaza inminente de muerte de terceras personas o de la servidora o servidor. (Se deja constancia que las negrillas son nuestras).

nes, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas que no presentan ese riesgo, y usar la fuerza potencial o intencionalmente letal solamente contra las primeras.

d. *No discriminación:* En el desempeño de sus funciones los servidores no usarán la fuerza de manera discriminatoria contra ninguna persona o grupo con base a criterios, entre otros, de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, ideología o filiación política; y,

e. La *rendición de cuentas* de todos los servidores, incluida la cadena de mando, por tanto, se abarcarán todos los niveles de conducción político estratégico, operativo y táctico.

Oportuno también resulta señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, dijo que: "el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades" (2007). Esto deja al uso de la fuerza como el último recurso para ser utilizado una vez tratadas otras alternativas para neutralizar agresiones.

Se deja en claro que la misma sentencia considera que los cuerpos del orden no pueden quedar en indefensión frente a la posibilidad de que el conflicto escale por el uso de armas de los protestantes.

2.2 El uso o no de la fuerza en reuniones o protestas

Si bien en la primera parte del artículo se desarrolló de forma exhaustiva lo relativo al derecho a la resistencia o desobediencia civil, recalcamos que, si su forma de expresión es la protesta pacífica, será vista como "(...) una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación" (Lanza, 2019, p. 14).

Estas manifestaciones de oposición o crítica a las condiciones sociales o políticas impuestas por el Estado, en la mayoría de veces están íntimamente relacionadas al ejercicio de los derechos de libertad de expresión, de reunión y, cómo no, al derecho a resistir, creando una verdadera iden-

tidad de vivir en un Estado democrático. No en vano, la CIDH ha determinado estándares acerca de cómo el Estado debe permitir el desarrollo de las protestas y reuniones pacíficas.

Primero se puntualiza que existe el derecho a protestar, sin autorización previa del Estado. El informe de criminalización de defensores y defensoras de derechos humanos del año 2015 recalca que no se puede someter a los protestantes a procesos burocráticos para dar paso a sus reclamos. Lo dicho toma más sentido y fuerza en regímenes autoritarios, que dejarían de lado reclamos que no están acorde a su agenda o ideología.

Esto nos lleva al siguiente punto, que se resume en la idea de que se tiene derecho a elegir el contenido y el mensaje de la protesta, por consiguiente, se pueden elegir el lugar y tiempo de la misma; esto, por supuesto, sin incurrir en delitos previamente tipificados en la norma penal.

La CIDH ha determinado también, como criterio esencial, el poder determinar el modo de protesta. De esta forma, por ejemplo, para Lanza: "el derecho de reunión, tal como se ha definido en el plano internacional y en los ordenamientos jurídicos internos de rango constitucional en los países de la región, tiene como requisito el de ejercerse de manera pacífica y sin armas." (2019, p. 42)

En este orden, el mismo autor indica que la protesta pacífica podría ser restringida, si se constatan actos delictivos y de violencia. (2019, p. 43). Por lo tanto, si dentro de una protesta se suscitan actos de violencia, se podría proceder a detener de manera legal y legítima a los agresores, por tanto, cabe la defensa de terceros y propia, que suspende de suyo el ejercicio del derecho a la resistencia.

Llama la atención que en la aprobada ley orgánica del uso legítimo de la fuerza (2022), se destine un acápite para normar la actuación de las fuerzas del orden en el contexto de protestas pacíficas las que, por definición y ajustándose a los límites constitucionalmente válidos y sobre todo ser reflejo mismo del derecho a la resistencia o desobediencia civil, no debieran ser objeto de atención, cuando de regular el uso de la fuerza se trata.

Por ejemplo, su artículo 23, relativo a la gestión de las reuniones, manifestaciones o protestas sociales pacíficas y uso legítimo de la fuerza,

señala es deber del Estado y de los servidores policiales garantizar y proteger el libre ejercicio de los derechos de reunión, asociación, libertad de expresión, participación y de resistencia de los ciudadanos. El Art. 25 en sus varios numerales, recalca que el uso de la fuerza en contextos de reuniones, manifestaciones o protestas sociales pacíficas es *excepcional* y con el fin de proteger la vida y evitar graves afectaciones a la integridad física o bienes de las personas participantes o no participantes.

En este mismo sentido, se les prohíbe a los agentes del orden el uso de la fuerza potencial e intencionalmente letal, por tanto, las armas de fuego no serán el instrumento idóneo para controlar o gestionar las referidas reuniones y, bajo ningún concepto, podrán emplearse para fines de dispersión. De todos modos, el uso de armas de fuego por parte de los policías en el contexto de estas reuniones será excepcional y se limitará a personas concretas en circunstancias en las que sea estrictamente necesario para hacer frente a una amenaza o peligro inminente de muerte o lesiones graves. Esta disposición es aplicable al uso de munición de metal recubierta de caucho o de impacto cinético.

No dudamos en este punto el lector se pregunte ¿Cuándo es violenta y por tanto ilegítima una protesta?

A nuestro criterio se la evidenciaría cuando sus partícipes, con consciencia y voluntad, adecuan sus acciones u omisiones a uno o varios de los delitos descritos en leyes penales preceptivas, vigentes para todos.

Podría ocurrir que los agresores, para evitar la represión penal, aleguen estar cubiertos por un estado de necesidad que, como sabemos, es una de las causas de exclusión de la antijuridicidad; pero, para aquello ocurra, se deberán cumplir estrictos requisitos, *verbi gratia* que el mal o peligro que se quiere evitar sea real, que para proteger un bien jurídico de mayor valor se menoscaba otro de menor valor y, ante todo, no exista otro medio practicable menos perjudicial que el usado.

Entonces, si estamos ante delitos, es procedente y esperado el Estado actúe a través de las fuerzas del orden, de forma racional, legal y legítima,

por ende, tal como ha considerado el Relator Especial de Naciones Unidas para las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias:

> "El principio de 'protección de la vida' exige que no se utilice intencionalmente la fuerza letal solo para proteger el orden público u otros intereses similares (por ejemplo, no se podrá usar solo para reprimir protestas, detener a un sospechoso de un delito o salvaguardar otros intereses tales como una propiedad). El objetivo principal debe ser salvar una vida (...)
>
> En la práctica, esto significa que solo la protección de la vida puede cumplir el requisito de la proporcionalidad cuando se utiliza una fuerza letal intencionalmente, y solo la protección de la vida puede ser un objetivo legítimo para usar dicha fuerza. No se podrá matar a un ladrón que está huyendo y no supone un peligro inmediato, aunque ello suponga que se escape." (Heyns, 2014, párr. 72)

Es evidente que utilizar la fuerza no tiene una respuesta única y aplicable a todos los casos por igual. Utilizar o no la fuerza significa considerar los riesgos de que la tensión entre protestantes y policía escale. Por este motivo la Corte ha recomendado a los Estados que, para garantizar una mínima y elemental seguridad jurídica, tanto de los protestantes como la policía, se registren reglas claras de cómo, cuándo y cuánto utilizar la fuerza.

Con base a lo dicho, la Corte ha hecho notar la importancia de la implementación del uso de armas no letales, como las balas de goma, armas de electricidad, proyectiles de caucho, entre otras. Sin duda esto conlleva un mayor presupuesto del Estado, que no siempre es posible atender.

Lanza deja constancia que la dispersión o desalojo también podrá ser usada durante ciertas protestas y que, aunque se convertiría en una especie de interferencia al derecho a la resistencia, buscará ante todo garantizar los derechos de las demás personas. De manera textual dice: "Es preciso tolerar que las manifestaciones generen cierto nivel de perturbación de la vida cotidiana, por ejemplo, con relación al tráfico y las actividades comerciales, a fin de no privar de su esencia al derecho de reunión pacífica." (Lanza, 2019, p. 65)

2.3 El uso legítimo de la fuerza como causa de exclusión de antijuridicidad penal

La antijuridicidad es la tercera categoría dogmática de la teoría del delito, que se estudia a través de sus manifestaciones formal y material. La antijuridicidad formal es el mero contraste de la conducta y la tipicidad, es decir, se analiza si existe subsunción perfecta de la acción u omisión al tipo penal. Por otro lado, la antijuridicidad material es el análisis del contenido del injusto, es decir que, ante una colisión de bienes jurídicos protegidos, el legislador nos entrega causas de justificación o de exclusión de la antijuridicidad (que eliminan el desvalor de la conducta) para analizar, en el caso concreto, cual bien prevalecerá.

Hay que resaltar que cuando una persona está cobijada por una causa de justificación, su conducta, aunque se adecua al tipo, está avalada y protegida por el ordenamiento jurídico, *ergo*, es legal, jurídica, legítima, esperada y protegida.

Como bien lo señala el profesor Felipe Rodríguez: "(...) una conducta típica deja de ser antijurídica por una causa de justificación que la convierte en jurídica" en otros términos, aunque se acople perfectamente a la descripción de la ley penal, "no estaremos, frente a un delito." (2019, p. 366)

A través de las causas que excluyen la antijuridicidad de una conducta típica, nuestro ordenamiento jurídico reconoció, hasta la aprobación de la ley orgánica del uso legítimo de la fuerza (2022), a 5 causas justificantes (Art. 30): La legítima defensa propia o de terceros, el estado de necesidad, el cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente, el cumplimiento de un deber legal; y, por la reforma al COIP del 24 de diciembre de 2019 (en plena vigencia desde el 24 de junio del 2020) se agregó (Art. 30.1) al cumplimiento del deber legal de los servidores de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria, estableciendo expresamente que, al repeler agresiones, acatarán los principios para el uso legítimo de la fuerza.

La aprobada ley orgánica del uso de la fuerza agrega una sexta causa de exclusión de la antijuridicidad (Art. 30.2) redactada en los mismos términos que la que permite a policías y guardias penitenciarios actuar, pero cambia

a los sujetos que podrían actuar amparados por el ordenamiento jurídico. Da cubertura de juridicidad a los órganos de seguridad complementaria.

La reforma determina que existe cumplimiento del deber legal cuando un servidor de las entidades complementarias de seguridad ciudadana, al amparo de su misión legal, 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 de estos; 2. Que se de en respuesta a una agresión actual e ilegítima; 3. Necesidad racional de la defensa de la vida propia o de la de terceros; y, 4. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa de un derecho.

Por acto de servicio se entienden las actuaciones previas, simultáneas y posteriores, ejecutadas por el servidor en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, inclusive el desplazamiento del servidor desde su domicilio hasta su lugar de trabajo y viceversa. También se considera acto de servicio cuando la actuación del servidor se realiza fuera del horario de trabajo, en cumplimiento de su misión legal, observando la amenaza o peligro latente, eficacia de la acción y urgencia de protección del bien jurídico.

Si concordamos esta reforma al COIP con el Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, en aplicación de su artículo 218, se reconocen a las entidades complementarias de seguridad de la Función Ejecutiva, así como a las de los Gobiernos Autónomos Descentralizados metropolitanos y municipales.

En el ámbito de la Función Ejecutiva (Art. 257) encontramos al Cuerpo de Vigilancia Aduanera, al Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Ecuador y al Cuerpo de Seguridad y Vigilancia Penitenciaria. De los de los Gobiernos Autónomos Descentralizados municipales y metropolitanos (Art. 267): Los Cuerpos de Control Municipal o Metropolitano, los Cuerpos de Agentes Civiles de Tránsito y los Cuerpos de Bomberos.

Ahora bien, es preciso indicar que muchos pensadores consideran no eran necesarias las reformas de las justificantes exclusivas para las fuer-

zas del orden o de seguridad complementaria, dado que su accionar esperado y legal para repeler agresiones propias o de terceros, ha estado amparado desde siempre por la institución de la legítima defensa.

La legítima defensa existe desde una época primitiva, ya que está relacionada al intrínseco sentimiento de supervivencia de todo ser humano. En el Imperio romano, por ejemplo, se la concibió como la respuesta de una persona ante a una agresión ilegítima por parte de otra que amenazaba su vida, honor o bienes (García, 1980. p. 417). Es más, los romanos consideraron que la legítima defensa nacía del Derecho natural, porque natural del humano es defenderse del peligro; eso sí, no por repeler una agresión, se avalaba exteriorizar actos de venganza o ejercer la vindicta privada.

El concepto de legítima defensa dentro de los Fueros Municipales tomó gran relevancia, ya que las siete partidas determinaron que acabar con la vida de otra persona actuando en legítima defensa era un "homicidio justo". De hecho, se determinó de manera precisa que se debe defender la vida del ataque injusto y actual, premisa que se la reconoce hasta el día de hoy. Jescheck y Weigend la definen como "Aquella que resulta necesaria para repeler por sí mismo o por un tercero un ataque actual y antijurídico" (2002, p. 362).

Rodríguez dice:

> Así la legítima defensa es la legalidad (juridicidad) de repeler una agresión ilegítima, actual o inminente, para salvaguardar un bien jurídico protegido propio o de tercero, esto 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 (2019, p. 378).

El Derecho vigente reconoce a la legítima defensa como una institución jurídica individual, cuyo propósito es la neutralización del agresor. Esto quiere decir que, por naturaleza, se le atribuye a toda persona el derecho de defenderse. Esta perspectiva jurídica individual desarrolla dos aristas que son necesarias para entender su esencia: a) La legítima defensa implica la protección de bienes jurídicos protegidos individuales por sobre un orden público y, b) Busca la proporcionalidad entre la defensa del bien jurídico protegido y los resultados lesivos que pueda causar.

El artículo 33 del COIP condiciona su existencia a través de la comprobación de tres 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.

Desglosando cada uno de estos requerimientos, acudimos nuevamente al pensamiento de Jescheck y Weigend, quienes explican que "(l)a agresión es toda lesión o puesta en peligro que, procedente de una persona, afecta a un interés jurídicamente protegido por el autor o de un tercero" (2002, p. 363). Del mismo modo mencionan que no es necesario que la agresión esté dirigida o intencionada, basta la imprudencia del acto. Además, no solo las acciones pueden causar agresiones, las omisiones también, dado que estamos dejando de lado el deber jurídico de actuación (Ibíd.)

La aprobada ley orgánica que regula el uso legítimo de la fuerza (Art. 5 literal c)) define a la agresión como "Toda acción de una persona o varias personas que, de manera directa o a través de algún medio, produzca o intente causar lesión, daño o muerte". Oportuno señalar que la agresión debe ser actual, creando así una limitación respecto del espacio y tiempo en el que la persona que se defiende o defiende a un tercero. Dicho esto, resultaría inadmisible una legítima defensa preventiva.

Queremos recalcar que desde el nacimiento de la legítima defensa es prohibido ejercer la venganza privada o justicia por mano propia, pues se entiende que la razón de ser de esta es el reflejo natural de defensa ante a una agresión actual e ilegítima; por este motivo, Jescheck y Weigend indican que "La acción defensiva debe responder a una voluntad de defensa. Otros motivos como el odio (o) la indignación (...) también pueden estar presentes sólo si concurre tal voluntad de defenderse." (2002, p. 367)

Como segundo elemento tenemos a la necesidad racional de defensa o también conocido como la racionalidad del medio empleado para repeler la agresión. Este segundo elemento dependerá de las circunstancias fácticas de cada caso o evento; sin embargo, no se puede desconocer la necesidad de causar el menor daño posible al repeler la agresión. Justamente en este punto es que aparece, en el caso de policías y servidores de guardia penitenciaria, el uso racional y progresivo de la fuerza, con sus diferentes niveles.

Entontes, la racionalidad para repeler y neutralizar la agresión dependerá, como lo precisa Rodríguez, así:

> (...) la legítima defensa, por ejemplo, no exige que si se va a repeler una agresión de puños, se use los propios puños para repeler dicha agresión; que si uno va a defenderse de un asaltante con cuchillo, se requiera repeler la agresión con nada mayor que el cuchillo (...) (2019, p. 393).

En este mismo sentido, G. Jakobs recalca que el hecho de que la defensa sea desproporcionada o indeseable, no se convierte en una actuación arbitraria. De hecho, si bien en un inicio se puede utilizar un medio que cause menor daño al agresor, no obliga a la víctima a utilizar primero ese medio. (1997, p. 472). El autor da el siguiente ejemplo: "Quien omite cerrar con llave su casa frente al agresor, no pierde autorización para defenderse después." (1997, p. 473)

Cómo último elemento constitutivo de la legítima defensa tenemos a la falta de provocación por parte de la persona que se defiende o defiende a un tercero, requisito por demás obvio, dado que la naturaleza o esencia de la legítima defensa es una reacción esporádica y espontánea de una persona frente a una agresión ilegítima que ocurre de forma no esperada.

Por ello, una persona que ha atacado ilegítimamente primero a otra no podrá alegar legítima defensa, por el contrario, su conducta se corresponde a una actuación típica, antijurídica y culpable. Jakobs dice al respecto que "(...) la provocación ha de ser un comportamiento completamente imputable, pues de lo contrario la imputación al agresor sería más intensa que la imputación al provocador, de modo que seguiría siendo adecuada la legítima defensa (...)" (1997, p. 486).

2.4 Uso legítimo de la fuerza en el contexto del paro nacional de junio del 2022

Hemos cubierto hasta este punto los aspectos teóricos-dogmáticos más relevantes del uso racional de la fuerza que, a nuestro criterio, siempre han formado parte de la naturaleza y finalidad de la legítima defensa pro-

pia o de terceros y, si bien nuestro legislador decidió delimitarlo como el cumplimiento del deber legal de policías, guardias de seguridad pertinencia y, desde el 22 de agosto del 2002, agrega a las entidades complementarias de seguridad ciudadana, confluyen en el mismo escenario: Hay una actual agresión ilegítima no provocada y, para repelerla o neutralizarla, se reaccionará de forma racional. Lo que prima es la protección de bienes jurídicos ante su afectación o riesgo inminente.

Centradas en el paro nacional de junio del 2022 y apreciar si se cumplió o no con lo establecido en la normativa y la dogmática penal, es menester analizar casos concretos que nos permitan establecer si el comportamiento de la fuerza pública se enmarcó dentro de los parámetros justificantes.

Advertimos al lector que desde el 13 hasta el 30 de junio se registraron 5.251 eventos de alteración pública a escala nacional y, hasta la fecha, no existe información completa y oficial sobre todos los incidentes suscitados. Por lo dicho, hemos decidido escoger y centrarnos en 8 casos, de los cuales haremos un filtraje de principios, con el propósito de avalar o no lo el uso de la fuerza por parte de los agentes de la policía nacional y, por la declaratoria de estado de excepción, de las fuerzas armadas.

Si tomamos las reglas y principios de la ley orgánica que regula el uso legítimo de la fuerza publicada el 22 de agosto del 2022, a pesar de no estar vigente cuando se dieron los acontecimientos, sí nos permite tener claridad en lo que se espera de un agente de la fuerza pública cuando personas rebasan el límite del derecho a la resistencia, *ergo*, está ante conductas con caracteres de delito. Expectativa de reacción y neutralización que, dicho sea de paso, coincide con las regulaciones generales del Código Orgánico Integral Penal.

Como se ha señalado, este análisis comparativo pretende determinar si el estándar que establece la nueva ley orgánica (y *grosso modo* el COIP) puede someterse, sin dificultades, a un proceso de contraste fáctico; en suma, concluir si el comportamiento de servidores de la fuerza pública estuvo, está o estará amparado por el ordenamiento jurídico.

En términos generales, pensemos en los principios de legalidad y absoluta necesidad. La fuerza pública actuó, durante el paro nacional de junio del 2022, en virtud de sus potestades constitucionales y legales. La necesidad del uso de la fuerza, por la naturaleza e intensidad de algunas protestas violentas, se tornó innegable. Qué decir cuando, sin uso de fuerza, detuvieron a personas en delito flagrante y las pusieron a órdenes de las autoridades de justicia.

En el siguiente cuadro detallamos 8 eventos y los contrastamos con otros de los principios establecidos en la ley orgánica que regula el uso legítimo de la fuerza; principios de los que recalcamos no están descartados al efectuar una interpretación sistemática del artículo 30.1 del COIP:

Eventos	Proporcionalidad	Precaución	Humanidad
14 de junio del 2022 **Quema de patrullero afuera de la Unidad de Flagrancia de Quito.** La tarde del 14 de junio del 2022, personas que protestaban en el marco del paro nacional, quemaron un patrullero que estaba estacionado delante de la Unidad de Flagrancia. Primero lo pintaron y rompieron el parabrisas; a la par, otro grupo incitaba para que continuara la destrucción. De un momento a otro, alguien le **prendió fuego** y el auto empezó a arder. La policía no estuvo en el momento del hecho; sin embargo, ejerciendo sus atribuciones ante delitos flagrantes, logró capturar a los infractores y los puso a órdenes de la autoridad competente.	Ok	Ok	Ok
14 de junio del 2022, 23:00 **Se impide toma del campo petrolero Limoncocha** Un grupo de manifestantes intentaron tomarse por la fuerza las	Ok	Ok	Ok

instalaciones del campo petrolero Limoncocha, en el Bloque 15, en Sucumbíos. Usaron piedras, lanzas y bombas molotov en contra de varios militares. Resultado: Se repelió a los manifestantes, se tomó control de la zona y varios militares heridos fueron llevados para recibir atención médica.			
19 de junio del 2022 **Personas fallecen por bloqueos viales y ataques a ambulancias** El Ministerio de Salud reportó 11 incidentes por bloqueos o agresiones a ambulancias. El domingo 19 de junio fallece un paciente trasladado de Esmeraldas a Quito, dado que, a la altura de Calacalí, manifestantes obstaculizaron el paso de la ambulancia. El mismo domingo, una ambulancia de Shushufindi (Sucumbíos), que trasladaba a una persona intoxicada con productos químicos, no logró avanzar, debido a que el paso estaba bloqueado. Aunque la fuerza pública no intervino (no pudo llegar a tiempo) de hacerlo, bien podía repelar a quienes impedían cumplir la misión de socorro de emergencia al personal sanitario.	Ok	Ok	Ok
21 de junio de 2022. **Muerte de Byron Guatatoca**. Byron Guatatoca murió en medio de enfrentamientos entre manifestantes, militares y policías en la ciudad de Puyo, provincia de Pastaza. Este es uno de los casos más delicados y del que se esperan	Por determinarse	Por determinarse	Por determinarse

resultados en las varias instancias investigativas y judiciales, dado que inicialmente la Policía indicó Guatatoca murió a consecuencia de la manipulación de un artefacto explosivo; sin embargo, testigos se centran en la hipótesis de que la causa de muerte se debió al impacto de una bomba lacrimógena en su cabeza.			
23 de junio del 2022 **Muerte de Franco Iñiguez** Franco Íñiguez falleció en el onceavo día del paro nacional en Quito. Su muerte se dio después de que un grupo de manifestantes atacaron un convoy que transportaba alimentos, medicinas y combustibles. El enfrentamiento se dio entre los manifestantes y militares, dejando 17 militares heridos y 1 fallecido, Franco.	Ok	Ok	Ok
24 de junio de 2022 **Desalojo de la Casa de la Cultura en Quito**. Se reportaron varios heridos por el lanzamiento de adoquines por parte de ciertos manifestantes, en adición, se constató el uso de armas de fuego caseras en contra de los agentes del orden. La Policía Nacional repele a los manifestantes con gas lacrimógeno.	Ok	Ok	Ok
28 de junio del 2022 **Muerte del Sargento José Chimarro** El Sargento José Chimarro falleció el 28 de junio de 2022 en	Ok	Ok	Ok

Shushufindi, Sucumbíos. Su muerte se dio como resultado del ataque de 100 manifestantes a un convoy militar que transportaba gasolina al bloque del Yasuní ITT. Los manifestantes portaban armas de fuego y lanzas, inclusive se dio un cruce de fuego con los compañeros de Chimarro.			
30 de junio del 2022 **Manifestantes de Imbabura prohíben paso a ambulancia y agreden al personal médico (traslados deben darse por helicóptero)** Manifestantes no permiten la circulación de ambulancias. Desinflan los neumáticos de los vehículos de socorro e intimidan a médicos y paramédicos. Solo por citar uno de los casos, el 30 de junio un niño de nacionalidad awá (con meningitis bacteriana) tuvo que ser movilizado desde Ibarra vía área a Quito, ante la imposibilidad de trasladarlo vía terrestre. El gobernador de Imbabura reportó que protestantes ingresaron al área donde estaba el niño y luego intimidaron al personal sanitario. La fuerza pública no usó la fuerza, por el contrario, junto a grupos de socorro, se enfocó en la ayuda de traslado de pacientes. De haber actuado, procedía su actuar, dentro de los márgenes de racionalidad y, ante todo, repeler la paralización del servicio público de salud que ponía en riesgo la vida de viarias personas.	Ok	Ok	Ok

El análisis comparativo efectuado permite concluir que, en el curso del paro nacional de junio del 2022, ciertos eventos, claramente lesivos y que podrían subsumirse en tipos penales contemplados en el COIP, requirieron de la acción de la fuerza pública. Los principios de proporcionalidad, precaución y humanidad fueron cumplidos en la mayoría de los casos. Su aplicabilidad es clara y permite hacer un análisis fáctico sin mayor ambigüedad.

Por todo lo contenido en este aporte académico, podemos afirmar que el uso legítimo, legal y racional de la fuerza no solo debe existir y aplicarse, sino que está amparado por del ordenamiento jurídico. Es una causa de justificación o exclusión de la antijuridicidad de la conducta. A pesar de lo dicho, es imposible establecer reglas idénticas para todos los casos, ya que cada situación es única.

Instamos a las autoridades que lo antes posible y de la mejor manera posible, capaciten a la fuerza pública en su uso, y a la ciudadanía, en los límites que existen al derecho a la resistencia o ejercicio de la desobediencia civil. Ambas instituciones no se oponen, se complementan.

No podemos terminar sin indicar que, ante un exceso en el uso de la fuerza, cabe la aplicación del Art. 31 del COIP (exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad) y, en eventos en los cuales no es un mero exceso sino una dolosa extralimitación en la ejecución o cumplimiento de un acto de servicio, el tipo penal del Art. 293 es el que deberá ser analizado por los órganos de justicia penal.

III. Conclusiones

1. El término "*desobediencia civil*", no siempre conocido, ha intentado ser explicado como una de las más claras expresiones del derecho a la resistencia. Pensemos que, en toda época, ante un poder despótico o normas que no respetan el más elemental sentido de justicia, la reacción humana más sensata ha sido y será la oposición, la resistencia a lo injusto.

2. En la actualidad, consideramos que la desobediencia civil se ha institucionalizado como una herramienta de ayuda para la profundi-

zación del régimen democrático; por tal razón, el derecho a la resistencia en Ecuador (Art. 98 de la Constitución) se entiende como una institucionalización de la misma, que, como otros derechos, debe ejercerse de manera conjunta e interdependiente con los derechos de libertad de expresión, libre asociación y reunión.

3. Hay que tener en cuenta que, aunque hay dos formas de desobediencia, el derecho constitucional a la resistencia puede ser rubricado como un tipo o modo de resistencia "pasiva", direccionada al cambio de una ley o actuación injusta del Estado. Lo ejercen personas con un fuerte compromiso social y que, sobre todo, defienden legítimamente una posición razonable, de ahí que lo ideal es que su despliegue sea de modo pacífico, dado que *la protesta que inicia debe ser proporcionada a la injusticia que se pretende evitar.*

4. El derecho a la resistencia no es ilimitado. Los derechos fundamentales, en términos generales, se hallan sometidos a límites, aunque solo sea por su necesidad de articulación con los derechos de los demás.

5. Si se sobrepasan los límites en cuanto al ejercicio de este derecho, la acción no estará amparada por el principio de juridicidad, convirtiéndose una conducta con caracteres de delito y, como consecuencia, corresponderá, después del respectivo proceso, aplicar la pena a sus responsables. Se debe recordar que nuestra historia no ha estado exenta de confusiones entre estos dos escenarios. Se ha olvidado que el sentido, contenido y alcance de la desobediencia civil o derecho a la resistencia, es *el reconocimiento de nuevos derechos o la mejora de los ya existentes.*

6. Respecto a la protesta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que el derecho a manifestar inconformidad contra alguna acción o decisión estatal, está protegido por el derecho de reunión, consagrado en el artículo 15 de la Convención Americana, que reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas y abarca tanto reuniones privadas como aquellas en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos (Corte IDH, Serie C No. 371).

7. Se ha podido concluir que la desobediencia civil es legítima cuando es no violenta. Algunos ejemplos que pueden ser señalados son el de Henry David Thoreau, cuando se negó a pagar un impuesto que iba a ser utilizado para una guerra que consideraba injusta; Mohandas Gandhi, para impulsar mediante manifestaciones pacíficas un movimiento frente al colonialismo británico; Martin Luther King, quien organizó, de manera pacífica, un movimiento colectivo para pronunciarse en contra de las políticas segregacionistas en Estados Unidos.

8. ¿Qué ocurre cuando una manifestación en contra de una decisión vulneradora de derechos es no pacífica? Consideramos que, si va en contra de derechos de terceros o contra particulares en relaciones de no subordinación, se desnaturalizaría el componente altruista que acompaña al derecho a resistir. Dicho de otro modo, si la misma no tiene cobertura con el principio de proporcionalidad de la desobediencia civil, los actos dejarían de estar amparados por el derecho constitucional a la resistencia y las actuaciones se convierten en delitos. No estarían justificadas ni amparadas acciones como robos, hurtos, destrucción de la propiedad ajena, lesiones, impedir el paso de ambulancias con enfermos y heridos, entre otros.

9. Si existe el cometimiento de un delito en el contexto de una manifestación, la fuerza pública, en aras de proteger derechos de terceros y propios, debe identificar a las personas que perpetran actos lesivos y actuar mediante el uso progresivo y legítimo de la fuerza.

10. Nuestra Constitución establece entre los deberes primordiales del Estado, garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción. En este mismo sentido, la Ley de seguridad pública y del Estado, determina que la seguridad ciudadana debe ser asumida como una política de Estado, destinada a fortalecer y modernizar los mecanismos que garanticen los derechos humanos.

11. Es el Estado el único que detenta el monopolio de la fuerza y, lo ejerce, mediante los cuerpos del orden. La Constitución precisa que la Policía Nacional es el órgano que tiene la misión de atender

la seguridad ciudadana y el orden público, así como proteger el libre ejercicio de los derechos y seguridad de las personas dentro del territorio nacional; sin embargo, consideramos que cuando haga uso de la fuerza, no significa que puede, sin justa causa, violentar derechos, mucho menos traspasar la línea de la legalidad.

12. En el ámbito internacional se han establecido varios principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley. Estas directrices convergen en la idea de que cuando las fuerzas del orden actúan, usarán -en la medida de lo posible- medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Y, cuando el uso de las armas de fuego sea inevitable, actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo y legal que persigan. Por tanto, no será viable extralimitar la fuerza, sin causa legal.

13. Por el principio de necesidad, la fuerza pública deberá estar capacitada para saber en qué medida y cómo proceder ante una agresión o ataque a bienes jurídicos. Este tema, deberá ser analizado en un contexto fáctico específico y perfectamente delimitado. Reglas cerradas o taxativas, de aplicación a todos los eventos, serían inaplicables. Cada actuación es única, el nivel de riesgo solamente puede ser medido en el instante mismo de la respuesta policial.

14. La aprobada ley orgánica de uso legítimo de la fuerza, además de describir los niveles de su uso legítimo, detalla, junto a los principios de legalidad y de absoluta necesidad, entre otros, a la proporcionalidad, la debida precaución y el principio de humanidad; este último, para diferenciar entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas que no presentan ese riesgo, y usar la fuerza potencial o intencionalmente letal solamente contra las primeras.

15. Llama la atención que, en la aprobada ley orgánica del uso legítimo de la fuerza, se destine un acápite para normar la actuación de las fuerzas del orden en el contexto de protestas pacíficas, las que, por definición y ajustándose a los límites constitucionalmente válidos

y sobre todo ser reflejo del derecho a la resistencia o desobediencia civil, no debieran ser objeto de atención, cuando de regular el uso de la fuerza se trata.

16. *Grosso modo*, la nueva ley establece que el Estado y los servidores policiales garantizarán y protegerán el libre ejercicio de los derechos de reunión, asociación, libertad de expresión, participación y de resistencia. Entonces, el uso de la fuerza en contextos de reuniones, manifestaciones o protestas pacíficas será excepcional y solo con la finalidad de proteger la vida y evitar graves afectaciones a la integridad física o bienes de las personas participantes o no participantes. Para avalar el uso de la fuerza en protestas, la clave será identificar cuándo aquellas o las acciones de sus participes dejan de ser legítimas, y por ende, como se ha mencionado anteriormente, dejan de estar emparadas por el derecho a la resistencia.

17. Hacemos notar que, cuando se usa racionalmente la fuerza ante agresiones no provocadas, la conducta del agente se enmarca en lo que se conoce como una causa que excluye la antijuridicidad, es decir, su proceder no solo es legítimo y correcto, sino que está amparado por el ordenamiento jurídico y que, a nuestro criterio, desde siempre ha contado con la cobertura de la conocida como legítima a defensa propia o de terceros (Art. 33 del COIP).

18. La legítima defensa existe desde la época primitiva, está relacionada al intrínseco sentimiento de supervivencia de todo ser humano. Hay quienes incluso la consideran inherente al Derecho natural, porque es natural del humano defenderse del peligro; eso sí, no por repeler una agresión, se avala la venganza privada o la justicia por mano propia. Lo que se busca con ella es, básicamente, neutralizar la agresión o ataque.

19. Por lo dicho, quizá no era necesaria la reforma al COIP del 24 de diciembre de 2019 (en plena vigencia desde el 24 de junio del 2020) que agregó el artículo 30.1, relativo a lo que se espera del cumplimiento del deber legal de los servidores de la Policía Nacional y guardias de seguridad penitenciaria. Esta norma, al desarrollar lo

relativo a la racionalidad del medio empleado para repelar la agresión de la legitima defensa general, la asimila a los principios para el uso legítimo de la fuerza. Obviamente los que la aplican son los funcionarios antes indicados y durante sus actos de servicio.

20. Debemos indicar que la aprobada ley orgánica del uso de la fuerza agrega una causa de exclusión de la antijuridicidad adicional (Art. 30.2) redactada prácticamente en los mismos términos que la que permite a policías y guardias penitenciarios actuar, cambia a los sujetos que podrían actuar amparados por el ordenamiento jurídico. Da cubertura de juridicidad a los órganos de seguridad complementaria.

21. Si nos centramos en ciertos eventos del paro nacional de junio del 2022, hemos intentado validar algunos aspectos. Primero, si ciertas protestas se enmarcaron o no en el sentido, contenido y alcance del derecho a la resistencia o desobediencia civil; segundo, de rebasar el límite, si el comportamiento o accionar de la fuerza pública estuvo o no amparado por la causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad, por ende, fue legal la fuerza usada para repeler a los agresores.

22. De los casos (no cubiertos por la desobediencia civil) concluimos que los principios de legalidad y necesidad se cumplieron, ya que la fuerza pública actuó en virtud de sus potestades constitucionales y legales. La necesidad del uso de la fuerza, por la naturaleza e intensidad de algunas protestas violentas, se tornó innegable. Qué decir cuando, sin uso de la fuerza, los agentes detuvieron a personas en delito flagrante y las pusieron a órdenes de las autoridades de justicia.

23. Este aporte académico confluye y valida la premisa de que, en el curso del paro nacional de junio del 2022, ciertos eventos, claramente lesivos/ofensivos y que podrían subsumirse en tipos penales contemplados en el COIP, requirieron de la acción de la fuerza pública. Los principios de proporcionalidad, precaución y humanidad fueron cumplidos la mayoría de veces. Su aplicabilidad fue clara y permitió hacer un análisis fáctico sin mayor ambigüedad.

IV. Bibliografía general

4.1 Doctrina

Aguiar de Luque, L. (1993). *LOS LIMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1051173.pdf.

Araujo, M. (2005). *La Desobediencia Civil Análisis Político y Penal: caso ETA*. 1ª. edición. Quito, Ecuador: Cevallos Librería Jurídica.

Carvajal, P. (1992*). DERECHO DE RESISTENCIA, DERECHO A LA REVOLUCIÓN, DESOBEDIENCIA CIVIL. Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y de la ciencia política en la temprana Edad Moderna (I)*. Recuperado de https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/47029/28511.

Cordero, D. (2013). El derecho a la resistencia y la criminalización de la defensa de los derechos humanos y la naturaleza. (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3706/1/T1264-MDE-Cordero-El%20derecho.pdf.

Falcón y Tella, M. (2004). *El ciudadano frente a la ley*. 1ª. edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ciudad Argentina.

Fontaine, G. (2007). *Verde y negro: ecologismo y conflictos por petróleo en el Ecuador*. Recuperado de: https://www.flacsoandes.edu.ec/web/imagesFTP/8683.11._Verde_y_Negro__ecologismo_y_conflictos_en_el_Ecuador.pdf.

García, JM. (1980). La legítima defensa en el derecho castellano de los siglos XVI a XVIII. *Dialnet*. Recuperado de: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=134521.

Gómez, J. (Ed.). (2014). *Legalidad y legitimidad en el Estado Contemporáneo*. Madrid, España: Dykinson.

Guato, E. y Fernández, G. (2020). *El derecho a la resistencia y la vulneración de los derechos constitucionales*. Recuperado de: https://scholar.archive.org/work/

ytw6v2hbf5fp7jxvkflnzve4u4/access/wayback/http://www.journalprosciences.com/index.php/ps/article/download/323/399.

Heinrich, H, Jescheck y Weigend, T. *Tratado de derecho penal.* (Traducido al idioma español). Granada, España: Editorial Comares.

Hernández, M. (2012). *EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA RESISTENCIA ¿REALIDAD O UTOPÍA?* 1ª. edición. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).

Hidalgo, G. (2019). EL DERECHO DE RESISTENCIA Práctica de la acción resistente en Ecuador y sus límites conceptuales. 1ª. edición. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).

Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general fundamentos y teoría de la imputación*. (Traducido al idioma español. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A.

Kynku, marketing social. (2020). *100 MUJERES de Nuestra Historia Ecuador*. 1ª. edición. Cuenca, Ecuador: Kynku, marketing social.

Lanza, E. (septiembre de 2019). Relatoría Especial para la libertad de expresión. *Protesta y derechos humanos,* volumen (2) (pp. 14 - 43). Recuperado de https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf.

Navarro, F. (1990). *Desobediencia civil y sociedad democrática*. Recuperado de https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=XYVyPx_de7EC&oi=fnd&pg=PA5&dq=desobediencia+civil+y+derecho+a+la+resistencia&ots=aWYenZc54q&sig=4fCOrBSuTAkrwpPIBzT9ebkXLpQ#v=onepage&q=%2Bderecho%2Ba%2Bla%2Bresistencia&f=false.

Panchi, D. (2020). Aportes de Matilde Hidalgo de Prócel a las reivindicaciones de las mujeres del Ecuador. (Trabajo de grado, Universidad Central del Ecuador). Recuperado de http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/23117/1/UCE-FIL-PANCHI%20DAYSI.pdf.

Peces-Barba, G. (1998). *Desobediencia civil y objeción de conciencia*. Recuperado de: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10385/desobediencia_Peces_ADH_19881989.pdf

Rodríguez, F. (2019). Causas de justificación. En R. Cevallos Añasco. *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II* (pp. 365 - 395). Quito, Ecuador.

Sánchez, A. (2009). *El proceso organizativo afroecuatoriano 1979-2009*. (Tesis doctoral, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO-Ecuador). Recuperado de https://www.repositoriointerculturalidad.ec/jspui/bitstream/123456789/3559/2/TFLACSO-2009JAS.pdf.

Sánchez-Parga, J. (2010). *El movimiento indígena ecuatoriano*. 2ª. edición. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala.

Tamayo, E. (1996). *La riqueza de la diversidad*. Quito, Ecuador: Agencia Latinoamericana de Información

Verdesoto, L., Chiriboga, M., León, J., Pérez, J., Pachano, S., Prieto, M. y Unda, M. (1986). *Movimientos Sociales en el Ecuador*. Quito, Ecuador: CLACSO.

4.2 Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Zambrano Vélez y otros vs Ecuador. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 83.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 171 y 175.

4.3 Normativa

Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). Paris. Recuperado de: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-right.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público. (21 de junio de 2017). RO: 19.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. (10 de febrero de 2014). RO: 180.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley de Seguridad Pública y del Estado. (28 de septiembre de 2009). RO: 35.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (22 de octubre de 2019). [Ley 0]. RO. 52.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica que regula el uso legítimo de la fuerza. (22 de agosto de 2022). RO: 131.

Constitución del Ecuador (Const). (2008). Artículo 3. (Título I). Recuperado de: https://fielweb.puce.elogim.com/Index.aspx?rn=68989&nid=1#norma/1.

Constitución del Ecuador (Const). (2008). Artículo 10. (Título II). Recuperado de: https://fielweb.puce.elogim.com/Index.aspx?rn=68989&nid=1#norma/1.

Constitución del Ecuador (Const). (2008). Artículo 66. (Título II). Recuperado de: https://fielweb.puce.elogim.com/Index.aspx?rn=68989&nid=1#norma/1.

Constitución del Ecuador (Const). (2008). Artículo 98. (Título IV). Recuperado de: https://fielweb.puce.elogim.com/Index.aspx?rn=68989&nid=1#norma/1.

Constitución del Ecuador (Const). (2008). Artículo 163. (Título IV). Recuperado de: https://fielweb.puce.elogim.com/Index.aspx?rn=68989&nid=1#norma/1.

Constitución del Ecuador (Const). (2008). Artículo 425. (Título IX). Recuperado de: https://fielweb.puce.elogim.com/Index.aspx?rn=6889&nid=1#norma/1.

Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana Sobre Derechos Humanos (B-32). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

4.4 Material digital

Briceño, L. (31 de enero de 2022). ¿Quién fue Isabel Robalino, la defensora de los derechos humanos y laborales? *GK*. Recuperado de https://gk.city/2022/01/31/quien-fue-isabel-robalino-bolle/.

CNDH México. (s.f.). *Fallece Tránsito Amaguaña Defensora de los indígenas ecuatorianos y activista comunitaria*. CNDH México. Recuperado de https://www.cndh.org.mx/noticia/fallece-transito-amaguana-defensora-de-los-indigenas-ecuatorianos-y-activista-comunitaria.

Colombia Informa. (23 de noviembre de 2018). *Manuela Sáenz: La Libertadora feminista*. Colombia Informa. Recuperado de https://www.colombiainforma.info/manuela-saenz-la-libertadora-feminista/.

El Comercio. (24 de junio de 2022). Conozca los ocho momentos más violentos del paro nacional. *El Comercio*. Recuperado de: https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/momento-mas-violentos-paro-nacional.html.

El Comercio. (30 de junio de 2022). Detenidos, heridos, fallecidos: Las cifras que dejó el paro nacional en Ecuador. *El Comercio*. Recuperado de: https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/cifras-que-dejo-el-paro-nacional-en-ecuador.html.

El Comercio. (25 de junio de 2022). Afectaciones en Ecuador por las protestas de 2022 superan las de 2019. *El Comercio*. Recuperado de: https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/afectaciones-protestas-2022-ecuador-superan-octubre-2019.html.

El Comercio. (24 de junio de 2022). Una mujer se queda sin su kiosco, destruido en jornada de protesta. *El Comercio*. Recuperado de: https://www.elcomercio.com/actualidad/quito/mujer-kiosko-destruido-jornada-protesta.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=photopost&fbclid=IwAR3-oM07sL7j6aJ64T70YEzU-m-jikohoGg4LY1tWILX7K-6tUCX2517M3cE.

El Universo. (28 de junio de 2022). Producción petrolera del Ecuador se paralizaría totalmente este martes, 28 de junio, a consecuencia del paro y toma de pozos. *El Universo*. Recuperado de: https://www.eluniverso.com/noticias/economia/produccion-petrolera-del-ecuador-se-pararia-totalmente-hoy-a-consecuencia-del-paro-y-toma-de-pozos-nota/.

foros ecuador.ec. (11 de julio de 2019). *17 mujeres Importantes en la Historia del Ecuador: Artistas, líderes, pintoras*. foros ecuador.ec. Recuperado de: http://www.forosecuador.ec/forum/ecuador/educaci%C3%B3n-y-cien-

cia/190991-17-mujeres-importantes-en-la-historia-del-ecuador-artistas-l%-C3%ADderes-pintoras.

Human Rights Internacional [@Human Rights Internacional - HRI]. (24 de junio de 2022). *Las Manifestaciones en #Ecuador, están tomando un rumbo diferente al de la lucha. pacifica y la reivindicacion de los derechos* [Tweet]. Twitter. Recuperado de: https://twitter.com/HRI_ONG/status/1540265677067542528.

Ministerio de Cultura y Patrimonio. (s.f.). Dolores Veintimilla. Obtenido de Ministerio de Cultura y Patrimonio: https://www.culturaypatrimonio.gob.ec/dolores-veintimilla/.

Ministerio de Salud Pública. (21 de junio de 2022). *Dos fallecidos por obstaculización de vías debido a movilizaciones*. Ministerio de Salud Pública. Recuperado de: https://www.salud.gob.ec/dos-fallecidos-por-obstaculizacion-de-vias-debido-movilizaciones/.

Montaño, D. (26 de junio de 2022). Estas son las víctimas del paro nacional de 2022. *GK*. Recuperado de: https://gk.city/2022/06/26/estas-son-victimas-paro-nacional-2022/.

Moscoso, N., & Borja, M. (21 de junio de 2022). Entre bombos y escudos: la protesta por la Casa de la Cultura. *GK*. Recuperado de: https://gk.city/2022/06/21/manifestacion-casa-cultura-quito-fotografias-paro-nacional/.

Municipio de Loja. (s.f.). *MATILDE HIDALGO DE PROCEL (1889-1974)*. Municipio de Loja. Recuperado de: https://www.loja.gob.ec/contenido/matilde-hidalgo-de-procel-1889-1974.

Primicias. (20 de junio de 2022). Efectos del paro: escasez de productos y aumento de precios. *Primicias*. Recuperado de: https://www.primicias.ec/noticias/economia/efectos-paro-escasez-productos-aumento-precios-ecuador/.

Primicias. (24 de junio de 2022). Una séptima víctima del paro se confirma más de un mes después. *Primicias*. Recuperado de: https://www.primicias.ec/noticias/politica/dias-paro-nacional-cinco-muertes-dudas/.

Roa, S. (4 de julio de 2022). Impacto económico del paro nacional lo sentirán los más pobres. *GK*. Recuperado de: https://gk.city/2022/07/04/impacto-economico-paro-nacional-junio-2022-mas-pobres-mas-afectados/.

Vive! (8 de marzo de 2017). *Mujeres que marcaron la historia del Ecuador*. Vive!. Recuperado de: https://revistavive.com/mujeres-marcaron-la-historia-ecuador/.

El Universo (21 junio 2022). Fallecidos por no paso de ambulancias. Recuperado de: https://www.eluniverso.com/noticias/ecuador/dos-personas-han-fallecido-porque-ambulancias-no-pudieron-pasar-por-bloqueos-viales-segun-ministerio-de-salud-nota/

Primicias (15 junio 2022). Militares heridos en bloque petrolero. Recuperado de: https://www.primicias.ec/noticias/economia/militares-heridos-bloque-petrolero-ecuador-paro/

Expreso (15 de junio 2022). Patrullero quemado por manifestantes. Recuperado de: https://www.expreso.ec/quito/patrullero-policia-quemado-manifestantes-129498.html

El Universo (21 de junio 2022). Personas fallecen por bloqueos de vías en Imbabura. Recuperado de: https://www.eluniverso.com/noticias/ecuador/dos-personas-han-fallecido-porque-ambulancias-no-pudieron-pasar-por-bloqueos-viales-segun-ministerio-de-salud-nota/?modulo=interstitial_link&seccion=Noticias&subseccion=Ecuador&origen=/noticias/ecuador/manifestantes-de-imbabura-prohiben-el-paso-de-ambulancias-y-arremeten-contra-el-personal-medico-pacientes-en-estado-critico-son-sacados-en-helicoptero-nota/

FEXLAW
ABOGADOS

IMPLACABLE ● GLOBAL ● ROTUNDO

Firma de abogados altamente especializados, local e internacionalmente, en servicios jurídicos de excelencia.

Quito
+593 2-452-7300
+593 2-478-9015
Guayaquil
+593 4-460-5385
Bogotá
+57 300 3924025

FEXLAW
@fexlaw
@Fexlaw
@FexlawGlobal

www.fexlaw.com
info.ecuador@fexlaw.com
info.colombia@fexlaw.com

CEVALLOS & NOBOA

Estudio Jurídico

Especialistas en Derecho TRIBUTARIO y SANITARIO

Más información:

www.cevallosnoboa.com

+ (593) 2 512 -3072 / +(593) 95 9604926

Irlanda E10-16 y Av. República del El Salvador. Edf. Siglo XXI. Oficina 2W.

/cevallosnoboaabogados

Cevallos & Noboa

La citación como una traba para el procedimiento judicial y sus violaciones a los principios fundamentales

The citation as a hindrance to the judicial procedure and its violations of the fundamental principles

Iván Rodrigo Ávalos Barreno[*]
Investigador jurídico independiente

Información del artículo
Original – Ruptura, 2022
Artículo recibido / Received: 27 de julio de 2022
Artículo aceptado / Accepted: 23 de enero de 2023

Citación
Ávalos, I. (2022). *La citación como una traba para el procedimiento judicial y sus violaciones a los principios fundamentales.* Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2022, p. (171-193

DOI:10.26807/rr.v4i4.104

Resumen: Indudablemente uno de los elementos o pasos que conforman el vertiginoso proceso judicial que más inconvenientes causa es la engorrosa citación, pues es de conocimiento general para los abogados litigantes que en ella no es descabellado tardar meses o inclusive años para su cumplimiento, viéndose obligado el interesado en asumir costos y cargas que deberían ser contraídas por el Estado. El desarrollo de todo proceso en el que se resuelven las contiendas jurídicas suscitadas entre las partes merece obligatoriamente la observancia y aplicación de principios elementales del derecho mismos que se encuentran consagrados en la Constitución, entre ellos tenemos a la celeridad, la economía procesal

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato, Magister en Argumentación Jurídica y Litigación Oral Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato, Socio en el Estudio Jurídico Montero Riofrío Riobamba-Ecuador, ivanro41@hotmail.com.

y la gratuidad en el acceso a la justicia; el artículo analiza si la citación contenida en el COGEP violenta aquellos principios fundamentales, partiendo de elementos doctrinales y principios del derecho para aplicarlos en forma particular a la citación. La conclusión principal es que la citación viola derechos y principios elementales, produciendo así un total perjuicio a las partes procesales.

Palabras clave: Citación; proceso judicial; solemnidades procesales; litigio.

Abstract: *Undoubtedly one of the elements or steps that make up the dizzying judicial process that causes the most inconvenience is the cumbersome citation, since it is common knowledge among litigants that it is not unreasonable to take months or even years to comply with it, forcing the interested party to assume costs and burdens that should be incurred by the State. The development of any process in which the legal disputes between the parties are resolved necessarily deserves the observance and application of elementary principles of law which are enshrined in the Constitution, among them we have the speed, procedural economy and free access to justice; the article analyzes whether the citation contained in the COGEP violates those fundamental principles, using the theoretical deductive method based on doctrinal elements and principles of law to apply them in particular to the citation. The main conclusion is that the citation violates elementary rights and principles, thus producing a total prejudice to the procedural parties.*

Keywords: *Citation; judicial process; procedural formalities; litigation.*

Introducción

Diversos son los inconvenientes que suscitan en el conglomerado social, pues es imposible que en un grupo de personas por pequeño que este sea exista un pensamiento uniforme y reglado, de tal manera que se proscriban los problemas, peor aún en grandes ciudades en donde coexiste un gran número de habitantes, lugar en el cual, dadas las necesarias diferencias naturales entre las personas, así como también por distintas circunstancias los contratiempos están a la orden del día.

La gran mayoría de aquellos problemas latentes en la sociedad son resueltos de modo que el Estado no tiene necesidad alguna de intervenir, pues son las propias personas quienes dan salida a los mismos, pero existen ciertos embrollos de índole jurídico en los que debido a su dificultad o por mandato legal necesariamente deben ser decididos por medio del Estado, es decir a través del aparataje jurídico creado para tal efecto.

El inicio de una controversia en el ámbito jurídico en materiales no penales se da por medio de la demanda, misma que es considerada como aquella forma mediante la cual es posible poner en funcionamiento al aparato judicial (Gozaíni, 2005). Momento en el cual el derecho de acción está siendo puesto en práctica. Una vez que aquella demanda es calificada por parte del Juez, en consonancia con las garantías y solemnidades fundamentales presentes en todos los procesos es momento de garantizar el derecho de contradicción, para lo cual se hace indispensable la citación.

La citación doctrinariamente es entendida como aquella "notificación judicial para que una persona comparezca ante el juez o un tribunal. Dar a conocer mediante actuario judicial la demanda presentada contra alguien, para que la conteste allanándose o presentando sus excepciones" (Larrea Holguín, 2005, p. 122). Dicho de otro modo, la citación se convierte en aquella herramienta fundamental por medio de la cual se le advierte al demandado que se ha iniciado un proceso en su contra, garantizando así varios derechos como el de la defensa.

En la práctica jurídica ecuatoriana la citación genera una serie de inconvenientes los cuales provocan que el proceso al ser "el mecanismo idóneo para la resolución de conflictos de la población" (Cordero, 2011, p. 40) tenga una demora injustificada, en tanto que es necesario que una vez que la demanda haya sido calificada por el juzgador se obtengan copias suficientes de todo el expediente, pues estas serán las que se entreguen al demandado. Obtener dichas copias del expediente es ya un trámite que tiene sus días y hasta semanas de demora, a más de que es necesario que el interesado cubra el costo de las mismas ya que el Estado se desentiende de esta responsabilidad.

Lo mencionado consta tanto en la Resolución 300-2015 así como también en la Resolución 061-2020 del pleno del Consejo de la Judicatura,

las cuales incluso en el artículo 8 y 5 respectivamente, ordenan que la citación se cumpla dentro del plazo de 15 días una vez que el citador tenga bajo su responsabilidad el expediente; cosa que al igual que varios otros reglamentos, resoluciones y demás normativa es reiteradamente incumplida. Inclusive la Resolución 061-2020 desarrolla el principio de gratuidad en la justicia, ordenando en su artículo 3 que: "El acceso a la administración de justicia es un servicio público básico y fundamental del Estado, por tanto, las citaciones serán gratuitas, las personas deberán denunciar cualquier tipo de cobro efectuado por este concepto." (Resolución 061, 2020).

Por su parte la mentada Resolución 300-2015 del pleno del Consejo de la Judicatura en su artículo 7.1 ordena que: "Calificada por la o el juez la demanda, acto pre procesal o diligencia previa, la o el secretario a cargo del proceso judicial, elaborará y suscribirá las boletas de citación (...)". (Resolución 300, 2015). Como ya se mencionó anteriormente estas boletas se forman en base a las copias obtenidas por el usuario, lo cual es resaltado y aclarado en la Resolución 061-2020 cuyo artículo 4.1 dispone: "(...) la o el actor adjuntará tres ejemplares de la misma para la elaboración de las boletas de citaciones. En caso de que haya mas de un demandado, se deberá adjuntar tres ejemplares de la demanda por cada persona demandada." (Resolución 061, 2020).

Las famosas "copias" para citar van a parar en un pila de semejantes en la oficina de citaciones, hasta que se asigne un citador quien tiene en teoría la responsabilidad de acercarse al domicilio del demandado y/o a su lugar de trabajo o negocio, aquel que se definió en el acto de proposición, pero lamentablemente si el interesado no toma contacto con el citador, y en muchos de los casos personalmente se encarga de transportarlo hasta el domicilio del demandado o en su defecto le entrega el monto económico suficiente para pagar su transporte[1], aquella citación nunca será efectivizada.

1 Es necesario tomar en consideración que efectivizar la citación difiere en las distintas provincias del país, pues por ejemplo en la capital Quito la oficina de citaciones cuenta con transporte propio, solventado este por el Consejo de la Judicatura, cosa que no sucede en otras provincias en donde no existen vehículos para el citador. Por ejemplo, en las Provincias de Chimborazo y Tungurahua es el interesado quien debe proveer el transporte y demás facilidades.

Los mentados inconvenientes suscitados en la práctica jurídica en pos de cumplir con la citación, acarrean varios perjuicios y desmedros al ciudadano quien está haciendo uso del aparataje jurídico en fin de obtener la tan anhelada justicia, pues si él personalmente o su abogado patrocinador ya sea público o privado, no se encargan de cubrir los costos y efectuar el trámite prácticamente por si mismos el proceso se verá estancado, cosa que provoca que las personas desconfíen del sistema y prefieran abstenerse de iniciar contiendas jurídicas.

No obstante, de la dificultad que subyace del cumplimiento de la citación los principios elementales del derecho no pueden ser inobservados, tomando en consideración que estos son "proposiciones abstractas y universales que dan razón, sustentan o fundamentan al sistema jurídico, (...) ideas cardinales del Derecho que constituyen su origen o fundamento y que están dotadas de un alto grado de generalidad" (Romero, 2013, p. 157). Razón por la cual, principios tales como el de celeridad, economía procesal y acceso gratuito a la justicia estarían siendo inaplicados.

A fin de vislumbrar en que forma y medida dichos principios son violentados en pos del cumplimiento de la citación, el presente estudio se desarrollará de manera que en un primer apartado se abordará lo concerniente a las generalidades de la citación, haciendo referencia al COGEP; posteriormente se tratará lo referente a los principios que se creen inaplicados; a continuación la forma práctica en la que se efectúa la citación será expuesta relacionando la misma con los principios estudiados, por último se culmina con la forma en que se realiza la citación en otros países.

I. Generalidades doctrinarias sobre la citación.

Para que exista una convivencia pacífica entre los ciudadanos que conforman parte de la sociedad es necesario que ellos, en sintonía con los famosos postulados de Rosseau en el "contrato social", entreguen parte de sus libertades a un ente superior, a una organización que se encargue de administrar y de dotar de lo necesario a las personas; este ente es el Estado, pues es aquel quien tiene la responsabilidad de fijar límites y de-

linear normativa a fin de que los individuos se relacionen pacíficamente. (Rosseau, 2003).

Una de las diversas tareas encomendadas al Estado es la administración de la justicia, aplicando así lo que la doctrina se conoce como el principio de exclusividad en tanto que "los jueces no pueden ejercer otra función que no sea la de administrar la Justicia (...) nadie puede ejercer esta misma función encomendada a los jueces" (Milioni, 2014, p. 297). Por lo tanto, únicamente al Estado pueden acudir los ciudadanos quienes consideren que sus derechos están siendo violentados o dejados de aplicar.

En definitiva el Estado está en obligación de garantizar la conocida tutela judicial efectiva, en tanto que ampara a las personas en pos de la consecución de justicia poniendo a su completa disposición las instituciones pertinentes; cabe recalcar que "la tutela judicial efectiva no consiente solo que las personas puedan recurrir a los órganos judiciales en busca de la tutela de su derecho, sino que va más allá garantizando la consecución de sentencias justas y no arbitrarias..." (Cevallos y Alvarado, 2018, p. 169).

Para iniciar la contienda legal el sujeto de derecho hace uso del poder jurídico que le es inherente, mismo mediante el cual activa el aparataje estatal de modo que obliga al juzgador a resolver el inconveniente concediendo o no la pretensión del demandante, configurándose así el derecho de acción[2] entendido como "aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto -en cuanto es expresión esencial de este- que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto." (Monroy Gálvez, 1996, p. 225).

Una vez iniciado el proceso la parte demandada tiene derecho a contradecir aquellos argumentos o afirmaciones que la contraparte ha irrogado en su contra, de tal manera que hace uso del derecho de contradicción; al respecto Zavaleta (2017) señala que:

2 Ampliamente se ha tratado sobre el derecho de acción, de tal manera que existen numerosos artículos y libros al respecto, por lo tanto, se vuelve una tarea difícil conceptualizarlo, cosa que es dejada de lado en el presente trabajo ya que se lo toma en consideración tan solo superficialmente a fin de dar una comprensión total a la citación.

> Dentro de los contenidos del macro principio del debido proceso se encuentra el principio de contradicción, el cual se constituye en una de las garantías más importante dentro del proceso (...), en términos generales se entiende la contradicción y bilateralidad como la oportunidad de tomar posición y pronunciarse sobre pretensiones y manifestaciones de parte contraria. (...) En virtud del derecho de contradicción el proceso debe desarrollarse de tal forma que cada una de las partes tenga oportunidad razonable de tomar posición, de pronunciarse y de contradecir las afirmaciones, pretensiones o pruebas presentadas por la contraparte, se debe brindar oportunidad igual a las partes de participar efectivamente en la relación dialéctica (...) (p. 175).

Ahora bien, para que el demandado ejerza aquel derecho de contradicción y tenga así la oportunidad de contestar la demanda que ha sido propuesta en su contra, es necesario inicialmente que se entere de ella, pues de lo contrario le sería imposible defenderse y quedaría a expensas de lo que se resuelva sin que se cuente con su argumentación en pos de rebatir lo reclamado por el actor, momento en el cual se hace indispensable hacer uso de una herramienta procesal propicia para este fin es allí donde tiene cabida la conocida citación, misma que para Morán (2008) consiste en el:

> Acto con el cual se llega al conocimiento del demandado con el contenido de la demanda (pretensiones que contra él se deducen); acto solemne, fundamental sin el que no puede darse la contienda judicial, la litis; tanto que cualquier irregularidad en su celebración puede provocar la nulidad del proceso. (p. 145).

Por su parte el procesalista Eduardo Couture (1960) al respecto de la citación afirma que es:

> Acción y efecto de citar, requiriendo a alguien para que concurra a realizar un acto procesal determinado. Acción y efecto de notificar al demandado el auto recaído en la demanda, por virtud del cual se le llama a estar a derecho, dentro del término de emplazamiento señalado en la ley o establecido por el juez. (p. 145-146).

II. Tratamiento de la citación en el COGEP

A partir del 23 de mayo del 2016 el Ecuador afrontó un cambio sustancial en lo referente a la administración de justicia, pues en aquella fecha

entró en vigencia el denominado Código Orgánico General de Procesos (COGEP), mismo que derogó por completo al antiguo Código de Procedimiento Civil (CPC), trayendo consigo un vuelco significativo dejando de lado el caduco régimen anterior en el que predominaba la práctica jurídica por medio del sistema escrito en el cual había una demora injustificable en el desarrollo de los procesos, e instaurando el sistema oral en el que por su propia naturaleza hay mayor agilidad[3].

El COGEP contempla en su articulado el tratamiento a darse a los diversos procesos que se desarrollan en las diferentes ramas de la ciencia jurídica, exceptuando los procesos constitucionales, penales y electorales, abarcando así gran parte del complejo sistema procesal y convirtiéndose en un cuerpo legal de obligatorio conocimiento para los abogados litigantes. Respecto al tema abordado en el trabajo propuesto que es la citación el código adjetivo (2016) la define en el artículo 53 como:

> ... el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas. Se realizará en forma personal, mediante boletas o a través del medio de comunicación ordenado por la o el juzgador. (COGEP, Art. 53).

2.1 Citación en Persona

La forma ideal, más adecuada, o dicho de otro modo la manera más eficaz mediante la cual se realiza la citación es en forma personal, en tanto que se entrega la demanda directamente al demandado, o en su caso al representante legal de la compañía, pues así este se entera concisamente del acto de proposición interpuesto en su contra de tal manera que se le garantiza la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa, a la vez que puede el Estado cerciorarse de que la parte demandada se anotició del proceso, cosa que no es posible del todo en las otras formas

3 Cabe mencionar que de forma positiva los legisladores han considerado pertinente que el COGEP regule los términos en los que los administradores de justicia están en la obligación de sustanciar los distintos procesos, por ejemplo, obliga a que el juez califique la demanda en el término de 5 días; cosa que lamentablemente no siempre es cumplida al igual que los demás términos, entre otras razones por la gran carga de trabajo existente.

de citación, es decir mediante boletas y peor aún gracias a un medio de comunicación.

Para tener una comprensión más completa de esta forma de citación es indispensable hacer una referencia por lo menos de manera escueta de lo que es el domicilio, pues tanto la citación personal[4] así como la citación por boletas se efectúa en el domicilio del demandado, aquel que fue consignado al momento de proponer la demanda, en razón de que es obligatorio que el actor a fin de esta sea calificada cumpla necesariamente con especificar de la forma más clara posible el lugar en donde ha de citarse dando así cumplimiento a uno de los componentes de la demanda contemplados en el artículo 142 del COGEP.

En este sentido el significado etimológico de la palabra domicilio en palabras de Romero (2021) proviene de:

> domicilius que a decir de algunos procede de la palabra domus (casa) y colere (cultivar habitar), más el sufijo io (resultado) por lo que domicilio vendría a ser, de acuerdo al origen etimológico de la palabra, la casa en la que vive habitualmente la persona. (p. 240).

Por su parte adentrándose un poco más en la concepción de lo que para el derecho comprende el domicilio Andrade (2015) considera que:

> El concepto de domicilio está integrado por dos elementos: la residencia y la permanencia en el lugar, y de ellos predomina el ánimo de permanecer sobre la realidad de la habitación; puesto que ausencias y viajes no le hacen mudar a una persona de domicilio ni se gana el mismo por la simple presencia en una población o territorio (...). (p. 23).

El Código Civil Ecuatoriano (2005) en su artículo 45 establece que "el domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella (...)" (Código Civil, 2005). A fin de cuentas, sin el ánimo de adentrarse en el tema y efectuar un concepto único o especializado, se puede afirmar que el domicilio consiste

4 Cabe dejar sentado que la citación personal puede realizársela en cualquier lugar en el que se encuentre el demandado, no únicamente en su domicilio, cosa que será aclarada posteriormente.

en aquel lugar físico en donde la persona natural o jurídica mantiene su residencia, misma en la cual existe el ánimo de permanecer en ella.

Es necesario puntualizar que la citación personal puede efectivizarse tanto en el domicilio del demandado mismo que se consignó previamente en la demanda, o inclusive en cualquier lugar en donde este se encuentre, ya sea en su lugar de trabajo o asiento principal de negocios o también en su residencia la cual difiere del domicilio en tanto que en la primera no existe un ánimo real o presuntivo de permanecer allí, mientras que en el domicilio sí; cosa que en la práctica se torna en una quimera como se verá más adelante cuando se trate sobre la citación en la práctica.

2.2 Citación por Boletas

La siguiente forma en la que se puede dar cumplimiento a la citación es mediante boletas, de tal manera que el funcionario público está en la obligación de dejar copias de la demanda o diligencia preparatoria en el domicilio del demandado por tres ocasiones en días distintos, o entregarlo a un familiar. Al respecto el COGEP (2016) en el artículo 55 manda a que:

> Si no se encuentra personalmente a la o el demandado, se le citará por medio de tres boletas que se entregarán en días distintos en su domicilio o residencia a cualquier persona de la familia. Si no se encuentra a persona alguna a quien entregarlas se fijarán en la puerta del lugar de habitación. (COGEP, art. 55)

Se sobreentiende que el citador está en la obligación de asegurarse de que efectivamente el lugar al que se ha trasladado corresponde al domicilio del demandado y debido a que este no se encuentra un familiar o persona que allí habita recibe la documentación pertinente, o en su defecto si no se encuentra a nadie en el lugar y las boletas serán dejadas de manera que se las fije en la puerta más aun amerita que no haya duda alguna de que ese es el domicilio.

2.3 Citación a través de un medio de comunicación.

Solamente en el supuesto de que le haya sido totalmente imposible al actor determinar el domicilio del demandado para lo cual habrá efectua-

do todas las gestiones pertinentes en pos de buscar tal domicilio, el juzgador dará paso a que la citación se efectué a través de uno de los medios de comunicación (ya sea una radiodifusora o la prensa), cosa que esta normada en el artículo 56 del COGEP.

En este punto se hace indispensable abordar lo tratado por la Corte Constitucional del Ecuador al respecto, misma que ha dejado en claro cuáles son los parámetros o requisitos a tomar en cuenta para que proceda la citación en un medio de comunicación, lo cual fue resuelto en la causa signada N° 1688-14-EP. En este sentido tales parámetros a tomarse en cuenta son:

- Es necesario que el actor de la demanda efectué una declaración bajo juramento en la que no es suficiente afirmar que se desconoce el domicilio del demandado, sino que ha sido imposible determinarlo.

- Aquella declaración no requiere de solemnidad alguna para su validez, únicamente con que el actor la efectué ya genera su responsabilidad[5].

- Es indispensable que el actor haya realizado todas las gestiones necesarias para llegar a determinar el domicilio del demandado, y además que lo demuestre en el proceso. (CCE, Sentencia No. 1688-14-EP/20, pág. 10).

Realizar las gestiones necesarias a fin de dar con el domicilio del demandado supone acudir a las bases de datos públicas en las que puede encontrarse tal información, por ejemplo el de la Empresa Eléctrica o Agua Potable de la ciudad en donde se cree que vive aquel; y también a las bases de datos privadas, por ejemplo a las que almacenan las empresas que brindan servicios telefónicos y de internet como la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, Movistar y demás; claro está que para obtener esta información es necesario solicitar al juzgador que emita el corres-

5 En el caso que se logre demostrar que el actor de la demanda si conocía el domicilio del demandado y por ende no debió haber efectuado tal declaración juramentada con información falsa, es necesario que la fiscalía inicie la investigación debida.

pondiente oficio ya que de no existir orden judicial la información será negada acorde a lo que manda el artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, el cual textualmente ordena:

> Son confidenciales los datos de carácter personal. El acceso a estos datos, solo será posible cuando quien los requiera se encuentre debidamente legitimado, conforme a los parámetros previstos en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, su respectivo reglamento y demás normativa emitida por la Autoridad de Protección de Datos Personales.
>
> Al amparo de esta Ley, para acceder a la información sobre el patrimonio de las personas cualquier solicitante deberá justificar y motivar su requerimiento, declarar el uso que hará del mismo y consignar sus datos básicos de identidad, tales como nombres y apellidos completos, número del documento de identidad o ciudadanía, dirección domiciliaria y los demás datos que mediante el respectivo reglamento se determinen. Un uso distinto al declarado dará lugar a la determinación de responsabilidades, sin perjuicio de las acciones legales que el titular de la información pueda ejercer.
>
> La Directora o Director Nacional de Registros Públicos, definirá los demás datos que integran el sistema nacional y el tipo de reserva y accesibilidad. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, art. 6).

En el mismo orden de ideas la Resolución No. 035-NG-DINARDAP-2016 manda que:

> Datos o información de carácter personal.- Es toda información no pública correspondiente a la persona, por medio de la cual se le puede identificar, contactar o localizar, entre otras, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, los estados de salud físicos o mentales, preferencias sexuales, la fotografía salvo en aquellos casos en los que se detecten circunstancias particulares que ameriten un tratamiento singular del caso en cuestión, como lo es título, cédula y otras análogas que afecten su intimidad. (...). (Resolución 035-NG-DINARDAP-2016, art. 6).

Mientras que la Resolución No. 042-NG-DINARDAP-2016 ordena:

> Las personas naturales o jurídicas (...) podrán acceder a la información de otra persona, que repose en los distintos registros o bases de datos públicos (...) en los siguientes casos: a) Cuando cuente con la autorización expresa del

> titular de la información; b) Cuanto esté expresamente autorizado por la ley; c) Por mandato judicial. (Resolución No. 042-NG-DINARDAP-2016, art. 5). (El resaltado me pertenece)

Por último, cabe señalar que el código adjetivo contiene un parámetro o requisito adicional para que proceda la citación por un medio de comunicación, cosa que está contemplada en el mismo artículo 56 precisamente en el inciso cuarto en donde se manda que es necesario que el actor adjunte una certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores en la que se indique si la persona ha salido o no del país, en el caso de que no se haya ausentado pues procederá la citación en la forma que se está abordando, caso contrario procede la citación por medio de boletas en el consulado correspondiente.

2.4 Citación por medios consulares.

Hasta el momento se han puesto de manifiesto las formas por medio de las cuales es posible efectivizar la citación hacia las personas que viven dentro del país, pero cabe tomar en consideración que en muchos de los procesos judiciales el o los demandados pueden mantener su domicilio fuera de los límites nacionales, ante lo cual el derecho no puede dejar de advertir una solución.

Como acaba de exponerse en la parte final del apartado 2.3 referente a la citación a través de un medio de comunicación, el COGEP considera como un requisito indispensable para citar por este medio que se adjunte "(...) una certificación de la autoridad rectora de Movilidad Humana que identifique si la persona que salió del país consta en el registro consular" (art. 56). Efectivamente si consta de aquella certificación que la persona a quien se pretende citar no ha salido del país es posible citarle mediante los medios de comunicación; pero caso contrario si no se encuentra en el Ecuador, y a más de ello existe un registro consular, cosa que se convierte en requisito sine qua non, se deberá dejar tres carteles en el mentado consulado.

Al respecto la Resolución 07-2018 de la Corte Nacional de Justicia en su artículo uno manda:

> Para que un ciudadano ecuatoriano pueda ser citado mediante la fijación de carteles en un Consulado del Ecuador en el exterior, es necesario que, además del juramento de que ha sido imposible determinar el domicilio o residencia de la o del demandado y de que se han efectuado todas las diligencias necesarias para tratar de ubicar a quien se pide citar, adjunte al proceso la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana que indique que la persona ha salido del país y que además se encuentra registrada en un consulado del país de destino. (Resolución 07-2018, art. 1).

En el supuesto de que el actor tenga conocimiento del domicilio del demandado, es totalmente inútil acudir a los carteles fijados en el Consulado, siendo necesario y más efectivo dirigirse ante el Juzgador de aquel territorio mediante exhorto para que así se materialice la citación, tal como manda el art. 57 del COGEP.

2.5 Citación por medios electrónicos

Acorde a las circunstancias actuales en donde la tecnología ha abarcado gran parte de los ámbitos de la vida cotidiana, se ha materializado una reforma al COGEP mediante la cual es posible que la citación sea puesta en práctica mediante correo electrónico, lo cual es sin duda un gran avance, pero el cual lamentablemente por voluntad del legislador no ha logrado cumplir con el que parecía ser su principal objetivo, es decir agilitar las causas sin dejar de lado el debido proceso.

Pues bien, cabe iniciar recalcando que el COGEP en cuanto a este tipo de citación es bastante claro en tanto que manda a que solamente podrá citarse de forma telemática a "(...) quien no se le pueda encontrar personalmente o cuyo domicilio o residencia sea imposible determinar previa a citar por la prensa (...)" (art. 55); dejando así vedada la posibilidad de acudir directamente a este medio, pues para ello cabe agotar el hecho de buscar por todos los medios su domicilio, volviendo inútil e ineficaz el uso de la tecnología.

A más de ello, el mismo cuerpo legal incorpora como requisito que la persona a quien se pretenda citar por medio telemático debe contar con

un buzón electrónico ciudadano, el cual acorde a lo que manda la Ley de Comercio Electrónico es:

> (...) el sitio informático único, seguro, personalizado y válido que tienen las personas naturales para la entrega, recepción o envío de comunicaciones y documentos oficiales en trámites y procedimientos administrativos, así como procesos judiciales, con el objeto de ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones de conformidad con la ley.
>
> El buzón electrónico ciudadano y su plataforma serán diseñados y regulados por la entidad rectora de las telecomunicaciones, gobierno electrónico y sociedad de la información, la que permitirá la interconexión con todos los órganos, organismos y entidades estatales previstas en el artículo 225 de la Constitución de la República. La operación del buzón electrónico ciudadano estará a cargo de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. (Art. 12.2).

De tal manera que dicho buzón electrónico se convierte en un requisito obligatorio para la abordada citación telemática, requisito que hasta el momento es de imposible cumplimento, pues la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos (Dinardap) como la institución encargada de su creación poco o nada ha hecho al respecto.

Tal es el error por parte del legislador que inclusive cuando en un contrato conste la aceptación expresa de las partes de ser citadas por medio de correo electrónico, o cuando se trate de personas jurídicas sometidas al control de la Superintendencias es necesario de igual modo agotar previamente la citación en persona o por medio de boletas, logrando así que este medio de citación pierda su real virtud.

III. La citación en la práctica

Es de conocimiento general para todas aquellas personas que se relacionan con la práctica jurídica en el país, es decir no solo abogados litigantes sino también funcionarios públicos, ayudantes jurídicos, practicantes e inclusive los mismos usuarios del sistema judicial, que dar cumplimiento a la citación se transforma en una total traba, pues para ello es obligato-

rio cumplir con una serie de pasos que alargan injustificadamente dicha solemnidad, pues no obstante de que al parecer la citada norma procesal es bastante ágil en cuanto al tema la realidad es muy opuesta.

Una vez que el juzgador ha calificado la demanda es momento de citar a los demandados en sus domicilios, mismos que fueron consignados en el acto de proposición, para ello lo primero que se debe hacer es obtener las copias suficientes de todo el proceso, específicamente tres copias por cada uno de los demandados, pues se sobreentiende que no se va a lograr citar en la primera oportunidad, es decir la citación personal, sino que más bien el funcionario va a tener que acercarse al domicilio correspondiente por tres ocasiones, dando así cumplimiento a la denominada citación por boletas, es por ello que se necesitan tres ejemplares de manera obligatoria.

Para poder obtener estas "copias" es indispensable que el proceso se encuentre en el archivo, cosa que no es inmediata, pues una vez calificada la demanda dependerá de la eficiencia de los servidores públicos que tienen a su cargo aquel deber ya que ellos deben trasladar el proceso a otra oficina, y aunque parezca una tarea bastante sencilla al parecer no lo es del todo ya que esto puede tomar alrededor de una semana o más

Un ejemplo de lo antedicho es lo suscitado dentro del proceso signado con el Nro. 06335-2021-01425, dentro del cual se desprende del sistema E-SATJE del Consejo de la Judicatura que la demanda fue calificada con fecha 14 de junio del 2021, pero se envía la documentación a la oficina de citaciones el 14 de septiembre del 2022, de tal manera que trascurrieron tres meses para que aquello suceda; tiempo evidentemente excesivo.

El monto que debe cubrir el usuario depende del número de demandados; en el supuesto de que fuere solamente uno es posible que el valor a pagar sea de alrededor de 5 dólares, pero si los demandados son varios no es descabellado encontrarse en situaciones en las cuales el actor si pretende acceder a la justicia y efectuar la citación deba desembolsar alrededor de 80 dólares, o incluso mucho más.

Cabe resaltar que si la persona interesada no efectúa esta labor seguramente el proceso quedara apilado en uno de los archivadores de las ofici-

nas judiciales mientras el tiempo transcurre, quedando latente la posibilidad de que opere la prescripción tomando en consideración que una vez citado el demandado se interrumpe el tiempo para que aquella se aplique.

Aquellas copias obtenidas en el archivo serán nuevamente trasladadas a la oficina de citaciones, lugar en el cual se designará al funcionario público que está en la obligación de efectivizar la citación mejor conocido como citador, cosa que también lleva su tiempo ya que en esta oficina se realizará un sorteo para llevar a cabo esta labor.

Una vez que las copias se encuentren en manos del citador designado y pese que al parecer al fin se puede ver una luz al final del túnel la real traba acaba de iniciar; es en este momento cuando el sistema se presta a varias dilaciones innecesarias, e incluso en el peor de los casos a corrupción.

Es necesario señalar que en ciertos lugares del Ecuador, como ya se dejó anotado previamente, los interesados tienen contacto directo con el citador de manera que pueden acordar la forma en que ha de citarse sin que ello suponga que pueda escogerse por ejemplo entre la citación por boletas o en persona, puesto que aquello está totalmente reglamentado además de calificado por el Juzgador; si no que por el contrario se puede acordar el cómo y cuándo hacerlo, abriéndose así un abanico de posibilidades ya que es factible que el mismo interesado en el medio de transporte elegido por él recoja al citador y lo lleve al domicilio del demandado, o en su defecto se reúna con el citador en determinado lugar para trasladarlo al lugar, claro está asumiendo el interesado la obligación de correr con todos los gastos que aquello genere.

En los casos en que no existe relación directa alguna con el citador hay ocasiones en las que de manera muy inescrupulosa y lo más hermética posible se hace llegar un número de teléfono al interesado, debiendo este comunicarse ante lo cual se le informa que tiene que depositar cierta cantidad de dinero para que logré citar, caso contrario su proceso quedara en el olvido.

Cuando las acciones maliciosas descritas previamente no se dan, cosa que es lo ideal pues la citación debe estar exenta de cualquier acto de corrupción al igual que todo lo que se relaciona con la justicia, no le queda

otra opción al interesado que esperar pacientemente al no tener contacto alguno con el citador, pues quedara en manos de aquel realizar su trabajo lo cual puede demorar varios meses o hasta años.

Por lo tanto, al interesado únicamente le queda la opción de acceder a formar parte de las artimañas del sistema pagando para que se efectué una labor que por su naturaleza le corresponde al Estado; o verse obligado a cubrir una cantidad de dinero que sirva para el transporte del citador; o por último tan solo aguardar el ansiado momento en el cual el citador cumpla por si solo su labor.

Con relación al mismo ejemplo anteriormente expuesto, es decir al proceso signado con el Nro. Nro. 06335-2021-01425, de su revisión el sistema E-SATJE se colige que, no obstante de que se envió la documentación pertinente a la oficina de citaciones en septiembre del 2021, con fecha 8 de noviembre del 2022 es decir un año y dos meses después se sienta una razón en la que se afirma que no se pudo efectuar la citación, debiendo el actor de la demanda iniciar con el engorroso trámite para citar por medio de un medio de comunicación. Convirtiéndose este en un claro ejemplo de lentitud y ineficiencia.

IV. Principios elementales del derecho inaplicados en la citación

Al tratar sobre principios jurídicos elementales del derecho se hace referencia a aquellas normas de carácter general mismas que contienen los valores superiores del sistema jurídico estipulando a su vez la obligación de perseguir ciertos fines (Ruiz, 2012). En palabras de Islas (2011) etimológicamente principio proviene de:

> (...) cimiento o afianzamiento o fin y un nexo que relaciona este cimiento o afianzamiento o fin con aquello que se quiere asir, sostener o afianzar. Entonces... principio jurídico es la relación razonada que correlaciona un fundamento, valor, meta o fin, o en general un estándar establecido como relevante para el desarrollo, con aquello que deba relacionar; siendo la relación razonada el elemento determinante del principio jurídico y el fundamento, valor, meta, fin o estándar establecido como relevante para el desarrollo su esencia. (p. 399)

En definitiva, los principios del derecho son normas de textura abierta que dan sentido, guía y plantean una meta a ser alcanzada por la totalidad del sistema jurídico, en tal sentido los principios a ser tratados para efectos del presente estudio son: celeridad, economía procesal y gratuidad de la justicia.

4.1 Principio de Economía Procesal.

El importante tratadista de derecho procesal clásicamente estudiado anteriormente y aun en la actualidad Juan Monroy Gálvez considera que el principio de economía procesal "tomado en su acepción de ahorro, está referido a su vez a tres áreas distintas: tiempo, gasto y esfuerzo." (Monroy Gálvez, 1993, p. 42).

Respecto al tiempo cabe resaltar que inevitablemente una u ambas partes procesales[6] se encuentran en la necesidad de que la traba de la Litis puesta a consideración de los juzgadores sea resuelta lo antes posible, pues requieren de una solución inmediata; por lo tanto, el tiempo que emplee el Estado para dar respuesta debe ser el adecuado de tal manera que no sea del todo apresurado inobservando solemnidades sustanciales, ni del todo tardío perjudicando derechos de los ciudadanos.

En cuanto al gasto se debe resaltar que la falta de recursos económicos no debe incidir en cuanto a que las partes procesales se vean en la obligación de impulsar los procesos, hasta el punto de que por este hecho abandonen los mismos; cosa que se relaciona directamente con el principio de gratuidad en la justicia.

Por último, en referencia al esfuerzo, el Estado debe propender a que la realización de la justicia utilice la menor cantidad de energía posible, de tal manera que así tanto las partes como los servidores judiciales no agoten su dinamismo injustificadamente.

6 Existen procesos en los cuales las partes procesales no son únicamente dos como clásicamente se entiende al actor y demandado; sino que los terceros que tiene algún tipo de interés en el proceso pasan a convertirse en parte procesal también.

4.2 Principio de Celeridad

En relación a este principio fundamental aplicado en las distintas ramas del derecho Castillo y Sánchez (2012) mencionan que la actividad procesal en pos de la realización de la justicia, se efectúa empeñadamente y dentro de los plazos y términos establecidos, teniendo la responsabilidad el juez, a través de los auxiliares y personal bajo su dirección, de tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto.

En definitiva, este principio supone que todo el andamiaje procesal sea efectuado ágilmente, dejando de lado trámites, pasos y gestiones burocráticas superfluos, atendiendo siempre la pronta tramitación de la causa.

4.3 Principio de Acceso Gratuito a la Justicia

En todo Estado en el que se garantice los derechos por lo menos de forma mínima, es indispensable que cualquier ciudadano, independientemente de su condición socio- económica, tenga la posibilidad de acceder a la justicia; pues caso contrario obtener tutela judicial estaría únicamente limitado para los acaudalados, cosa que contraviene por completo la igualdad y no discriminación.

Para Argés (2018), "la expresión acceso a la justicia quiere decir entonces: en acercamiento, entrada o comunicación con la justicia, esta última con sus diferentes significados (como institución, como virtud total y parcial, como derecho, como principio y como valor jurídico)" (p. 77). Mientras que por gratuito evidentemente se entiende aquello que no amerita un costo.

V. Conclusiones

La citación como parte medular del debido proceso y garantía del derecho a la defensa, no recae en el ámbito de cumplimiento del Estado mediante el aparataje judicial, pues la parte interesada debe realizar todas las gestiones pertinentes para su cumplimiento, caso contrario esta nunca llegara a materializarse.

En tanto que, el interesado en efectuar la citación esta en el deber ineludible de contar con recursos económicos suficientes para costear los diferentes gastos que se generan alrededor de esta, se violenta por completo el principio fundamental de acceso gratuito a la justicia.

En la práctica, tanto para los abogados litigantes, así como para los usuarios, la citación se convierte en un engorroso trámite que deja de lado principios elementales tales como la celeridad y economía procesal, ya que demora injustificadamente el desarrollo del proceso y agota de forma innecesaria la energía de la parte procesal en quien recae la responsabilidad de su cumplimiento.

Es indispensable que se adopte un nuevo modelo de citación, el cual mediante el uso de plataformas digitales, redes sociales y tecnología en general, coadyuve a que su cumplimiento sea mucho más ágil y aplique correctamente cada uno de los diversos principios jurídicos.

Referencias bibliográficas

Andrade, R. (2015). *Regulación del Domicilio Electoral en el Código Civil Ecuatoriano* [Tesis de Maestría]. Universidad Técnica Particular de Loja. Recuperado de: https://dspace.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/13905/1/Andrade_Urena_Ricardo_Fabricio.pdf

Alvarado, Z., & Cevallos, G. (2018). Tutela Judicial Efectiva y la Relación con el Principio de Inmediación. *Universidad y Sociedad, 10*(1), pp. 168-173.

Argés, J. (2018). El acceso a la justicia concebido como derecho humano imperativo (ius cogens). *Derecho global. Estudios sobre Derecho y Justicia, 2*(8), pp. 73-92. Doi: https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i8.145

Castillo, M., & Sánchez, E. (2012). *Manual de Derecho Procesal Civil.* Lima: Juristas Editores.

Cordero, I. (2011). La finalidad del proceso. *Diálogos de derecho y política, 8*(2), pp. 39-49.

Couture, E. (1960). *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: Editorial B de F.

Gozaíni, O. (2005). *Elementos del Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora.

Islas, R. (2011). Principios Jurídicos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 17*(1), pp. 397-412.

Milioni, C. (2014). La Función Judicial en el Marco del Estado Social y Autonómico Español: ¿Poder o Servicio Público? *Revista de Derecho Público, 62*(2), pp. 287-317. Doi: https://doi.org/10.18543/ed-62(2)-2014pp287-317

Monroy, J. (1996). *Introducción al Proceso Civil.* Bogotá: Editorial Temis.

Morán, R. (2008). *Derecho Procesal Civil Práctico, La Mecánica Procesal Juicios Especiales: Trámites Varios.* Lima: Ediex S.A.

Larrea, J. (2005). *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Voces de Derecho Civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Romero, M. (2013). Los Principios del Derecho como fuente del Derecho. *Lumen, 9*(1), pp. 157-164. Doi: https://doi.org/10.33539/lumen.2013.n9.517

Romero, M. (2021). El Domicilio de las Personas Jurídicas sin Fines de Lucro. *Lumen, 17*(2), pp. 238-253. Doi: https://doi.org/10.33539/lumen.2021.v17n2.2470

Rousseau, J. (2003). *El contrato social o principios de derecho político.* (Leticia Halperín, trad.). Buenos Aires: Editorial La Página. (Obra original publicada en 1762).

Ruiz, R. (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y Realidad, 20*(1), pp. 143-166.

Zavaleta, Y. (2017). La contradicción en materia probatoria, en el marco del derecho penal colombiano. *Revista CES Derecho, 8*(1). 172-190.

Normas Nacionales

Resolución del Consejo de la Judicatura 061-2020, Registro Oficial Nro. 750 de 8 de julio del 2020.

Resolución del Consejo de la Judicatura 300-2015, Registro Oficial Nro. 613 de 22 de octubre del 2015.

Resolución del Consejo de la Judicatura 07-2018. Registro Oficial Nro. 279 de 9 de julio de 2018.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos. Registro Oficial Nro. 162 de 31 de marzo del 2010.

Jurisprudencia Constitucional

Corte Constitucional del Ecuador. (22 de enero del 2020). Sentencia No. 1688-14-EP/20. [MP Daniela Salazar Marín]

La inducción como una forma de autoría mediata en el Ecuador: Reflexión acerca del (in)correcto planteamiento del Código Orgánico Integral Penal

The induction as a form of mediate authorship in Ecuador: Reflection on the (in)correct approach of the Criminal Code

David Montoya Garcés[*]
Investigador jurídico independiente

Información del artículo
Original – Ruptura, 2022
Artículo recibido / Received: 27 de julio de 2022
Artículo aceptado / Accepted: 23 de enero de 2023

Citación
Montoya, D. (2022). *La inducción como una forma de autoría mediata en el Ecuador: Reflexión acerca del (in)correcto planteamiento del Código Orgánico Integral Penal*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2022, p. (195-215)

DOI: 10.26807/rr.v4i4.105

Resumen: La doctrina, así como gran parte de legislaciones han planteado a la inducción como una forma de participación. No obstante, en Ecuador el legislador ha decidido concebirla como una forma de autoría mediata. Esto decisión poco ortodoxa trae consigo una discusión sobre la necesidad de que el COIP diferencie entre autoría y participación. Este trabajo tiene como objetivo realizar un repaso a los criterios de la inducción y la autoría mediata para alcanzar una reflexión teórica sobre las condiciones

* Estudiante de octavo semestre de la carrera de Derecho, facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad Nacional de Chimborazo. Investigador independiente, Riobamba, Ecuador, fernando.montoya@unach.edu.ec y/o montoya-david157@gmail.com

propias de cada figura e inferir si existen razones para positivar a la inducción como una forma de autoría en Ecuador y si éstas son suficientes. Se llega a concluir que en Ecuador existe un sistema bipartito de autoría y participación. Así mismo, es necesario la distinción pues dificulta el análisis de casos, particularmente la situación entre los ejecutores. También que la razón para tipificar unitariamente es en virtud de la importancia de ambos sujetos en el acto delictivo, no obstante, dicha justificación es insuficiente por razones teóricas sustanciales de cada figura.

Palabras Clave: Dominio del hecho, instigación, autoría mediata, influjo psíquico.

Abstract: *The doctrine, as well as the great part of legislation, have raised induction as a form of participation. However, in Ecuador the legislator has decided to conceive it as a form of mediate authorship. This unorthodox decision brings with it a discussion about the need for the COIP to differentiate between authorship and participation. This work aims to review the criteria of induction and mediate authorship to achieve a theoretical reflection on the conditions of each figure and infer if there are reasons to positive induction as a form of authorship in Ecuador and if these are sufficient It is concluded that in Ecuador there is a bipartite system of authorship and participation. Likewise, the distinction is necessary because it hinders the analysis of cases, particularly the situation among the executors. Also, that the reason to characterize unitarily is by virtue of the importance of both subjects in the criminal act, however, such justification is insufficient for substantial theoretical reasons of each figure.*

Keywords: *Domain of the fact, instigation, Mediate authorship, psychic influence*

Introducción

El Código Orgánico Integral Penal en el artículo 42, numeral 2, literal a, determina la inducción como una forma autoría mediata. Aquello llama la atención, ya que desde la doctrina la inducción ha sido pensada como una manera de participación. Esto genera una pregunta sobre la existencia de sustento teórico en Ecuador que justifique, y a su vez que sea suficiente, para no equiparar entre la instigación de la autoría mediata, o por

si el contrario estas instituciones jurídicas tienen criterios sustanciales que deberían tomarse en cuenta.

La pretensión del presente trabajo es incrementar la escasa bibliografía ecuatoriana en el tema por abordar, para generar un debate sobre las incorrecciones legislativas que llegan a reñir con la doctrina tradicional y mayoritaria.

En tal sentido, el presente texto tiene como finalidad repasar los criterios desarrollados por la dogmática penal acerca de los requisitos o criterios teóricos de ambas figuras en estudio y poder realizar una reflexión sobre las razones existentes para mantener una legislación afín a la teoría en materia de autoría y participación, de tal manera que se lore mantener un sistema jurídico coherente.

El desarrollo del siguiente texto se encuentra compuesto por cuatro capítulos, de los cuales, en el primero se esbozará los cimientos teóricos que han servido de base para desarrollar los criterios dogmáticos penales, tales como las teorías formales y subjetivas, así como el dominio del hecho. El segundo capítulo se desarrolla la reflexión sobre la particular forma de entender a la inducción a la luz del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) y sus incorreciones. El tercer capítulo tiene como finalidad repasar los criterios, así como el contenido sustancial de las instituciones jurídicas en estudio que deben ser analizadas. Finalmente, el cuarto capítulo es una toma de postura en donde se realiza una síntesis de lo estudiado. Concluyendo en que la finalidad de la concepción de la inducción como una forma de autoría mediata yace en castigar con la misma pena a quien induce como a quien ejecuta una conducta ilícita; no obstante, no fue razón suficiente para omitir todo el desarrollo sustancial teórico, ya que entre ambas figuras hay diferencias importantes que debieron tomarse en cuenta por el legislador.

I. Sobre la autoría y la participación.

Antes de entrar al pleno desarrollo de la presente investigación resulta importante repasar las diferentes propuestas que se han ido desarrollan-

do en torno a la materia de autoría y participación. Resulta importante que sean comprendidas para poder entender los postulados distintivos y, a posterior, crear un criterio reflexivo acerca del porqué en un sistema de autoría y participación bipartita, como es el ecuatoriano, se aconsejaría la distinción de la inducción como una forma de participación, más no de autoría mediata.

1.1 Teoría unitaria de autor

Esta propuesta sostiene que no se debe diferenciar al autor del partícipe. Esto es así porque toda persona que aporta a la configuración de un hecho delictivo es peligrosa, por lo que se le debe atribuir la autoría plena, sin tomar en cuenta la relevancia de su aporte. Sólo bastaría con el aporte *causal* para endilgar a toda persona interventora como autora. De esta forma, es autor tanto quién dispara una arma, como colabora con el préstamo del arma o del vehículo en que se comete el acto delictivo.

El punto de partida de la teoría unitaria de autor es la teoría de las equivalencias, la cual manifiesta que todos los intervinientes aportan una contribución causal, con independencia de su importancia. (Donna, 2002). Es decir, la suma de acciones configura como un resultado único el delito. En el mismo sentido, Mir Puig (2011) agrega que la fundamentación más convencedora de la teoría unitaria de autor es una razón político criminal: todos quienes aporten a un delito deben ser penados por igual porque su acción es una obra común.

Esta idea parte de una perspectiva de la peligrosidad subjetiva del autor, que no es compatible con el Derecho penal actual que castiga conductas, determinando e individualizando la contribución criminal, mas no personas en función de la peligrosidad que representan. Aquello lo encontramos reconocido plenamente en el caso ecuatoriano. El COIP señala expresamente “No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales” (COIP, 2014, art. 22).

1.2 Teoría subjetiva

Al igual que la teoría unitaria, esta propuesta parte de la premisa de que todos los que realizan una aportación causal contribuyen a la obra común del delito, sin importar qué tan comprometida fue la contribución para el resultado final. Por ello, este planteamiento subjetivo propone que la única manera de distinguir autores y partícipes es a través de sus *voluntades*. De esa manera, el autor tendrá un interés propio del acto o *animus auctoris*, mientras el partícipe presentará una voluntad de ayudar al interés ajeno o *animus socii*. (Díaz y García Conlledo, 2008)

Sin embargo, por ser un planteamiento basado en la subjetividad de la voluntad no tuvo mucha fuerza. Lo cual es razonable, ya que resultaría muy complicado determinar fehacientemente el interés de cada uno de los involucrados en un delito, así como diferenciar, en algunos casos, un delito culposo de un doloso. Por lo que la teoría subjetiva fue desplazada y pocos estudiosos se convencieron de su funcionalidad para el Derecho penal.

1.3 Teoría formal objetiva

Desde la perspectiva formal objetiva se concibe al autor como la persona que enmarca su actuación *estrictamente* en lo previsto en el tipo penal. Es decir, la misma tipicidad es el límite diferenciador, descartando la posibilidad de hablar de autoría mediata o de inducción, porque desde esta perspectiva se estaría ampliando la punibilidad más allá de lo enmarcado en los tipos penales. (Gómez, 2003)

El profesor Díaz y García Conlledo (2008) sostiene que la instigación, desde el concepto restrictivo de autor es un error porque se lo planea como una autoría mental o moral y esto puede ser apreciado en los códigos penales que consideran a la inducción como una forma de autoría.

Acerca del tema, el profesor colombiano Urbano (2004) opina que la necesidad de diferenciar autores y partícipes de un delito tiene un carácter ontológico. El legislador tiene la obligación de establecer un tratamiento punitivo para las personas aportantes de un delito de manera

privilegiada frente al autor, pues la ausencia de una regulación pena para los partícipes acarrearía impunidad.

1.4 Teoría sobre el dominio del hecho

Para Mir Puig (2011) la autoría por dominio del hecho es una combinación entre la teoría restrictiva flexibilizada con las teorías materiales. Esta tesis indica que "autor es quien domina el hecho, esto es, quien con su actuación decide o tiene en las manos el sí y el cómo del acontecer típico, del proceso que desemboca en la producción del delito" (Díaz y García, 2008, p.19).

De esta forma, es autor únicamente la persona que tenga la "capacidad de dejar correr o interrumpir la realización del tipo penal bien sea mediante el dominio de la acción –autoría directa–, el dominio de la voluntad –autoría mediata–, o el dominio funcional –coautoría–" (Urbano, 2004, p.199).

Existe dominio de la acción en los casos denominados de 'mano propia', pues la persona opera los modos y los medios, maneja las formas en que se llevará la acción a perpetrar. Araujo (2020) indica que "la ejecución de la conducta es de primera mano o de propio cuerpo, en otras palabras, es un *autor inmediato*" (p.68). Frente a las otras expresiones de dominio del hecho es la más simple.

La ausencia de la existencia del dominio de medios o modos en que se llevará el delito no significa la ausencia del dominio del hecho. La autoría mediata, así como el hombre de atrás y la fungibilidad de los ejecutores puede entenderse a través de este planteamiento. La doctrina indica que cuando "se trata de casos en los que falta precisamente la <<acción>> ejecutiva de la persona de detrás y el dominio del hecho solo puede basarse en el poder de la voluntad rectora" (Roxin, 2016, p. 148).

La autoría mediata implica la instrumentalización de una persona a otra. Quién se sirve de otra para el cometimiento de un delito se le conoce como 'el hombre de atrás'. El dominio de una persona se puede dar:

1) por medio de actos coercitivos que privan de la libertad; 2) por inducción error o engaño al instrumentalizado; o 3) voluntad de aparatos de poder, que se da cuando el hombre de atrás "controla el evento sirviéndose de órdenes impartidas dentro de un aparado organizado de poder y no dependiendo de la disposición individual [...]" (Araujo, 2020. 69).

De la misma forma la doctrina indica que en los casos de coautoría existe un dominio funcional del hecho. En estos casos los medios y modos, o dicho de otra forma 'el plan global' es repartido entre los sujetos, quienes tienen roles funcionales y vitales para la ejecución del acto planificado, desplazando a la participación a quien no haya intervenido de forma sustancial en la ejecución del delito.

Dicho sea de paso, conviene precisar que la presente tesis no es rígida, todo lo contrario, se propone que sea una teoría — permítase decir— *flexible* con sus conceptos para que pueda ser funcional en la práctica. Roxin (2016) sugiere que la teoría de dominio del hecho no sea una tesis estricta; lo que no implica que se la exponga como un concepto vago o abstracto. Este autor señala que no debe entenderse como una definición exacta, tampoco concepto indeterminado, sino *descriptiva*. Lo que significa que debe estar sustentado por principios orientadores o regulativos en virtud de que la flexibilidad dotaría "la ventaja de poder ajustarse a los cambios en casos concretos" (Roxin, 2016, p. 130).

II. El problema de la inducción como una forma de autoría mediata planteada en el COIP.

La normativa penal ecuatoriana plantea la autoría mediata de manera poco ortodoxa. Señala que autores mediatos son los siguientes:

a. Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión. b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto. c) Quienes, por violencia física, abu-

> so de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva (COIP, 2014, art. 42).

Por su parte, el Código Penal derogado reconocía tres tipos de responsabilidad: autores, cómplices y encubridores. Si bien es cierto que el artículo 42 no señalaba expresamente quienes se reputaban como autores mediatos, implícitamente hacía referencia a ello en su texto al distinguir el cometimiento de delitos de forma inmediata o directa y aquellos que se cometían por medio consejos e instigación, cuando hayan sido determinantes para la efectuación del acto ilícito. También se acogía como autoría la determinación por medio de dádivas, promesas o precios. (Código Penal, 2014, art.42)

Es decir, el COIP únicamente se encargó en etiquetar como autoría mediata a las reconocidas en el Código Penal, mas no se realizó un análisis profundo para determinar si fuera plausible una distinción apegada más a la dogmática penal mayoritaria. Por eso que podemos sostener que no existió un cambio mayor o relevante entre el Código Penal y el COIP.

Muñoz (2020) explica que en Ecuador el planteamiento analógico entre ambas instituciones se debe a que el instigador, junto al autor inmediato, tiene la misma importancia en el cometimiento de un hecho punible. Sin embargo, si la razón era la trascendencia del instigador, lo correcto sería únicamente otorgar la misma pena privativa de libertad, mas no plantear a la inducción como una forma de autoría mediata. Por lo que, el criterio de importancia semejante entre el inductor y el autor directo no tiene suficiente fuerza en un sistema que no es unitario. Pues como veremos, tanto la autoría mediata como la inducción presentan criterios de análisis muy distintos entre sí.

En el mismo sentido, para Terán y Angulo (2021) es inadmisible que un sistema bipartito no diferencie plenamente autores con partícipes. Indican que hay un inadecuado planteamiento y redacción en el artículo 42 del COIP, lo que genera problemas académicos. De manera expresa, sostiene que la actual norma penal “maneja un sistema bipartito referente a

los intervinientes en un delito [...] sin embargo, los cuestionamientos y críticas referentes a la redacción de algunas formas de autoría que dieran lugar a errores o confusiones en el sentido dogmático-práctico" (Terán y Angulo, 2021, p.110).

Como se mencionó con anterioridad, se podía considerar los criterios teóricos respectos a la materia y de igual forma sancionar con el mismo *quatum*. El ejemplo de lo último comentado es Colombia, en donde la inducción es una forma de participación, pero castigada con la misma pena del autor. La ley penal colombiana establece: "Son participes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para el infractor" (Ley 599, 2000, art. 30). En el caso colombiano los partícipes son castigados con la sexta parte a la mitad de la pena prevista en los tipos penales, reconociendo a la determinación como una forma de participación.

III. La autoría mediata y la inducción en la doctrina.

3.1 La autoría mediata

La principal característica de la autoría mediata es la determinación de quien domina la voluntad es el verdadero autor, lo que como vimos *supra*, se ha denominado dominio del hecho y/o voluntad.

El dominio de la voluntad puede ser: i) en virtud de un déficit de conocimiento, cuando la persona que ejecuta la conducta delictiva se encuentra bajo un error, ya sea sobre el riesgo de su acción para la producción del resultado o de prohibición; ii) déficit de libertad, cuando el sujeto es coaccionado por el hombre de atrás y está bajo necesidad o se encuentra en una situación de inimputabilidad; y, por último, iii) déficit de cualificación típica, cuando el instrumento es un *extraneus* del tipo penal. (De la Mata, 2007)

Jakobs (1997) indica que tener el dominio no significa tener el control de los medios y modos de la acción, sino que, bastaría que el hombre de atrás

se beneficie de la inimputabilidad, un error, o que exista una coacción hacía la persona instrumentada. Así, por ejemplo, una persona que instrumenta a otro por coacción a delinquir no necesita conocer dónde o cómo éste lo hará.

El resultado de una autoría mediata es que al ejecutor se le excluya de la imputación por ser un instrumento, imposibilitado de actuar de manera distinta o por su falta de conocimiento.

Hay que tomar en cuenta que la característica inherente a la autoría mediata recae en el "protagonismo fáctico o normativo de la intervención de la persona de atrás" (Mir Puig, 2011, p.388). Éste "subyuga al ejecutor mediante el uso de la fuerza o recurriendo a artificios o engaños" (Araujo, 2019, p.68). Evidentemente, se deduce que, si el instrumento tiene la posibilidad de decidir si se comete o no el hecho, la persona de atrás no es autor mediato y el ejecutor deja de servir como instrumento.

Como consecuencia de todo lo mencionado, el postulado del art. 42 que indica que son autores mediatos "quienes ordenen la comisión [...] mediante *precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden* o cualquier otro medio fraudulento" (COIP, 2014, art. 42) [énfasis añadido] no tiene cabida en la autoría mediata porque cada uno de estos verbos hace referencia a un *acuerdo*. Entonces, si existe un precio o una recompensa acordada entre inductor y autor inmediato se asume que el ejecutor tiene conocimiento y voluntad de la conducta que está por realizar y plenamente consiente en cometer el delito pactado. De tal forma el ejecutor, quien maneja los medios y formas en que se llevará el cometimiento del injusto, es el verdadero autor, desplazando al inductor como un partícipe, que si bien es el interesado no tiene el dominio de la conducta por lo que no podría ser el autor.

Hay que tener presente que la palabra *orden* del artículo 42 del COIP no es de naturaleza coercitiva. Debe ser entendida bajo un contexto legal, como el mandato jerárquico de un superior hacía un subordinado. De tal forma si en este contexto legal (en un ámbito militar o policial) existe una orden que a simple vista es ilegal, como robar o quitarle la vida a un ciudadano, el ejecutor no podría argüir como excusa el cumplimiento una orden, en virtud de que en una sociedad donde impera el Derecho

se espera que una persona en plena capacidad cognitiva y volitiva actúe conforme a ello.

En cambio, si las ordenes están acompañadas de extorsiones, actitudes intimidatorias o amenazantes suficientes para producir una situación de *miedo insuperable* estaríamos frente a una autoría mediata, en virtud de que existe un sometimiento a la voluntad de la persona inducida, lo que provoca una incapacidad de poder actuar en derecho. Recordemos que, como indica Mir Puig (2011), "[u]n Derecho penal democrático no quiere ser un Derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría" (p.605).

Una persona que cometa un injusto bajo miedo insuperable tiene como consecuencia que no se le exija actuar conforme a derecho, es decir, no se le endilga responsabilidad. En estos casos únicamente existe responsabilidad del *hombre de atrás*, del verdadero autor mediato.

3.2 La inducción

El inductor o instigador es la persona que busca un resultado delictivo por medio de otra persona pero que, como sujeto inicial, no es el protagonista de la acción. Como bien sostiene De la Mata, *et al.* (2007) el instigador únicamente estimula y/o provoca a otro cometer un delito; por lo tanto, la inducción es la creación del dolo sobre el sujeto quien será el autor material. (Tribunal Supremo español, Sala de lo penal, R. 1357, 2009)

Es importante distinguir que, a pesar de que el instigador es el sujeto inicial y la mente con la iniciativa, es simple partícipe del delito, en virtud de no poseer el dominio del hecho (dominio de los medios o mecanismos de la realización del acto) ni dominio de la voluntad, (aprovechamiento de un déficit de conocimiento, falta de libertad o de déficit de cualificación).

Lo anterior se traduce a que el inducido es quien tiene a su discrecionalidad los medios para cometer el delito: el cómo, cuándo y dónde de un delito; ergo, el sujeto inducido puede desistir de lo que en principio quiso hacer. Como bien afirman Muñoz Conde y García Arán (2010) "sólo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe

ser considerado autor" (p.434). Siendo así no es admisible equiparar la autoría mediata con la inducción, ya que en la inducción el sujeto inmediato tiene la posibilidad de desistir del cometimiento del ilícito, maneja los medios con los que se llevará su plan, es decir, tiene la palabra final. No así en los casos de la autoría mediata, donde el único autor maneja el plan y la persona utilizada es un instrumento, una parte más de su plan; misma razón por la que el sujeto instrumentalizado no se le endilga responsabilidad alguna del delito.

Sumado a esto, Jakobs (1997) explica que la inducción es determinar en la voluntad del otro, quien antes de ser inducido no tenía motivación de realizar una conducta punible. Completando el criterio señalado, el profesor ecuatoriano Albán (s.f) alude a que los medios por los cuales se puede expresar la instigación pueden ser intelectuales o también morales. Entonces, en estos casos el inductor busca convencer por distintos medios materiales o no que otra persona cometa una conducta ilícita; ergo, dicha búsqueda de convencer una persona a otra implica que el fungirá como inducido tenga la potestad de decidir si cometer o no el ilícito.

El Tribunal Supremo español, por su parte, ha señalado que "[l]a inducción materialmente constituye una forma de participación de singular relevancia que tiene como sustento el influjo psíquico que el inductor despliega sobre otras personas [...] al objeto de que ejecuten un delito concreto" (cap.13, párr.2).

El influjo psíquico, según Jakobs (1997) no es más que *el medio para generar la resolución criminal* por parte del inductor a quien será autor de la conducta, ejemplo de estos medios son: las promesas, recompensas u órdenes. Siempre y cuando dichas ordenes no coarten la libertad del autor inmediato, caso contrario, como ya se vio, estaríamos frente a una autoría mediata.

Entonces, si el influjo psíquico es un medio para generar una resolución criminal es evidente que se pueden presentar en forma materia e inmaterial, como dádivas o promesas o precios. En estos casos el medio material es más fácil evidenciarlo a comparación de los medios inmateriales o morales como la influencia que existe de una persona sobre otra.

Mir Puig (2011) sostiene que el influjo psíquico puede radicar en una solicitud, consejo, incluso una provocación, siempre y cuando sea idónea, es decir, debe ser *conditio sine qua non* en la resolución del autor material, o que provenga de una autoridad moral o una persona cuya personalidad sea influyente.

Partiendo de lo último, una personalidad influyente es un agente cuyas disposiciones deben a *prima facie* ser catalogadas como idóneas para considerarlas inducción, pues estos líderes, ya sean religiosos, sectarios, políticos, gozan de un peso y atractivo que les facilita, por su perfil, generar una determinada actuación a las personas, en general.

Siendo así, no es lo mismo que (caso 1) *A*, quien es una persona desconocida o con poca trascendencia en la vida de *B*, le disponga cometer un ilícito; a que (caso 2) *C,* quien es líder de la religión que profesa *D*, o el líder político del partido que es fiel simpatizante *D* le encomiende cometer el mismo acto. En el primer caso no se puede configurar que las disposiciones encomendadas una persona a otra sean determinantes para crear un interés en cometer un acto delictivo. En el segundo caso, sí existe un interés por parte del simpatizante en querer complacer la voluntad de su líder, por lo que, en este último ejemplo, a *prima facie*, sí existe un influjo psíquico

Para esta tesis, se debe tener en cuenta que existen personas que son influenciables por otras con base en sus vínculos sentimentales o intereses personales; sin tener la necesidad de ser personajes en la vida política, religiosa o sectaria. Si bien es cierto que los vínculos entre personas no son todos iguales y en las relaciones personales puede existir una influencia que sea idónea para enmarcarse en la inducción, hay que tener presente que, como el Supremo Tribunal español (2009) ha planteado: el sugerir o aconsejar —en sentido literal— un acto delictivo a una amistad no constituye inducir a un delito.

Muñoz (2020) dice que "el verbo rector aconsejar [...] para los efectos penales requeridos debe llevar en su sustento esa finalidad emanada del promotor, como promotor para se consume la infracción que él tiene previsto suceda" (p.154). Dicho de otra forma: el consejo debe estar sucedido de la contaminación cognoscitiva y volitiva del autor inmediato para el cometimiento del delito.

Entendido esto, el verbo 'aconsejar' utilizado en el artículo 42 del COIP para referirse a la instigación tiene un significado referencial, pues que se perfeccione la autoría no basta el aconsejar entendido literalmente: "[d]ecir a alguien que algo es bueno o beneficioso para él" (RAE, s.v). Sino que, dicho consejo debe realmente determinar una idea delictiva, así como determinar en la voluntad.

3.3 Criterios de la inducción

La doctrina ha desarrollado criterios teóricos para determinar si la actuación de una persona se subsume a una inducción, en tal sentido, conviene repasar dichos criterios de modo que se pueda diferenciar con los postulados de la autoría mediata. De esa manera se tendrá un sustento teórico para sostener por qué no es pertinente en un sistema bipartito señalar a la inducción como una manera de cometer un delito por autoría mediata.

3.3.1 Causación de la resolución criminal

Como vimos, es requisito *sine qua non* que el inductor sugestione a una persona al cometimiento de un delito concreto y a una persona concreta. La voluntad de querer cometer un hecho punible debe ser "consecuencia directa de la acción del inductor" (Corredor, 2004, p161). En ese sentido, Mir Puig (2011) señala que, no existe inducción cuando se refuerza una resolución delictiva *ya adoptada* por el ejecutor, así tengan relación con los procedimientos que se deben llevar o las circunstancias modificatorias. Es decir, los meros consejos sobre cómo se llevará a cabo un delito no basta para ser inductor.

En relación a esto, Muñoz Conde y García Arán (2010) mencionan que la causalidad del inductor al inducido no justifica *per se* una equiparación en la sanción similar a la autoría. Para los citados autores el requisito de *causación directa en la resolución criminal* es un elemento justificativo para que dicha equiparación de la pena entre autor y partícipe sea similar, pues es relevante para el Derecho penal la persona que ha incrementado riesgosamente en otra una idea criminal concreta.

3.3.2 Existencia de doble dolo

La existencia del doble dolo en el inductor significa que, por una parte, buscará determinar la actuación criminal en una tercera persona y, por otra, que esta última efectivamente realice el hecho criminal.

De manera más precisa, Martínez, *et. al* (2012) explican que el doble dolo es "el conocimiento y voluntad de causar la resolución criminal y el conocimiento y voluntad respecto a la realización del delito por el autor" (p. 245). La doctrina sostiene que, en principio, basta que el dolo sea eventual para que exista una inducción, negando rotundamente las posibilidades de imputar inducciones imprudentes. (De la Mata, *et. al*, 2007)

A modo de ejemplo, la inducción sucede cuando: *A* cuenta a *B* las continuas infidelidades de su esposa *C* sin pretender directamente que ello lleve a *B* agredir a *C*, pero sabiendo perfectamente y aceptando que tal cosa puede suceder fácilmente habida cuenta del carácter y el comportamiento habitual de *B*; en efecto, éste agrede y causa a *C* lesiones graves.

El dolo del instigador determina a la vez el límite para el castigo de sí mismo. El inductor no puede responder por otro delito, que su determinación no indujo, a esto Mir Puig (2011) lo denomina "exceso del inducido" (p.418); y, en palabras del Tribunal Supremo español (2016) "exceso en los fines" (párr.3.6). El inductor al no tener el dominio del hecho no puede prever el daño excesivo en el que el autor material incurrirá. Por lo tanto, el inductor sólo debe responder por el delito inducido.

3.3.3 Carácter directo

No basta para la inducción meras sugerencias o comentarios por parte de una persona, tampoco basta una simple provocación genérica dirigida a una masa de personas. (Mir Puig, 2011). El carácter directo de la inducción se constituye por dos prescripciones: debe dirigirse a una persona específica y a un delito. (Mir Puig, 2011).

En el mismo sentido, Díaz y García Conlledo (2008) explica el carácter directo como una inducción a las claras. Esto da a entender que no alcanzan las solicitudes abstractas, muy generales o vagas; sino que, debe estar definida la persona y delito. Dejando a la discrecionalidad del ejecutor los medios, el cómo y cuándo se cumplirá el acto ilícito. Aquello no obsta la posibilidad que el instigador tenga injerencia en la idealización del plan; sin embargo, ya en la ejecución el autor inmediato será el verdadero protagonista.

Esto nos lleva a otro punto esencial: la gran mayoría doctrinaria niega la posibilidad de la inducción en cadena, esto es que *A* determine a *B* que a su vez determine a *C* a cometer un ilícito. No puede existir una inducción en cadena en virtud de que no se está causando una resolución criminal estrictamente; sino se estaría buscando causar que otro determine una resolución delictiva en otra persona.

Como bien sostiene Mir Puig (2011), "[e]l inductor del inductor sólo induce 'directamente' a una inducción, no al delito ejecutado" (p. 416). Criterio similar tiene, Corredor (2004), quien indica que debe examinarse los casos concretos para determinar la relación entre los posibles inductores en cadena. A fin de determinar quién efectivamente determinó al autor material y quiénes figuran como cooperadores necesarios. De ser así, el falso inductor, es decir quien inició la cadena, según tendría que ser castigado como cooperador necesario. No obstante, en el caso ecuatoriano, al no existir esa figura podría endilgarse como un cómplice. Desde luego deberá analizarse a la luz del artículo 43 del COIP si el acto de instigar a una persona a inducir a otro al cometimiento de un acto ilícito —inducción en cadena—constituye como un acto secundario, anterior a la ejecución que haya facilitado o coadyuvado al delito.

3.4 Toma de postura

El COIP señala que la inducción o instigación es una forma de autoría mediata. Esta situación tuvo su antecedente en el Código penal derogado, el cual determinaba que eran autores los inmediatos y, entre otros, los instigadores. Es decir, no hubo un cambio sustancial, dejando intacto este error teórico.

En Ecuador existe un sistema bipartito en materia de autoría y participación, lo que implica que se deba distinguir entre las formas de responsabilidad. Si bien es cierto que no se encontró bibliografía abundante que explique el porqué de la particularidad en Ecuador de positivizar a la inducción como una forma de autoría mediata, sí se pudo encontrar una idea importante, la cual es que tanto el ejecutor como el inductor tienen la misma importancia. No obstante, la misma doctrina ecuatoriana toma en consideración que al encontrarnos en un sistema bipartito, es inconcebible no distinguir ambas instituciones jurídicas.

Resulta insuficiente la justificación de legislar la inducción como una forma de autoría mediata *so pretexto* de que el autor inmediato y el inductor recibieran una pena similar. Lo aconsejable era reconocer en la norma penal que la inducción es una forma de participación, no de autoría. Seguido a esto, indicar en el mismo artículo 42 del COIP, por medio de un inciso, que en los casos de inducción la pena debe ser similar a la del autor, como por ejemplo, lo hace la ley penal colombiana. Dejando a salvo así la distinción entre ambas figuras jurídicas, que es lo acertado en un sistema bipartito como el ecuatoriano.

Más allá de eso, no es sostenible que ambas figuras se legislen como iguales, como que una forma parte de la otra. Existen criterios sustanciales que nos permiten vislumbrar cuándo nos encontramos frente a un caso de autoría mediata o de inducción. La primera se fundamenta en la instrumentalización del ejecutor, en donde se lo desplaza de toda responsabilidad por haber sido objetualizado; ya que, el autor mediato siempre tendrá el dominio del hecho, voluntad o funcional. Mientras que, en los casos de inducción no existe un desplazamiento de responsabilidad para el ejecutor, al no existir una instrumentalización. Aquí, el ejecutor es el actor principal, pues es quien controla los medios y quien tiene la última palabra. De tal modo que no existe un hombre de atrás, como en la autoría mediata; sino que, existe una persona que creo una resolución criminal, pero que no tiene el control en la fase de ejecución.

En ese sentido, al no diferenciar lo antes esbozado el artículo 42 del COIP sí crea problemas académicos para el correcto análisis de casos en concreto que, si bien se les sancionará de la misma forma, es sustancial el analizar individualmente la aportación y la forma en que se realizó

ésta, ya que parte del Derecho penal es responsabilizar de las acciones concretas de cada persona.

IV. Conclusiones

La tipificación de la instigación como una forma de autoría mediata tiene como antecedente el Código Penal derogado. La justificación doctrinaria encontrada, que sustenta esta manera de concebir a la inducción es la importancia en el hecho criminal entre el ejecutor e inductor; sin embargo, esta aseveración resulta insuficiente a la hora de analizar el contenido sustancial de ambas figuras.

Es necesario una distinción plena entre la autoría y participación y sus matices, en virtud del sistema bipartito, así como de los mismos contenidos sustanciales que marcan la diferencia entre la inducción y la autoría mediata. Si bien es cierto que la fundamentación de tratar a ambas figuras como sinónimas es la punibilidad, el legislativo pudo sancionar con la misma pena y al mismo tiempo respetar los postulados teóricos pues, a nivel doctrinal como en ejemplos normativos de legislaciones extranjeras, se lo realizó.

El dominio del hecho es el sustento teórico para distinguir la autoría. Existe dominio del hecho en los casos de autoría mediata en el hombre de atrás, él es quien maneja los medios y modos; en la inducción el dominio del hecho la tiene quien ejecuta el hecho criminal, ya que, tiene la posibilidad de actuar en derecho en plena libertad. Sumado a ello, para que se perfeccione la inducción debe existir una resolución determinante clara y directa de una persona hacía otra, no puede existir una inducción en cadena. Por último, los medios por los que se busca determinar una resolución pueden ser materiales o inmateriales, a esto se le conoce como influjo psíquico, mismo que debe ser analizada cuidadosamente y caso por caso.

En el caso de la autoría mediata se desplaza la responsabilidad de la persona instrumentalizada, lo que no sucede en los casos de inducción en donde el autor inmediato es quien tiene el dominio de hecho; lo que dificultaría el análisis de casos en cuanto las personas quienes ejecutan

la acción. Se resalta que a la luz de la doctrina el resultado es distinto: quien ejecuta un ilícito en los casos de autoría mediata no se le endilga la responsabilidad por haber actuado de manera bajo error o coacción. No así en los casos de inducción, en donde sí el inducido porque tuvo la posibilidad de actuar en derecho y decidió ejecutar un delito.

Bibliografía

Araujo, M. P. (2019). *Consultor Penal-COIP: Actualizado, con doctrina y jurisprudencia.* Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones [CEP].

Corredor, D. (2004). La determinación. *Derecho Penal Y Criminología*, 25(75). 159-170. Recuperado de https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1045

De la Mata, J., *et al*. (2007). *Teoría del Delito. Escuela Nacional de la Judicatura de República Dominicana*. Santo Domingo: República Dominicana. Recuperado de https://www.ilustracionjuridica.com/producto/teoria-del-delito-jose-de-la-mata-amaya-et-al-pdf/

Díaz y García, Conlledo, M. (2008). Autoría y Participación. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10. 13-61. Recuperado de https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15219

Donna, E. (2002). *La autoría y la participación criminal 2ª edición*. Buenos Aires-Ecuador: Rubinzal-Culzoni,

Gómez, Gonzal, O. (2003). *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Recuperado de https://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/participacion-criminal-185?_ga=2.131376079.1342829302.1609621644-1179635230.1609621644

Gómez, Rivero, M. (1995). *La inducción a cometer el delito*. Valencia- España: Tirant Lo Blanch.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación 2ª edición, corregida*. Madrid-España: Marcial Pons.

Martínez, M., *et. al.* (2012). *Introducción Teoría Jurídica Del Delito: Materiales para su docencia y aprendizaje*. Madrid-España. Recuperado de http://eprints.ucm.es/16044 [última revisión 10 de enero de 2023]

Mir, Puig, S. (2011). *Derecho Penal Parte General 9ª edición*. Barcelona-España: Editorial Reppertor.

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. *Derecho Penal Parte General 8ª edición, revisada y puesta al día.* Valencia-España: Tirant lo Blanch, 2010.

Muñoz, D. (2020). La autoría por instigación, según el Art. 42.2.a) del Código Orgánico Integral Penal. *Ensayos de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, tema central: Principios procesales*, 12° edición, 151-172. Quito-Ecuador.

Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Traducción de la novena edición [Täterschaft und Tätherrschaf]. Madrid-España: Marcial Pons.

Ruilova, J. (2019). Autoría Mediata, Inducción y Dominio del Hecho en el Derecho Penal Ecuatoriano. Tesis de posgrado, Universidad Central del Ecuador, Quito. Recuperado de http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/19233/1/T-UCE-0013-JUR-011-P.pdf [última revisión 10 de enero de 2023]

Terán, W., y Angulo, M.A. (2021). *La autoría y participación en los delitos por infracción de deber (consideraciones teórico-dogmáticas y su aplicabilidad)*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador

Urbano, J. (2004). Autoría y participación. Balance jurisprudencial. *Derecho Penal Y Criminología,* 25(75). 197-226. Recuperado de: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1047 [última revisión 10 de enero de 2023]

Sentencias utilizadas

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal. (10 de abril de 2003). Sentencia Penal No 421/2003 [MP: Juan Saavedra Ruiz]. Rec 921/2001.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal. (15 de diciembre de 2016). Sentencia Penal No 949/2016 [MP: Pablo Llarena Conde]. Sección 1, Rec 10361/2016.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal. (21 de diciembre de 2009). Sentencia Penal No 1359/2009 [MP: Ramiro Jose Ventura Faci]. Rec 352/2009.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal. (30 de diciembre del 2009). Sentencia penal No. 1357-2009. [MP: Andrés Martínez Arrieta]. Sección 1, Rec 969/2009.

Normativa utilizada

Asamblea Nacional del Ecuador. (10 de febrero del 2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180.

Congreso de la República del Ecuador. (22 de enero de 1971). Código Penal Derogado. Registro Oficial Suplemento 147. Reforma de febrero 2014

Congreso Nacional de Colombia. Código Penal. (24 de julio del 2000) [Ley 599 del 2000]. Diario Oficial No. 44097.

LEXIS

Transformamos el mundo jurídico

con herramientas digitales para profesionales del Derecho

Referente en calidad y precio en información jurídica en línea.

https://www.lexis.com.ec/

Quito: 02 476 7750 **Guayaquil:** 098 559 0298 **Cuenca:** 099 682 1773

DERECHOS Y JUSTICIA
OBSERVATORIO

Somos una organización de la sociedad civil que trabaja en la promoción, defensa y protección de la independencia judicial y los derechos humanos en Ecuador.

@ODJEcuador

www.odjec.org

ODJEcuador

Observatorio de Derechos y Justicia

Las buenas prácticas para el tratamiento del dato de salud

The best practices of the health data treatment

Mishelle Bermeo Vivar*
Investigadora Jurídica Independiente

Información del artículo
Original – Ruptura, 2022
Artículo recibido / Received: 1 de noviembre de 2022
Artículo aceptado / Accepted: 23 de enero de 2023

Citación
Bermeo, M. (2022). *Las buenas prácticas para el tratamiento del dato de salud.* Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2022, p. (219-243)

DOI: 10.26807/rr.v4i4.122

Resumen: La Ley Orgánica de Protección de Datos Personales entró en vigencia el 26 de mayo de 2021, y trajo consigo una serie de derechos, obligaciones y un nuevo enfoque de cómo debemos tratar los datos personales en el Ecuador. Dicha normativa incluye una definición de cuáles

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Diplomado en Estudio sobre los Datos de Salud como Categoría Especial de Datos Personales en la Tech - Universidad Tecnológica. Cuenta con amplia experiencia en el campo del Derecho Sanitario, brindando asesoría tanto al sector del uso y comercialización de medicamentos y otros productos sanitarios, así como a prestadores de salud. Tiene experiencia en resolución de asuntos sanitarios en materia administrativa y litigiosa. Actualmente es Abogada el Estudio Jurídico Cevallos & Noboa, y forma parte de su Departamento Sanitario. Correo Electrónico: mishelle.bermeo@cevallosnoboa.com

son los datos que deben ser considerados como datos sensibles, siendo uno de ellos, el dato de salud[1].

Históricamente siempre se ha tratado el dato de salud con la confidencialidad que amerita por motivo de la profesión de los médicos tratantes del paciente; sin embargo, la reciente normativa ha traído consigo una categorización especial a dicho dato, lo que implica tratarlo con mucha más diligencia y cuidado.

En el presente artículo se expondrá brevemente sobre el dato de salud, el motivo de su sensibilidad, qué datos son vinculados como datos de salud y cuál es el debido tratamiento que se debe de tener con este tipo de dato. Esto, con la finalidad de que todos los lectores se informen respecto a qué engloba el dato de salud, y cómo debe ser este tratado apropiadamente. Así también, se explicarán sobre algunas buenas prácticas para el tratamiento de este dato considerado como sensible, que sobre todo buscan proteger la intimidad del titular del dato.

Palabras clave: Dato sensible, dato de salud, protección de datos personales, pacientes, consentimiento.

Abstract: *The Organic Law for the Protection of Personal Data came into effect on May 26, 2021, and brought with it a series of rights, obligations and a new approach to how we should treat personal data in Ecuador. This regulation includes a definition of which data should be considered as sensitive data, one of them being health data.*

Historically, health data has always been treated with due confidentiality and the professional secrecy of the patient's treating physicians; however, the recent regulation has brought with it a special categorization of such data, which implies treating and preserving it with much more diligence and care.

1 Se precisa que según los artículos 4, 25 y siguientes de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, el dato de salud es un dato sensible y también entra dentro de la categoría especial de dato.

This article will briefly explain the health data, the reason for its sensitivity, which data are linked as health data and what is the proper treatment that should be given to this type of data. The purpose of this is to inform all readers about what health data encompasses and how it should be treated properly. Also, some good practices for the treatment of this data considered as sensitive will be explained, which above all seek to protect the privacy of the owner of the data.

Keywords: *Sensitive data, health data, patients, consent, protection of personal data.*

Introducción

Cuando hablamos en materia de protección de datos, no lo podemos hacer sin traer a colación al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (En adelante, el RGPD).

El cuarto considerando del RGPD, hace mención a un concepto interesante:

> El tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. ( ).

Esta referencia es importante, puesto que, aunque muchos creen que las normas relacionadas a la protección de datos personales buscan que se dejen de tratar los datos de las personas, eso no es así.

El 26 de mayo de 2021, el Ecuador pasó a formar parte del gran catálogo de países que están regulando el tratamiento de los datos personales, y eso lo logró por medio de la expedición de la Ley Orgánica de Protección

de Datos Personales (en adelante, LOPDP). Dicha normativa, según lo señalado en su artículo 1, tiene como objeto y finalidad:

> Garantizar el ejercicio del derecho a la protección de datos personales, que incluye el acceso y decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. Para dicho efecto regula, prevé y desarrolla principios, derechos, obligaciones y mecanismos de tutela. (LOPDP, 2021).

Es decir, esta nueva normativa no pretende limitar el uso legítimo de los datos personales, sino normar su tratamiento, de tal manera que éste sea legítimo y consensuado por parte del titular del dato.

I. Definición de dato personal

Un dato es todo lo que identifica o hace identificable a una persona natural, sea de forma directa, o de forma indirecta.[2] Como lo define Cristea Uivaru (2017):"Los datos de carácter personal, son la referencia que nos hace individualizables. Consiste en toda aquella información relevante concerniente a una persona que nos hace identificables". (Pág. 33).

El RGPD define como datos personales a:

> Toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona. (Art. 4.1)

Entonces, básicamente todo dato que permita identificar a una persona de otra, es un dato personal.

2 Artículo 4 de la LOPDP.

Ahora bien, dentro de los datos personales, tenemos algunas categorías de datos sensibles, como son, datos de: género, religión, crediticios, biométricos, genéticos, salud, entre otros. Es importante destacar que el dato de salud no es un dato sensible, sino una categoría especial de dato, por lo que en este artículo me enfocaré en lo que respecta al dato personal de salud.

II. El dato de salud

No se puede hablar del dato relativo a la salud, sin antes conceptualizar el concepto de salud.

La Organización Panamericana de la Salud (2018) se ha ratificado en el concepto de salud establecido por la Organización Mundial de la Salud en 1947:"un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". (Pág. 4).

Asimismo, dicha entidad ha manifestado que:"En el campo de la salud pública existe una jerarquía de conceptos: el dato es la unidad más primaria (input) que, al trabajar con ella, genera un indicador; este, una vez analizado, genera información que, luego de interpretada, genera conocimiento". (Organización Panamericana de la Salud, 2018, pág. 6).

Entonces, esto denota que el dato relativo a salud es aquel que revela información sobre el estado de salud de una persona, sea esta pasada, presente o futura; y por medio del cual se concretan estadísticas e investigaciones.

> Los datos personales, referidos a la salud, contienen información de las personas que permite conocer las dolencias o enfermedades que han padecido, padecen o incluso podrán padecer o tendrán tendencia a padecer en el futuro. Se trata, en definitiva, de datos personales que forman parte de la esfera más íntima de la persona, que pueden estar revelando situaciones críticas relativas a determinadas enfermedades a la aplicación de técnicas de reproducción asistida o relativa a información genética, cuyo potencial vulnerador de la intimidad personal nadie se atreve a poner en duda. (Piñar Mañas, 2004, págs. 42-44).

Por otro lado, el profesor Murillo De la cueva (2008) citado por Cristea Uivaru (2017) sostiene que:

> Son aquellos que, por afectar a los aspectos más íntimos de la personalidad, reciben el más alto nivel de protección establecido. Y eso se debe a que se sitúan en un plano en el que confluyen dos derechos fundamentales al menos: el derecho a la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa. E, incluso, pueden proyectarse sobre otros estrechamente relacionados con los anteriores, como la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 de la Constitución o con el propio derecho a la protección de la salud. Contienen, por tanto, una información personal especialmente cualificada y esencialmente ligada a la dignidad y libertad de aquél a quien pertenecen. (Pág. 44).

Dicho esto, sabemos que el dato de salud es aquel dato que identifica a una persona, se relaciona con su salud y directamente con la esfera más íntima y personal del titular del dato. Es decir, no necesariamente se limita a aquel dato que obtiene el profesional de la salud mientras trata al paciente, sino que puede ser aquel que forma parte de su genética, orientación sexual, fertilidad, entre otras esferas.

Ahora bien, tanto el RGDP, como la propia LOPDP, definen como datos relativos a la salud aquellos: "datos personales relativos a la salud física o mental de una persona, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud." (Art. 4, LOPDP, 2021).

Tal como se mencionó previamente, por cuanto el dato de salud forma de parte de una esfera íntima y sensible de la persona, es muy común encontrar que se lo catalogue como un dato sensible. La normativa ecuatoriana ha hecho lo propio, en vista de que, si el dato es tratado indebidamente, puede causar discriminación o provocarle un riesgo grave al titular del mismo. (Ramón, P., s/f).

III. El tratamiento del dato de salud:

3.1 ¿En qué consiste el tratamiento del dato?

En líneas anteriores se mencionó que la LOPDP tiene como finalidad tratar de forma adecuada a los datos personales; más aún, aquellos que

son catalogados como datos sensibles, dado el impacto que éstos tienen en el titular del dato.

Cristea Uivaru (2017) hace hincapié en que:

> El tratamiento de datos debe entenderse como el conjunto de operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias. (Pág. 58-59).

Es importante destacar que, estamos frente al tratamiento de datos, aunque no los utilicemos de forma constante. Es decir, basta su almacenamiento y su utilización esporádica, y con ello ya se configura el tratamiento de datos. "Se entiende que existe tratamiento de datos por el mero hecho de poseerlos, conservarlos o visualizarlos, aunque, no exista dolo o intención de usarlos, ya sea de forma lícita o ilícita". (Cristea Uivaru, 2017, pág. 59).

En función de ello, es importante traer a colación que nuestra normativa define al tratamiento como:

> Cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales, ya sea por procedimientos técnicos de carácter automatizado, parcialmente automatizado o no automatizado, tales como: la recogida, recopilación, obtención, registro, organización, estructuración, conservación, custodia, adaptación, modificación, eliminación, indexación, extracción, consulta, elaboración, utilización, posesión, aprovechamiento, distribución, cesión, comunicación o transferencia, o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo, interconexión, limitación, supresión, destrucción y, en general, cualquier uso de datos personales. (Art. 4, LOPDP, 2021).

Es decir, toda aquella actividad que se pueda realizar con el dato personal, implica un tratamiento del mismo; por lo que lo prescrito en el artículo citado previamente no es una enumeración taxativa, sino ejemplificativa.

3.2 El consentimiento y tratamiento legítimo del dato

Ahora, ¿cuál es la forma apropiada de tratar el dato de salud? En la realidad sucede que el tratamiento del dato se puede dar de dos formas: con el consentimiento de su titular o sin él. A raíz de la expedición de la LOPDP, se busca crear una consciencia en la sociedad ecuatoriana respecto al legítimo tratamiento de los datos, lo que conlleva la necesidad de contar con el consentimiento del titular del dato para poder tratar y hacer uso de éste. Para que dicho tratamiento sea legítimo, requiere de un instrumento clave: el consentimiento.

La LOPDP trae consigo a la definición del consentimiento, entendiéndose como tal a la:"manifestación de la voluntad libre, específica, informada e inequívoca, por el que el titular de los datos personales autoriza al responsable del tratamiento de los datos personales a tratar los mismos". (Art. 4, LOPDP, 2021).

En concordancia con dicha definición, el artículo 8 de la mencionada normativa, menciona expresamente que se pueden tratar y comunicar datos personales cuando se cuente con la manifestación de la voluntad del titular para hacerlo. Dicha manifestación de la voluntad se plasma en el consentimiento, y para que éste sea válido, debe contar con cuatro requisitos fundamentales: que sea libre, específico, informado e inequívoco.

Implica que es libre cuando la manifestación de la voluntad está libre de vicios del consentimiento[3]; es específico cuando el consentimiento prevé la determinación concreta de los medios y fines del tratamiento; es informado cuando se socializa el consentimiento con el titular del dato respetando su derecho a la transparencia; y, es inequívoco por cuanto no debe presentar dudas sobre el alcance de la autorización otorgada por el titular del dato.

Asimismo, el mismo artículo 8 de la normativa en cuestión, establece de forma expresa que el consentimiento puede revocarse en cualquier

3 El artículo 1467 del Código Civil señala que los vicios del consentimiento son: error, fuerza y dolo.

momento, sin que ello requiera de una justificación por parte del titular. También se aclara que el tratamiento de los datos que se haya realizado con anterioridad a la revocatoria, se considerará como lícito, en vista de que el retiro del consentimiento no tiene efectos retroactivos.

Dicho esto, el consentimiento se convierte entonces en una pieza clave cuando nos referimos al tratamiento del dato, puesto que, sin él, el responsable del tratamiento del dato no puede realizar ningún tipo de tratamiento a los datos personales del titular. Cabe señalar que este consentimiento puede ser recabado de mediante firmas físicas, o por medios electrónicos, como, por ejemplo, mediante la firma electrónica. Hoy en día es bastante frecuente y común que el consentimiento se recabe, en su mayoría, por medios electrónicos. Un caso en referencia es cuando compramos un seguro para viajes, por cuanto lo podemos adquirir mediante un chat o por medio de una página web, y el contrato, que de por sí cuenta con cláusulas específicas de confidencialidad y de tratamiento de datos personales, adquiere plena validez con la sola firma electrónica que insertemos en el documento digital.

Es pertinente destacar que este consentimiento no tiene relación alguna con el consentimiento informado que suscribe el paciente para cada tratamiento médico al que decide someterse. Dicho consentimiento informado está relacionado con el derecho a la información[4] y el derecho a decidir[5] que tiene todo paciente cuando está ante una atención médica, ambos previstos en la Ley de Derechos y Amparo al Paciente; y también está relacionado con la obligación que tiene todo médico de recabar di-

4 Artículo 5.- Derecho a la información: Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del servicio de salud a través de sus miembros responsables, la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse. Exceptúense las situaciones de emergencia. El paciente tiene derecho a que el servicio de salud le informe quién es el médico responsable de su tratamiento.

5 Artículo 6.- Derecho a decidir: Todo paciente tiene derecho a elegir si acepta o declina el tratamiento médico. En ambas circunstancias el servicio de salud deberá informarle sobre las consecuencias de su decisión.

cho consentimiento que ratifica la explicación debida de la actividad médica que practicará en el paciente y que este último ha autorizado, puesto que conoce sus propiedades, beneficios y riesgos.[6]

Toda vez que se ha definido al consentimiento, se recalca que el artículo 26 de la LOPDP especifica de forma expresa:

> Art. 26.- Tratamiento de datos sensibles.- Queda prohibido el tratamiento de datos personales sensibles salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:
>
> a) El titular haya dado su consentimiento explícito para el tratamiento de sus datos personales, especificándose claramente sus fines.
>
> b) El tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del titular en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social.
>
> c) El tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del titular o de otra persona natural, en el supuesto de que el titular no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento.
>
> d) El tratamiento se refiere a datos personales que el titular ha hecho manifiestamente públicos.
>
> e) El tratamiento se lo realiza por orden de autoridad judicial.
>
> f) El tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del titular.

6 Los artículos 15 y 16 del Código de Ética Médica del Ecuador hacen mención a que no se pueden realizar intervenciones quirúrgicas sin previa autorización del enfermo o de su representante legal, e indica que dicha autorización incluye el tipo de intervención, riesgos y posibles complicaciones.

> g) Cuando el tratamiento de los datos de salud se sujete a las disposiciones contenidas en la presente ley.

Bajo este marco jurídico, el artículo 30 de la misma ley faculta a las instituciones que conforman el Sistema Nacional de Salud y a los profesionales de la salud a recolectar y tratar los datos relativos a la salud de sus pacientes. Asimismo, se especifica que tanto los responsables como encargados del dato deben guardar la confidencialidad de los datos a los que tengan acceso, obligación que se complementa con el secreto profesional.

De la misma manera, el mismo artículo prevé dos excepciones para la obtención del consentimiento por parte del titular:

> No se requerirá el consentimiento del titular para el tratamiento de datos de salud cuando ello sea necesario por razones de interés público esencial en el ámbito de la salud, el que en todo caso deberá ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del titular.
>
> Asimismo, tampoco se requerirá el consentimiento del titular cuando el tratamiento sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como en el caso de amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, siempre y cuando se establezcan medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del titular y, en particular, el secreto profesional.

Un ejemplo de estas excepciones lo hallamos por efectos de la pandemia producto del COVID-19. Como es de conocimiento de todos, el ex Presidente, Lenin Moreno Garcés, por medio del Decreto Ejecutivo Nro. 1017 emitido el 16 de marzo de 2020, decretó el Estado de Excepción en todo el territorio ecuatoriano cuyo propósito era evitar la propagación y transmisión del coronavirus. Conforme fue pasando el tiempo, la sociedad de a poco retornó a sus actividades, hecho que se denominó como "la nueva normalidad". Para que esto suceda, entidades estatales tuvieron acceso a las bases de datos de las personas y entidades que conformar la Red Pública Integral de Salud para analizar datos y elaborar estadísticas que servían como base para tomar decisiones en aras de modificar las

medidas dictadas por el Gobierno Nacional, y también por los Gobiernos Seccionales, acorde a la realidad mensual de la sociedad ecuatoriana.

Dicho esto, aunque no todos consentimos de forma expresa que se traten nuestros datos personales obtenidos por medio de las diferentes pruebas que detectan el virus, éstos fueron usados solamente para determinar el incremento o no del virus. Es decir, nunca se filtraron los nombres de las personas cuyo resultado era positivo, ni sus números de cédula, ni su condición de género; sin embargo, sí el resultado de la prueba que permitía crear bases de datos y a su vez contar con estadísticas de incremento o disminución de contagios. Por lo que, por parte del Estado, se configuró el tratamiento legítimo de nuestro dato de salud, en especial, porque actuaron al amparo de lo previsto en el numeral 4 del Art. 36 de la LOPDP.

3.3 Socialización de los derechos ARCO+[7]

En líneas anteriores se hizo mención a la necesidad de contar con el consentimiento del titular del dato para que su tratamiento sea legítimo, y se especificó que dicho consentimiento puede ser revocado en cualquier momento.

Pues bien, cuando el titular del dato consiente en su tratamiento, es obligación de la persona que recaba dicho consentimiento, socializarle sus derechos ARCO+. En el Ecuador, estas siglas engloban a los siguientes derechos[8]:

a. Derecho a la información;

b. Derecho de acceso;

7 En la doctrina, se conoce como derechos ARCO al conjunto de acciones, a través de las cuales el titular ejerce control sobre sus datos personales que se encuentran en posesión de un tercero.

8 Artículos 12 y siguientes de la LOPDP.

c. Derecho de rectificación y actualización;

d. Derecho de eliminación;

e. Derecho de oposición;

f. Derecho a la portabilidad;

g. Derecho a la suspensión del tratamiento;

h. Derecho a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas;

i. Derecho de niñas, niños y adolescentes a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas;

j. Derecho de consulta; y,

k. Derecho a la educación digital.

Por efectos prácticos, y en función del tema a abordar, explicaré brevemente sobre el derecho de acceso, de rectificación, eliminación y oposición.

El derecho de acceso consiste en la facultad que tiene el titular del dato personal para conocer y obtener, y acceder, de forma gratuita, a todos sus datos personales, sin la necesidad de presentar una justificación. Esta petición la puede realizar el responsable del tratamiento de sus datos personales, o directamente a la persona a quien entregó su consentimiento para tratar el dato.[9]

El derecho de rectificación implica que el titular del dato tiene derecho a solicitar la actualización o corrección de sus datos personales que sean inexactos, incorrectos o estén incompletos. Para este caso, no bastará su solicitud, sino que el titular deberá presentar los debidos justificativos.

9 Derecho contenido en el artículo 13 de la LOPDP.

Es importante denotar que la persona que realice esta rectificación, tiene la obligación de reportar al titular sobre dicha acción.[10]

El derecho de eliminación también es conocido como el derecho de eliminación. Esto conlleva al hecho de que el titular del dato puede solicitar la supresión de sus datos personales. Según la normativa ecuatoriana[11], este derecho se ejerce cuando:

1) El tratamiento no cumpla con los principios establecidos en la presente ley;

2) El tratamiento no sea necesario o pertinente para el cumplimiento de la finalidad;

3) Los datos personales hayan cumplido con la finalidad para la cual fueron recogidos o tratados;

4) Haya vencido el plazo de conservación de los datos personales;

5) El tratamiento afecte derechos fundamentales o libertades individuales;

6) Revoque el consentimiento prestado o señale no haberlo otorgado para uno o varios fines específicos, sin necesidad de que medie justificación alguna; o,

7) Exista obligación legal.

Respecto a este derecho, se determina la obligación al responsable del tratamiento del dato de implementar cualquier método y técnicas para eliminar, hace ilegible o dejar irreconocible de forma definitiva y segura de los datos personales.[12]

Finalmente, el derecho de oposición involucra a la facultad que tiene el titular de oponerse o negarse a que se traten sus datos personales. Tal

10 Derecho contenido en el artículo 14 de la LOPDP.

11 Derecho contenido en el artículo 15 de la LOPDP.

12 A nivel informático, esto conlleva un borrado definitivo.

como sucede con el derecho anterior, la LOPDP determina cuándo el titular se puede oponer al tratamiento de sus datos personales[13]:

> 1) No se afecten derechos y libertades fundamentales de terceros, la ley se lo permita y no se trate de información pública, de interés público o cuyo tratamiento está ordenado por la ley.
>
> 2) El tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa; el interesado tendrá derecho a oponerse en todo momento al tratamiento de los datos personales que le conciernan, incluida la elaboración de perfiles; en cuyo caso los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines.
>
> 3) Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento como consecuencia de la concurrencia de un interés legítimo, previsto en el artículo 7, y se justifique en una situación concreta personal del titular, siempre que una ley no disponga lo contrario.

Respecto de estos cuatro derechos, la propia LOPDP estipula que, a petición del titular del derecho, éstos deben cumplirse en un plazo razonable desde su solicitud, concediendo un plazo de quince (15) días para su efectivo cumplimiento.

¿Cómo se socializan estos derechos? Por medio del consentimiento o de disposiciones contractuales. Dicho esto, se debe hacer referencia en el documento respecto a estos derechos del titular y la forma en la que los puede ejercer. De la misma manera, se debe especificar en cuáles casos, el derecho de rectificación, eliminación y oposición no tienen cabida; esto, por cuanto si sus datos son necesarios para el cumplimiento de una obligación legal o contractual o para la formulación, ejercicio o defensa de reclamos o recursos, éstos no pueden ser eliminados.[14]

Un caso muy práctico de la socialización de los derechos ARCO+ lo encontramos cuando nos registramos como pacientes en un Hospital. El momento en el que la atención hospitalaria inicia, siempre se solicitan

13 Derecho contenido en el artículo 16 de la LOPDP.

14 El artículo 18 de la LOPDP prevé 10 causales taxativas de las excepciones a los derechos de rectificación, eliminación y oposición.

los datos identificativos de la persona que está recibiendo la atención. En dicho momento, el personal de admisiones o el personal médico (dependiendo del establecimiento y la circunstancia en la que se lleva a cabo la atención) indicará al paciente o a quien lo acompañe cuál es la finalidad del tratamiento de datos, cuáles son los derechos que puede ejercer respecto a los mismos y cómo ejercerlos.

Por ejemplo, Anita a los 22 años registró un teléfono y un correo electrónico en el Hospital por cuanto tuvo una atención ambulatoria. El día de hoy Anita tiene 30 años y acudió nuevamente al Hospital por un leve accidente y cuando validan la información previamente registrada, así como su consentimiento, Anita detecta que hay datos que deben ser modificados. Dicho esto, Anita toma contacto con el médico que la está atendiendo y le manifiesta que desea ejercer su derecho a la rectificación de datos y proporciona su nuevo teléfono y correo electrónico, por cuanto entiende y consiente que aquellos sirven como medios de contacto. Posterior a ello, el momento en el que Anita recibe su factura por los servicios prestados, puede verificar que el dato fue rectificado correctamente, así como también recibió un correo electrónico por medio del cual el Hospital notificó que se cumplió con la solicitud de ejercicio del derecho de rectificación y que los datos anteriores fueron eliminados de sus bases de datos.

3.4 Buenas prácticas para tratamiento del dato de salud

Toda vez que hemos entrado en contexto de qué es un dato de salud y los requisitos para que su tratamiento sea legítimo, me permitiré realizar un breve resumen de aquellas buenas prácticas para su correcto tratamiento.

3.4.1 Práctica del secreto profesional

Todos los médicos tienen la obligación de ejercer su profesión, respetando su deber de secreto profesional respecto de la información a la que tienen acceso durante su práctica."En el ámbito sanitario, la protección de datos y la confidencialidad de los mismos, va intrínsecamente rela-

cionado con el secreto médico". (Vid. Sánchez Jordán citado por Cristea Uivaru, 2017, pág. 109).

Según la doctrina especializada en la materia y el derecho comparado, el secreto profesional no solo es un deber respecto del médico que interviene directamente con el paciente, sino que"se extiende hacia todo el personal sanitario que tienen acceso al paciente, ya sea la enfermera en la misma consulta, el equipo médico en una intervención, o el personal administrativo que gestionada los datos de salud del paciente". (Cristea Uivaru, 2017, pág. 111). De la misma manera, el secreto profesional es una obligación que perdura en el tiempo, por lo que la muerte del paciente no exime al médico de este secreto médico.[15] (Cristea Uivaru, 2017, pág. 111).

En el Ecuador, el secreto profesional también se encuentra regulado, puesto que el Código de Ética Médica prevé en su artículo 66 lo siguiente:

> Art. 66. — El secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la responsabilidad del profesional y la dignidad de la ciencia médica, exigen el secreto. Los médicos tienen el deber de conservar en secreto todo cuanto observen, escuchen o descubran en el ejercicio de su profesión.

Esta disposición, más la contenida en el Art. 30 de la LOPDP, garantizan que el secreto profesional del médico permite un tratamiento apropiado y legítimo del dato de salud.

Ahora, para que ambas disposiciones tomen fuerza, éstas pueden constar en los contratos de trabajo de los profesionales de salud o en un instrumento a parte que resguarde el correcto tratamiento de los datos de salud, tales como políticas internas de tratamiento de datos personales, convenios específicos de confidencialidad y uso legítimo del dato personal de salud, códigos deontológicos, entre otros. Asimismo, se puede reforzar con capacitaciones al respecto, haciendo énfasis en todo lo que

15 Esta obligación también está contenida en la Declaración de Ginebra que prevén promesas de los médicos. Una de ellas:"Guardar y respetar los secretos confiados a mí, incluso después del fallecimiento del paciente". Disponible en: https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-ginebra/

engloba el secreto profesional; y, sobre todo, actuando bajo el principio de responsabilidad proactiva[16].

Se destaca también que el secreto profesional aplica para quienes son abogados y ejercen en aquellas ramas de Derecho relacionados con el campo de la salud. Esto, por cuanto, dada su práctica, pueden tener acceso a historias clínicas, declaraciones de salud, entre otros documentos donde constan datos personales de salud. Así como para con los médicos, es muy común que los profesionales en derecho cuenten con convenios de confidencialidad específicos, así como contratos con cláusulas de tratamiento de datos, en especial por cuanto es muy común que actúen en calidad de encargados del dato personal.

3.4.2 Anonimización del dato

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua nos indica que anonimizar significa "expresar un dato relativo a entidades o personas, eliminando la referencia de su identidad".[17]

Acorde a la Agencia Española de Protección de Datos (2016)"la finalidad del proceso de anonimización es eliminar o reducir al mínimo los riesgos de reidentificación de los datos anonimizados manteniendo la veracidad de los resultados del tratamiento de los mismos".

De la misma manera, Cristina Gómez (s.f) indica que "la anonimización no es una alternativa a la obtención del consentimiento expreso, sino que más bien es una protección adicional para que la información confidencial sea usada únicamente de forma legítima o divulgada con consentimiento."

16 El Art. 52 de la LOPDP estipula:"Los responsables y encargados de tratamiento de datos personales podrán, de manera voluntaria, acogerse o adherirse a códigos de conducta, certificaciones, sellos y marcas de protección., cláusulas tipo, sin que esto constituya eximente de la responsabilidad de cumplir con las disposiciones de la presente ley, su reglamento, directrices lineamientos y regulaciones emitidas por la Autoridad de Protección de Datos Personales y demás normativa sobre la materia."

17 Tomado de: https://dle.rae.es/anonimizar

En la normativa ecuatoriana, este término no resulta inadvertido, puesto que la LOPDP define a la anonimización como"la aplicación de medidas dirigidas a impedir la identificación o reidentificación de una persona natural, sin esfuerzos desproporcionados". (Art. 4, LOPDP, 2021).

Asimismo, dicha norma expresamente hace mención a que siempre que sea posible, los datos relativos a la salud, deberán ser previamente anonimizados o seudonimizados.[18] Sin embargo, prevé que todo tratamiento de este tipo de datos que sean anonimizados, debe ser autorizado de forma previa por la Autoridad de Protección de Datos Personales; y, para ello, el interesado tiene que presentar ante dicha autoridad el respectivo protocolo técnico que garantice la protección de los datos y que contenga el informe previo favorable emitido por la Autoridad Sanitaria.[19]

En este orden de ideas, la Agencia Española de Protección de Datos (2016) menciona que el proceso de anonimización se relaciona con los siguientes seis (6) principios claves:

- *Principio de responsabilidad proactiva:* Conlleva a que la protección de la privacidad debe realizarse de forma proactiva y no reactiva;

- *Principio de privacidad por defecto:* Implica la garantía de mantener la confidencialidad de los datos que se anonimizarán.

- *Principio de privacidad objetiva:* Se relaciona con el pequeño margen de riesgo que puede existir al momento de la reidentificación; por lo que se debe procurar que en dicho margen no conste la información más importante del titular del dato.

- *Principio de plena funcionalidad:* Se debe prever que no exista una distorsión de los datos que son anonimizados, de tal manera que siempre se defina la utilidad final de los mismos.

18 Esta disposición se encuentra en el numeral 2 del artículo 31 de la LOPDP.

19 Esta disposición se encuentra en el numeral 3 del artículo 31 de la LOPDP.

- *Principio de privacidad en el ciclo de vida de la información:* Corresponde a que las medidas que garantizan la privacidad del titular del dato sean aplicables en todo el proceso, desde el momento en el que recaba el dato hasta su anonimización. Para ello, se pueden contar con auditorías que garanticen su cumplimiento.

- *Principio de información y formación:* Esto involucra la capacitación constante del personal que participa en todo el proceso de anonimización del dato.

Realizando un análisis en derecho comparado, la Presidencia de Uruguay expidió en el 2020 la Guía sobre Anonimización de Datos[20], misma que establece las siguientes etapas básicas para el proceso de anonimización:

- Definición del equipo de trabajo;

- Definición de objetivos y finalidad de la información anonimizada;

- Preanonimización;

- Anonimización; y,

- Control.

Si bien en el Ecuador no existe una guía de cuáles serían los pasos a seguir para anonimizar el dato, sí exige su autorización previa presentación del protocolo técnico.

Bajo mi criterio, es algo positivo puesto que cada integrante de la Red Pública Integral de Salud está en su facultad de implementar el proceso de anonimización acorde a su necesidad, operatividad y tamaño. Además, puede tomar como base la definición prevista en la LOPDP.

20 Información obtenida de: https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/sites/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/files/documentos/publicaciones/Gu%C3%ADa%20sobre%20Anonimizaci%C3%B3n%20de%20Datos%20vf.pdf

Por ejemplo, tomando nuevamente el ejemplo en los Hospitales, existen ciertos procesos que utilizan datos personales que pueden ser anonimizados. Pensemos en este escenario: Juanito Pérez, trabajador del Hospital ABC ha sido Jefe Administrativo por más de 5 años en dicho lugar, y está concursando para ascender a Gerente Administrativo. Por cuanto Juanito ha presentado unos síntomas extraños, decidió realizarse todos los exámenes de rutina, y dentro de ellos, incluyó las pruebas NAT, mismas que detectan la existencia o no de VIH. Él se realiza todos sus exámenes en el Hospital ABC; y, arrojó positivo para el virus. El Jefe de Laboratorio, al enterarse, toma distancia de forma real y comenta entre los demás trabajadores sobre el virus de Juanito, lo que provoca en los demás trabajadores distanciamiento, burlas y malos comentarios.

El Gerente General del Hospital ABC se entera de lo sucedido, y por cuanto le asusta compartir mismo espacio con quien sería su mano derecha, decide comunicarle a Juanito que no puede continuar con el proceso de ascenso y le ratifica que conservará su puesto"a pesar de lo que le ha sucedido".

¿Cuál era la necesidad de que el personal del laboratorio conozca la identidad de la persona que se realizaba el examen? Ninguna. Plenamente pueden manejarse por medio de códigos que identifican al paciente ante el médico tratante y el laboratorio que analiza la muestra. El hecho que el Jefe de Laboratorio identificare a su compañero, además de su falta de confidencialidad, generó en él un perjuicio, por cuanto trató ilegítimamente su dato de salud.

Con ello, resulta bastante evidente porqué la anonimización resulta ser una buena práctica para tratar apropiadamente el dato de salud.

3.5 Relevancia de las buenas prácticas para el tratamiento del dato de salud

En este literal me permitiré desarrollar un criterio de carácter personal, puesto que, a raíz de la expedición de la LOPDP, he podido detectar que no todos los abogados que se vinculan de alguna u otra manera en el

campo de protección de datos, conocen ciertas especificaciones respecto al dato de salud.

Es muy común encontrar profesionales del derecho quienes únicamente respaldan el tratamiento del dato de salud en modificaciones de Reglamentos Internos de Trabajo, contratos, convenios de confidencialidad y formularios para recabar el consentimiento del titular del dato personal cuando ello solo es el inicio.

Las buenas prácticas del dato de salud previamente detalladas permiten que el titular tenga muchas más garantías respecto al tratamiento de su dato de salud que es mucho más sensible que un dato como el correo electrónico, por citar un ejemplo.

Muchas de las ocasiones inclusive, aunque no exista una relación con un hospital, el dato de salud forma parte de nuestro entorno laboral. Esto, por cuanto, por mandato legal, todo trabajador o trabajadora se encuentra en la obligación de la realización de exámenes ocupacionales. Principalmente pensaríamos que el Centro de Salud del establecimiento laboral guarda la confidencialidad de los resultados médicos, así como de cualquier eventual diagnóstico, pero estoy segura que el titular del dato estaría mucho más seguro o segura si se garantizaría su anonimización, y el acceso limitado al mismo.

Actualmente, no se cuenta todavía con la designación de la Autoridad de Protección de Datos Personales, sin embargo, una vez que contemos con su creación, considero que va a aportar mucho respecto de las buenas prácticas para el tratamiento de datos personales, en especial, del dato de salud. Recordemos que inclusive es quien forma parte de la aprobación cuando se implementa la anonimización, por lo que su revisión respecto de las metodologías y forma de aplicar esta práctica, ayudaría tanto al sector de salud del ámbito público y privado.

IV. Conclusiones

La normativa ecuatoriana, que es un reflejo de la europea en materia de protección de datos trae consigo un mensaje poderoso: usemos apropia-

damente los datos que nos proporcionan sus titulares. Es por ello por lo que resulta cada vez más necesario conocer la forma en la que nuestros datos personales son protegidos, especialmente aquellos que son catalogados como sensibles, tal como sucede con el dato de salud.

La LOPDP le otorga esa categoría al dato de salud, y con ello impone la obligación de que éste sea tratado con mucho más cuidado y reserva. Dicho esto, su tratamiento no solo va ligado a la obtención del consentimiento libre, específico, informado e inequívoco; sino que también presenta en la sociedad la necesidad de desarrollar técnicas que permitan su debido y legítimo tratamiento.

En este artículo se mencionaron dos buenas prácticas para el tratamiento del dato personal: la práctica del secreto profesional y la anonimización del dato. Respecto de la primera, ésta es inherente al ejercicio profesional del médico, quien a su vez debe garantizar que el personal que trabaje con él, también mantenga la confidencialidad y secreto de la información que recaba del paciente que trata; y, respecto de la segunda, resulta novedosa, puesto que de cierta manera desasocia la identidad del titular del dato y el dato *per sé*, por lo que no se podría arribar a la conclusión de que determinada persona es la titular de un dato en concreto.

No se descartan aquellas no enunciadas aquí o que puedan crearse a lo largo del tiempo, puesto que la imaginación es el límite que permite diseñar técnicas para tratar legítimamente todo dato personal; sin embargo, no hay duda de que ambas prácticas funcionan y cumplen con su finalidad de tratar apropiadamente el dato de salud, por lo que, si nosotros como ciudadanos estamos frente a ellas, podemos estar tranquilos respecto al tratamiento que se les da a nuestros datos en dicho campo.

Referencias Bibliográficas

Agencia Española de Protección de Datos. (2016). *Orientaciones y garantías en los procedimientos de anonimización de datos personales*. Recuperado el 30 de octubre de 2022 de: https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/guia-orientaciones-procedimientos-anonimizacion.pdf

Asamblea Nacional del Ecuador. (2021). *Ley Orgánica de Protección de Datos.* Publicado en el Registro Oficial Nro. 459 del 26 de mayo de 2021.

Beltrán Aguirre, J. (2009) *Tratamiento de Datos de Salud en la Prestación de Servicios Sociales.* Revista Derecho y Salud. Volumen XVIII Enero-Junio 2009. págs.1-20. ISSN: 1133-7400. Disponible en: https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/2009-numero1.pdf

Congreso Nacional (1995). *Ley de Derechos y Amparo al Paciente.* Última reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 423 del 22 de diciembre de 2006.

Cristea Uivaru, L. (2017). *La Protección de Datos de Carácter Sensible en el ámbito europeo. Historia Clínica Digital y Big Data en Salud.* [Tesis Doctoral, Universitat Abat Oliba CEU]. Recuperado el 30 de octubre de 2022 de: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/442972/Tlcu.pdf?sequence=5.xml

Gómez Piqueras, C. (2009). *Disociación/Anonimización de los Datos de Salud.* Recuperado el 30 de octubre de 2022 de: https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/DyS-Vol18-01-estudio_03.pdf

El Parlamento Europeo y El Consejo de la Unión Europea. (2016). *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).*

Ministerio de Salud Pública. (2016). *Acuerdo Nro. 00000115 — Manual de Seguridad del Paciente — Usuario del Ministerio de Salud Pública.* Publicado en el Registro Oficial Nro. 14 de noviembre de 2016.

Ministerio de Salud Pública. (1992). *Código de Ética Médica.* Última reforma publicada en el Registro Oficial Nro. 300 del 20 de octubre de 1993.

Murillo De la Cueva, P. (2008). *El Derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales.* Recuperado el 30 de octubre de 2022 de: https://core.ac.uk/download/pdf/11501784.pdf

Organización Panamericana de la Salud. (2018). Indicadores de salud. Aspectos conceptuales y operativos. Washington, D.C.: OPS. Recupera-

do el 30 de octubre de 2022 de: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/49058/9789275320051_spa.pdf;jsessionid=18037ACD7EB8E27C6203BEE9ADFA2BA4?sequence=5

Presidencia de Uruguay. (2020). *Guía sobre Anonimización de Datos.* Recuperado el 30 de octubre de 2022 de: https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/sites/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/files/documentos/publicaciones/Gu%C3%ADa%20sobre%20Anonimizaci%C3%B3n%20de%20Datos%20vf.pdf

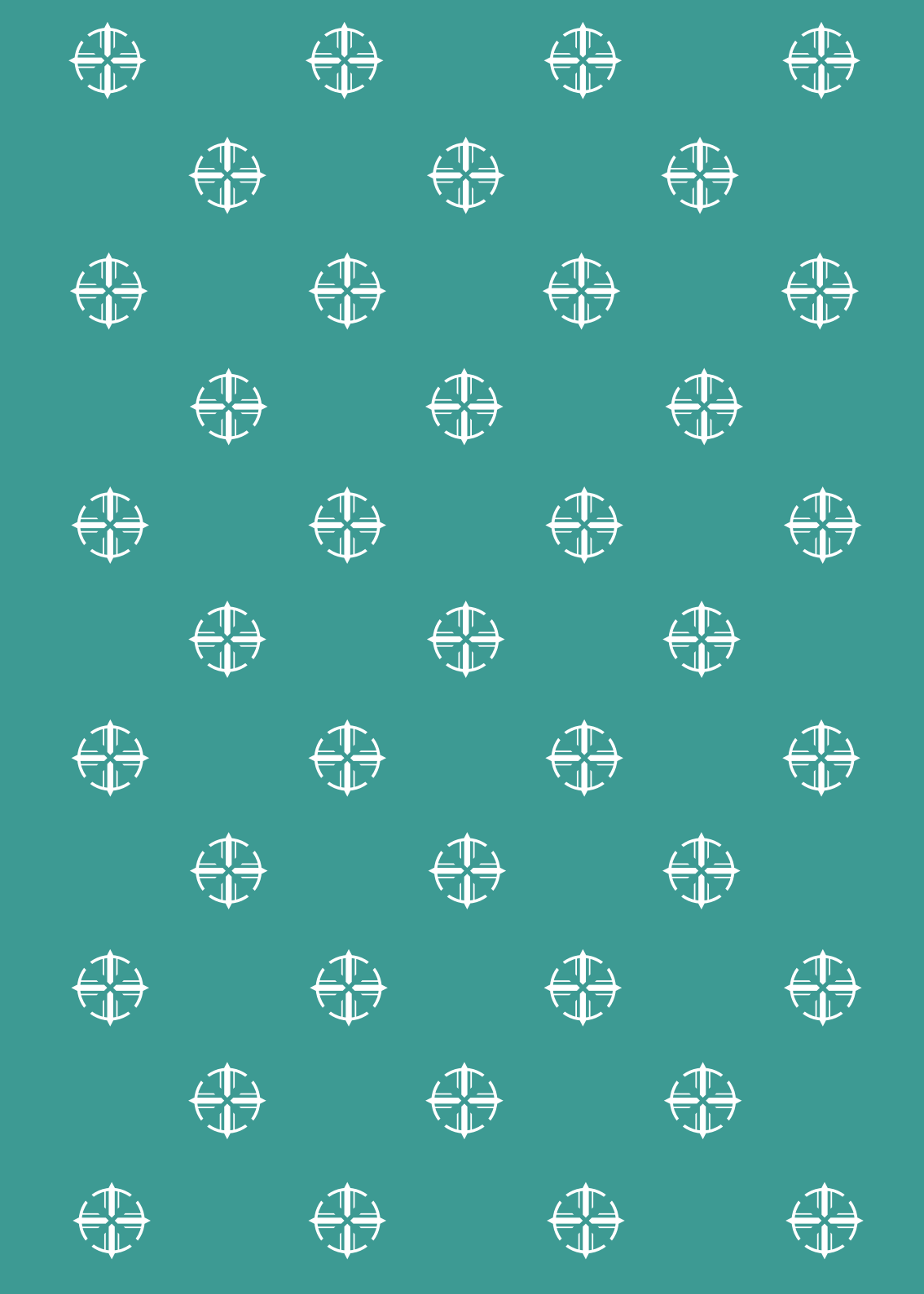
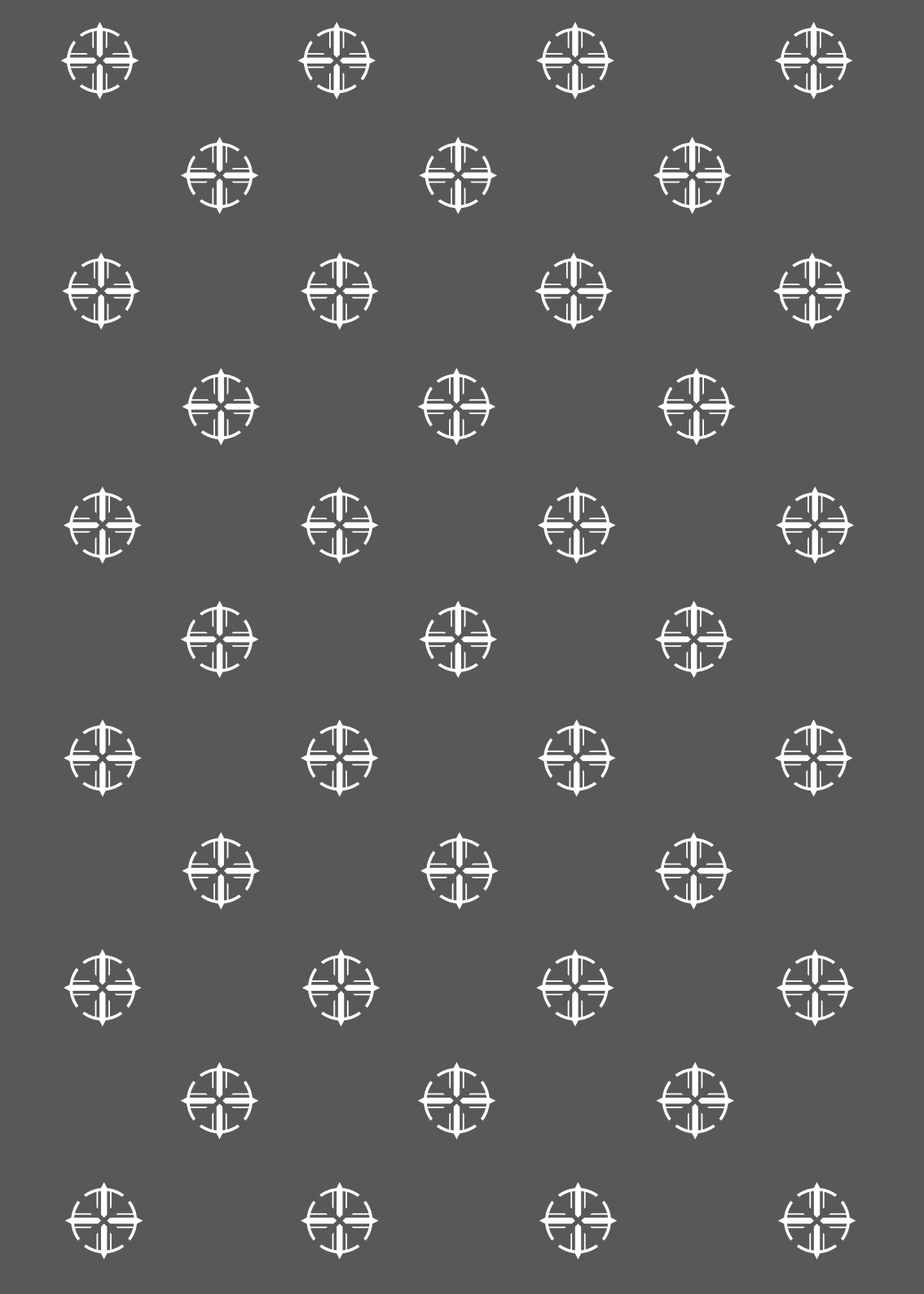
Ramón, P y Álvarez, M. (s.f). *Oportunidades y desafíos en la protección de datos personales.* Entrevista en página web. Recuperado el 30 de octubre de 2022 de: https://www.pwc.ec/es/entrevistas-de-temas-de-interes/ley-de-proteccion-de-datos-personales.html#:~:text=Un%20dato%20sensible%20se%20refiere,preferencia%20sexual%3B%20que%20afectan%20la

AED
Asociación Escuela de Derecho

MIEMBRO DE LA
RED DE
EDITORIALES
UNIVERSITARIAS
DE AUSJAL
AUSJAL
www.ausjal.org

Pontificia Universidad
Católica del Ecuador

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PUCE

IHS

Los artículos de esta edición se terminaron de aprobar y producir en el mes de enero 2023, bajo el sistema de evaluación de pares académicos y mediante la modalidad de «doble ciego», que garantiza la confidencialidad de autores y árbitros