



AED
Asociación Escuela de Derecho

RUPTURA

Edición
N.59

2015



AED
Asociación Escuela de Derecho

ASOCIACIÓN ESCUELA DE
DERECHO

67 AÑOS

RUPTURA N. 59- AÑO 2015

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

Carlos Alberto Varela
Presidente

Mikaella Andrade Rodríguez
Vicepresidenta

Ruptura N. 59



RUPTURA N. 59

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

Carlos Alberto Varela Arias
Presidente de la Asociación Escuela de Derecho 2015

RUPTURA No. 59
Año 2015

Editor: Carlos Alberto Varela Arias

Consejo Editorial:
Mikaella Andrade Rodríguez
Jaime Alfonso Dousdebés Costa
Carlos Alberto Varela Arias

Revisión Científica:
Dr. Efrén Guerrero Salgado

Diseño de portada:
María Paulina Ortiz

ISSN: 1390-7182
Impresión: Digital Center

Quito, Ecuador
Primera Edición: Marzo 2016

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



AED
Asociación Escuela de Derecho

DIRECTORIO DE LA ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO 2015

Carlos Alberto Varela Arias
PRESIDENTE

Mikaella Andrade Rodríguez
VICEPRESIDENTA

CONSEJO DE FACULTAD

Brenda Espinosa
Nicole Tobar

COMISIÓN DE COMUNICACIÓN

Jaime Dousdebés Costa
Dennis Díaz Escobar

COMISIÓN SOCIAL-CULTURAL

María Clara Cabrera
María Fernanda Aguinaga

COMISIÓN DEPORTIVA

Favio Velasco

COMISIÓN ACADÉMICA

Daniel Troya
Esteban Rodríguez

COMISIONADOS DE FACULTAD

Emilia Arellano
Tamia Rodríguez
Pablo Punín
Luigi Cruz

Katherine López
Mayra Aragundi
Francisco Dávila
Gabriela Velásquez



CONTENIDO

Presentación:	11
<i>Carlos Alberto Varela Arias</i>	
Editorial	12
Agradecimientos	13

A) DERECHO CONSTITUCIONAL, FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO ADMINISTRATIVO:

Constitucionalismo y Globalización <i>por Luis Prieto Sanchís (España)</i>	17
Will the Overarching Sixth Power take The Constitution Away from the People? <i>por David Ortíz Custodio (Ecuador)</i>	33
Los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones como un mecanismo para limitar ilegítimamente la capacidad reguladora de los Estados: El caso de la “expropiación indirecta” <i>por Carlos Alberto Varela Arias (Ecuador)</i>	61
Tipos de sentencias sujetas al sistema de selección y revisión de la Corte Constitucional. <i>por Emilio Suárez Salazar (Ecuador)</i>	83
Comentarios sobre las limitaciones materiales expresas de la enmienda y reforma de la Constitución ecuatoriana. <i>por Esteban Polo Pazmiño (Ecuador)</i>	93
El sumak kawsay y su influencia en el sistema jurídico del Ecuador como ecoética. <i>por Mario Moncayo Altamirano (Ecuador)</i>	111
Concepciones del sistema jurídico en el positivismo del siglo XX. <i>por Giovanni Battista Ratti (Italia)</i>	123
La interculturalidad y el derecho a la educación: caso Amawtay Wasi. <i>por Jaime Alfonso Dousdebés Costa (Ecuador)</i>	153
Las medidas cautelares en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano. <i>por Salim Zaidán (Ecuador)</i>	169
La reparación integral en la acción extraordinaria de protección. <i>por Xavier Palacios Abad (Ecuador)</i>	185
Las normas de derecho administrativo y la “supletoriedad” del derecho civil: Un análisis desde el derecho mexicano. <i>por Luis José Bejar (México)</i>	207

¿Hacking a la democracia?: Acercamientos teóricos jurídicos y administrativos del uso conflictivo en cuentas de Twitter ecuatorianas. <i>por Efrén Guerrero Salgado (Ecuador)</i>	223
--	-----

B) DERECHO CIVIL, COMERCIAL Y DE COMPETENCIA:

Aspectos sobresalientes del régimen de control de concentraciones en el Ecuador. <i>por Diego Pérez Ordóñez (Ecuador) y Luis Marín Tobar (Ecuador)</i>	243
Factibilidad de fusión de empresas que mantienen contratos vigentes con el estado ecuatoriano. <i>por Esteban Patricio Viteri Hidalgo (Ecuador)</i>	251
Si la naturaleza es sujeto de la relación jurídica, ¿los animales tienen voz? Una reflexión humana. <i>por Sonia Merlyn Sacoto (Ecuador), Daniela Camacho Chávez (Ecuador) y Mishelle Bermeo Vivar (Ecuador)</i>	261
El “Knock for Knock”: la cláusula de indemnidad recíproca en los contratos petroleros. <i>por Miguel Gustavo Almeida Oleas (Ecuador)</i>	279
Participation of employees in the supervisory board of the companies: the German experience. <i>por Ab. Alberto Vivanco Aguirre (Ecuador)</i>	299

C) DERECHO PENAL, JUSTICIA TRANSICIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO:

El proceso de Justicia Transicional en Argentina (1983-2015). Un Modelo a seguir. <i>por Pablo Eduardo Slavin (Argentina)</i>	313
La persona jurídica en la doctrina legislativa ecuatoriana de la culpabilidad. <i>por Camilo Moreno-Piedrahíta (Ecuador)</i>	335
Las derogaciones humanitarias a los bloqueos y a los embargos: La problemática de la protección de la población civil y el respeto de las medidas coercitivas económicas. <i>por Miguel Andrés Ortiz-Haro (Francia)</i>	349

1.- Presentación:

Para quienes hacemos el Consejo Editorial de la revista RUPTURA es un honor presentar ante la comunidad universitaria de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), y ante la sociedad ecuatoriana, la edición número 59 de la ya tradicional revista jurídica RUPTURA.

La revista RUPTURA es, desde hace más de medio siglo, un espacio auténticamente estudiantil puesto a disposición de la comunidad académica para la reflexión jurídica y constituye un aporte, promovido desde la Asociación Escuela de Derecho (AED) de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, para la construcción y el desarrollo de una mejor academia y, en consecuencia, de un mejor país.

La presente edición, fruto del esfuerzo del Directorio de la AED-2015, se presenta como una genuina reivindicación de la capacidad del estudiante universitario del Ecuador para aportar, con ideas, a la construcción de una mejor sociedad. Tras tres largos años de espera, luego de que la desidia de las dos últimas administraciones de la Asociación parecía haberle puesto fin a 56 años de publicación continua, el Directorio de la AED-2015, como corolario de su gestión, tiene el agrado de presentar una edición que cumple con los más altos estándares académicos y que, gracias a la desinteresada colaboración de académicos tanto nacionales como internacionales, posee un contenido científico capaz de generar importantes aportes para el desarrollo de la ciencia jurídica.

La revista cuya edición número 59, hoy tenemos el honor de presentarles es uno de los más importantes patrimonios históricos de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE y, sin duda, el más importante patrimonio de la Asociación Escuela de Derecho. En vista de tal consideración, su promoción y defensa es deber de estudiantes y docentes.

La importancia de la presente publicación radica no solo en la altísima calidad de su contenido sino, además, en su capacidad para interpretar y encarnar fielmente el momento histórico del movimiento estudiantil y de la academia en el Ecuador, dentro del cual, lejos de la apatía, los estudiantes y demás miembros de la comunidad universitaria debemos constituirnos en referentes de la excelencia que, con la más profunda honestidad intelectual, aportemos constantemente las soluciones y explicaciones que la compleja coyuntura nos demanda.

Sin más, me es muy grato presentarles la edición número 59 de la revista jurídica RUPTURA con la genuina intención de aportar al desarrollo de la ciencia y al crecimiento intelectual y profesional de quienes hacemos la comunidad universitaria.

Carlos Alberto Varela Arias
Presidente del Directorio
AED-2015

2.- Editorial:

En tiempos en los cuales la humanidad experimenta, con cada vez mas frecuencia, situaciones que amenazan su existencia o que, en su defecto, suponen cambios radicales a la forma en que se construyen las relaciones sociales, tales como el cambio climático o la aparición de las redes sociales y el “mundo cibernético”, el derecho, como no podía ser de otra manera, debe estar preparado para adaptarse y, solo así, garantizar su vigencia como el mecanismo adecuado para regular la vida humana en sociedad.

La edición número 59 de la revista RUPTURA recoge las reflexiones y el análisis de juristas y estudiantes que, desde Ecuador, Argentina, España, Italia, Francia y México, pretenden aportar al desarrollo de la ciencia jurídica mediante la identificación de los problemas que aquejan a la sociedad humana y la formulación de las correspondientes soluciones jurídicas.

Para tal efecto hemos agrupado el contenido de la revista en tres grandes secciones: 1) Derecho Constitucional, Administrativo y Filosofía del Derecho, 2) Derecho Civil, Comercial y de Competencia y, 3) Derecho Penal, Internacional Humanitario y Justicia Transicional. Los temas analizados en la presente publicación plantean profundos debates sobre las problemáticas que suponen los enfoques contemporáneos del derecho y, en adición, proponen la reflexión sobre la necesidad de generar respuestas jurídicas frente a las constantes trasformaciones que, en el marco de un mundo dinámico y globalizado, experimentan las relaciones humanas.

La presente edición de la revista RUPTURA es una obra cuya trascendencia y vigencia en el tiempo depende, exclusivamente, de la capacidad de los lectores para aprovechar su contenido. Esperamos que así sea.

Carlos Alberto Varela Arias
Editor

3.- Agradecimientos:

Quienes hacemos el Consejo Editorial de la Revista Ruptura queremos expresar nuestro sincero agradecimiento, y nuestros sentimientos de consideración y estima, hacia cada uno de los distinguidos articulistas que de manera desinteresada tuvieron a bien aportar con sus reflexiones e investigaciones para la presente edición. Es su trabajo, y nada más, lo que nos ha permitido presentar la presente publicación con la plena seguridad de poner a disposición de la comunidad universitaria un producto de la más alta calidad académica.

En adición, queremos agradecer sinceramente a las personas y corporaciones de la sociedad civil que, con su auspicio y apoyo, hicieron posible la presente publicación, agradecemos de manera especial a: Federación de Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (FEUCE-Q); Colegio de Abogados de Pichincha; Centro de Derecho Humanos de la PUCE; Pérez, Bustamante & Ponce Abogados; Quevedo & Ponce Abogados; Durini & Guerrero Abogados; Albán, Bedón, Macías & Asociados; Andrade & Escobar Abogados y Dr. Íñigo Salvador Crespo.

Por último, un profundo agradecimiento a todos y cada uno de quienes hicieron el Directorio de la Asociación Escuela de Derecho para el periodo 2015, su compromiso, buena voluntad, capacidad y trabajo hicieron posible que la historia de esta exitosa gestión termine, como no podía ser de otra manera, en la publicación de la edición número 59 de la Revista RUPTURA. Albergamos la plena seguridad de que la historia reconocerá su desinteresado aporte a la comunidad universitaria.

Atentamente:

El Consejo Editorial de la Revista RUPTURA:

Carlos Alberto Varela Arias
Zoraya Mikaela Andrade Rodríguez
Jaime Alfonso Dousdebés Costa

A.

**DERECHO CONSTITUCIONAL,
FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO
ADMINISTRATIVO**

CONSTITUCIONALISMO Y GLOBALIZACIÓN

Luis Prieto Sanchís¹

Resumen: *El autor plantea como un desafío actual al constitucionalismo: la universalidad de derechos, en virtud de la globalización informativa, económica y humana que atravesamos, dado que los fenómenos o manifestaciones asociados a esa globalización se encaminan en un sentido por completo antigarantista: mayor desamparo y menos derechos, ergo, se hace imperativa la necesidad de establecer barreras protectoras y garantizar derechos frente al poder público, y a los poderes privados o informales.*

Palabras clave: Constitucionalismo, Globalización, Derechos Humanos, Orden Internacional, Soberanía, Multiculturalidad.

1. El significado del constitucionalismo de los derechos.-

Con frecuencia las palabras o expresiones del lenguaje moral o político presentan una fuerte dimensión emotiva que termina por difuminar e incluso oscurecer su función descriptiva. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se habla de la dictadura o de la democracia, cuando se invoca la libertad o se apela a la nación y, sin duda también, cuando aparecen en escena los derechos humanos o la Constitución; y, al menos en parte, esa carga emotiva explica que resulte verdaderamente difícil encontrar en el mundo contemporáneo un régimen político que carezca de un texto llamado Constitución más o menos poblado de unos derechos que, a su vez, se califican como humanos o fundamentales. Naturalmente, la propia heterogeneidad de todos esos sistemas políticos formalmente constitucionales nos permite comprender enseguida que bajo la prestigiosa rúbrica de la Constitución y de los derechos es posible cobijar cualquier sistema de dominación.

Sin embargo, no nos debemos dejar enredar por este uso emotivo o retórico. El constitucionalismo y los derechos presentan un significado histórico bastante preciso que bien puede resumirse en una idea, la limitación del poder. Frente al principio absolutista de que *quod principi placuit legis habet vigorem*, frente

¹ Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha. Ha sido Decano de las Facultades de Derecho (sede Luis Albacete) y de Ciencias Jurídicas y Sociales (sede Toledo), así como Director del Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público. Su trabajo de investigación, centrado principalmente en el ámbito de la teoría del Derecho y de los derechos fundamentales, se ha extendido asimismo a cuestiones de Derecho Constitucional, Penal y Eclesiástico del Estado. luis.prieto@uclm.es

a la célebre definición de soberanía como poder absoluto y perpetuo de una república, que consiste en dar y casar la ley (Bodino)², en suma, frente a la idea de un poder absoluto y sin más límites que los que pudiese imponer la moral del príncipe, el constitucionalismo y los derechos significan limitación del poder, y limitación precisamente desde o partir del individuo. No limitación al modo estamental o mediante un equilibrio de poderes, sino limitación externa desde un texto normativo supremo que transforma en jurídicas las pretensiones contenidas en los derechos naturales.

Tras el constitucionalismo y los derechos humanos o fundamentales que en conjunto definen el modelo político de la revolución liberal late, en efecto, la filosofía de los derechos naturales y del contrato social. El hombre se considera dotado de ciertos derechos naturales y justamente para mejor protegerlos se constituye la sociedad política y las instituciones mediante un contrato social, es decir, mediante un acto de voluntad de individuos libres e iguales que, guiados por su propio interés en preservar los derechos, deciden dar vida a un depósito de fuerza común, el Estado, a quien se encomienda esa defensa. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos expresa con plena nitidez esta filosofía y la conexión entre sus tres elementos básicos; primero, “sostenemos por evidente” que el hombre es titular de ciertos derechos naturales, es decir, lo sostenemos como algo indiscutible y no sometido a negociación; segundo, que para mejor proteger esos derechos se constituyen las sociedades políticas, que tienen así un carácter artificial y meramente instrumental; tercero, que por ello mismo las instituciones obtienen sus poderes del consentimiento de los propios individuos asociados, careciendo de una fuente de legitimidad propia o que trascienda a sus miembros.

Ésta es a mi juicio la médula del constitucionalismo de los derechos: considerar el Estado, no como una realidad natural con derecho a existir, menos aún como algo transcendente y con fundamento divino o histórico, sino tan sólo como un artificio y como un instrumento. Como un artificio porque el Estado se presenta exclusivamente como el fruto de un acuerdo y, por tanto, de una voluntad; no es un designio divino, ni el resultado de una tradición que se hunda en la noche de la historia: las instituciones políticas tienen un principio (ideal) que es el consentimiento de los individuos. Pero el autor es dueño de su criatura y por eso el Estado tiene una justificación meramente instrumental; la fuerza que se deposita en sus manos con carácter de monopolio no ha de valer para todo y para cualquier cosa, sino que sólo resulta legítima cuando se pone al servicio de la

² La tan citada definición se encuentra en el Capítulo VIII del Libro I de *Los seis libros de la república* (1576), edición de P. Bravo, Aguilar, Madrid, 1973, p. 46

finalidad perseguida por los consociados, esto es, la defensa de sus derechos. De manera que, si se puede usar esta terminología topográfica, los derechos están siempre por encima de la democracia, la justicia por encima de la política.

Ciertamente, desde finales del siglo XVIII se decantaron dos grandes tradiciones constitucionales. La primera y, a la postre tal vez, la más fecunda es la que se desarrolla en Estados Unidos, donde la Constitución se concibe como una rigurosa norma de garantía de carácter supremo y que por ello mismo es objeto de tutela por los jueces ordinarios, como cualquier otra norma; cabe decir que allí el poder constituyente cristaliza en un texto escrito que se erige en barrera infranqueable frente a todos los poderes constituidos, aunque ese texto escrito resulte ser bastante escueto en su contenido sustantivo y reconozca así un amplio margen de libertad política en favor de las sucesivas mayorías. No sucede exactamente igual en la Revolución Francesa, que ante todo quiere ver en la Constitución una norma directiva fundamental, algo así como el programa político del pueblo en marcha, de un poder constituyente que, en pureza, nunca puede constituirse (porque entonces se limitaría y dejaría de ser constituyente) y que en consecuencia termina por depositar la soberanía en manos de un legislador sin límite jurídico alguno; de manera que, si bien la Constitución y la Declaración de derechos presentan un muy importante contenido sustantivo susceptible de constreñir severamente la libertad política de la mayoría, en cambio carece de cualquier garantía judicial efectiva. Fioravanti (1996) ha estudiado con acierto el origen de estas dos tradiciones constitucionales.

Constituciones sustantivas y garantizadas: éste podría ser el lema del constitucionalismo de nuestros días. Constituciones sustantivas, en primer lugar, que recogen un ambicioso horizonte de filosofía moral y política formado por valores, principios, derechos y directrices que no sólo pretenden limitar el ejercicio del poder, sino incluso a veces también imponer obligaciones positivas. Lejos de lo que representó el constitucionalismo formal de corte kelseniano, cuyo alcance se circunscribía a regular la competencia y el procedimiento de elaboración de las normas (el quién manda y el cómo se manda), el constitucionalismo contemporáneo que se desarrolla en Europa a partir de la segunda gran guerra pretende incorporar un denso contenido material sustantivo con la pretensión de condicionar muy seriamente aquello que democráticamente puede decidirse por la mayoría. Y Constituciones garantizadas, en segundo término, porque ese contenido material y singularmente el amplio catálogo de derechos fundamentales goza de una plena tutela judicial, no ya a través del Tribunal Constitucional, sino, lo que es mucho más importante, a través de la acción cotidiana de la justicia ordinaria. En otras palabras, los viejos derechos naturales han dejado de ocupar un espacio en la esfera de la moralidad –tan

respetable como jurídicamente inútil- para integrarse resueltamente en el Derecho positivo, y para hacerlo además en su cúspide, en la Constitución.

De esta manera, y aun cuando en la práctica los derechos sigan siendo mucho menos vigorosos que el siempre formidable poder de las instituciones, al menos cabe decir que en los sistemas constitucionales como los recién descritos los derechos fundamentales ostentan una fuerza normativa granítica. Son muchos los mecanismos que aún puede utilizar el poder para desactivar o dificultar el ejercicio de los derechos, desde la legislación de emergencia –que en puridad se ha instalado plenamente desde hace años como algo normal y no excepcional- a la utilización adormecedora de los medios de comunicación, pero insisto, en línea de principio, los derechos judicialmente garantizados representan un límite infranqueable frente al poder. A mi juicio, ese es el designio de todo constitucionalismo que lo sea de verdad, imponer normativamente la limitación del poder a partir de un vigoroso catálogo de derechos fundamentales judicialmente garantizados.

2. Constitucionalismo y orden internacional.-

El constitucionalismo de los derechos –allí donde existe o despliega una cierta eficacia- encarna un modelo de organización política incompatible con la idea de soberanía estatal que antes quedó apuntada: sencillamente no existe ningún “poder absoluto y perpetuo” porque todos los poderes, incluido el poder democrático de la mayoría, vienen sometidos a un texto normativo supremo que desempeña la función del viejo Derecho natural; el constitucionalismo es por eso funcionalmente iusnaturalista. O, si en honor a la tradición quiere aún mantenerse esa idea de soberanía, ésta ya no se encuentra en ningún poder real y efectivo, en ningún poder amenazante, sino en un poder ideal o ficticio como el representado por la Constitución. En un régimen cabalmente constitucional la soberanía o poder constituyente sólo puede atribuirse al pueblo, pero el pueblo –frente a lo que sostenían algunos ilustres iuspublicistas- no es un órgano del Estado realmente actuante; cabe decir que el suyo es un poder sólo en sentido metafórico. La proclamación de la soberanía popular equivale en cierta manera a la proclamación del fin de la propia idea de soberanía; allí donde la soberanía se atribuye al pueblo desaparece el soberano. Por tanto, lo importante de la soberanía popular no es tanto lo que afirma cuanto lo que niega, esto es, que el poder soberano no puede pertenecer o ser ejercido por nadie distinto al pueblo mismo.

Pero la soberanía, además de esa dimensión interna, ha tenido siempre una no menos importante dimensión externa: el Estado era soberano frente a sus

súbditos, pero pretendía serlo también frente a otros Estados. Y durante siglos, en el marco de un muy primitivo Derecho internacional, eso significó que la fuerza y la guerra desempeñaron el papel del Derecho: si la voluntad del soberano en el orden interno tomaba cuerpo en las leyes y en la coacción que las sustentaba, en el orden internacional esa soberanía sólo podía plasmarse en un acuerdo entre iguales y, en último término, en la guerra. Hobbes lo expresó con claridad y realismo: los Estados se encuentran en una situación de *bellum omnium*³, de guerra perpetua; su forma de relación más civilizada es el pacto o convenio, pero a la postre la única garantía termina siendo la represalia y la guerra. Dicho en términos de teoría del Derecho, la sociedad internacional ha carecido tradicionalmente de esas normas secundarias que establecen órganos centralizados de producción jurídica (legisladores) y de aplicación del Derecho (jueces); el suyo ha sido un régimen de autotutela, como se supone que fue el régimen de los Derechos primitivos.

De manera que, como observa Ferrajoli (2001), el constitucionalismo, que tan fecundo se había mostrado para limitar e incluso para desbaratar la ida de soberanía interna, fue incapaz de proyectarse en la esfera de las relaciones internacionales: sociedad civil en el interior y estado de naturaleza en el exterior; Constitución y derechos limitadores del poder en el interior, y reino de la fuerza apenas enmascarada por normas en el exterior. Nada pues de un legislador universal habilitado para establecer reglas civilizadoras y de convivencia en las relaciones entre Estados, y nada tampoco de jueces internacionales investidos de poder para dirimir los conflictos con arreglo a una normativa superior. Hasta el punto de que en esa esfera internacional sólo el Estado podía erigirse en garante de los derechos, cuando menos de los derechos de sus súbditos.

Ciertamente, el panorama que acabamos de presentar está dibujado con trazos muy gruesos y no hace justicia a muchos y nobles esfuerzos por extender el imperio del Derecho y de los derechos más allá de las fronteras nacionales, por desplazar aquel *bellum omnium* en favor de la paz y de la cooperación. No procede aquí enumerar los éxitos y fracasos de tales esfuerzos porque, a los efectos que ahora interesan, lo dicho me parece básicamente acertado y suficiente: la existencia de un legislador supremo que limite el ejercicio del poder a través de una norma fundamental o Constitución, y la existencia de instancias judiciales de tutela es algo que puede predicarse (y siempre precariamente) del orden interno, no del internacional. Un Derecho cosmopolita y una justicia universal y efectiva siguen siendo una utopía.

3 Pues corresponde al soberano "el derecho de hacer la guerra y la paz con otras naciones", T. Hobbes, *Leviatán* (1651).

Es en este contexto “desconstitucionalizado” donde aparece el fenómeno de la globalización o, por mejor decir, la plural y heterogénea fenomenología de la globalización; un neologismo que se desarrolla con extraordinaria fuerza y rapidez a partir de los años ochenta del pasado siglo y que, tal vez por esa misma razón, sirve para designar hechos y transformaciones bastante diferentes. Sin pretender introducir precisión o estipular un significado unívoco en un concepto tan altamente indeterminado, interesa aquí delimitar tres acepciones o ámbitos de relevancia; para preguntarse seguidamente si y en qué sentido la globalización se encamina hacia la consecución de un constitucionalismo mundial, es decir, de una efectiva limitación del poder a favor de los derechos de los individuos.

En primer lugar, cabe hablar de una globalización informativa o de la comunicación. No es necesario haber alcanzado la ancianidad para comprender el alcance y la profundidad de los cambios operados en un espacio de tiempo relativamente breve. El desarrollo de los medios de comunicación y especialmente la irrupción de Internet, que tiene una dimensión universal y que los Estados tampoco pueden controlar por completo, ha supuesto casi podría decirse que una voladura de las fronteras culturales: la opulencia y la pobreza, las libertades y la opresión, las creencias y religiones siguen dividiendo a la población del planeta, pero con la diferencia no menor de que hoy esas realidades se muestran a los ojos de todos y de alguna manera todos estamos concernidos y somos capaces además de entablar una comunicación con los “ajenos”, que en puridad van camino de dejar de serlo. En la medida en que esta globalización facilita el conocimiento y la comunicación entre los individuos y sus diferentes culturas bien puede resultar un factor saludable y coadyuvar a la paz y a la universalización de los derechos.

Hay también una globalización económica que por su carácter infraestructural (por emplear una terminología añeja) es tal vez la más determinante de todas, aunque a mi juicio tenga poco de moderna, pues en un envoltorio más vistoso y a veces amable recuerda mucho al imperialismo (por seguir con la misma terminología). Grandes compañías transnacionales entreveradas frecuentemente con intereses públicos acumulan de hecho más poder que muchos de los Estados en que se instalan, son dueñas de enormes fuentes de riqueza y de tecnología, disponen de un caudal de puestos de trabajo o proporcionan bienes y servicios indispensables; todo lo cual puede resultar decisivo para las empobrecidas economías nacionales del llamado tercer mundo. De este modo, los Estados se ven impulsados a abdicar de su *imperium*, de su capacidad decisoria, para convertirse ellos mismos en sujetos del mercado; sujetos que compiten a la baja para ganar el favor de tales compañías o poderes transnacionales. Y esto, como bien observa Marcilla (2005) al margen de que resulte un caldo de cultivo para

la corrupción, desde una perspectiva jurídica se traduce en la desregulación, en el repliegue de las garantías y controles ante la inexorable leyes del mercado: relajación o simple desaparición de las medidas de protección al trabajador, tolerancia hacia el empleo de mano de obra infantil, constitución de paraísos fiscales, desprotección del medio ambiente y sobreexplotación de los recursos naturales, etc. En suma, la *lex mercatoria* viene a ocupar grandes espacios de decisión en detrimento del Derecho público. No parece que entendida en este sentido la globalización camine en la misma dirección que el constitucionalismo y los derechos; más bien al contrario, este aspecto de la globalización reduce la fuerza de los derechos en beneficio del poder, aunque sea muchas veces un poder informal o privado.

Finalmente, existe también una globalización humana cuyo fenómeno más visible o llamativo son las imparable corrientes migratorias que desde el mundo empobrecido presionan sobre Occidente y que, en buena medida, son consecuencia de todo lo anterior. Poblaciones sumidas en la miseria por la rapiña de unas empresas que, respondiendo a la más primitiva lógica del capital, se desentienden de sus condiciones materiales de existencia, condiciones que, esta vez sí, quieren presentarse como responsabilidad de Estado; y sumidas en la miseria también por la corrupción de unos gobernantes que, puestos a privatizar, privatizan incluso la ayuda al desarrollo. Poblaciones carentes de derechos y de bienestar y que, sin embargo, merced precisamente a la globalización informativa, conocen mucho mejor que sus antepasados las lacerantes desigualdades internas e internacionales. Éste es probablemente el rostro más dramático de la globalización, el que revela mayor desamparo ante la “ley del más fuerte”.

Por eso, si la impronta ideológica del constitucionalismo de los derechos ha consistido siempre en limitar el poder, tanto el poder público como los poderes privados o informales, reduciendo al mínimo esa “ley del más fuerte”, cabe decir que la globalización o muchos de los fenómenos o manifestaciones asociados a esa globalización se encaminan en un sentido por completo antigarantista: mayor desamparo y menos derechos. El constitucionalismo, que fracasó en el orden internacional, que no supo o no pudo poner coto a la dimensión externa de la soberanía, sigue siendo hoy una herramienta demasiado frágil para domeñar el mundo sin reglas que propicia la globalización.

3. Los retos del constitucionalismo.-

¿Podemos pensar en un constitucionalismo global?, la filosofía de los derechos y de las garantías frente al poder ¿mantiene alguna posibilidad de éxito frente a

la globalización? Porque, como viene a decir Javier de Lucas⁴ (2003), hasta aquí se ha globalizado el mercado, pero ahora corresponde globalizar los derechos. El desafío que encierran esas preguntas y esta invitación admite en mi opinión una respuesta en el orden internacional, pero otra también en el plano interno de los Estados nacionales.

Comenzando por la esfera internacional, la idea de un constitucionalismo global evoca sin duda la vieja utopía de un Derecho cosmopolita, de una paz perpetua bajo un gobierno mundial asentado en el respeto universal de los derechos humanos y en la cooperación entre los pueblos. Sería algo así como disolver la soberanía externa una vez que, como vimos, la soberanía interna ha desaparecido o ha quedado seriamente devaluada bajo el imperio del constitucionalismo. Utopía ilustrada que no sólo se antoja excesivamente lejana, sino que incluso parece alejarse cada día un poco más a la vista del auge imparable de los nacionalismos y de las identidades culturales mejor o peor fundadas.

Pero, sin llegar tan lejos, tal vez lo que hoy falte en la comunidad internacional es ese “tercero ausente”, por usar la expresión de Bobbio⁵, que desempeñe funciones jurisdiccionales eficaces en la esfera mundial, o siquiera en las regionales. A fin y al cabo, antes indicábamos que en su origen el Derecho internacional venía a ser una especie de Derecho primitivo carente de normas secundarias que estableciesen órganos de producción y aplicación del Derecho; y todo parece indicar que en la evolución de los sistemas jurídicos primitivos irrumpieron antes los jueces que los legisladores, de manera que, a falta de un legislador universal, quizás fuera más realista comenzar pensando en órganos jurisdiccionales capaces, eso sí, de operar al modo de las jurisdicciones internas. Bastaría con que garantizaran la vigencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos y con que sancionasen el uso de la fuerza para que pudiera hablarse de un avance gigantesco. Tanto mejor si además pudieran imponer algún orden en esa economía globalizada y sin reglas.

Y ciertamente, aunque de forma titubeante y precaria, algunos pasos ya se han dado. No me refiero ahora a experiencias regionales con una cierta trayectoria, como es el caso europeo, sino a un proceso más reciente que me parece digno de atención: la internacionalización del Derecho penal. El proceso es interesante

4 Lucas (2003): “o que se universaliza, lo que no tiene frontera, es el tráfico de mercancías, mejor, el flujo de capital financiero. Los derechos humanos, lamentablemente, sí que tienen fronteras”.

5 “El tercero ausente” es un pesimista discurso de Bobbio sobre la necesidad de establecer en la esfera internacional ese “tercero” que en el orden interno está llamado a dirimir los conflictos entre las partes, necesidad que él veía imposible de satisfacer. El discurso da título a un volumen de 1989, con edición castellana en Cátedra, Madrid, 1997, p. 288 y s.

por varios motivos. En primer lugar, porque tradicionalmente en el Derecho penal se han atrincherado las prerrogativas de la soberanía y de ahí que haya regido –con escasas excepciones– el principio de territorialidad; el *ius puniendi* se ha concebido siempre como un derecho del soberano, acaso como el signo fundamental de la soberanía. En segundo término, porque existe también una globalización criminal o una dimensión global de la criminalidad donde las solas respuestas internas parecen insuficientes: delitos transfronterizos, medios de comisión de alcance supranacional (Internet, por ejemplo), terrorismo internacional, etc. Finalmente, y no menos importante, porque parece haberse asumido en la sensibilidad social que existen crímenes que atentan contra la humanidad en su conjunto y cuya persecución no puede quedar detenida por las fronteras nacionales. El desarrollo del principio de justicia universal que permite castigar delitos perpetrados en otros Estados y contra víctimas no nacionales, la constitución de tribunales penales *ad hoc* (Yugoslavia, Ruanda) o la nueva Corte Penal Internacional son algunos ejemplos de esta empresa que, no por casualidad, cuenta con escasa simpatía o con la abierta oposición de la metrópoli imperial.

Sin embargo, los desafíos que presenta la globalización no sólo tienen una dimensión externa, sino que se proyectan también en la esfera interna, y probablemente es en esta última donde las respuestas y las herramientas jurídicas pueden mostrarse más eficaces. De entrada, como ha señalado Pisarello (2005), los efectos negativos de la globalización invitan a una cierta rehabilitación del Estado como espacio público y de decisión frente a la opacidad de los poderes transnacionales. No se trata, como es obvio, de iniciar un viaje de regreso al Estado absoluto, ni de constituir un poder formidable que anule los derechos, sino de recobrar para la decisión pública competencias de regulación y control de las que se ha venido abdicando en nombre de la globalización. Ya señalamos antes que una de las consecuencias de ésta era la desregulación, la retirada de las normas imperativas a favor de la ley de mercado. Rehabilitar el Estado implica, por tanto, establecer barreras protectoras y garantizar derechos frente a lo que Ferrajoli (1998) llamaría la salvaje ley del más fuerte. En este sentido, no deja de resultar algo penoso comprobar cómo algunos Estados se muestran fuertes y a veces tiránicos con sus ciudadanos, y sumamente liberales o débiles frente al exterior.

Por otra parte, esta rehabilitación del Estado –que es decir de la democracia, de la ley y de los derechos– puede plantear exigencias particulares allí donde la integración en estructuras supranacionales ha alcanzado alguna madurez, por lo demás saludable en muchos aspectos, como es el caso de Europa. La Unión Europea, en efecto, ha representado un vaciamiento de competencias estatales y

la aparición de un Derecho propio, pero sin que todo ello haya corrido paralelo a la democratización de la adopción de decisiones y al control sobre las mismas; es llamativo en este aspecto la ausencia de un control de constitucionalidad, o la preponderancia que aún ejercen las instancias ejecutivas sobre las parlamentarias. De este modo, y por la vía del Derecho europeo, los Gobiernos que ocupan una posición hegemónica en esa estructura supranacional pueden hacer lo que seguramente no podrían hacer en la esfera de los ordenamientos internos sometidos a los principios de constitucionalidad y legalidad.

Pero, sobre todo, el principal desafío que plantea la globalización al constitucionalismo me parece que es el de la universalidad de los derechos. Se incluya o no bajo la rúbrica de la globalización, lo cierto es que multitudes empobrecidas llaman a la puerta de un Occidente relativamente opulento; y dentro de esa opulencia y como condición para participar en ella aparecen los derechos, también y quizás en primer lugar los derechos sociales que reconocen muchas de nuestras cartas constitucionales y que, con mayor o menor intensidad, se encuentran garantizados en el marco del Estado social. ¿Estamos dispuestos a compartir los derechos, en particular los derechos de naturaleza económica que suponen un reparto de bienes siempre escasos?

El constitucionalismo liberal siempre postuló la universalidad de los derechos; es más, muchos siguen pensando que un derecho sólo se hace acreedor al calificativo de humano o fundamental cuando es un derecho universal o universalizable, cuando puede ser adscrito al *homo iuridicus*, a toda persona con independencia de sus circunstancias históricas o materiales, en suma, cuando tutela bienes o intereses o satisface necesidades universales y compartidas por todo el género humano. De ahí que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y (que) tienen ciertos derechos que les son inherentes” (Declaración de Virginia, 1776); de ahí también que sea una “verdad simple e incontestable” que los derechos son naturales, inalienables y sagrados (Declaración francesa de 1789). En otras palabras, o un derecho es moralmente de todos y cada uno, y se postula jurídicamente como universal, o no es un derecho fundamental.

Ciertamente, el Estado liberal no siempre fue consecuente con este planteamiento de base. Por ejemplo, las Declaraciones de derechos de Norteamérica no representaron un obstáculo al mantenimiento de la esclavitud, ni la universalidad de los derechos impidió durante más de un siglo la restricción de los derechos políticos a los ciudadanos varones y activos o con fortuna. Todavía hoy en la Constitución española se reconocen algunos derechos sólo a los españoles o sólo a los ciudadanos: los derechos políticos o de participación desde luego (art.23),

pero también la igualdad jurídica (art.14), el derecho de residencia y circulación (art.19), el derecho al trabajo (art.35) o a la vivienda (art.47). La ciudadanía, que en su día supuso una construcción igualitaria y homogeneizadora frente al modelo pluralista y de privilegios del Antiguo Régimen, se muestra hoy como un elemento de exclusión y de renovados privilegios a favor de los nacionales. Entretanto no se rompe esa ecuación entre ciudadanía, nacionalidad y derechos, algún autor como Ferrajoli (2001) propone una audaz ampliación del viejo derecho de asilo, que ya no se justificaría solo por razones de persecución religiosa, política o étnica, sino también por motivos económicos; esto es, casi todo lo contrario de lo que significa el camino emprendido en Europa.

Ironías que tiene la historia. Como bien ha estudiado Pérez Luño⁶ (1992) y recuerda también Ferrajoli (1999), cuando en el siglo XVI Francisco de Vitoria buscaba títulos de legitimación para la presencia de España en América, a la vez que sentaba las bases del Derecho Internacional Público, acuñó un derecho natural y universal, el *ius communicationis ac societatis*, entre cuyas especificaciones se encontraban el *ius peregrinandi*, el *ius commercii*, el *ius predicandi* o el *ius migrandi*. Naturalmente, Francisco de Vitoria pensaba en la emigración de los españoles a las Indias, no en la emigración de las poblaciones antes colonizadas hacia Europa. Pero en el fondo el sentido de esos viajes resulta bastante parecido, lograr la libertad y la prosperidad que se niega en la propia tierra; como es igualmente universal el derecho.

4. Constitución y multiculturalidad.-

El constitucionalismo liberal se construyó, como ya sabemos, sobre las bases de una óptica universalista que hacía abstracción de las diferencias estamentales o de fortuna, pero también de las diferencias culturales; el sujeto del Derecho moderno es el *homo iuridicus*, el ciudadano, una persona que se define precisamente por ser igual en derechos y deberes a los demás ciudadanos, con independencia de su religión o de sus creencias filosóficas. Es verdad que ese constitucionalismo difícilmente podía escapar de las tradiciones y del contexto cultural europeo u occidental y que inevitablemente reposaba en una cierta idea de la nación y de la identidad cultural; un fenómeno que se aprecia especialmente en Francia, donde imperceptiblemente se transita entre un concepto de “pueblo” compuesto de ciudadanos libres e iguales y el concepto de “nación”, teñido ya de componentes históricos y culturales. Por eso, aunque el nuevo modelo no logró cancelar del todo el pluralismo ideológico y religioso –que ha estado

⁶ Pérez (1992), recuerda el autor que los “clásicos iusnaturalistas españoles”, al margen de sus no pocas diferencias, hallaron en el encuentro con América –esto es, en un fenómeno migratorio- el ingrediente básico de su reflexión teórica.

presente, por ejemplo, en la secular tensión entre laicismo y confesionalismo- sí intentó al menos cimentar un sustrato común que de alguna manera relegaba los particularismos culturales a la vida privada. En suma y al menos en línea de principio, existiría una especie de ética pública presuntamente monista y universal –aunque se alimentaba de los valores del liberalismo europeo- y una ética privada que acogería los particularismos culturales, ideológicos, religiosos, etc. Todavía hoy algunos están empeñados en este esfuerzo por delimitar una ética pública procedimental de las éticas privadas sustantivas.

Sin embargo, con la inmigración masiva –que es el rostro humano de la globalización- ha irrumpido también lo que aquí hemos denominado *multiculturalidad* (acaso un término dotado de mayor neutralidad que el más común de *multiculturalismo*), esto es, la llegada de identidades culturales ajenas a la tradición occidental y (sólo en algunas ocasiones) conflictivas con ella. De entrada, creo que este fenómeno ha tenido una primera virtud, que es mostrarnos que nuestras sociedades pluralistas no lo eran tanto como presumían, que el modelo liberal no era tan neutral como pretendía aparentar, e incluso que la xenofobia tampoco se hallaba tan desterrada de nuestras prácticas como hubiéramos deseado. Pues que los conflictos se produzcan representa la mejor prueba de que nuestra famosa ética pública se nutre de valores que no son sólo procedimentales, ni son del todo neutrales.

Cuando se habla de *multiculturalidad* es habitual dramatizar en exceso los motivos del conflicto y no creo que ello resulte ajustado a la realidad. El Estado constitucional, que reconoce la libertad religiosa y garantiza la igualdad jurídica o principio de no discriminación, está en perfectas condiciones para integrar en armonía amplios aspectos de las distintas identidades culturales. Lo que tampoco significa, claro está, que tales conflictos no se produzcan. En ocasiones, se trata de cuestiones más o menos pintorescas, como el famoso uso del turbante que impide a los *sijs* cumplir con la obligación de portar casco en las motocicletas o de exhibir el típico sombrero de la Policía Montada de Canadá, por poner dos ejemplos efectivamente acontecidos. Otras veces se trata de casos verdaderamente graves que difícilmente pueden pretender alguna comprensión o tolerancia, como las prácticas de mutilación genital femenina. Y otras, en fin, son el resultado de preceptos religiosos o de tradiciones culturales interpretadas de forma más menos rigurosa: el uso del velo en las escuelas, la negativa de los padres a que sus hijas asistan a clase de gimnasia, la bigamia; en suma, prácticas que suponen la infracción de normas imperativas vigentes en nuestros sistemas jurídicos. ¿Cómo puede enfocar todo ello el Estado constitucional?

Ante el fenómeno de la multiculturalidad tal vez una de las respuestas más populares es la que se desprende de los planteamientos de Sartori (2001): el

único inmigrante tolerable sería aquel que abandona en la frontera su propia identidad o, al menos, los aspectos conflictivos de la misma, mostrándose dispuesto a asumir una cultura que tal vez ni siquiera comprende plenamente. Frente a esta propuesta de “aculturación”, la alternativa opuesta podría ser la avalada por algún comunitarismo extremo, para quien las culturas no se pueden integrar, sino yuxtaponer, de manera que cada cual se regiría por su ley en virtud de un principio de “excepción cultural”. Así pues, o integración sin condiciones en la cultura dominante o respeto absoluto a cualesquiera identidades culturales.

Ninguna de estas posiciones extremas parece satisfactoria, ni compatible con el modelo liberal e igualitario que inspira el constitucionalismo. La primera porque en el fondo reposa en una concepción confesional del Estado, aunque se trate de un curioso confesionalismo laico. En el constitucionalismo no hay una “cosmovisión oficial” de la que todos hayamos de participar, ni el eventual conflicto de una creencia con alguna política o norma jurídica puede saldarse con una apriorística presunción a favor de estas últimas. Al contrario, toda creencia, toda práctica religiosa o cultural, cuenta a su favor con una presunción de legitimidad (*iuris tantum*, desde luego) como ejercicio que es de un derecho fundamental; al menos si nos tomamos en serio que la libertad de conciencia sólo puede limitarse por razones justificadas. Pero tampoco la segunda opción resulta una buena respuesta, pues si bien la coexistencia de distintas culturas parece legítima y hasta inevitable, sin tener que postular su mutua integración en una especie de sincretismo, no toda cultura (o no todos los aspectos de alguna cultura) se muestran compatibles con la vigencia igual y universal de los derechos; esto es, que alguna práctica forme parte de una identidad cultural, religiosa o étnica no puede considerarse como una razón definitiva o excluyente para hacer de ella una “excepción cultural”. La idea de ponderación o proporcionalidad, que preside la resolución de las tensiones entre los derechos y sus límites, es incompatible con ambas posiciones: ni siempre puede triunfar a ley y los valores mayoritarios que encarna, ni siempre será posible construir una excepción (o una objeción de conciencia) que atienda a las identidades disidentes.

A mi juicio, una respuesta constitucional al fenómeno de la multiculturalidad debe comenzar por una política de reconocimiento de las diferencias y de respeto a las plurales identidades culturales. Así lo propone también el liberalismo político de Rawls (1996): no cabe exigir a los ciudadanos –que a la vez son fieles de una religión, creyentes en alguna filosofía o participantes de alguna tradición- que abduquen de lo que son sus convicciones más profundas y que piensen acerca de las cuestiones políticas fundamentales como si partiesen de cero, poniendo entre paréntesis lo que en realidad consideran las premisas básicas de su pensamiento moral. Es más, no se trata sólo de que tal cosa no

deba exigirse, sino que en la práctica resulta imposible hacerlo, pues, frente a lo que sugieren las concepciones “privatistas” de la religión o de las creencias morales, éstas no sólo se ocupan del cultivo de las virtudes privadas, sino que casi siempre ofrecen respuesta a lo que son los grandes problemas políticos o de convivencia colectiva; dicho más claramente, no cabe pedir (y además sería inútil hacerlo) a un católico o a un musulmán que a la hora de participar como ciudadano deje de pensar como piensa acerca de las cuestiones capitales que constituyen el objeto de la razón pública y de las leyes. Por lo demás, es aquí pertinente recordar lo que establece el artículo 27 del Pacto de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas (1966): “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Ahora bien, esa política de respeto y de reconocimiento tampoco carece de límites en el propio marco del modelo liberal; y esto es así porque, frente a lo que a veces se sugiere, dicho modelo no es estrictamente neutral, sus valores fundamentales son valores irremediamente sustantivos que forman parte de la propia decisión constitucional, esto es, son valores sustantivos que no sólo se permiten o toleran, sino que pretenden ostentar un carácter imperativo e innegociable. Sin necesidad de entrar en detalles, digamos que esos valores son dos, la autonomía y la dignidad, los dos grandes imperativos kantianos, y ambos pueden resultar conflictivos con el ejercicio práctico de algunas identidades culturales. Sacrificar entonces esas identidades, o las dimensiones de esas identidades que lesionan los valores sustantivos, equivale a negar el respeto a la diferencia. Que es, más o menos, lo que sostiene Garzón Valdés (1993) al decir que aquellas diferencias que incrementan la coacción o el engaño no deben ser conservadas.

En este sentido, tal vez la respuesta más “liberal” que cabe formular en presencia de estos conflictos es la que en su día defendió Mill (1859):

“El único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente. Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o

porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo... Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano”

En otras palabras, el Estado liberal no puede imponer un ideal de virtud, ni sancionar aquellas conductas que lesionan o limitan la libertad del propio sujeto: ni el paternalismo ni el perfeccionismo tendrían cabida en un modelo liberal; el presunto interés del propio sujeto a partir de consideraciones paternalistas o nuestras particulares ideas acerca de la verdad, de la virtud o de la felicidad sencillamente no pueden justificar una interferencia en la esfera autónoma de la libre determinación individual.

Ciertamente, el criterio del daño a terceros deja abiertos algunos interrogantes; por ejemplo, el del papel del consentimiento y su virtualidad en la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales (el problema de la inalienabilidad), o el de la posición de los menores. Pero es que, sobre todo, resulta que la tesis más “liberal” formulada por Mill tampoco es una tesis por completo neutral, pues su premisa básica es el valor absoluto del individuo y de su autonomía o, como diría Kant, que nadie puede ser tomado como medio, sino sólo como fin en sí mismo. Ahora bien, parece claro que estos valores son propios de la cultura liberal, pero no de otras más “comunitaristas”, donde el individuo se concibe como un instrumento al servicio de un plan general, donde la identidad personal sólo se alcanza o se ve plenamente satisfecha mediante la integración comunitaria; y que, por consiguiente, mantener esta tesis equivale en último término a defender la superioridad de una cierta civilización sobre las demás; equivale a reconocer que, al menos en este punto, no hay respeto a la diferencia.

Así pues, el liberalismo es, como su nombre indica, muy liberal, pero sólo con quienes aceptan sus premisas fundamentales. Acaso su ventaja resida precisamente en que dichas premisas –al margen de que puedan parecer mejores- resultan más reducidas en número y en densidad que las de cualquier otra concepción de la comunidad política, pero incluso también esto (que cuantas menos exigencias tanto mejor) resulta ser un valor de la autonomía y del liberalismo. Si se quiere, puede seguir manteniéndose la superioridad de nuestra cultura, pero, al menos, sin añadir que nuestra cultura liberal se caracteriza porque en ellas tienen cabida todas las demás, porque resulta estrictamente neutral frente a todas las cosmovisiones; pues sencillamente tal cosa no es cierta. Lo que sí parece cierto es que en el marco del constitucionalismo de los derechos las únicas limitaciones a las prácticas fundadas en identidades culturales –o fundadas simplemente en la libre conciencia del sujeto- sólo pueden justificarse en la protección universal de los derechos fundamentales, y no, como a veces parece ocurrir, en otras cosmovisiones particulares, por muy laicas o neutrales que quieran presentarse.

BIBLIOGRAFÍA:

- Bodin, J. (1576). *Los seis libros de la república*. Madrid: edición de P. Bravo, Aguilar, 1973, 46
- De Lucas, J. (2003). *Globalización e identidad*. Barcelona: Icaria, 35
- Ferrajoli, L. (1998). Garantismo e poteri selvaggi: *Teoría Política*, 3, 1998, 11 y s.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 118
- Ferrajoli, L. (2001). Más allá de la soberanía y ciudadanía: un constitucionalismo global: *Estado constitucional y Globalización*, M. Carbonell y R. Vázquez (comp.). México: UNAM, 315, 321
- Fioravanti, M. (1996). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid: trad. de M. Martínez Neira, Trotta, 55 y s.
- Garzón, E. (1993). El problema ético de las minorías étnicas: *Derecho, Ética, Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 519 y s.
- Hobbes, T. (1651). *Leviatán*. Madrid: ed. de C. Moya y A. Escotado, Ed. Nacional, 1979, 274
- Marcilla, G. (2005). *Desregulación, Estado social y proceso de globalización*. España: DOXA 28, 239 y ss.
- Mill, J.S. (1859). *Sobre la libertad*, trad. De G. Sainz Pulido. Barcelona: Orbis, 32
- Pérez, A. (1992). *La polémica sobre el Nuevo Mundo Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Trotta
- Pisarello, G. (2005). Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico: *Estado constitucional y Globalización*, M. Carbonell y R. Vázquez (comp.). México: UNAM, 249 y s.
- Rawls, J. (1996). *El liberalismo político*, trad. De A. Doménech. Barcelona: Crítica, 279
- Sartoni, G. (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus

WILL THE OVERARCHING SIXTH POWER TAKE THE CONSTITUTION AWAY FROM THE PEOPLE?

José David Ortiz Custodio¹

Abstract: *Popular sovereignty and the conception of a “State of rights and justice” stand as the core features of the new Constitution of Ecuador. New spaces and institutions have been created to enhance democratic participation through referendums and deliberative democracy mechanisms. Simultaneously, the “State of rights and justice” model calls for a strong and activist adjudication of rights by the Constitutional Court, which results in judges deciding issues that were previously discussed in democratic spaces. This paper will discuss the relevance of these two efforts in the Ecuadorian Constitution and identify the underlying conflicts that arise when both are mixed in a single constitutional structure. Although both efforts may seem incompatible, I will attempt to define ways in which the Constitutional Court may maintain its role as the major protector of fundamental rights, while preserving at the same time the core essence of democracy and popular sovereignty. If not careful, however, the Constitutional Court, which was designed to protect the people’s constitutional rights, could paradoxically usurp the Constitution and intrude on their sovereignty.*

Keywords: Popular Constitutionalism, Judicial Supremacy, Popular Sovereignty

1. Introduction.-

Two constitutional values characterize and identify the emergence of the new Constitution of Ecuador in the developing framework of Latin American Constitutionalism. Popular sovereignty and the conception of a “*State of rights and justice*” stand as the core features of the recently enacted Constitution. New spaces and institutions have been created to enhance democratic participation through referendums and deliberative democracy mechanisms. Simultaneously, the “*State of rights and justice*” model calls for a strong and activist adjudication of rights by the Constitutional Court, which results in judges deciding issues that were previously discussed in democratic spaces.

This paper will discuss the relevance of these two efforts in the Ecuadorian Constitution and identify the underlying conflicts that arise when both are mixed

¹ PUCE (Quito)- Lawyer, University of Pennsylvania Law School – Master of Laws (LLM.).
Adjunct Professor of Constitutional Law and State Theory– Universidad San Francisco de Quito.
Senior Associate – Pérez, Bustamante y Ponce Abogados (PBP). dortiz@pbplaw.com.

in a single constitutional structure. Although both efforts may seem incompatible, I will attempt to define ways in which the Constitutional Court may maintain its role as the major protector of fundamental rights, while preserving at the same time the core essence of democracy and popular sovereignty. If not careful, however, the Constitutional Court, which was designed to protect the people's constitutional rights, could paradoxically usurp the Constitution and intrude on their sovereignty.

I structure the paper as follows. Part I provides a brief introduction to the enactment of the Ecuadorian Constitution of 2008 in the context of a development process identified as new "*Latin American Constitutionalism*". The principles of popular sovereignty and the "*State of rights and justice*" are identified in the Constitution and an initial approach to the tensions between them is elaborated. This section also contains a brief introduction to the role of the Constitutional Court and the definition of key concepts such as Latin American Constitutionalism, Neoconstitutionalism and Popular Constitutionalism.

Part II analyzes the importance of the principle of popular sovereignty in the Ecuadorian Constitution and the different methods of democratic participation established therein. Part III analyzes the competences of the Constitutional Court, its relations with democratic institutions and its predominant role in constitutional interpretation that place it as an overarching "*sixth power*" in Ecuadorian constitutionalism. Finally, Part IV suggests methods to interconnect democracy with the competences of the Constitutional Court.

2. Theoretical background.-

A. Latin American Constitutionalism.-

The Ecuadorian Constitution of 2008 epitomizes Latin American Constitutionalism (Uprimny, 2011).² Uprimny identifies, at an abstract level, common trends of constitutional transformations experienced in Latin America since the 1980's. Two principal trends are particularly relevant for this paper. Firstly, the constitutions are rights rich, enhancing the protection of collective economic, social and cultural rights. Secondly, the constitutions strive for a just society through an expansion of mechanisms for democratic participation, in addition to representative democracy (Uprimny, 2011).³

² Latin American constitutionalism encompasses significant trends among Latin American countries. In the past years, despite their particular national differences, which result in the simultaneous enhancement of democratic participation and human rights protection mechanisms.

³ Among others, the constitutional reforms give special protection to groups that have been

The Ecuadorian Constitution is novel in that it recognizes previously unenumerated individual rights, such as the right to water and is the first to recognize the “*rights of nature*”. Additionally, the Constitutions of Ecuador and Bolivia strengthen in an unparalleled way the protection of collective rights for indigenous people. However, despite the particular national differences, Latin American countries have simultaneously enhanced democratic participation and human rights protection mechanisms in the past decades.⁴

B. The Ecuadorian Constitution of 2008.-

“*We women and men, the sovereign people of Ecuador*” serves as the introductory phrase of the Preamble of the Constitution of Ecuador and must not be read lightly. At the one hand, the Constitution provides spaces and new institutions for political participation that give citizens, in addition to electing and recalling representatives, the possibility to take decisions directly by popular initiatives and referendums. Article 1, Section 2 of the Constitution declares that “*sovereignty lies within the people, whose will is the basis of authority, and it is exercised through public bodies using direct participatory forms of government as provided for by the Constitution.*” Furthermore, the Constitution recognizes and strengthens communitarian forms of democracy in order to protect the autonomy of indigenous and ethnic nationalities.

On the other hand, the Constitution of Ecuador evinces a strong commitment to the protection of fundamental rights. Article 1, Section 1 of the Constitution characterizes Ecuador as a “*State of rights and justice*” or “*State of constitutionally based rights*”, as opposed to a “*State of legally based rights*” (Avila Santamaría, 2008). The protection of fundamental rights is established as a primary objective of the Ecuadorian State in Article 3, Section 1, and is present in the entire Constitution. Thus, fundamental rights are an essential foundation of the constitutional order and are the most important restraints on the exercise of political power (Aparicio Wihemi, 2008).

traditional targets of discrimination, including indigenous and black communities. At the same time, there is an openness of the domestic legal system to international human rights law, particularly the special and privileged treatment of human rights treaties. Also relevant is the recognition of multinationalism and the competence of indigenous jurisdictions is also important, which along with openness to international human rights law, has resulted in heightened pluralism in Latin America.

⁴ Since the mid-1980s, several Latin American countries adopted new constitutions (Brazil in 1988, Colombia in 1991, Paraguay in 1992, Ecuador in 2008, Peru in 1993, Venezuela in 1999, and Bolivia in 2009). Other countries introduced relevant reforms to their Constitutions (Argentina in 1994, Mexico in 1992, and Costa Rica in 1989).

C. Neoconstitutionalism.-

The characterization of a “*State of rights and justice*”, although not expressly stated, was clearly influenced by a model of constitutionalism that is often referred to in Latin America as “*neoconstitutionalism.*” This model, as explained by Javier Couso (2011), regards “*strong and activist adjudication of constitutional rules and principles, found in domestic constitutions as well as in international human rights laws, as the as sine qua non of constitutionalism*”. But as he notes, neoconstitutionalism also “*advocates the direct application by the courts of an ever-expanding set of constitutional rights--not only civil and political, but also social, cultural, and economic.*” (Couso, 2011)

Likewise, Rodrigo Uprimny affirms that “*neoconstitutionalism is characterized by enhanced judicial protection of a very dense charter of rights, which result in constitutional court judges deciding issues that were previously discussed in democratic spaces*” (Uprimny, 2011), a role that in the Ecuadorian structure is assumed by an overly powered Constitutional Court.

D. The Constitutional Court and the tension between constitutional principles.-

The Constitutional Court or the *sixth power*, as I refer to it in this paper, now stands as the *maximum* interpreter of the Constitution.⁵ At least formally, the Ecuadorian Constitution has instituted five branches of government, superseding the traditional concept of tripartite separation of powers between the Executive, Legislative and Judiciary, by establishing the Electoral and the Transparency and Social Control branches of government. Although the Constitution has not established formally the Constitutional Court as a branch of government, it is independent from all of them and is empowered with all-embracing functions that make it the most important actor in Ecuadorian constitutionalism.

Ecuadorian constitutionalism faces a true tension by embracing democratic participation and simultaneously adopting a strong form of neoconstitutionalism with an all-encompassing Constitutional Court. These constitutional practices have their own virtues and may seem attractive when considered separately, but may not seem as appealing when combined, as both seem to point to opposite directions. (Uprimny, 2011) As relatively few scholars have noticed, the role of the Constitutional Court should not diminish the transcendence of

⁵ Constitution of Ecuador, Art. 436.1.

the representative and deliberative processes or the democratic mechanisms that serve as an expression of popular sovereignty. (Aparicio Wihemi, 2008)

Neoconstitutionalism calls for a model in which there is a strong and enhanced protection of fundamental rights by the Constitutional Court, placing it as the maximum guarantor of constitutional rights and arbitrator of constitution interpretation. Although inadvertently, the enhancement of the Constitutional Court's powers results in a diminution of the democratic institution's power to interpret the constitution authoritatively. This clash of principles translates easily into a conflict between two different theories of constitutional interpretation.

E. Judicial supremacy v. Popular sovereignty.-

The Constitution is thought of as a higher-authoritative instrument that transcends a society's current disagreements and settles its fundamental political arguments. (Whittington, 2007) The Constitution embodies the most fundamental commitments of a society, such as the content of its "self-evident" truths and its members' "unalienable rights". (Whittington, 2007) Notwithstanding, we commonly disagree about the proper interpretation of the Constitution. Who should have the last word in constitutional interpretation? The Ecuadorian Constitution mirrors the conflict between two theories of constitutional interpretation.

a. Judicial Supremacy

Judicial supremacy holds that the judiciary is the essential guardian of the constitutional order. Judges must issue an authoritative interpretation of the Constitution in order to secure order and reestablish agreement. People who defend this theory posit that without an authoritative interpreter, the constitutional order would dissolve into political discord. This requires a single, authoritative interpreter, subject to neither popular pressure nor electoral instability. (Whittington, 2007)

Professors Alexander and Schauer (1997) argue that settlement of contested issues is a crucial component of constitutionalism that can only be achieved by having an authoritative interpreter whose interpretations bind all others. For them constitutionalism itself and judicial supremacy embody the goal of providing settlement of issues as to which people disagree, and "*the coordination function of law and constitutionalism in particular yields not only an obligation to obey the law, but also an obligation to obey a single authoritative interpreter of the law*", (Alexander & Schauer, 1997) even when its directives seem mistaken.

This theory has been identified with John Marshall's 1803 decision in *Marbury v. Madison* in which he stated that "*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.*" (*Marbury v. Madison*, 1803) Perhaps more relevant is Chief Justice Earl Warren's decision of *Cooper v. Aaron* in 1958, in which he interpreted –or misinterpreted– John Marshall's sentence (Alexander & Schauer, 1997) by concluding that "*This decision declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution [...].*" (*Cooper v. Aron*, 1958)

b. Popular Constitutionalism

In contraposition to the elitism and court centrism of judicial supremacy, scholars of the stature of Mark Tushnet and Larry Kramer have promoted a central role for the "*the people themselves*" in fundamental lawmaking. In their aim to sustain the legal order's democratic legitimacy, they propose a theory of constitutional interpretation that seeks the reassertion of the people's authority over the construction and enforcement of constitutional norms. Popular constitutionalism insists that citizens must feel the Constitution to be their own in an everyday sense, and thus, they should have the ability to participate continually and efficaciously, through an accessible political process. (Pozen, 2010)

The premise of popular constitutionalism is that the authority of the Constitution depends on its democratic legitimacy and its ability to inspire citizens to recognize it as their Constitution. Popular constitutionalism portrays a dialogic process in which everyone –the mobilized people, their political representatives and the courts– offer up relevant constitutional interpretations. The interactions and conversations between these political actors produce constitutional law, in a model in which court interpretations are significant but not final. (Tushnet, 2010) The people should be empowered, in their corporate capacity and as individuals, to reclaim the Constitution in an active and ongoing process. In essence, the people should have the ability to create, modify and apply constitutional norms continually and efficaciously in the political process. (Pozen, 2010)

Popular constitutionalism rejects the notion that the people or their representatives can ignore a judicial ruling because they disagree with it and accepts the power of courts to perform judicial review of statutes or contravene majority preferences as part of their assigned role. However, popular constitutionalism seeks to ensure that judicial review does not end the conversation and encourages extrajudicial

actors to play an active, self-conscious role in the articulation, contestation and codification of constitutional norms. (Pozen, 2010) This does not mean that public opinion may override the text of the Constitution even if the latter clearly resolves a legal question, but rather challenges the *finality* of the court's interpretation. (Pozen, 2010)

In sum, popular constitutionalism claims that the Constitution is a layman's document, not a lawyer's contract, and that we should place faith in the capacity of lay persons to interpret the Constitution in a principled fashion. (Kramer, 2004) It seeks a change in attitude, calling the political branches to engage earnestly in constitutional interpretation, asking the people to reject the view of the Constitution as something legalistic or beyond their reach, and rejecting the idea that the courts have a monopoly on constitutional truths. It encourages people to follow the courts closely and criticize and take legitimate actions when they disagree. (Pozen, 2010) The next section will discuss briefly the importance of popular sovereignty in the Ecuadorian constitutional order.

3. Democratic institutions and mechanisms.-

A correct understanding of democracy in the Ecuadorian context is necessary to comprehend the role the Constitutional Court should undertake. Robert Dahl defined democracy as "*the freedom of self-determination in making collective and binding decisions: the self-determination of citizens entitled to participate as political equals in making the laws and rules under which they will live together as citizens.*" (Schacter, 2004) This broad portrayal of democracy by itself does not explain how this value is understood in a particular State. Thus, I will synthesize the core values, institutions and mechanism that shape Ecuadorian democracy in its new constitutional context.

The Constitution of 2008 is characterized by a strong system of protection of constitutional rights that includes a well-defined list of democratic "*participation rights*", which are guaranteed to every citizen without discrimination.⁶ They include, amongst others, the right to elect and be elected, to participate in affairs of public interest, to submit popular rulemaking initiatives, to be consulted, to audit activities conducted by the government, and to recall authorities elected by universal suffrage.⁷ Essentially, these rights irradiate three democratic values present in the Constitution: representative, substantive and deliberative democracy.

⁶ Constitution of Ecuador, Article 11.2.

⁷ *Id.* Articles 62 and 63.

A. Representative Democracy.

The concept of representative democracy refers to a constitutionalist system of government whereby individuals elect fellow citizens to serve as their representatives. (Choper, 1993) It entails the rule of the people, which is expressed through representatives in a legislative body. Consequently, frequent elections are necessary to keep these representatives accountable to the constituents. (Barak, 1993)

In Ecuador the members of the National Assembly, The President and Vice-president of the Republic, and representatives of the autonomous decentralized governments are elected by popular vote. In order to ensure accountability, the Constitution guarantees the right of the people to recall elected authorities. Originally, elected authorities would serve for a term of 4 years and could be reelected only once, whether consecutively or not, to the same office. However, in 2015 the Constitution was amended to allow indefinite reelection.

Legislative powers are vested in the National Assembly, which is the primary expression of representative democracy. In addition to the enactment, reform, repeal and mandatory interpretation of statutes, the National Assembly has authority to ratify international treaties; audit public authorities; participate in the amendment process; approve the general budget and impeach the President in the cases provided in the Constitution⁸, amongst other functions⁹.

The Executive powers are bestowed in the President of the Republic who is the Head of State and Government, and as such, manages the public administration.¹⁰ The President is the Commander in Chief of the Army and has the duty to enforce the Constitution, statutes, international treaties and other legal regulations. Amongst its functions, the President may issue administrative regulations to implement legislative statutes; convene popular referendums, participate with legislative initiative in the process of enacting bills, and sign or veto the bills approved by the National Assembly.¹¹ It is worth noting, however, that the Ecuadorian Constitution has been criticized for over-strengthening presidential power and establishing a "*hyperpresidentialist regime*". (Uprimny, 2011)

⁸ *Id.* Article 129.

⁹ *Id.* Article 120.

¹⁰ *Id.*, Article 141.

¹¹ *Id.* at 41.

The National Assembly and the President interact in many ways, although the most novel example is the “*cross-removal mechanism*”. Under this mechanism, the President is able to dissolve the National Assembly if, in his opinion, the legislature acts *ultra vires*; if it obstructs repeatedly and without justification the National Development Plan; or in severe cases of political crisis or internal unrest.¹² Inversely, The National Assembly can remove the President from office if he acts *ultra vires* and in severe cases of political crisis or internal unrest.¹³ It is called a “*cross-removal mechanism*” because whenever the President or the National Assembly exercise this power, they remove themselves from office and the National Electoral Council must call for legislative and presidential elections that should be held in the same date.

In this context, representative democracy expresses the power of the people enacting statutes through their representatives in the National Assembly and their subsequent enforcement by the Executive, in a constant interaction between branches of government under the theory of separation of powers. (Barak, 1993)

B. Substantive Democracy.-

The Constitution of 2008 advances to the concept of substantive democracy, which is founded on the premise that “*democracy is broader than the notion of majority rule, fundamental as that may be.*” (Vriend. v. Alberta, 1998) Furthermore, substantive democracy is a multidimensional institution that cannot exist without the protections of individual human rights. It demands more than formal requirements, demanding that individual human rights be insulated from the power of the majority. (Barak, 1993)

The Constitution has a strong system for the protection of human rights and contains an unusually large catalogue of constitutional rights. Every right protected in the Constitution is deemed of the same hierarchy and deserves equal protection. Both negative and positive rights are recognized and constitutional guarantees and judicial mechanisms are instituted to ensure their protection and adequate reparation.¹⁴ Furthermore, Article 11 contains favorable principles for the application of constitutional rights.¹⁵

¹² *Id.*, Article 141.

¹³ *Id.*, Article 130.

¹⁴ Constitution of Ecuador, Articles 84 – 94. The Constitution establishes normative, public policy and jurisdictional guarantees.

¹⁵ *Id.* Article 11. The most relevant principles are the following: (i) Rights can be exercised.

To ensure the protection of rights, the Constitution enjoys normative supremacy and the restriction of fundamental rights through constitutional amendments or reforms is prohibited.¹⁶ As well, the Constitution gives the Constitutional Court the power to review the constitutionality of legislation and assume a leading role in the protection of constitutional rights. Essentially, the Ecuadorian Constitution entrenches the idea that democracy does not exist without the protection of constitutional rights. As Aharon Barak puts it, “*Take human rights out of democracy and democracy loses its soul; it becomes an empty shell.*” (Barak, 1993)

C. Deliberative Democracy.

Deliberative democracy is a third but not less important component that must be weighed in the new democratic equation. In opposition to liberalism that prioritizes the preservation and realization of individual interests, deliberative democracy as a form of republicanism views the State as a neutral mediator between competing individual interests. Therefore, the function of politics is locating and pursuing a conception of what is collectively best for society through the process of public deliberation. This model calls for three fundamental values: public deliberation, citizen participation and political equality. (Marshfield, 2011)

The Constitution of 2008 guarantees processes of *public deliberation*. Article 100 mandates that spaces for public participation be instituted at all levels of government that entail an active participation of elected representatives and members of society.¹⁷ Moreover, Article 57, Section 17 of the Constitution guarantees the rights of indigenous nationalities and communities to be consulted before the adoption of a legislative measure that might affect any of their collective rights. Consultation is mandatory and shall be given in due time.¹⁸

promoted and enforced individually or collectively before competent authorities; (ii) all persons are equal and shall enjoy the same rights, duties and opportunities, (iii) affirmative action measures should be adopted by the State to promote substantial equality, (iv) rights and guarantees set forth in the Constitution and in international human rights instruments have direct and immediate application, (v) all rights are unalienable, obligatory, indivisible, interdependent and of equal importance, (vi) the contents of rights shall be developed progressively by means of standards, case law, and public policies.

¹⁶ *Id.* Article 84.

¹⁷ Constitution of Ecuador, Article 137.

¹⁸ *Id.* Similarly, Article 57, Section 7 guarantees their right to be consulted prior to the adoption

As well, Article 57, Section 13 secures the rights of indigenous communities and nationalities to conserve and develop their own forms of social organization and self-government in their ancestral territories, which includes the possibility of applying their consuetudinary legal system which is limited only by the respect of constitutional rights. In this context, Ecuadorian deliberative democracy seeks to include and strengthen organizations that represent previously excluded groups in order to respect pluralism in the cultural, political and organizational scenarios.¹⁹

Deliberative democracy aims for *citizen participation* in politics. Article 95 of the Constitution guarantees the right of citizens to participate individually or collectively and assume a leading role in decision-making, planning and management of public affairs. Article 204 declares that the people are “*the primary authority and first auditor of public power*” in an ongoing process of developing citizen’s power.²⁰ Article 96 declares that all forms of organizing society are recognized as an expression of popular sovereignty in a framework of self-determination with meaningful effect in public decisions.

Interestingly, article 98 guarantees the people a “*constitutional right to resist*” public or private actions that violate or threaten to violate constitutional rights, and to claim the recognition of new rights. Furthermore, Article 103 of the Constitution promotes popular initiatives for the creation, modification or derogation of laws or regulations, either before the National Assembly or other rulemaking bodies.²¹ These normative initiatives must be reviewed by the legislative bodies in 180 days or they enter into force. If they involve a legislative bill, the President of the Republic can amend the bill but not veto it completely.

The Constitution introduces important *direct participation* mechanisms. In first place, citizens are entitled to convene national or local referendums regarding any matter, and their decision shall be binding and have immediate effect.²²

of plans and programs for exploration, and marketing of nonrenewable resources located on their lands and which could have an environmental or cultural impact on them.

19 *Id.* Article 57.15.

20 *Id.* Article 204. This article also institutes the Transparency and Social Control as the fifth branch of government. Its main attributions are enlisted in Article 208, and include auditing of public or private entities; foster and encourage public participation; protect the exercise and fulfillment of rights; prevent and combat corruption, amongst others.

21 *Id.* Article 103.

22 *Id.* Article 104-105. National referendum requires the support of 5% of the citizens and local

In second place, the people have the power to submit proposals to amend the Constitution, which is conducted in a “three-track” mechanism. Firstly, the amendment of one or various articles of the Constitution that do not alter the fundamental structure, nature or constituent elements of the State and does not restrict constitutional rights and guarantees, may be conducted by means of a referendum requested by the President of the Republic or 8% of the citizens, or through a legislative process proposed by at least one third of the members of the National Assembly.²³

Secondly, a partial amendment regarding any matter that does not restrict constitutional rights and guarantees may be conducted through a legislative process at the request of the President of the Republic, a majority of the members of the National Assembly or by at least one percent (1%) of all citizens.²⁴ Thirdly, a Constituent Assembly to draft a new Constitution²⁵ may be convened only by referendum at the request of the President, two thirds of the National Assembly or 12% of the citizens.

To conclude, a deliberative democracy model requires that all citizens, groups, nationalities, participate in the *political process equally*. The deliberation process thus depends on political equality that insures that minority viewpoints can have a meaningful voice in the discussion. Its foundation requires a deep commitment to pluralism, in which a complete representation of all viewpoints is necessary to inform the society of the true needs of the collective whole. (Marshfield, 2011) At the same time, deliberative democracy reinforces the people’s position in their relationship with the government, allowing the people to participate meaningfully in the political process and shape constitutional values. The following part will analyze the overarching competences of the Constitutional Court and how they interact with the democratic values described so far.

4. The overarching power.-

The process of judicialization of politics that spread all over the world since its appearance in the early twentieth century, reaches an apex in the Ecuadorian

referendums 10% of the local citizens. According to *Id.* Article 106, the referendum must be approved by an absolute majority of the valid votes.

²³ *Id.* Article 441.

²⁴ *Id.* Article 442.

²⁵ *Id.* Article 444.

Constitution of 2008. (Ferrerres Comella, 2004) ²⁶ Hans Kelsen idealized Constitutional Courts as political in nature and thus not a part of the ordinary judiciary. (Garoupa & Ginsburg, 2011) Traditionally, their most salient power has been judicial review, which allows them to strike down statutes passed by the democratic legislatures. They are primarily guardians of the Constitution and individual human rights.

However, Constitutional Courts all over the world are now entrusted with other functions which may potentially affect democratic values and alter their own status and overall effectiveness. (Garoupa & Ginsburg, 2011) In this section I will describe briefly the institutional structure of the Ecuadorian Constitutional Court, and explain how the principal and ancillary powers conferred to the Court place it as the overarching political actor in Ecuadorian constitutionalism, with subsequent consequences to the democratic values described so far.

A. Institutional Structure

The Constitutional Court is structured formally as an autonomous institution, with administrative and financial independence.²⁷ The Court is detached from the ordinary judiciary but it does not belong to any other branch of government either. As we will see, however, the Court interacts constantly with most of them. The Court is composed of nine justices that serve for a fixed term of 9 years without immediate reappointment, and one third of them are renewed every three years.²⁸ The justices are required to be highly qualified lawyers, while political leaders are barred from being nominated as judicial candidates.²⁹ The justices of the Constitutional Court are selected by a Qualification Committee composed of two members designated by the Legislative, the Executive, and Transparency and Social Control branches of government.

The appointment process includes phases of qualification of merits, public opposition, written and oral examinations, and ends with the selection of the highest qualified candidates.³⁰ Thus, the Constitutional Court -at least in theory-

26 The specialized model of Constitutional Courts designed by Hans Kelsen initially for the Austrian Constitution of 1920, expanded to Germany, Italy, and subsequently to a vast majority of Southern European, Asian and Latin American countries.

27 Constitution of Ecuador, *supra* 6, Art. 430.

28 *Id.* Art. 432.

29 *Id.* Article 433.

30 Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control. Articles 177 - 185.

is designed to be composed by a highly specialized, independent and technical judicial elite. It is worth noting that the justices of the Constitutional Court are not subject to impeachment nor recall from office by those who nominated them,³¹ which limits the branches' political power to check on its powers.

B. Principal Powers.-

The first and most important power conferred on the Constitutional Court is to act as the *maximum* interpreter of the Constitution through its opinions and rulings that have binding effect,³² are final and not subject to further appeal.³³ As legal scholar Michael Paulsen puts it, the power to interpret the Constitution "is a superpower or, if you prefer, a 'meta-power,' that effectively determines the construction and scope of all other governmental powers and of individual rights." (Paulsen, 1994)

The second and most known power conferred on the Constitutional Court is judicial review. In exercise of *abstract* judicial review, the Court can assess the constitutionality of legislation enacted by the National Assembly or any other public legislative body for its conformity to the Constitution, whether on procedural or substantive grounds, at the request of any citizen or collective group.³⁴ This includes review of rules and regulations issued by administrative agencies.

Abstract judicial review operates both *ex ante* and *ex post*. *Ex ante* judicial review of legislative statutes has a particular effect on representative democracy for it requires the Constitutional Court to settle disputes of constitutional interpretation between the Legislative and Executive branches in the process of bill enactment. If the National Assembly approves a bill and the President vetoes it on constitutionality grounds, neither branch is permitted to enforce its interpretation upon the other. The Constitutional Court must analyze the proposed bill and rule on its constitutionality.³⁵ On the other hand, *ex post* judicial review involves the well-known conflict with representative democracy

31 Constitution of Ecuador, Article 431.

Constitution of Ecuador, Article 431. Organic Law of Jurisdiction Guarantees and Constitutional Control. Art. 186.

32 Constitution of Ecuador, Article 436. Section 1

33 *Id.* Article 440.

34 Constitution of Ecuador, *supra* note 6, Article 436 Sections 2, 3 & 4.

35 *Id.* Article 139. If it concludes the bill is completely unconstitutional it will dismiss the project; if only partially unconstitutional the National Assembly must amend the bill as instructed; and if it survives constitutional scrutiny, the bill shall be immediately enacted.

for it entails the power to strike down laws and regulations passed by elected representatives. As well, judicial review may conflict with deliberative democracy if the Constitutional Court disturbs political issues settled through wide popular deliberation or consultation by the people themselves.

Regarding *concrete* judicial review, if the ordinary judiciary considers that a law or regulation relevant to decide a particular case is *unconstitutional*, it must suspend the case and refer it to the Constitutional Court, which rules on the constitutionality of the statute and remands the case for a judicial decision on the merits. However, this power was originally designed to leave intact the power of the ordinary judiciary to enforce directly principles and rights recognized in the Constitution (without declaring the statute unconstitutional) in preference of conflicting laws of inferior hierarchy.³⁶

C. Ancillary Powers

Professors Ginsburg and Elkins identify "*ancillary powers*" of Constitutional Courts, which are those that "*fall outside the prototypical constitutional-review function*". (Garoupa & Ginsburg, 2011) The classification as ancillary does not mean by itself that these powers are less important, only that they arose later as a historical matter and they differ from judicial review.³⁷ Quite the contrary, these numerous powers pose a real threat to the principles of representative and deliberative democracy. I will identify briefly the Ecuadorian Constitutional Court's "*ancillary powers*" and their effects on deliberative democracy.

In first place, the Court has the political power to arbitrate and settle conflicts regarding the scope of powers and competences of the different branches of government, which threatens to end the natural confrontation between the executive, legislative and judiciary branches so inherently entrenched in a system of checks and balances and the traditional theory of separation of powers.³⁸

³⁶ This is different than judicial review for it does not permit judges to strike down legislation; only to apply the Constitution in preference over any law of lower hierarchy that conflicts in a particular case. However, this power has been reduced by pervasive decisions of the Constitutional Court that now prohibit ordinary judges from "not applying" statutes or regulations to decide a particular case, and orders the judiciary to suspend the procedure and refer it in every case of conflict. Thus, the ordinary judiciary is now barred not only from performing judicial review but also from applying the Constitution with direct effect in a particular case if by doing so a conflicting statute or regulation is not applied. See Constitutional Court Decision No. 55-10-SEP-CC, Official Register Supplement 359, January 10, 2011. See also Constitutional Court Decision 0535-12-CN.

³⁷ *Id.*

³⁸ Constitution of Ecuador, Art. 436. Section 7.

Secondly, the Legislative branch requires a prior ruling of admissibility by the Constitutional Court to initiate an impeachment proceeding against the President of the Republic³⁹. In a system in which the Constitutional Court is overly influenced by the Executive, this power can potentially blind or immunize the President against legitimate Legislative attack.

Thirdly, if either the National Assembly or the President exercises the “*cross-removal mechanism*” on *ultra vires* grounds, a prior favorable ruling by the Constitutional Court is required. In fourth place, the Constitutional Court issues prior and binding rulings on the constitutionality of international treaties, prior to their ratification by the National Assembly. Fifthly, the Constitutional Court has the authority to issue “*declarations of unconstitutionality by omission*” if the National Assembly or other public authority fails to act or enact statutes or regulations within the established time-limits or parameters contained in the Constitution. This includes the power to provisionally enact the omitted regulation or statute, which allows the Court to adopt particular public policies.

In sixth place, the Constitutional Court may grant *writs of certiorari* at its discretion in constitutional litigation cases conducted by the ordinary judiciary⁴⁰, even without request of any of the intervening parties in order to develop binding precedents.⁴¹ However, the Court has self-expanded this authority to issue directions that seem more legislative than judicial,⁴² exceeding the traditional doctrine of *stare decisis*.⁴³

In seventh place, the Constitutional Court not only has the power to decide authoritatively constitutional cases, but also has the power to self-enforce its decisions. Hence, it has the competence to hear “*complaints for non-compliance*” of constitutional rulings and decisions, with the authority to sanction public authorities and even remove them from office, amongst others.⁴⁴ Furthermore, the Court is also empowered to hear at the request of any citizen, “*complaints for non-enforcement*” of general laws or administrative general regulations, regardless of their nature or hierarchy, to guarantee their enforcement.

39 Constitution of Ecuador, Art. 129.

40 Includes constitutional protection actions, habeas corpus, habeas data; access to public information actions, amongst other constitutional processes instituted for the protection of constitutional rights.

41 Constitution of Ecuador, *supra* note 6, Art. 436. Section 6. Article 86. Section 5.

42 See Constitutional Court Decision No. 1. Official Register Supplement 351. December 29, 2010.

43 *Norris v. Atlanta & West Point R. Co.*, 254 Ga. 684, 333 S.E.2d 835 (1985). *Stare decisis* is the doctrine that when a court has once laid down a principle of law as applicable to a given set of facts, it will adhere to that principle, and apply it to all future cases, where the facts are substantially the same. *Stare decisis* does not give courts the power to enact statutes or act as a legislature.

44 Constitution of Ecuador, Art. 436. Section 9. 86. Section 4.

Finally, in eighth place, the Constitutional Court plays a role in the direct participation mechanisms. Whenever a popular referendum is convened at the initiative of the President or by the citizenry, a prior ruling of the Constitutional Court on the constitutionality of the proposed questions is required.⁴⁵ Moreover, the Constitutional Court plays a particular role in the constitutional amendment process, acting as an arbitrator that channels the proposed initiative to one of the “*three-track*” amendment procedures described previously in Section II.⁴⁶ Therefore, the people’s ability to take decisions through popular referendums or constitutional amendments depends to a significant extent on the willingness of the Constitutional Court.

In sum, Alexander Hamilton’s idea of the judiciary as the “*least dangerous branch*” has no place in the Ecuadorian Constitutionalism. In the Federalist No. 78, Hamilton expressed that the judiciary “*may truly be said to have neither Force nor Will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.*” (Paulsen, 1994) Contrary to this belief, the Constitutional Court has *will* which entails the power to make law and determine its substance; allows it to participate in the legislative process by shaping the power of the veto with its constitutional interpretation; places the Court in the midst of the interactions of the branches of government and empowers the Court to intervene in deliberative processes such as referendums and constitutional amendments. Furthermore, the power of *judgment* is enhanced with the “*meta-power*” to say what the Constitution is and the authority to self-enforce its judgments. (Garoupa & Ginsburg, 2011)

5. Converging values.-

The *ancillary powers* described so far place the Constitutional Court in the midst of highly charged political scenarios and seem to create a conflict between democracy and rights; the people and the Court; popular and judicial supremacy. I do not claim that these principles *per se* are incompatible. The convergence of democracy and human rights is nothing new. Yet, the overarching competences of the Constitutional Court pose a threat to the institutions of Ecuadorian democracy that have not been addressed by Ecuadorian scholars adequately. This section aims to define ways in which the Constitutional Court may maintain its role as the major protector of fundamental rights, while preserving at the same time the core essence of democracy and popular sovereignty.

⁴⁵ *Id.* Art. 104.

⁴⁶ *Id.* Article 443. The Constitutional Court shall rule which of the procedures provided in the chapter pertains to each case. (Amendment of one or more articles of the Constitution, partial amendment, or Constituent Assembly)

A. Destroying the myth of judicial supremacy.-

Initially, the apparent conflict is not aggravated if we assume a moderate approach to constitutionalism. Montesquieu believed that neither pure democracy nor aristocracy inherently secures freedom; rather political liberty is found only in moderate governments where power is not abused or concentrated. (Carrese, 2003) As he correctly noted, any man who has substantial power is led to abuse it. Therefore, so that one not abuse power, power must be checked. (Carrese, 2003) This by no means excludes the Constitutional Court.

In a constitutional democracy no social or political institution is or can be *supreme*. The power to “say what the Constitution is” cannot be concentrated in a single oracle (Paulsen, 1994), but it must be constructed within the interaction of the different branches of government and the people themselves. This is paramount for concentration of power inherently tends toward tyranny. (Paulsen, 1994) This is more evident if concentration occurs with the “*meta-power*” of constitutional interpretation.

To avoid concentration it is worthwhile to emphasize that Article 436, Section 1, places the Constitutional Court as the *maximum* -but not *supreme*- interpreter of the Constitution. Each branch of government is equally bound to the Constitution and has a duty to interpret the Constitution. Moreover, this power has to be balanced with Articles 1 and 204 of the Constitution that declare popular sovereignty; the idea that the people are the basis of political authority and primary auditors of governmental power.

The people have a fundamental duty to check the Constitutional Court since it is not subject to impeachment by any branch of government. We must not forget that the Constitutional Court is an organ constituted by the people and therefore accountable to them. The notion of a non-accountable judicial elite is unacceptable; a disdain on constitutionalism. As Roberto Gargarella puts it, we must ponder about the value of preserving the last word of constitutional interpretation for the people themselves. (Gargarella, 2008)

This idea, however, does not destroy the importance that the Constitution has granted to the Constitutional Court’s decisions, nor does it mean that people can do whatever they want. Democracy self-destructs “*when the people ‘want to do everything themselves: to deliberate for the senate, to execute for the magistrates, and to disrobe all judges’.*” (Carrese, 2003) Therefore, it is essential to determine spheres where popular settlements and the interpretation of the branches should not be contested by the Court; as well as those outside

the sphere of the decidable and where the Court's decisions should be final and undisputed.

B. Reassessing the role of the Constitutional Court.-

Ecuadorian constitutional democracy requires a balance between the power of the majority and the respect of human rights. In this balance the system must place limits on the supremacy of the majority but also on the supremacy of human rights. (Barak, 1993) This presupposes a dual role for the Constitutional Court as protector of human rights and democracy. However, the Court should approach each role differently, for the former demands strong intervention and the latter a cautious approach.

The "*State of Rights and Justice*" model calls for a strong protection of human rights. In order to be effective, the Constitutional Court should protect primarily the people in the enjoyment of their *inalienable rights* which are popularly understood to be endowed by God⁴⁷ or vested by the immutable laws of nature as understood by others. (Carrese, 2003) These fundamental rights pertain to the *private moral sphere of the individual* and determine his freedom to live as he chooses. Neither majorities, government, nor judges have the power to restrict this sphere (Gargarella, 2008), but all of them have a duty to protect it and keep it untouched. Examples of these rights are *freedom of speech, freedom of religion, and freedom of association*. These rights require strong intervention of the Constitutional Court and its authority to have the final say, since the Court is institutionally better positioned to protect these individual rights from attacks from the popular majority.

On the other hand, aspects that pertain to the *moral sphere of the collectivity* -which allow or prohibits certain actions depending on their effects on third parties (Gargarella, 2008) -must be approached cautiously by the Constitutional Court. If there are aspects that affect the whole collectivity, it is necessary that all the affected agents deliberate on how to resolve them. If all the potentially affected voices are not considered, the impartiality of the decision could be risked. (Gargarella, 2008) In these cases, the Constitutional Court is not better positioned than the democratic deliberative mechanisms to have the final say in the dispute.

I admit this is particularly problematic, since the Ecuadorian Constitution contains an extended catalogue of constitutional rights which are deemed of the same hierarchy and demand the same judicial protection. However, we should

⁴⁷ US Declaration of Independence, July 4, 1776.

not overlook the fact that most of these rights are dissimilar from each other and should be analyzed from different perspectives. For example, freedom of religion relates to the private and innermost sphere of the individual, while the right to live in a safe and clean environment relates to aspects that affect the whole collectivity. Social, economic and cultural rights surpass the private moral sphere of the individual and enter the moral sphere of the collectivity, in other words, into areas of what is decidable in a democracy. Undoubtedly, a decision that affects society as a whole will be better reached by deliberative mechanisms in which all the relevant voices are heard, in contrast to a decision reached privately by 9 unelected judges that form part of a small academic elite.

I do not mean to say that certain rights are more important than others, but that certain rights are better protected by the Court and others by the democratic branches of government and the people themselves. Social and economic rights are better protected in the political process, through democratic spaces that allow wide debate and public deliberation. I do not mean to say either that the Constitutional Court should not protect these rights, but rather that the Court should not have the final say on these matters, allowing the people and the other branches of government to assume an important role in constitutional interpretation.

The Constitutional Court must recognize that both principles, democracy and fundamental rights, cannot be maximized at the same time, for an unlimited protection of these rights might minimize the spaces of democratic participation. At the same time, unlimited democratic participation is not fully compatible with the existence of these rights. (Heun, 2011) Rights are not absolute, they are limited by the right of another and by the needs of society. Thus, as Barak puts it, the Court should develop a coherent limitation formula to balance the right of the individual against society's demands. (Barak, 1993) This balance prevents the sacrifice of the state on the altar of human rights, and human rights from being sacrificed on the altar of the state. (Barak, 1993) It is a recognition that human rights should be upheld without disabling the political structure.

Equally important, the Constitutional Court should assume a cautious role in the protection of democracy. In the first place, this role will require the Court to guarantee the conditions that make democracy possible. The opportunity of every citizen to participate freely in the democratic process and the protection of political expression, including the freedom of speech, press and association are essential. (Barak, 1993) Individual liberties regarding communication are considered a crucial basis of pluralism for they ensure open discussion, opposition and a free political process. (Heun, 2011) As well, democracy means

rule for a limited time, which should lead the Court to bar unlimited reelections of representatives (Heun, 2011). Unfortunately, the Constitutional Court has failed to fulfill this role by upholding the Communications Law which restricts freedom of speech and of the press⁴⁸, and allowing indefinite reelections for popularly elected authorities.⁴⁹

A second role for the Court is to protect the processes of democratic deliberation. John Hart Ely develops a theory of judicial review that encourages courts to focus their attention on the processes rather than substantive outcomes, in ways that ensures that democratic government functions openly and transparently and majorities adequately consider the interest of minorities. (Wilkinson III, 2012) Although substantive outcomes are important in the "*State of Rights and Justice*" model, the Court can nevertheless assume an important role to enhance the participation process. Inevitably, democratic deliberation will create winners and losers, but its legitimacy rests in the openness and publicity of its methods.

This presupposes the Constitutional Court performing strong judicial review of laws or regulations that are enacted omitting the mandatory deliberative mechanisms. For example, the Constitutional Court should not uphold statutes that specifically require consultation with indigenous nationalities or communities when such consultation was omitted by the National Assembly, like the Constitutional Court did in the Mining Law Case⁵⁰. On the contrary, if statutes have been issued through wide deliberation the Court should be more cautious to strike them down. In this account, to preserve democracy, the Constitutional Court should refrain from intervening in all cases and let the deliberative mechanisms self-enhance. This is particularly relevant regarding the "*ancillary powers*" described before that have high political content. The Constitutional Court should not disturb political issues settled through mechanisms of deliberative democracy and replace them with its preferred policies.

Additionally, the Court should interpret the Constitution in ways that protect equally rights and democracy. It is no coincidence that Article 427 places literal meaning as the first method for constitutional interpretation. Although this is not the only method, in Ecuador the premise that the Constitution is ambiguous and requires judges to discover its meaning in particular cases is overstated. Not all of the provisions of the Constitution are ambiguous. Quite the contrary, the

48 Constitutional Court of Ecuador. Decision No. 003-14-SIN-CC, September 17, 2014.

49 Constitutional Court of Ecuador. Decision No. 001-14-DRC-CC, October 31, 2014.

50 See Constitutional Court Decision 001-10-SIN-CC issued on March 18, 2010.

Ecuadorian Constitution is a 444 article document with abundant detail. There are several commitments reached by the people when drafting the Constitution, for example, regarding the prohibition of same sex marriage⁵¹, or the limitation of property rights of financial institutions to own stock in unrelated companies.⁵²

Equally important, the Constitution was drafted only six years ago, through a process of public deliberation and ratification by popular referendum. The Constitutional Court is constrained by the popular commitments contained in the Constitution's text. It follows that judges are not allowed to impose on individuals a rule of conduct that the popularly elected branches of government would not have enacted or the constituents would not have embodied in the Constitution. (Wilkinson III, 2012)

Finally, the Constitutional Court should refrain from intervening pervasively in the new democratic spaces for popular deliberation. The Constitutional Court's power to review the constitutionality of the questions of popular referendum and constitutional amendments should be exercised minimally. By doing so, the Court will not obstruct the popular power to deliberate about important political matters. The question is whether the Constitutional Court will facilitate or interfere with popular deliberation?

C. Resurgence of the power of the branches of government to interpret the Constitution.-

Montesquieu correctly noted that political liberty is found only in moderate governments where power is not abused or concentrated, the key to moderation being the separation and balancing of political powers. (Carrese, 2003) Furthermore, Professor Michael Paulsen notes that separation between different branches of government produces a natural equilibrium of power illustrated in terms of game theory. (Paulsen, 1994)

In short, constitutions provide for a division of interpretative power amongst three branches, each possessing different governing powers with which to advance its respective views. The game is designed in a way that no one player can decisively defeat the other two and concentrate power which is tyrannical. (Paulsen, 1994) In first place he concludes that as long as no single branch has a majority of the interpretative power no stable resolution will be reached, because

⁵¹ Constitution of Ecuador, *supra* note 6, Article 67. There is a clear popular commitment barring same sex marriage, allowing marriage exclusively between a man and a woman.

⁵² *Id.* Article 312.

someone always has an incentive to change alliances. In second place, if the branches look ahead and learn from their experience they would realize that an overly strong assertion of their own power leads to destruction at the hands of the other two, and that they cannot request the help of another to attack the third. Essentially, the game illustrates that the system of separation of powers is designed so that no one branch can successfully attack the other two, and that no two branches can successfully attack the third. Each branch's self-interest will lead it to conclude that an expansion of its own power or a scheme to attack the third will only lead to its self-destruction. It follows that the only rational action is a significant degree of cooperation and compromise between the branches to reach a natural balance. (Paulsen, 1994)

Although Paulsen (1994) refers to the American context, his argument is relevant for it attempts to solve two problems applicable to the Ecuadorian reality: concentration of power and judicial supremacy over the legal interpretations of the other branches of government. Undoubtedly, the supremacy of one power over another, even in the Ecuadorian context, can never be proper. As stated before, the power to say "*what the Constitution is*" should be shared with the branches that exercise it, each in its own province, independently of the views of the others.

The resurgence of this concept will strengthen a democratic view of government in which the branches of government balance the powers of the Constitutional Court and prevent it from encroaching on their own powers. The Constitutional Court can maintain its role as the maximum interpreter of the Constitution, while at the same time strengthening the power of the different branches to interpret the Constitution authoritatively. It is evident that depending on the particular case at issue, some branches are institutionally better positioned than others to interpret the Constitution. Therefore, the Court should seek cooperation and compromise with the others, at least when it exercises its highly politicized competences.

One method to achieve this is developing standards of deference to the different branches of government depending on the nature of the case or controversy. According to the Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control, the Constitutional Court should give deference to the interpretations of the National Assembly when it performs judicial review, presuming the constitutionality of the statute and declaring the unconstitutionality as a last resort. However, no standards of deference have been developed regarding the interpretations of the executive and the judiciary, for example, when the Court reviews State of Emergency Decrees or National Court decisions, respectively.

The problem aggravates when the Court exercises its political competence to arbitrate conflicts regarding the scope of powers of the different branches of government. What weight, if any, should the Court confer to the interpretation of each branch to solve the conflict? Most importantly, is it desirable for the Constitutional Court to intervene in every case? Furthermore, the National Assembly should be entitled to deference whenever it initiates an impeachment procedure against the President and the Court rules on its admissibility. The same problem arises when either the President or the National Assembly exercise the “*cross-removal mechanism*” claiming that the other branch has acted *ultra vires*. Both proponents should receive deference from the Court when it issues the prior ruling of admissibility.

Certainly, the Constitutional Court should act moderately and restrain itself from acting pervasively. Separation of powers and game theory demonstrate that an expansion on its own power could lead to its own destruction. Moreover, the Court should develop standards of deference to each branch’s interpretations of the Constitution, depending on the particular competence it exercises. Not doing so would allow the Court to interfere in the delicate structure of separation of powers, allowing one branch (and the Court itself) to accumulate power in detriment of the others. The Constitutional Court, for example, could protect the President from legitimate legislative attack in the case of impeachment or either of them in cases of “cross-removal”, diminishing one branch’s power in favor of another.

6. Conclusions.-

The people of Ecuador have enacted a Constitution that tries to benefit from the better of two worlds: important institutions of democratic participation and an overly powerful system of human rights protection. As well, a strong Constitutional Court was instituted as an effort to overcome the historic problems of a deficient legislature. Without noticing, I believe, many competences with excessive power were conferred to the Court. Now, these competences threaten the powers of the democratic representatives and affect the spaces the people reserved for themselves. However, neither the democratic institutions nor the Constitutional Court can disappear from the Ecuadorian spectrum.

Therefore, this paper has analyzed the main aspects of the democratic principles and the competences of the Constitutional Court in an effort to balance them. The methods provided will certainly help the Constitutional Court maintain its principal role as the protector of human rights. At the same time, they will ensure that the people’s inalienable right to self-governance is preserved. This

will require a considerable commitment and cooperation between the branches, the Constitutional Court and the people themselves.

This paper envisages a model in which a new balance is reached in this novel scheme of separation of powers; recognizing that although the Constitutional Court is not a formal branch, it has an important role in constitutional interpretation. The model also stands for the resurgence of the power of the branches of government to interpret the Constitution authoritatively; and the establishment of standards of deference by the Constitutional Court to the interpretations of the different branches of government.

Furthermore, it requires that the ancillary powers be exercised moderately by the Constitutional Court, since most of them are excessively political. If the paper's assumptions are right, a tendency of the Court to expand its own powers would affect the delicate balance between judicial and political structures. Also, it will make the other branches more aware of the Court's competences and will force them to react, leading to the Court's own destruction. Inevitably, the other branches will have enough political incentives to control the Court or scheme with it, unavoidably contaminating the Court with party politics. The stakes are simply too relevant and important for political actors not to interfere. (Garoupa & Ginsburg, 2011)

Finally, this paper tries to redefine the role of the Constitutional Court as a dual protector of rights and democracy. Above all, however, this role must not be left entirely to the Court. My thesis presupposes active participation of the democratic representatives and the people themselves, for who better than them will protect the principles of self-governance and popular sovereignty. People must feel the Constitution to be their own in an everyday sense, having the ability to participate continually and efficaciously, through an accessible political process. This ultimately rejects the illegitimate notion of a government of judges.

BIBLIOGRAPHY:

- Alexander L., Schauer F. (1997). On Extrajudicial Constitutional Interpretation, *Harvard Law Review*, 110, 1359
- Ávila R. (2010), *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia, La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*
- Carrese P. O. (2003). The Cloaking of Power, Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism. *The University of Chicago Press*, 44
- Choper J. H. (1993), Thoughts on the Federalist Vision of Representative Democracy As Viewed at the End of the Twentieth Century: How Have We Used the Legacy of the Federalist Papers? *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 16, 35
- Couso J. (2011). Models of Democracy and Models of Constitutionalism: The Case of Chile's Constitutional Court 1970-2010, *Texas Law Review*, 89, 1517-1535
- Ferreres V. (2004). The Consequences of Centralizing Constitutional Review in A Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism, *Texas Law Review*, 82, 1705; 1736
- Foreword A. B. (2002). A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in A Democracy, *Harvard Law Review*, 116(16), 38-39
- Gargarella R. (2011)., *Desafíos Constitucionales, la Constitución Ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia, 16
- Gargarella R. (2012), *La Justicia Frente al Gobierno*, Corte Constitucional del Ecuador, 187
- Garoupa N. & Ginsburg T (2011). Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences, *Arizona Journal of International and Corporate Law*, 28, 539, 550-51
- Ginsburg T. & Elkins Z. (2009). Ancillary Powers of Constitutional Courts, *Texas Law Review*, 87, 1431-1461
- Kramer L. (2004), The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review, 207

- Marshfield J. L. (2011). Models of Subnational Constitutionalism, 115 *Pennsylvania State Law Review*, 1151, 1176-77
- Paulsen M. S. (1994). The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is, *Georgetown Law Journal*, 83, 217-220
- Pozen D. E. (2010). Judicial Elections as Popular Constitutionalism, *Columbia Law Review*, 110, 2048
- Regulation of the Council of Citizen Participation 183. Official Register Supplement 715, June 1, 2012
- Schacter J. S. (2004), Ely and the Idea of Democracy, *Stanford Law Review*, 57, 737- 738
- Tushnet M. Popular Constitutionalism as Political Law, *81 Chicago-Kent Law Review*. 991-1006 (2006) at 999-1000
- Uprimny R. (2011). The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges, *Texas Law Review*, 89, 1587
- Werner Heun, *The Constitution of Germany*, Hart Publishing, 28 (2011)
- Wilhemi M. A. (2008), *Derechos: enunciación de principios y aplicación. Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, 24
- Wilkinson H. (2012) *Cosmic Constitutional Theory*, *Oxford University Press*, 63
- Whittington K. E. (2007). *Political Foundations of Judicial Supremacy*, 1
- Constitution of Ecuador. Official Register No. 449. October 20th, 2008
- Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control, Official Register Supplement No. 52, October 22, 2009
- Constitutional Court Decision 001-10-SIN-CC issued on March 18, 2010
- Constitutional Court Decision 0535-12-CN
- Constitutional Court Decision No. 1. Official Register Supplement 351, December 29, 2010
- Constitutional Court Decision No. 55-10-SEP-CC, Official Register Supplement 359, January 10, 2011

Constitutional Court of Ecuador. Decision 003-14-SIN-CC, September 17, 2014.

Constitutional Court of Ecuador. Decision No. 001-14-DRC-CC, October 31, 2014.

LOS TRATADOS BILATERALES DE PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES COMO UN MECANISMO PARA LIMITAR ILEGÍTIMAMENTE LA CAPACIDAD REGULADORA DE LOS ESTADOS: EL CASO DE LA “EXPROPIACIÓN INDIRECTA”

Carlos Alberto Varela Arias¹

***Resumen:** El presente estudio pretende analizar desde una perspectiva teórica el desarrollo de la institución denominada como “expropiación indirecta” y, sobre todo, la tensión que la aplicación de dicha institución genera entre la protección a las inversiones extranjeras y la legítima capacidad de los estados para autorregularse, es decir, para emitir libremente todos aquellos actos normativos o administrativos que, en el marco del respeto a su ordenamiento jurídico y a los tratados internacionales ratificados por el Estado, consideren necesarios en aras de conseguir sus fines constitucionalmente consagrados.*

Palabras clave: Expropiación, Expropiación Indirecta, Soberanía, Confiscación, Expropiaciones Regulatorias, Medidas Equivalentes a la Expropiación, Inversión Extranjera, Arbitraje Internacional.

El presente estudio pretende analizar desde una perspectiva teórica el desarrollo de la institución denominada como “expropiación indirecta” y, sobre todo, la tensión que la aplicación de dicha institución genera entre la protección a las inversiones extranjeras y la legítima capacidad de los estados para autorregularse, es decir, para emitir libremente todos aquellos actos normativos o administrativos que, en el marco del respeto a su ordenamiento jurídico y a los tratados internacionales ratificados por el Estado, consideren necesarios en aras de conseguir sus fines constitucionalmente consagrados.

Pese a que en Latinoamérica son escasos los estudios que han profundizado sobre el verdadero alcance y contenido de la institución que nos convoca, son aún más escasos, o casi inexistentes, los estudios que abordan dicha problemática en torno a la tensión producida entre la necesidad de protección a la inversión extranjera y la libertad que deben tener los estados soberanos para auto-regularse. El fin

¹ Egresado de la carrera de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ha sido presidente del movimiento estudiantil Integración Universitaria por la Restauración Estudiantil (IURE) en el periodo 2014 y de la Asociación Escuela de Derecho de la PUCE-Quito en el periodo 2015, actualmente se desempeña como Asesor-Jefe de Despacho del Director General del Consejo de la Judicatura.

esencial del presente trabajo consiste en demostrar que la utilización abusiva o errónea del concepto de “expropiación indirecta” limita, de manera ilegítima, la capacidad reguladora del Estado y, en tal virtud, atenta contra el principio de soberanía estatal y contra el propio sistema constitucional y democrático.

Para efectos de nuestro estudio comenzaremos definiendo tanto el concepto de expropiación tradicional como el concepto de expropiación indirecta, posteriormente realizaremos un análisis comparativo que nos permita entender las diferencias y, con ello, el verdadero alcance de ambas instituciones para, solo al final, proceder a analizar las implicaciones que la efectiva aplicación de la institución que nos convoca supondría en el marco de los estados modernos.

I. Sobre el concepto tradicional de expropiación: la “expropiación directa”.-

El concepto de expropiación, al menos el de expropiación directa, no es en realidad nada nuevo, de hecho, los términos “dominio eminente”² o “compra obligatoria” son usados recurrentemente en Estados Unidos e Inglaterra a partir del siglo XVII para referirse a aquella institución jurídica en virtud de la cual el Estado se transfiere para sí el título de propiedad de un determinado bien, basado en una declaratoria de utilidad pública y/o interés social y previo el pago de una justa compensación al propietario.

En la actualidad, pese a las significativas mutaciones que ha sufrido la ciencia jurídica con respecto al siglo XVII, la naturaleza de la institución no ha sufrido cambios considerables. Los estados constitucionales modernos están facultados tanto por normas de rango constitucional como por la gran mayoría de tratados internacionales de derechos humanos para, en definitiva, hacerse con el dominio de la propiedad de particulares basados en razones de utilidad pública o interés social y tras el cumplimiento de una serie de requisitos establecidos por cada legislación.

Ahora bien, ¿Cómo entender esta institución en el marco de los modernos estados constitucionales, en los cuales, dicho sea de paso, el Estado es garante de un cada vez más extenso catálogo de derechos? y, sobre todo, ¿Cómo entender la expropiación en el marco del respeto al derecho a la propiedad consagrado tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado?

Empezaremos por decir que, en efecto, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 66 numeral 26 reconoce la propiedad “en todas sus

² Término derivado de un tratado legal escrito por el jurista holandés Hugo Grotius en 1625.

formas, con función y responsabilidad social y ambiental"³, en adición, la propia norma constitucional en su artículo 321 prescribe que: *"El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental"*.

Entonces, si la Constitución de la República reconoce y garantiza el derecho a la propiedad, ¿cómo puede el Estado limitar dicho derecho a través de la expropiación? Más allá de la evidente respuesta normativa que fundamenta la potestad estatal en la propia Constitución a través de la disposición contenida en el artículo 323⁴, nuestra pregunta encuentra respuesta en la propia teoría constitucional según la cual, en un estado de derecho, ningún derecho es absoluto.

Los derechos constitucionales, como el derecho a propiedad, pueden en consecuencia ser limitados a fin de armonizar su existencia con la de todo un complejo catálogo de derechos que frecuentemente entran en colisión. En nuestro caso particular, según la interpretación que nos permitimos hacer del espíritu de la Constitución, se trata de privilegiar el desarrollo de las políticas públicas que redunden en "utilidad pública" o que sean de "interés social" sobre el derecho a la propiedad de los particulares.

Ahora bien, así como ningún derecho es absoluto, ninguna limitación al derecho puede ser desproporcionada o arbitraria y, precisamente para evitar dichos males, la expropiación solo será lícita cuando el Estado la lleve a cabo en apego a los requisitos establecidos por el propio ordenamiento jurídico.

Las limitaciones al derecho de propiedad se dan por diversas causas y de diversas maneras, de tal forma que pueden llegar a manifestarse en circunstancias tan variadas como que, por ejemplo, el propietario de un terreno ubicado en un barrio residencial no pueda construir en su propiedad un complejo industrial o, que el propietario de una propiedad declarada como patrimonio cultural no pueda alterar la fachada de su vivienda.

En nuestro caso, cuando un determinado bien es declarado de utilidad pública y/o interés social, las legislaciones generalmente reconocen la potestad estatal

3 Constitución de la República del Ecuador, actualizada al 15 de diciembre de 2015.

4 Art. 323 de la Constitución de la República.- "Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación"

para transferirse en su favor el título de propiedad sobre el bien pagando por dicha transferencia un justo precio al propietario. Si la expropiación se da de acuerdo con los requisitos legales prescritos para el efecto se trata de un acto estatal perfectamente lícito, si no, se trata de un acto confiscatorio que merece ser sancionado de acuerdo con el propio ordenamiento jurídico.

Es en este contexto que dentro de los estados modernos, pese a todo el complejo sistema de garantías establecido en torno al derecho a la propiedad, se acepta el concepto de dominio eminente o expropiación como una limitación negativa al derecho de propiedad. La expropiación, bien entendida, es una institución que se deriva de la potestad de *imperium* con la que han sido dotados los estados y que, más allá de constituir un acto perfectamente lícito, tiene como fin el hacer prevalecer el interés público sobre el derecho individual a la propiedad. Esto, claro está, con límites bastante bien definidos por la propia legislación.

II. Sobre el desarrollo del concepto de “expropiación indirecta”.-

Si bien el concepto tradicional de expropiación se remonta a la edad media, el concepto de expropiación indirecta es relativamente reciente y, en tal virtud, constituye aún un concepto equívoco y en constante desarrollo. De hecho, el único asunto en que doctrina y jurisprudencia coinciden es en la sorprendente falta de uniformidad jurisprudencial en la materia. A continuación, y sólo a manera de introducción, esbozaremos una definición que, dicho sea de paso, prescindirá intencionalmente de aquellos elementos que definen el alcance de la institución y en torno a los que, como veremos más adelante, girará gran parte de nuestra discusión.

La expropiación indirecta, también conocida en el sistema anglosajón como “regulatory takings” (apropiaciones regulatorias), consiste, a breves rasgos, en aquel perjuicio patrimonial que sufre un inversionista extranjero fruto de actos administrativos o normativos adoptados por el Estado receptor de la inversión, cuando para ello no media la transferencia forzosa del título de propiedad en favor del Estado o de terceros, esto según se lo ha definido en reiteradas ocasiones en laudos emitidos por centros arbitrales en materia de inversiones tales como el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante CIADI), el Tribunal Especial para el Arreglo de Controversias entre Irán y Estados Unidos, los tribunales arbitrales constituidos en el marco del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (en adelante TLCAN), entre otros.

En términos sencillos, una expropiación indirecta se produce cuando, fruto de un acto normativo o administrativo del Estado (distinto a una expropiación

directa), resulta afectado el "derecho" de un inversionista extranjero para usar, gozar o disponer de su inversión y, sobre todo, para obtener como fruto de su inversión una utilidad "razonable".

Por este tipo de "expropiación" se ha condenado recurrentemente a los estados al pago de indemnizaciones frecuentemente cuantiosas.

III. Antecedentes históricos a la "expropiación indirecta".-

A continuación analizaremos los principales hechos históricos que generaron las condiciones de posibilidad adecuadas para la creación del concepto de expropiación indirecta:

Apogeo de las grandes nacionalizaciones o confiscaciones directas.-

Antes de la revolución Bolchevique de 1917, que tuvo lugar en Rusia, parecía ser un hecho indiscutido en derecho internacional que si un Estado se apropiaba de la propiedad de un inversionista extranjero asumía *ipso facto* la obligación de pagar una compensación o indemnización adecuada, pronta y eficaz. Por ese motivo, no se prestaba demasiada atención a las reglas de protección de las inversiones extranjeras (Dolzer & Schreuer, 2008).

La originaria idea hegemónica respecto de la propiedad privada entró en crisis con el surgimiento de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (en adelante URSS) y con hitos tales como la revolución mexicana de 1917 o la posterior asunción al poder gubernamental de líderes de corte socialista tales como Fidel Castro en Cuba o Salvador Allende en Chile.

La incompatibilidad del sistema socialista soviético adoptado por la URSS, y posteriormente por todos los estados asociados al bloque socialista, con el sistema tradicional de protección de la propiedad privada desembocó en una serie de nacionalizaciones, confiscaciones y expropiaciones sobre bienes de capital que, en muchas ocasiones, provenían de la inversión de nacionales de estados distintos al Estado dentro del cual se producía la reforma.

Las nacionalizaciones, que consistían en el traspaso forzoso en favor del Estado de la propiedad de compañías privadas y/o de las licencias de explotación concedidas a dichas compañías sobre cierto tipo de recursos naturales o actividades industriales, desembocaron en que la protección de las inversiones de sus nacionales en el extranjero se convirtiera en una prioridad estelar para los países exportadores de capital, encabezados por los Estados Unidos de Norteamérica.

A pesar de que los países occidentales (y sus inversores) reclamaron por esta situación, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y los demás países socialistas reconocieron mínimos y tardíos reclamos indemnizatorios (FELDSTEIN, 2005). Los países exportadores de capital se habían quedado sin mas medio de reclamo que las no siempre útiles relaciones diplomáticas y presiones políticas. La aparición de un derecho internacional para la protección de inversiones, era cosa de poco tiempo.

División internacional de roles entre países exportadores e importadores de capital.-

La implementación e imposición en occidente de las políticas neoliberales que, en esencia, buscaban liberalizar o desregular el flujo de capitales y mercancías a nivel internacional, se desarrolló dentro de una dinámica internacional de poder según la cual se dividió a los estados en 1) “Desarrollados y exportadores de capital” y 2) “Subdesarrollados e importadores de capital”.

En medio de esta dinámica los países exportadores de capital, aquellos cuyos nacionales invierten sus capitales en los estados receptores o importadores de capital, sometieron a los países importadores de capital a una serie de condiciones y regulaciones de cuya aceptación, al menos en el discurso, depende que sus nacionales realicen dichas inversiones.

El asunto es simple, al ser pocos los estados desarrollados y muchos los subdesarrollados, los países exportadores de capital se vieron en la posibilidad de prescindir de realizar inversiones en aquellos países que no acepten las condiciones y, como es fácilmente predecible, esta posibilidad se convirtió en un mecanismo para imponer condiciones y someter a los estados nacionales a la voluntad de los países exportadores de capital. En ese marco inició una abierta lucha entre países exportadores e importadores de capital por manejar o influir en el establecimiento de las reglas que conformarían el sistema internacional de protección de inversiones.

La “Doctrina Calvo” Vs la “Doctrina Hull”.-

En el marco del desarrollo de una necesaria arquitectura jurídica para la solución de conflictos relativos a inversiones entre inversionistas y los estados receptores de la inversión, como era de esperarse, existieron más de dos posiciones. Sin embargo, en resumen, todas las posiciones plegaron a una de las dos grandes partes del conflicto: por un lado los países en desarrollo e importadores de capital y, por otro, los países desarrollados y exportadores de capital.

Representadas por la "doctrina Calvo", que adopta su nombre en honor a su impulsor, el jurista argentino Carlos Calvo, se encontraba a todas aquellas posiciones que privilegiaban la potestad de los países en desarrollo y receptores de inversión para resolver a través de sus jurisdicciones nacionales las demandas o denuncias presentadas por quienes inviertan capitales en sus territorios y, por otro lado, representadas en la "doctrina Hull", se encontraban aquellas posiciones que proponían la creación de tribunales internacionales para la solución de conflictos relativos a inversiones. Las primeras defendidas por países en desarrollo e importadores de capital y, las segundas, como es lógico, defendidas por los países desarrollados y exportadores de capital.

En adición a la posición que ambas doctrinas adoptaron respecto de los mecanismos para la solución de conflictos relativos a inversiones, existían, en lo esencial, diferencias en cuanto al tratamiento que ambas doctrinas consideraban que se debía otorgar a los inversionistas. La doctrina Calvo promovía otorgar un trato equitativo a los inversionistas nacionales frente a los extranjeros, mientras que, la doctrina Hull, promovía dar un trato especial a los inversionistas extranjeros. La doctrina Calvo sostenía que los inversionistas extranjeros no deben gozar de mayores derechos que los ciudadanos del país que los aloja. Por lo tanto *"Esta teoría implicaba que si las garantías de los nacionales eran reducidas, se podía hacer otro tanto con las de los extranjeros"* (Bohoslavsky, 2010).

Es así que, para la década de los sesenta, el mundo se encontraba frente a una disputa entre países desarrollados y en desarrollo por establecer las reglas para una nueva arquitectura jurídica internacional de protección de inversiones. Los esfuerzos diplomáticos de los países receptores de inversión desembocaron en hitos tales como la aprobación en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la declaración de "Soberanía permanente sobre los recursos naturales", en 1962, o la aprobación de la "Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados", en 1974. Documentos, ambos, con los que sin lugar a dudas se demostró la mayoritaria voluntad internacional de garantizar la soberanía de los países en vías de desarrollo y, en consecuencia, de reivindicar las jurisdicciones nacionales como el "lugar" adecuado para procesar los conflictos relativos a inversiones, sin embargo, como veremos más adelante, la "doctrina Hull", terminó siendo impuesta.

Proliferación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y los Tratados de Libre Comercio.-

Frente al rotundo fracaso de los esfuerzos diplomáticos de los Estados Unidos tendientes a concluir acuerdos multilaterales en materia de protección de las inversiones extranjeras (UNCTAD, 1998; Dolzer & Schreuer, 2008), y, en especial, en atención a la premisa de que el incremento de inversiones extranjeras en los países en vías de desarrollo coadyuvaría al crecimiento de dichas economías, los países exportadores de capitales, encabezados por los Estados Unidos, pusieron en marcha una nueva estrategia que consistía en la negociación de acuerdos bilaterales con un contenido prácticamente genérico y, con prácticamente todos los países del globo.

En resumen, la estrategia de los Estados Unidos frente a la negativa del bloque de países en desarrollo para adherirse a sus propuestas de tratados multilaterales para la protección de inversiones, consistió en aprovechar su inmensa capacidad de negociación y suscribir, con cada uno de los estados, al menos de los estados latinoamericanos, un modelo casi inflexible de Tratado de Protección de Inversiones.

El texto de dichos tratados, denominados como Tratados de Protección Recíproca de Inversiones (en adelante TBI's), incluía, entre otras cosas, la prórroga expresa de jurisdicción, en materia de inversiones, a favor de tribunales arbitrales creados para el efecto y la posibilidad de que los estados sean demandados directamente por inversionistas sin necesidad de agotar los recursos internos (Bohoslavsky, 2010). Ambas cláusulas promovidas por la "doctrina Hull".

La primera parte del esfuerzo estadounidense por hacerse con el diseño del sistema internacional de protección de inversiones consistió en crear una serie de Centros Arbitrales, de los cuales el más conocido es el CIADI, a fin de que, dentro de los TBI's, los estados suscriptores se sometieran a dicha jurisdicción. Los tratados de creación de dichos tribunales como el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados" (tratado de creación del CIADI), que entró en vigor en 1966, lograron apoyo multilateral y fueron camuflados en el seno de instituciones tales como el Banco Mundial o las propias Naciones Unidas.

El tratado de creación del CIADI, y en general los tratados que originan los centros de arbitraje en materia de inversiones, contienen reglas de índole

exclusivamente procesal, la negociación de los asuntos sustanciales, como los estándares de protección, fue relegada para los TBI's que, utilizando la terminología del derecho de los consumidores, constituyeron, al menos en lo esencial, unos auténticos "contratos de adhesión" frente a los que los países en vías de desarrollo tenían dos opciones, o se adherían, o no lo hacían (con las consecuencias negativas que ello supuestamente implicaba).

Así, en apenas una década, los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones se habían convertido en el sustento legal que sostenía todo el complejo sistema internacional de protección de inversiones que, con apenas un par de alteraciones, continúa vigente hasta el día de hoy. Los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones establecen las reglas y los centros de arbitraje internacional, fruto de los antes mencionados tratados multilaterales, se encargan de hacer cumplir dichas reglas.

Aunque el primer Tratado Bilateral de Protección de Inversiones, suscrito entre Estados Unidos y Francia, data de 1778, fue recién en la década de los sesenta, concretamente a partir de 1966 tras la creación del CIADI, que comenzó el programa de firma masiva de TBI's, ya no como un asunto auténticamente binacional, sino como parte de un complejo sistema internacional de protección de inversiones.

Pese a que para 1960 el número total de TBI's no alcanzaba una decena, para 2008 se había registrado la suscripción de 2.700 tratados de esta naturaleza a lo largo y ancho del planeta (Zabalo, 2013). Ahora bien, ¿de que tratan en concreto los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones?.

En lo esencial, la gran mayoría de los TBI's, al menos de aquellos suscritos entre países desarrollados y en vías de desarrollo, incluyen las siguientes cláusulas:

- El país se somete a la jurisdicción arbitral del CIADI (o su equivalente en cada tratado) en todos aquellos conflictos que se deriven de la inversión de un individuo nacional del país con el que se suscribe el tratado.
- El inversionista puede demandar al Estado directamente y sin la necesidad de haber agotado previamente los recursos de la jurisdicción interna.
- El derecho internacional puede ser aplicado a la relación entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión.

Ahora bien, más allá de dichas cláusulas, que aún estipulan temas de índole procesal, los TBI's incluyen una serie de estándares materiales muy poco explícitos, tales como el estándar de "trato justo y equitativo" o el propio concepto de "expropiación indirecta". La falta de detalle sobre el alcance y contenido real de los estándares de protección incluidos en los TBI's no es, por supuesto, un asunto casual.

En este sentido, Juan Pablo Bohoslavsky (2010) manifiesta:

"Mientras que la convención del CIADI solamente define una estructura procesal, los TBIs establecen una serie de estándares materiales pero sin detallar con precisión los derechos y obligaciones de las partes, o por lo menos no lo hacen en un grado tal que brinde a los árbitros todas las pautas jurídicas necesarias para poder resolver los casos que les son sometidos —a diferencia de los jueces domésticos que cuentan con normas mucho más precisas—, con lo que su trabajo es lo que en definitiva fija la extensión concreta de los estándares de protección de los inversores."

Podemos decir entonces que, en general, además de las cláusulas arbitrales, los TBI's incluyen una serie de estándares cuyo alcance y contenido rara vez se encuentra definido en el propio tratado, entre estos estándares, como veremos más adelante, es precisamente en donde tiene cabida la institución que motiva el presente estudio, es decir, la "expropiación indirecta o regulatoria".

El fin de las grandes expropiaciones tradicionales sin compensación económica (confiscaciones).-

Si bien durante mucho tiempo la nacionalización o la confiscación de bienes propiedad de inversionistas fue la preocupación estelar del derecho internacional de protección de inversiones, no resulta exagerado decir que, tras la caída de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), las grandes nacionalizaciones y confiscaciones directas a bienes de proyectos de inversión se convirtieron en asuntos del pasado.

Tras el fin de la guerra fría las grandes nacionalizaciones se volvieron cada vez menos frecuentes. Es en ese contexto que encontramos recurrentemente en la doctrina más autorizada referencias a 1991, año de disolución de la URSS, como punto de referencia a partir del cual cesaron las grandes cadenas de nacionalizaciones y confiscaciones de propiedades pertenecientes a inversionistas, y es que, en efecto, para la última década del siglo XX las

expropiaciones directas, al menos cuando éstas no involucran el pago de una compensación (confiscaciones), se habían tornado realmente escasas.

En este contexto histórico es donde la historia desemboca en el asunto central de nuestro trabajo, pues, a partir de los años 90, los inversionistas empezaron a denunciar lo que ellos llamaron expropiaciones "camufladas" o "indirectas" (no es correcto asumir ambos términos en calidad de sinónimos).

Si bien se asumió como una costumbre infranqueable que los estados compensen o indemnicen a los inversionistas extranjeros cuando han expropiado sus bienes de capital, las experiencias de la Revolución Iraní, entre otros hechos históricos, demostraron al mundo que, sin necesidad de que se constate la transferencia formal del título de propiedad sobre los bienes de los inversionistas, los cambios regulatorios podían tener efectos equivalentes a la expropiación (o, al menos, así lo han sostenido mayoritariamente los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversiones).

En concreto, los inversionistas advirtieron que con medidas tales como la toma del manejo de compañías por parte de interventores del gobierno del país que aloja la inversión o la inutilización de los bienes de capital mediante regulaciones ambientales, por ejemplo, el Estado estaría cometiendo algo así como una "expropiación indirecta" que, en su criterio, amerita el pago de una compensación económica equivalente a, al menos, el monto de la inversión.

Si bien el concepto ha sido ampliamente cuestionado por importantes sectores de la doctrina e incluso, pese a que el debate sobre el alcance y contenido de la "expropiación indirecta" no parece admitir consensos, al día de hoy, dentro del sistema internacional de protección de inversiones éste se ha convertido ya en un asunto central. Al respecto la autora estadounidense Catherine Yannaca-Samall (2005) manifiesta que:

*"Después de la década de los 70 y 80, las expropiaciones directas se volvieron inusuales, razón por la cual, hoy en día el objeto central de estudio del derecho internacional de inversiones es el concepto de expropiación indirecta y, más importante aún, el estudio del criterio que debería ayudar a los jueces a definir y articular la diferencia entre las expropiaciones indirectas que requieren compensación y las medidas gubernamentales que impactan en una inversión pero que no requieren compensación."*⁵

5 Traducción realizada por el autor del estudio, a continuación el texto original:

La suma de los factores históricos expuestos en el presente apartado ha desembocado en un intenso debate doctrinario y jurisprudencial respecto del contenido y alcance que se le debe otorgar al concepto de expropiación indirecta. A continuación nos internaremos precisamente en dicho debate a través del análisis de las posiciones doctrinarias que, en la materia, han adquirido mayor relevancia.

IV. “Sole effects doctrine” vs. “Police powers doctrine”.-

En torno al debate sobre el alcance que debe otorgarse al concepto de “expropiación indirecta” existen dos grandes corrientes de pensamiento antagónicas cuyo análisis nos permite entender el estado actual del debate en la materia y al estudio de las cuales dedicaremos este apartado.

Por un lado la “police powers doctrine” (“doctrina del poder público⁶”) y, por otro, la “sole effects doctrine” (“doctrina del efecto⁷”), ambas usadas con similar frecuencia por los tribunales arbitrales a fin de motivar sus laudos y, en consecuencia, ambas importantes para entender el problema de la falta de unidad jurisprudencial en la materia.

“Police powers doctrine”.-

La doctrina de “police powers” parte de la idea fundamental de que para condenar a un Estado al pago de una indemnización, a causa de una supuesta “expropiación indirecta”, se deben considerar no solo los efectos que la medida o medidas estatales hayan producido en la inversión sino también las motivaciones que llevaron al Estado a adoptar dicha medida o medidas y el contexto en que se adoptaron. (Mostafa, 2008)

Quienes defienden esta postura afirman que para condenar a un Estado al pago de una indemnización por una “expropiación indirecta” no basta con demostrar los efectos negativos de la medida estatal sobre la inversión, por importantes que éstos sean, sino que, en adición, se debe analizar el origen, contexto y motivación que llevaron al Estado a adoptar la medida cuestionada.

La doctrina de “Police Powers” asume como premisa fundamental la afirmación de que las medidas adoptadas por el Estado son, por regla general, legítimas

“After the 70s and the 80s, direct expropriation become unusual so now the main study object of international investments law is the concept of indirect expropriation and, more important, the study of the criteria than help judges to define and articulate the difference between an indirect expropriation requiring compensation and a governmental measure impacting an investment but not requiring compensation.”

6 Traducción realizada por el autor.

7 Traducción realizada por el autor.

y, en tal virtud, plantea que sólo se puede condenar a un Estado al pago de una indemnización, como consecuencia de una expropiación indirecta, cuando se demuestre la ilegitimidad de la medida estatal. Para tal efecto se plantean una serie de criterios con los que se pretende establecer un sistema objetivo para diferenciar entre aquellas medidas ilegítimas que facultan al inversionista a obtener una indemnización y aquellas medidas legítimas que, pese a que afecten una inversión, no otorgan el derecho de reclamar al inversionista.

Dichos criterios giran en torno a dos conceptos fundamentales, por un lado la "discriminación" y, por otro, el "bien público". Para la doctrina de "police powers" una medida estatal constituye, en todos los casos, una "expropiación indirecta" cuando se demuestre que fue adoptada con la finalidad directa de afectar la inversión de un determinado inversionista o grupo de inversionistas (medida discriminatoria). Por otro lado, se plantea el análisis respecto de si la medida adoptada favorece o no al "bien público" (Si favorece el bien público es legítima, si no lo hace, es ilegítima y da derecho a una justa indemnización) (HEISKANEN, 2003).

La determinación de cuando una medida es discriminatoria, según la doctrina analizada, debe hacerse solo cuando se demuestre que el fin de la medida es perjudicar a un determinado inversionista en base a sus características particulares, por ejemplo, cuando un acto normativo se ha emitido con el afán de perjudicar a un determinado inversionista o grupo de inversionistas en base a su nacionalidad u otro rasgo característico de tal inversionista o grupo de inversionistas.

Por otro lado, en cuanto al debate en torno a cuando se considera que una medida estatal es adoptada en aras del "bien público", que es de por sí amplio y complejo, nos limitaremos a decir que, pese a que existen aspectos oscuros respecto de si determinados temas tienen que ver con el bien público, que podrían fácilmente motivar por sí solos otra investigación, existen también ciertos asuntos en torno a los que no parece haber ninguna duda (salud, educación, etc). En general, los temas relativos al bien público están atados a los fines esenciales del Estado y deben entenderse como medidas adoptadas en aras del bien público a aquellas que se deriven de los fines (incluyendo la garantía de derechos) que la constitución de cada país establezca como las "razones de ser" del Estado.

La delimitación del alcance del término "bien común" se ha transformado en el talón de Aquiles para quienes defienden la doctrina de "police powers" esto en virtud de que, como es fácilmente predecible, todo listado resultará insuficiente para abordar tan complejo tema. Sin embargo de la complejidad de la discusión planteada, la intención de analizar la motivación que llevó al Estado a adoptar

la medida cuestionada es, como veremos en el siguiente título, una idea fundamental para armonizar la aplicación de la institución que nos convoca con la existencia de estados soberanos y democráticos.

Para terminar, quienes defienden esta doctrina advierten que, de no restringirse la aplicación del concepto de expropiación indirecta en base a los criterios antes analizados, se podría correr el peligro de que el costo de adoptar medidas estatales en aras del bien público supere a sus beneficios y, en consecuencia, los gobiernos elijan no asumir el riesgo. (HEISKANEN, 2003)

“Sole Effects Doctrine”.-

A diferencia de la doctrina de “police powers” la doctrina de “Sole Effects” promueve la idea de que el único criterio válido para definir si una medida estatal constituye o no una expropiación indirecta que debe ser indemnizada por el Estado, es el efecto o el impacto que la medida estatal causa en la inversión.

Al respecto, su mayor y primer promotor, el jurista estadounidense Rodolf Dolzer (Dolzer & Schreuer, 2008), manifiesta que se deben considerar dos factores para determinar si existe una expropiación indirecta: 1) si el perjuicio que ha sufrido la inversión es consecuencia lógica de la medida estatal y 2) la magnitud de dicho perjuicio en relación al tamaño de la inversión. Al respecto Dolzer propone eliminar todos aquellos factores que, según él, son subjetivos como “el bien público” o la “legitimidad” para pasar a juzgar las medidas estatales exclusivamente por su efecto, hecho que, según Dolzer, es totalmente objetivo.

Ahora bien, por supuesto que no se puede decir que toda medida estatal que genera un perjuicio patrimonial en una inversión es “expropiatoria”, al respecto el propio Dolzer reconoce, como no podía ser de otra manera, que casi todas las medidas estatales perjudican o favorecen de alguna manera a, al menos, una inversión. Es en tal virtud que, quienes defienden la doctrina del efecto, agregan como parámetro para determinar la magnitud del efecto de la medida estatal el concepto de afectación “sustancial”. La afectación producida, según esta doctrina, debe ser indemnizada siempre que la afectación sea “sustancial”.

Para la doctrina de “sole effects” una medida estatal es expropiatoria, y debe ser compensada, únicamente cuando el perjuicio que ha ocasionado en la inversión ha sido lo suficientemente grande como para afectar “sustancialmente” a la inversión, es decir, para hacer que la inversión pierda la posibilidad de ser rentable o, en su defecto, que la utilidad se reduzca en tal proporción que, bajo esas condiciones, “no hubiese sido atractivo realizar dicha inversión” (Dolzer & Schreuer, 2008).

Para la mencionada doctrina el contexto, la intención y la motivación que llevaron al Estado a adoptar la medida es menos importante que el efecto que dicha medida cause en la propiedad de un inversionista, sin embargo, para que exista expropiación indirecta el efecto debe ser substancial, es decir, "debe ser similar o equivalente al efecto de una expropiación directa". (Mostafa, 2008)

Si bien es cierto que la constatación de la existencia del perjuicio producido por una medida estatal es un tema "objetivo", existe amplio debate respecto de los parámetros para determinar que dicho perjuicio es o no "substancial".

La doctrina de "Sole Effects" es sin duda aquella que más facilidades presenta a los operadores de justicia en la materia (árbitros) y es, en consecuencia, la más utilizada, esto por cuanto permite constatar la existencia de una supuesta "expropiación indirecta" sin la necesidad de realizar un análisis profundo sobre la motivación y el contexto que llevaron al Estado procesado a adoptar la medida cuestionada y, en consecuencia, evita la engorrosa tarea de realizar un profundo ejercicio de discernimiento intelectual. Sin embargo, y aquí es donde el título de nuestro estudio cobra sentido, su aplicación puede constituir una real amenaza a la soberanía de los estados y, en última instancia, al "bien común" de quienes habitan en los países receptores de inversión.

V. Tensión entre la protección de las inversiones extranjeras a través de la expropiación indirecta y la legítima capacidad de los estados soberanos para autorregularse.

Una vez analizados los factores históricos que desembocaron en la creación del concepto de expropiación indirecta y las principales doctrinas respecto del alcance y contenido que se le debe otorgar a la institución, es momento de internarnos en el análisis y la posterior discusión respecto de la tensión que la interpretación "errónea" de dicha institución puede generar entre la necesidad de proteger los intereses de los inversionistas extranjeros y la necesidad de garantizar la existencia de estados democráticos y soberanos que cuenten con la libertad necesaria para emitir regulaciones en aras del bien común. (MÁRQUEZ, 2008).

No cabe duda respecto de que la manifestación más elemental de la soberanía estatal radica en la capacidad que tiene el Estado para darse, para sí mismo y para sus ciudadanos, las normas y regulaciones que considere pertinentes en el marco del respeto a su propio ordenamiento jurídico. En ese contexto cabe preguntarse: ¿si un tribunal arbitral internacional puede sancionar a un Estado

por emitir regulaciones (legales y legítimas) cuando dichas regulaciones afecten a la propiedad de un inversionista extranjero, se está menoscabando la soberanía estatal?.

En nuestra opinión, si bien se puede argumentar que el Estado ha suscrito los TBI's o TLC's haciendo uso, precisamente, de su capacidad para autorregularse, la poca claridad conceptual empleada en dichos instrumentos para definir a la "expropiación indirecta" y, sobre todo, el contexto histórico en que se han suscrito la gran mayoría de Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones, puede fácilmente desembocar, y de hecho ha desembocado, en una limitación ilegítima a la capacidad de autorregularse con la que deben estar dotados los estados soberanos.

La cuestión es sencilla, al estar el contenido de los estándares de protección relegado al libre albedrío de los tribunales arbitrales es fácilmente predecible que existe la posibilidad de que dichos tribunales se conviertan en verdaderos "jueces" de la normativa o de los actos administrativos emitidos por los estados y, en consecuencia, limiten, mediante la imposición de cuantiosas indemnizaciones, su capacidad para autorregularse y, peor aún, para velar por el cumplimiento de sus fines constitucionales.

Y es que, en efecto, la experiencia empírica demuestra que la mayoría de casos en los que se ha sentenciado a los estados a pagar indemnizaciones como consecuencia de una "expropiación indirecta" tienen que ver precisamente con el hecho de que, los estados condenados, han decidido adoptar normas o emitir actos administrativos con el fin de perseguir fines constitucionales tales como "la salud pública", la "protección del ambiente", entre otros.

Encontramos un buen ejemplo de aquello en el paradigmático caso *TECMED vs Estados Unidos Mexicanos*⁸, dentro del cual un tribunal arbitral conformado en el seno del CIADI condena al estado mexicano al pago de una indemnización millonaria por, en uso de sus facultades legales, haber negado la renovación del permiso de funcionamiento de una planta de confinamiento de residuos industriales peligrosos propiedad de la compañía *TECMED S.A.*, esto por cuanto, según informes de los técnicos ambientales del Estado, el ecosistema de la zona se encontraba en peligro.

Lo preocupante y pedagógico del caso *TECMED vs México* es que, como en la mayoría de casos de "expropiación indirecta", el Tribunal no niega que el estado

⁸ *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, caso No. ARB (AF)/00/2 "TÉCNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED S.A. v. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", laudo del 9 de mayo de 2003.*

mexicano haya tenido razón ni, mucho menos, que haya tenido la potestad legal para adoptar la medida en cuestión, sin embargo, condena al estado mexicano a pagar al inversionista un valor similar al monto de su inversión por la simple razón de que, "la medida estatal generó un grave perjuicio patrimonial el inversor".

Lo grave del asunto radica precisamente en la latente situación de inseguridad jurídica a la que se ven sometidos los estados cuando corren el riesgo de ser sancionados por emitir regulaciones, incluso si dichas regulaciones se acoplan al ordenamiento jurídico y, en base a una abstracta "obligación internacional" que se fundamente en estándares cuyo alcance y contenido no se encuentra bien definido.

La doctrina desarrollada en torno a la materia ha sido enfática en advertir de los posibles efectos de lo que se ha denominado como "enfriamiento normativo" (Bohoslavsky, 2010), es decir, de aquel fenómeno en virtud del cual los gobiernos, frente al inminente riesgo de ser condenados al pago de indemnizaciones por el hecho de emitir regulaciones, optan por la opción de desacelerar o, en el peor de los casos, detener la producción de normativa, o al menos de aquella que pueda afectar el patrimonio de una inversión extranjera, incluso cuando se trate de regulaciones necesarias para satisfacer necesidades colectivas.

Sin embargo de lo dicho, resulta así mismo evidente que no se puede dejar en indefensión a aquellos inversionistas extranjeros que eventualmente pueden ser víctimas de una verdadera "expropiación indirecta". Lo que no se puede permitir es que el Estado utilice su potestad para emitir regulaciones con el fin de perjudicar ilegítimamente a un inversionista o, mucho menos, de confiscar la propiedad fruto de una inversión.

La tensión existente entre la aplicación de la "expropiación indirecta" y la soberanía estatal es un hecho real que, cuando menos, amerita un profundo análisis académico. En el próximo título, como corolario de nuestro estudio, nos hemos propuesto establecer parámetros claros para distinguir entre aquellas afectaciones sufridas por un inversionista extranjero que son una derivación natural del riesgo político inherente a toda inversión, y que en consecuencia no otorgan derecho a indemnización, y aquellas afectaciones producidas en el marco de una verdadera expropiación camuflada (usamos el término "expropiación camuflada" en lugar del término "expropiación indirecta" de manera intencional).

VI. Afectaciones derivadas del riesgo político vs expropiaciones camufladas.-

En el presente título proponemos que se incluya al “riesgo político” como una contingencia aceptable en el marco del normal desarrollo de las inversiones y que, en adición, se limite la interpretación del término “expropiación indirecta” al concepto de “expropiación camuflada”.

Sobre la interpretación extensiva del término “expropiación indirecta”.-

El uso abusivo del concepto de “expropiación indirecta” ha derivado en que su significado sufra un proceso de sobrecarga semántica y en consecuencia, pierda su sentido original. La expropiación indirecta, en nuestro criterio, no debe ser el estándar cuya transgresión sea alegada por los inversionistas cuando éstos “se sienten afectados por una medida o regulación estatal”, la interpretación del término debe limitarse al concepto de “expropiación camuflada”, es decir, a aquel acto o actos regulatorios a través de los cuales el Estado busca confiscar, en beneficio suyo o de terceros, la propiedad del inversionista.

El problema con el concepto de “expropiación indirecta” es que, precisamente por la ambigüedad de su significado, ha sido utilizado por los inversionistas como un mecanismo para presentar ante los tribunales arbitrales reclamaciones de la más variada índole dejando de lado el uso de estándares bastante mejor definidos como el de “trato justo y equitativo”, el de “protección y seguridad plenas”, entre otros.⁹

Ahora bien, entendido el problema, proponemos retrotraer la interpretación del concepto de “expropiación indirecta” a su significado más elemental, es decir, al de aquellos actos estatales con los que se busca obtener resultados iguales o similares a los de una expropiación a través de actos normativos o administrativos distintos a una expropiación directa. Para evitar confusiones proponemos el uso alternativo del término “expropiaciones camufladas”.

Al restringir la interpretación del término “expropiación indirecta” y hacerlo análogo al término “expropiación camuflada” establecemos la necesidad de que, para condenar a un Estado al pago de una indemnización por “expropiación indirecta”, se posea la necesidad de constatar un elemento intencional por parte de la autoridad pública en el sentido de que, a través de la medida regulatoria

⁹ Cuando decimos que una medida estatal que afecta una inversión no debe ser considerada como “expropiación indirecta”, no excluimos la posibilidad de que dicha medida sea causa de una transgresión a alguno de los distintos estándares de protección que conforman el sistema internacional de protección de inversiones.

cuestionada, se buscaba (intencionalmente) obtener resultados iguales o similares a los de una expropiación tradicional sin pagar una justa compensación por tal efecto.

La utilización, en el sentido que proponemos, de la "expropiación indirecta" limitaría la posibilidad de que el Estado sea condenado al pago de indemnizaciones por cualquier medida que afecte a un inversionista extranjero y, al mismo tiempo, generaría un justo estándar de protección para evitar que los estados abusen de su potestad regulatoria para beneficiarse ilegítimamente de las inversiones realizadas en su territorio.

El sistema de protección de inversiones debe prescindir de la utilización abusiva de la expropiación indirecta y complementar la legítima protección a las inversiones extranjeras con los distintos estándares que, para el efecto, recogen los propios instrumentos internacionales como los BIT's o los Tratados Comerciales.

Sobre el "riesgo político en las inversiones".-

Toda inversión, por naturaleza, implica un riesgo. En nuestro criterio, la regla debe ser que, al igual que para el resto de la sociedad, los posibles efectos negativos de las regulaciones estatales sean asumidos por el inversionista como parte del riesgo político inherente a la vida en sociedad, eso sí, en tanto y en cuanto se trate de regulaciones conformes con el ordenamiento jurídico y que no constituyan "expropiaciones camufladas".

Así, por ejemplo, si un Estado decide prohibir el consumo de cigarrillo en su territorio, y siempre y cuando dicha prohibición esté acorde con el ordenamiento jurídico del Estado, las compañías tabacaleras que hayan invertido en el territorio del Estado no poseerían ningún derecho a reclamar indemnizaciones, al menos no a través de acciones propuestas en base al concepto de "expropiación indirecta".

Nuestra propuesta, lejos de ser novedosa, recoge conceptos fundamentales de la teoría clásica del Estado en virtud de los cuales, al asociarnos en comunidades estatales nos sometemos al riesgo de acatar y asumir las consecuencias de las medidas adoptadas por la comunidad jurídicamente organizada a la que nos pertenecemos (el Estado), entendiendo claro que, quien invierte en un Estado, acepta sus reglas (plasmadas en el ordenamiento jurídico).

En el marco de los modernos estados constitucionales y democráticos no es aceptable ni posible pretender suprimir por completo el riesgo político inherente a las inversiones ni, mucho menos, hacerlo en detrimento de la natural dinámica

de transformaciones sociales y políticas que deben experimentar las sociedades y que, necesariamente, implican la necesidad de adoptar constantemente nuevas regulaciones.

VII. Conclusiones.-

Es necesario hacer una distinción radical entre aquellas afectaciones derivadas del riesgo político inherente a toda inversión y aquellas afectaciones derivadas de una “expropiación indirecta”, entendida ésta como “expropiación camuflada”, es decir, como un acto o una serie de actos adoptados por el Estado con el fin de confiscar la propiedad de un inversionista, o afectar su inversión, por razones distintas a los fines esenciales del Estado y por medio de regulaciones plasmadas en actos normativos y/o administrativos.

En adición, se debe restringir la interpretación de la “expropiación indirecta” a fin de evitar que, abusando de la sobrecarga semántica que ha sufrido el concepto, los inversionistas utilicen dicho mecanismo a fin de accionar el sistema de protección de inversiones por todas aquellas afectaciones que puedan haber sufrido sus inversiones como consecuencia de regulaciones estatales.

Por último, resulta indispensable que más allá de las necesarias interpretaciones y delimitaciones que tanta falta hacen en torno a los estándares de protección de inversiones, se realicen reformas estructurales al sistema internacional de protección de inversiones que permitan corregir los manifiestos desequilibrios de poder existentes entre los países desarrollados y exportadores de capital de inversión y los países en desarrollo e importadores de capital de inversión.

BIBLIOGRAFÍA:

- Bohoslavsky, J. P. (2010). *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas*. Santiago de Chile, Chile: CEPAL, 1-17
- Dolzer, R., & Schreuer, C. (2008). *Principles of international investment law*. Oxford University Press, 22-35
- Feldstein, S. L. (2005). El arbitraje y la inversión extranjera, *El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Buenos Aires, Argentina, Editorial jurídica la ley, 20-39
- Heiskanen, V. (2003). The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to the Development of the Doctrine of Indirect Expropriation. *International Law Forum du droit International* , 5 (3), 176-184
- Márquez, C. P. (2008). Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de protección de inversiones y el poder de policía de la administración. *International law review* , 11, 13-68
- Mostafa, B. (2008). "The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law". *Australian International Law Journal* , 15, 1-23
- Yannaca-Samll, C. (2005). Indirect Expropriation and the right to regulate in international investment law. *International Investment Law: A changing landscape* , 43, 15-23
- Zabalo, P. (2013). América Latina ante las demandas inversor Estado, Pamplona: Universidad del País Vasco/ EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA, 10-48

TIPOS DE SENTENCIAS SUJETAS AL SISTEMA DE SELECCIÓN Y REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Emilio Suárez Salazar¹

Resumen: *El sistema de selección y revisión de sentencias de la Corte Constitucional es una institución novedosa en el Ecuador, concebida en nuestra Constitución vigente del año 2008. Pese a su importancia para la configuración del esquema garantista, su desarrollo normativo jurisprudencial y doctrinario es muy escaso, lo cual genera que se presenten vacíos que deben ser llenados a través de un adecuado estudio del contexto social y jurídico.*

En consideración a lo señalado, este trabajo tiene por objeto constituir el punto de partida del análisis de esta institución, abarcando inicialmente la confusión que se ha generado en torno a qué tipo de sentencias deben ser susceptibles de ser seleccionadas y revisadas a través de este sistema, para efectos de cumplir con su objetivo principal: dictar precedentes vinculantes.

Palabras clave: Selección, Revisión, Sentencias, Garantías Jurisdiccionales, Corte Constitucional.

Investigación.-

El sistema de selección y revisión de sentencias es una institución concebida en nuestro ordenamiento jurídico a través de la expedición de la vigente Constitución de 2008 y desarrollada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional así como en la normativa secundaria dictada por la Corte Constitucional.

Esta nueva potestad con la que la Constitución dotó a nuestra Corte Constitucional, no es una novedad del sistema jurídico ecuatoriano, pues conforme lo señala Claudia Escobar García (2011), la misma proviene de un intercambio jurídico que se ha venido convirtiendo en una tendencia cada vez más acentuada en los ordenamientos jurídicos globales.

Con base en este elemento, la referida autora resalta la relación existente entre Colombia y Ecuador, acentuada con la expedición de la Constitución de

¹ Abogado de la República y Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Estudios de Especialización Superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar. Socio del estudio jurídico Durini&Guerrero. esuarez@dgalegal.com.

2008, pues sostiene que en el Ecuador se han adaptado recientemente figuras o instituciones jurídicas colombianas que antes eran inexistentes en nuestro régimen constitucional y legal, sin embargo critica que dicha adaptación se la ha realizado sin beneficio de inventario que permita acoplarlas adecuadamente a nuestra realidad social y jurídica.

Precisamente, una de las figuras que fue adoptada del régimen colombiano, es el sistema de selección y revisión de sentencias por parte de nuestra Corte Constitucional, que sin lugar a dudas constituye una de las atribuciones más relevantes con las cuales se le ha dotado a ese organismo, ya que a través de ella se está en la posibilidad de generar precedentes vinculantes que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico como una norma de aplicación directa e inmediata, lo cual sin lugar a dudas genera un cambio en el sistema tradicional de fuentes que se venía manejando en el país (Zambrano, 2011).

Sin embargo, es necesario alertar, que de aceptarse el criterio de que el sistema de selección y revisión de sentencias del Ecuador es una adopción acrítica del sistema colombiano, habremos cometido un grave error, que podría ser una de las causas de la falta de operatividad de esta institución², puesto que no es técnicamente correcto el tomar sin beneficio de inventario una institución de otro ordenamiento jurídico y aplicarlo *automáticamente* en el nuestro, en virtud de que las realidades sociales y jurídicas de cada país tienen grandes diferencias. Para ejemplificar lo anteriormente señalado, se debe notar que Colombia cuenta con la acción de “tutela”, la cual aglutina las funciones que cumplen todas las garantías jurisdiccionales que existen en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo cual la discusión de sobre qué tipo de decisiones cabe la aplicación de este sistema no tiene mayor asidero en ese país.

En este sentido y dejando de lado el interesante análisis de la aplicación acrítica de instituciones foráneas en el Ecuador, para poder determinar sobre qué tipo de decisiones jurisdiccionales cabe la aplicación del sistema de selección y revisión de sentencias en el Ecuador, necesariamente tenemos que volver la mirada a la normativa constitucional, en la cual se dispone lo siguiente:

² Pese a que el sistema de selección y revisión de sentencias fue concebido en la Constitución de 2008, y regulado expresamente en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional expedida en el año 2009, hasta la presente fecha la Corte Constitucional solamente ha dictado tres sentencias vinculantes utilizando esta competencia: Sentencia No. 001-10-PJO-CC, dictada dentro del caso NO. 0999-09-JP; Sentencia No. 001-12-PJO-CC dictada dentro del caso No. 0893-09-EP ACUMULADOS; Sentencia No. 001-14-PJO-CC dictada dentro del caso No. 0067-11-JD.

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

6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

Como se puede ver, la Constitución así como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³, determinan que esta competencia de la Corte Constitucional es aplicable solamente frente a las sentencias de garantías jurisdiccionales de protección de derechos.

Lo indicado excluye automáticamente a las resoluciones y sentencias que se dicten por parte de los administradores de justicia, en materias ajenas a las garantías constitucionales, como lo son los ámbitos civiles, penales, inquilinato, niñez y adolescencia, contencioso administrativo, tránsito entre otros, así como también los asuntos de justicia indígena.

En este sentido y dado que el estudio se enfocará solamente en las sentencias que se dicten dentro de las garantías jurisdiccionales de protección de derechos, para efectos didácticos del presente trabajo, las dividiremos en dos categorías, diferenciadas cada una de ellas por el órgano competente de su sustanciación y resolución:

- **Garantías Ordinarias:** Son conocidas en primera instancia por cualquier juez de la jurisdicción donde se produjo el acto o donde genera sus efectos seleccionado mediante sorteo. En segunda instancia la competencia recae sobre cualquier Sala de la Corte Provincial, igualmente designada mediante sorteo, de la misma jurisdicción del juez que resolvió en primera instancia. Estas garantías, denominadas para efectos del presente trabajo como ordinarias, son las siguientes: medidas cautelares constitucionales, acción de protección, acción de acceso a la información pública, hábeas data y hábeas corpus.

³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional “Art. 25 Para la selección de las sentencias por la Corte Constitucional, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: 1) Todas las sentencias ejecutoriadas de garantías jurisdiccionales serán remitidas en el término de tres días contados a partir de su ejecutoria a la Corte Constitucional, para su conocimiento y eventual selección y revisión”

- **Garantías Extraordinarias:** Son aquellas cuya sustanciación y resolución compete a la Corte Constitucional en única y definitiva instancia, éstas son las siguientes: Acción extraordinaria de protección, acción de incumplimiento y acción por incumplimiento.

En consideración a lo indicado, a continuación abordaremos el análisis de la procedibilidad del sistema de selección y revisión de sentencias respecto a los dos grupos de garantías que hemos identificado.

Sentencias de garantías jurisdiccionales ordinarias.-

Respecto a este tipo de garantías, debemos indicar que el sistema de selección y revisión de sentencias fue creado precisamente con el objeto de poder emitir precedentes vinculantes respecto de ellas, conforme se desprende del texto literal de la propia Constitución, que en su Art. 436 numeral 6 indica que la Corte podrá seleccionar las sentencias que provienen de procesos de “*acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública...*”.⁴

De igual manera en el título III, capítulo tercero, sección primera de la Constitución, que regula las garantías jurisdiccionales de protección de derechos, se dispone en el Art. 86 numeral 5 lo siguiente:

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

5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.

Como se puede ver, tanto en las disposiciones constitucionales citadas, que a su vez son desarrolladas en el Art. 25 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías

⁴ En el Art. 436 numeral 6 de la Constitución, se realiza un listado de las garantías jurisdiccionales cuyas sentencias deberán ser remitidas a la Corte Constitucional, dejando además abierto que “otros procesos constitucionales” también podrán ser conocidos a través de este mecanismo. De lo indicado, se podría concluir que aparentemente el constituyente olvidó incluir en aquél listado a la acción de medidas cautelares constitucionales, por lo cual en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional expedido por el Pleno de la Corte Constitucional y publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 127 de 10 de febrero de 2010, se solventó esta omisión indicando en su Art. 14 que “*Las sentencias en materias de garantías jurisdiccionales y las resoluciones de medidas cautelares, enviadas directamente por los jueces constitucionales de instancia o remitidas a través de las Oficinas Regionales, ingresarán a la Secretaría General donde serán clasificadas y numeradas de acuerdo al tipo de acción, para ser remitidas a la Sala de Selección*”

Jurisdiccionales y Control Constitucional, se puede identificar la utilización uniforme del verbo *remitir* el cual nos ayuda a confirmar la hipótesis de que el sistema es creado precisamente para este tipo de sentencias.

De la diferenciación metodológica que se realizó para el presente trabajo, se puede notar que solamente las garantías ordinarias son aquellas que pueden ser remitidas a la Corte Constitucional, pues su conocimiento corresponde en primera instancia a cualquier juez sin importar la materia y en segunda instancia a una Sala de la Corte Provincial.

La conclusión de que el sistema ha sido creado para aquellas sentencias y resoluciones que se generan producto de una garantía ordinaria, ha sido ratificada por la Corte Constitucional, que ha mencionado lo siguiente:

*[...] la función que debe desempeñar la Corte Constitucional, a partir del desarrollo de jurisprudencia vinculante –horizontal y vertical– en relación a todas aquellas garantías jurisdiccionales que no son de su conocimiento exclusivo y con las que deben lidiar diariamente usuarios y operadores de justicia constitucional en el país. ¿Pero cómo hacerlo?, marcando el camino, creando líneas jurisprudenciales en determinados escenarios constitucionales que eviten la superposición entre las garantías jurisdiccionales [...]*⁵

Ahora bien, es importante aclarar en este punto, que el Art. 436 numeral 6 de la Constitución, introduce un listado de las garantías jurisdiccionales sobre las que cabe la aplicación del sistema de selección y revisión de sentencias, en el cual se omite mencionar a las medidas cautelares constitucionales, lo cual nos podría llevar a pensar que las resoluciones que se dicten en este tipo de procesos no podrían activar el sistema.

Sin embargo, en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional expedido por el Pleno de la Corte Constitucional⁶ se solventó esta omisión, al indicar en su Art. 14 lo siguiente:

Las sentencias en materias de garantías jurisdiccionales y las resoluciones de medidas cautelares, enviadas directamente por los jueces constitucionales de instancia o remitidas a través de las Oficinas Regionales, ingresarán a la Secretaría General donde serán

⁵ Corte Constitucional sentencia No. 001-10-PJO-CC dictada dentro del caso No. 0999-09-JP

⁶ Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 127 de 10 de febrero de 2010.

clasificadas y numeradas de acuerdo al tipo de acción, para ser remitidas a la Sala de Selección.

En consideración a lo indicado, no queda duda que la aplicación de este sistema cabe sobre todas las sentencias y resoluciones de garantías jurisdiccionales de conocimiento de los jueces ordinarios, tomando en consideración que inclusive en la escasa jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional al amparo de esta novedosa competencia, no se restringe la aplicación de la misma respecto a ninguna garantía.

Sentencias de garantías jurisdiccionales extraordinarias.-

Una vez analizada la procedibilidad del sistema de selección y revisión de sentencias de la Corte Constitucional sobre las garantías de conocimiento de los jueces ordinarios, ahora nos compete realizar el mismo análisis respecto a las garantías cuya competencia se le ha otorgado a la misma Corte Constitucional en única y exclusiva instancia, es decir respecto a las sentencias que se dicten en las acciones extraordinarias de protección, acciones de incumplimiento⁷ y acciones por incumplimiento.

En lo que respecta a estas garantías, se debe señalar que la procedibilidad del sistema de selección y revisión de sentencias se encuentra en discusión, debido precisamente al vacío normativo que la propia Constitución así como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional han dejado sobre este tema.

⁷ Si bien la acción de incumplimiento no se encuentra expresamente reconocida como una garantía jurisdiccional en el capítulo tercero del título III de la Constitución, el Art. 436 numeral 9 del mismo cuerpo normativo determina “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales”. En este sentido, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, en su capítulo VI, desarrolló esta facultad de la Corte Constitucional, aclarando respecto a su naturaleza jurídica que no se trata de un control oficioso de este organismo, sino que deberá ser ejercida a través de una acción a ser presentada ante la Corte Constitucional, cuyo objetivo principal es velar por la ejecución de una sentencia constitucional.

En la sentencia No. 001-10-PJO-CC dictada dentro del caso No. 0999-09-JP, la Corte Constitucional aclaró que “Los mecanismos de cumplimiento de sentencias, resoluciones y dictámenes constitucionales se constituyen per se en auténticas garantías jurisdiccionales de protección y reparación de derechos constitucionales, si no existieran mecanismos de cumplimiento como los señalados, de nada serviría la presencia de garantías para la protección de todos los derechos constitucionales”.

En razón de lo indicado, no cabe duda que tanto en el desarrollo legislativo como en el jurisprudencial del Art. 436 numeral 9 de la Constitución, se le ha reconocido la calidad de garantía jurisdiccional de protección de derechos a la acción de incumplimiento.

El vacío antes referido, es verificable tanto del Art. 436 numeral 6 de la Constitución en el que se determina que el alcance de esta competencia de la Corte Constitucional les comprende a *“las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.”*⁸ (el resaltado me pertenece).

Tal y como se puede ver, la disposición constitucional citada deja abierta la posibilidad de que la Corte Constitucional pueda seleccionar sus propios fallos dictados en materia de garantías jurisdiccionales. Esta omisión en señalar la procedibilidad del sistema frente a este tipo de decisiones tampoco fue subsanada por el legislador al momento de expedir la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en su Art. 25 numeral 1 dispone lo siguiente:

Art. 25.- Selección de sentencias por la Corte Constitucional.- Para la selección de las sentencias por la Corte Constitucional, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. Todas las sentencias ejecutoriadas de garantías jurisdiccionales serán remitidas en el término de tres días contados a partir de su ejecutoria a la Corte Constitucional, para su conocimiento y eventual selección y revisión.

Finalmente, en el propio Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional, expedido por el Pleno de ese organismo, se deja igualmente abierta la posibilidad de seleccionar casos que sean dictados por la propia Corte Constitucional en materia de garantías jurisdiccionales.

En este sentido, debemos indicar que en nuestro criterio sería un desacierto que la Corte Constitucional pueda seleccionar sus propios fallos dictados en materia de garantías jurisdiccionales, por las razones que se exponen brevemente a continuación:

- 1) La Corte Constitucional, al ser catalogada por la propia Constitución como la máxima instancia de interpretación constitucional, así como ser en única y exclusiva instancia quien conoce las garantías jurisdiccionales que son de su competencia, es considerada como un órgano de cierre en materia constitucional, es decir que no existe otro organismo superior o que esté a su mismo nivel, que pueda revisar y dependiendo el caso, revocar sus fallos.

8 Cfr. Art. 436 numeral 6 de la Constitución.

En tal virtud, no sería válida la interpretación que se pueda dar al Art. 436 numeral 6 así como al Art. 86 numeral 5 de la Constitución, de que sea este mismo organismo quien revise sus propios fallos, puesto que se estaría aceptando que sean los jueces que dictaron el fallo, por ejemplo de una acción extraordinaria de protección, quienes a su vez lo revisen, dicten jurisprudencia vinculante e incluso abran el caso para modificar la sentencia a través del sistema de selección y revisión de sentencias⁹.

- 2) Abonando al anterior argumento, se debe considerar que si se permite que la misma Corte Constitucional tenga acceso a revisar sus propios fallos en materia de garantías jurisdiccionales, estaríamos enfrentando el grave riesgo de una relativización de la ejecutoriedad de este tipo de garantías. A manera de ejemplo, en el supuesto planteado de que la Corte Constitucional emita una sentencia de acción extraordinaria de protección, se encontraría en la posibilidad de seleccionar esa sentencia, revisarla, y dictar una sentencia sobre el fondo del caso subyacente, pronunciándose nuevamente sobre los mismos hechos y violaciones a derechos constitucionales sobre los que ya se resolvió en la acción extraordinaria de protección.
- 3) Finalmente se debe considerar, que la Corte Constitucional no solamente dicta jurisprudencia vinculante a través del mecanismo de selección y revisión de sentencias, sino que se encuentra facultada para hacerlo a través de todos sus pronunciamientos,¹⁰ conforme lo determina el Art. 436 numeral 1 de la Constitución¹¹. En tal virtud, carecería de eficacia el hecho de que la Corte seleccione una sentencia de cualquiera de

⁹ El análisis de los efectos que puede llegar a tener una sentencia que se emita producto del sistema de selección y revisión de sentencias no se abarcan en este trabajo, sin embargo es importante mencionar que de la revisión de las tres sentencias que se han dictado hasta la presente fecha se pueden identificar dos efectos principales: a) dictar precedente vinculante con efecto erga omnes; y, b) abrir el caso y resolver sobre el fondo del mismo con efectos inter partes, inter pares o inter comunis.

¹⁰ Aguirre, (2013):

“Resulta entonces, que las decisiones que emite el máximo órgano de interpretación y control constitucional, sentencias y dictámenes fruto del ejercicio de todas las competencias constitucionales y legales, se constituyen en vinculantes, en el sentido que transforman el ordenamiento jurídico, dado que los criterios esgrimidos por este organismo tienen la vocación de constituirse en normas adscritas con la estructura de norma primaria, generando un resultado normativo”

¹¹ *“Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:*

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.”

las garantías jurisdiccionales que son de su conocimiento para emitir jurisprudencia vinculante, si puede cumplir con el mismo objetivo en el fallo de dicha garantía;

- 4) Finalmente, en los artículos que han sido citados tanto de la Constitución, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como del Reglamento expedido por la propia Corte Constitucional, se desprende una palabra clave que nos da una guía para interpretar que el mecanismo analizado en esta investigación no procede frente a sentencias dictadas por la Corte Constitucional en materia de garantías jurisdiccionales. Al analizar detenidamente dichos artículos, como quedó anotado, podemos encontrar que se utiliza el término “remisión” de manera uniforme, es decir que todas las sentencias de garantías deberán ser remitidas a la Corte Constitucional para su selección y revisión.

Lo dicho es más claro en el Reglamento expedido por la Corte, en el cual se indica:

Art. 14.- Trámite en la Sala de Selección.- Las sentencias en materias de garantías jurisdiccionales y las resoluciones de medidas cautelares, enviadas directamente por los jueces constitucionales de instancia o remitidas a través de las Oficinas Regionales, ingresarán a la Secretaría General, donde serán clasificadas y numeradas de acuerdo al tipo de acción, para ser remitidas a la Sala de Selección. (El resaltado me pertenece)

Como se puede observar en el artículo citado, se indica expresamente que las sentencias que son **enviadas por los jueces de instancia** o remitidas por las Oficinas regionales, son aquellas que serán sujetas de selección.

Con esta precisión semántica podemos concluir, que el espíritu del constituyente fue que las sentencias que activarían el sistema de selección y revisión, serían únicamente las que provengan de los jueces constitucionales ordinarios y no las dictadas por parte de la propia Corte Constitucional.

Finalmente, y al encontrarse abierta la discusión respecto a este punto, en nuestro criterio, es responsabilidad de la misma Corte Constitucional el aclarar esta confusión y determinar la procedibilidad del sistema de selección y revisión de sentencias respecto a las garantías jurisdiccionales de conocimiento de ese mismo organismo, al tener la competencia exclusiva de interpretar la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA:

Aguirre, P. (2013). *Un cambio de paradigma, los procesos de selección y revisión de la Corte Constitucional. Rendición de Cuentas del Proceso de Selección Corte Constitucional del Ecuador periodo 2008-2013*, 20

Escobar, C. (2011). *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional para el Periodo de Transición

Zambrano, D. (2011). *Jurisprudencia vinculante y precedente constitucional. Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional para el Periodo de Transición

Constitución de la República del Ecuador (2008)

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009)

Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, (2010)

Sentencia No. 001-10-PJO-CC, dictada dentro del caso NO. 0999-09-JP

Sentencia No. 001-12-PJO-CC dictada dentro del caso No. 0893-09-EP
ACUMULADOS

Sentencia No. 001-14-PJO-CC dictada dentro del caso No. 0067-11-JD

www.pbplaw.com

PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE

PBP

pbp@pbplaw.com

QUITO
GUAYAQUIL
ECUADOR



DURINI & GUERRERO

ABOGADOS



Albán Bedón Macías & Asoc.

Estudio Jurídico

GREEN 
cumplimiento

Somos el primer despacho jurídico del Ecuador especializado en Derecho Ambiental. Ofrecemos servicios de asesoría y consultoría legal especializados en procesos de gestión, cumplimiento normativo y litigio ambiental.

Áreas de práctica:

- Gestión ambiental corporativa
- Recursos naturales
- Cambio climático
- Auditorías de cumplimiento ambiental y "due diligence"
- Litigio ambiental en sede administrativa, judicial y constitucional
- Responsabilidad social y manejo de conflictos socio ambientales
- Evaluación de cumplimiento y asesoría en seguridad industrial y salud ocupacional.



Para mayor información de nuestros

www.albanbedonmacias.com

E-mail: info@albanbedonmacias.com

Quito: Av. Coruña E25-58 y 12 de Octubre. Edif. Altana Plaza, Oficinas 106 y 107. / Telf: (593-2) 3230520 / 4040

Bogotá: Carrera 11A # 97A-19 Oficina 506 / Telf: (571) 6114444

COMENTARIOS SOBRE LAS LIMITACIONES MATERIALES EXPRESAS DE LA ENMIENDA Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

Esteban Polo Pazmiño¹

***Resumen:** El poder de reforma tiene limitaciones positivas en el ámbito formal y material; respecto de los límites materiales explícitos, éstos son, los contenidos cuya reforma está proscrita en el propio texto constitucional, la Constitución del Ecuador adopta cuatro limitaciones, que han sido objeto de pronunciamientos de la Corte Constitucional del Ecuador. Como se observará, sin embargo, aquel criterio no satisface ni comprende un análisis exhaustivo que aborde todos los elementos normativos y teóricos, por lo que en algunos aspectos es incompleto e impreciso. En tal virtud, el presente trabajo busca realizar una aproximación al contenido de las mismas e insistir en la compleja misión que tiene la Corte Constitucional en el ejercicio de la función prevista en el artículo 443 del texto constitucional.*

Palabras Clave: Poder de Reforma, Limitaciones Materiales Explícitas, Enmienda, Reforma, Corte Constitucional.

Introducción.-

La Constitución ecuatoriana vigente establece un marco de regulación amplio, complejo y novedoso que determina sus mecanismos de modificación, el cual se diferencia sustancialmente del previsto por su predecesora de 1998². En este

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Diploma en jurisdicción constitucional, Universidad del Rosario, Bogotá- Colombia. Máster en Derecho Constitucional, Universidad de Castilla- La Mancha, Toledo- España. estebanpolo88@gmail.com

² El artículo 280 de la Constitución Política de 1998, determinaba dos formas para reformar la Constitución: por el Congreso Nacional o mediante consulta popular. La iniciativa para presentar proyectos de reforma correspondía a un número de diputados equivalente al veinte por ciento de sus integrantes o un bloque legislativo; el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional o un número de personas en ejercicio de los derechos políticos, cuyos nombres consten en el padrón electoral, y que equivalga al uno por ciento de los inscritos en él. Conforme el artículo 282, el Congreso Nacional conocería el segundo debate luego de transcurrido un año a partir de la realización del primero, y se requería del voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de miembros del Congreso. Posteriormente, el Presidente debería sancionar u objetar el proyecto. Mientras que, el Art. 283 determinaba que el Presidente de la República, en

contexto, se prevén tres procedimientos: el cambio de Constitución a través de una Asamblea Constituyente, que no es objeto del presente trabajo; la enmienda de uno o varios artículos y la reforma parcial. Estos últimos corresponden al poder de reforma, pues no buscan un cambio total de Constitución sino una modificación puntual al texto constitucional existente.

La diferencia de estos dos procedimientos, más allá de la similitud conceptual y semántica en su denominación, se fundamenta en las materias que pretenden modificar, y por tanto guarda relación con el tipo de limitaciones materiales expresas que se prevén para cada caso.

Es necesario, por lo tanto, previo a analizar el contenido de las limitaciones materiales expresas de la enmienda y la reforma, referirse brevemente a ciertas nociones de conceptos que serán útiles al momento de abordar el fondo del presente trabajo, esencialmente sobre la naturaleza y funciones del poder de reforma.

Poder de reforma y su finalidad.-

La concurrencia y armonía entre el principio democrático y la supremacía de la Constitución, en relación a su posibilidad de reforma, tiene origen cuando la voluntad democrática que representa el poder constituyente decide establecer en el texto constitucional la forma, requisitos y regulación necesaria para que un órgano constituido ejerza la función de reforma de la Constitución; en aquel sentido, tanto el principio democrático y la supremacía encuentran un punto de equilibrio y permiten sustentar la naturaleza de la reforma.

Por consiguiente, el poder de reforma, también denominado derivado o constituido, materializa la potestad de modificación constitucional que, precisamente, se deriva de la misma Constitución y es ejercida por los órganos constituidos que se determinan para tal efecto y en observancia del trámite establecido.

Las principales funciones de la reforma constitucional, pueden resumirse en los siguientes puntos:

Herramienta para adecuar las realidades jurídica y política: Por su calidad de norma jurídica provista de prescripciones, la Constitución es susceptible de desfasarse de la realidad. Así, la función principal de la reforma es evitar que

los casos de urgencia, calificados previamente por el Congreso Nacional con el voto de la mayoría de sus integrantes, podrá someter a consulta popular la aprobación de reformas constitucionales.

aquel desfase vuelva inaplicable los contenidos de la Constitución, lo cual, a su vez, podría generar un cambio abrupto y general de texto constitucional. De este modo, esa calidad de adecuación de las realidades, en primer término, sirve para que la Constitución sea efectiva y, adicionalmente, para que su envejecimiento no genere la necesidad de un cambio de Constitución sobre elementos que sí podrían ser susceptibles de una reforma. Para concluir podría señalarse que "... la reforma constitucional parece más bien pensada para adecuar el texto constitucional a aquellas transformaciones que se vayan produciendo. Es decir, mediante ella se trasladan al texto constitucional las transformaciones acaecidas en la realidad constitucional..." (Álvarez Conde, 2008)

Mecanismo de continuidad jurídica del Estado: La reforma del texto constitucional, con fundamento en su rigidez, se configura también como un mecanismo de defensa de la propia Constitución y, como tal, de la vida jurídica del Estado, puesto que, en palabras del profesor Javier Díaz Revorio, (1997) "... en las Constituciones occidentales modernas, cabe encontrar dos sentidos de la expresión 'defensa de la Constitución'. El más amplio abarcaría el conjunto de mecanismos u órganos de reacción del texto constitucional frente a su infracción, siendo principalmente éstos la reforma de la Constitución, cuando ésta es rígida..."

De este modo, como afirma el jurista español, por un lado, se garantiza la estabilidad de la Constitución, al dificultar su modificación; y, por otro lado, podemos concluir que, al permitir su reforma bajo el cumplimiento de los requisitos constitucionales, se evita que se deba acudir a cambios totales o revolucionarios para cuestiones que no alteran la esencia de la Constitución. Por tanto, se impide un constante y permanente proceso de modificaciones a la Constitución, a la vez que se abre la posibilidad de que el texto constitucional sea cambiado conforme las exigencias sociales de determinada época. Bajo este orden de ideas, reformar la Constitución no conlleva su modificación total o la alteración de sus elementos esenciales, por lo que el Estado mantiene su orden constitucional y jurídico con determinadas modificaciones necesarias para su correcto funcionamiento en virtud de cambios políticos y sociales.

La reforma como garantía: Pedro De Vega (2011) sostiene que "Al establecerse un procedimiento más agravado y difícil para reformar la Constitución que el que se sigue para modificar las leyes ordinarias, se opera automáticamente, al menos a nivel formal, la separación entre ley constitucional y ley ordinaria." Es decir, al reconocerse que la reforma de la Constitución es distinta y dificultada con respecto a una ley ordinaria, se garantiza así su supremacía, pues los contenidos procedimentales y materiales de la Constitución vinculan al poder público,

exigiendo su cumplimiento para poder tener validez. Así, la reforma en esta medida, garantiza la supremacía de la Constitución más aún en consideración del contenido de este cuerpo normativo supremo, que se relaciona con derechos y garantías fundamentales y con la estructura y organización del Estado. El jurista chileno Francisco Zúñiga Urbina (2005) expone, en este sentido, que la reforma es "... una garantía para las minorías acerca de la estabilidad de las reglas preliminares y del juego político- democrático (N. Bobbio; H. Kelsen), por lo que la supremacía y rigidez de la Constitución son una garantía jurídica o normativa..."

En tal virtud, una adecuada y necesaria reforma de la Constitución lejos de ser un mecanismo que pretenda su destrucción, conlleva una protección especial a su vigencia y a la vida jurídica del Estado, precautelando además que sus prescripciones sean aplicables a la realidad social y solventando, así, cualquier desfase producto del paso del tiempo; finalmente, constituye una garantía por los contenidos de este texto que ya fueron analizados, para evitar que una mayoría coyuntural pueda modificar bienes jurídicos protegidos o afectar a las minorías.

Limitaciones materiales expresas al poder de reforma en el Ecuador.-

La Constitución de la República establece un sistema gradado en función de la profundidad de la modificación, siendo la enmienda el procedimiento que permite cambios menos sustanciales y, por tanto, tiene un procedimiento menos riguroso; y la reforma que se caracteriza por un trámite más difícil y se permiten cambios con mayor profundidad. Aquello, evidentemente, implica que, al permitir menos cambios, el primer procedimiento cuente con mayores limitaciones materiales respecto de la reforma parcial, como se analizará a continuación.

Las limitaciones materiales expresas o explícitas del poder de reforma, son aquellas materias constitucionales cuya modificación, queda excluida por disposición del constituyente. En el caso ecuatoriano, al coexistir dos mecanismos para enmendar y reformar la Constitución, las limitaciones materiales que se expresan para cada uno, implican que existen materias cuya enmienda está proscrita y otras que no pueden ser reformadas.

En cuanto a la enmienda, el constituyente estableció cuatro limitaciones materiales sobre este procedimiento. En este sentido, la enmienda procederá cuando no se busque: i. alterar la estructura fundamental de la Constitución; ii. alterar el carácter y elementos constitutivos del Estado; iii. restringir derechos y garantías; o, iv. modificar el procedimiento de reforma de la Constitución.

Mientras que, en relación a las limitaciones materiales de la reforma parcial, se mantiene la no restricción de derechos y garantías y la prohibición de modificar el procedimiento de reforma de la Constitución, pudiendo, en principio, a través de este mecanismo modificar la estructura fundamental de la Constitución y el carácter y los elementos constitutivos del Estado.

A continuación, se analizará cada limitación con el propósito de esbozar una aproximación de su contenido, examinando de forma crítica el alcance que ha sido planteado por la Corte Constitucional del Ecuador en ejercicio de la atribución prevista en el artículo 443 de la Constitución de la República. Se iniciará por las limitaciones de la reforma, comunes a la enmienda, que constituyen materias inmodificables por el poder de reforma y cuya concepción presenta menos problemas.

Restricción de derechos y garantías.-

La presente limitación busca precautelar la garantía normativa de la Constitución en relación con la prohibición de restringir derechos y garantías, aspecto esencial dentro de un Estado contemporáneo, en el cual, uno de los contenidos básicos de la Constitución son los derechos, cuya protección se incluye respecto del poder de reforma.

El reconocimiento per se de los derechos en el texto constitucional, de ningún modo asegura su pleno cumplimiento, puesto que los derechos se encuentran previstos como garantías primarias que requieren, sin lugar a dudas, mecanismos y herramientas que los precautelen ante cualquier amenaza o vulneración, surgiendo, así, las garantías de los derechos.

La Constitución de la República consagra varios tipos de garantías, tales como las jurisdiccionales, políticas públicas, institucionales y normativas. Se puede afirmar que las garantías jurisdiccionales son herramientas procesales previstas en el marco jurídico, por medio de las cuales las personas pueden hacer efectivos sus derechos reconocidos en la Constitución de la República o en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, ante un órgano jurisdiccional.

El fundamento de aquellas garantías deviene de la exigibilidad de los derechos y de la obligación del Estado de promover y garantizar su efectivo ejercicio. En este contexto, es responsabilidad de las esferas individuales y colectivas, públicas y privadas, nacionales e internacionales, acatar las disposiciones primarias sobre los derechos fundamentales, cumpliendo las impositivas que conllevan

su respeto integral y absteniéndose de ejecutar actos o provocar omisiones cuyo resultado sea su transgresión. Sin embargo, frente a la circunstancia de que lo anotado no se cumpla y se afecten derechos, se presentan las garantías jurisdiccionales como aquellas herramientas que, a partir de su activación, buscan la exigibilidad jurisdiccional del respeto de sus derechos, así como la reparación integral a la que haya lugar. La profesora Claudia Storini (2012) comparte este criterio, y lo ilustra adecuadamente del siguiente modo: “Los derechos sólo valen en la medida en que su contravención sea jurídicamente sancionada, para lo cual es imprescindible que su titular pueda instar la reacción de los mecanismos de tutela del ordenamiento. Pueda, en suma, accionar ante los Tribunales contra la vulneración de su derecho con el fin de conseguir la reparación del daño soportado.”

Las garantías de políticas públicas, por su parte, buscan que cualquier lineamiento establecido y ejecutado por el Gobierno a manera de política pública, no se excuse de respetar los derechos de las personas; y, por el contrario, su desarrollo responda a la posibilidad de permitir su pleno ejercicio.

Las garantías institucionales no deben ser limitadas a órganos del poder público y su existencia como un mecanismo de garantizar los derechos, sino que aquellas se refieren a instituciones jurídicas que, a partir de su observancia, precautelan los derechos de los ciudadanos; por ejemplo, el sufragio, constituye una garantía de la democracia que, a su vez, permite a las personas ejercer sus derechos de participación.

Finalmente, la garantía normativa se fundamenta en que ninguna disposición jurídica expedida por el poder público, puede contravenir a la Constitución en el sentido de restringir derechos previstos en ella y en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Ahora bien, la concepción del Estado constitucional y democrático no puede desligarse de una de sus atribuciones más importantes que consiste, precisamente, en proteger y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. En caso de que no se lo hiciera, el documento denominado “Constitución” no será tal, sino que configurará un Estado de Derecho irreal. Por lo que esta limitación es razonable teniendo en cuenta el tipo de Estado que poseemos.

Esta limitación no prohíbe cualquier tipo de modificación de los derechos y garantías, sino únicamente impide su restricción, lo cual permite comprender que una modificación de esta materia, que busca ampliar el ámbito de tutela de derechos sí sería procedente, mediante enmienda o reforma. Esta condición es propia de una cláusula de intangibilidad, lo cual conlleva no la imposibilidad

absoluta de cambio, sino como quedó anotado, la prohibición de menoscabar su contenido.

Sin embargo, además de ser una cláusula de intangibilidad en el sistema constitucional ecuatoriano, dada la estricta relación entre Estado constitucional democrático con los derechos fundamentales, podría hablarse que esta limitación expresa en Ecuador constituye la positivización de una limitación implícita por excelencia, pues como se indicó previamente, no se podría vislumbrar una Constitución democrática que permita restricción de derechos, siendo el respeto de éstos un límite inmanente al sistema constitucional.

Por otro lado, el marco constitucional ecuatoriano, aunque prescindiera de esta cláusula de intangibilidad y aun negando la posición sostenida en el párrafo precedente, consideraría la no restricción de derechos como un “límite textual implícito”, dado que, a partir de una lectura integral de la Constitución, se encuentran normas en su texto que materializan la voluntad del constituyente de proteger a los derechos y su progresividad. Así, en los principios de aplicación de los derechos, constante en el artículo 11, podemos identificar los numerales 7 y 9³, el primero de los cuales prevé el principio de progresividad en su desarrollo y la prohibición de su regresividad, mientras el segundo, considera como el más alto deber del Estado respetar los derechos constitucionales, por lo que, expresamente su restricción está proscrita en diversas normas de la Constitución y adicionalmente su condición como límite del poder de reforma debería leerse implícitamente.

La Corte Constitucional del Ecuador ha señalado expresamente que esta limitación no puede examinar únicamente la Constitución para observar una posible restricción al contenido de los derechos o garantías, sino que a través de sus sentencias o dictámenes se podría generar un desarrollo que deberá ser examinado para determinar la procedencia de la enmienda o reforma parcial. Así lo expresó en el dictamen No. 001-14-DRC-CC, cuando empleó como canon de constitucionalidad no sólo el contenido de su texto, sino la regulación jurisprudencial de la acción de protección elaborada por aquella Magistratura.

3 Constitución de la República. “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”

En aquel sentido, la propuesta de enmienda formulada por la Asamblea Nacional en el año 2014, buscaba que la regulación sobre los requisitos de procedencia de la acción de protección se determine por Ley, pese a que la Corte en su jurisprudencia los había delineado previamente. En este contexto, la Corte afirmó que teniendo en cuenta que "... la jurisprudencia de la Corte, [es] fuente normativa que se ubica al mismo nivel de la Constitución..."⁴, y al existir regulación por vía jurisprudencial sobre la materia que pretendía quedar al arbitrio del legislador, se restringiría la garantía de acción de protección, toda vez que su supremacía y rigidez se verían afectados al poder ser modificados mediante una Ley.

Más allá de la discusión sobre si la jurisprudencia de la Corte Constitucional es parte del bloque de constitucionalidad en Ecuador, así lo ha interpretado la Corte Constitucional y, por tanto, el desarrollo de derechos y garantías establecido jurisprudencialmente también deberá observarse al momento de plantear una modificación que podría comprometer derechos o garantías, observando siempre su progresividad.

Adicionalmente, la Constitución establece como fuentes de los derechos no solo a los reconocidos en su texto, sino a los instrumentos internacionales de derechos humanos y los que se deriven de la dignidad de las personas, por lo que la limitación cubre aquellos derechos también.

Modificación del procedimiento de reforma de la Constitución.-

A diferencia de la limitación anterior, que como se anotó es una cláusula de intangibilidad, ésta sí prohíbe cualquier tipo de modificación en relación al procedimiento de reforma del texto constitucional. Aquello es propio de las denominadas cláusulas pétreas, que constituyen materias del texto fundamental cuya modificación, en cualquier sentido, está prohibida.

Una crítica frecuente al establecimiento de cláusulas pétreas se refiere a la reforma en doble grado, según la cual, si se pretendiera realizar una modificación que altere una cláusula de esta naturaleza, primero se reformaría dicha cláusula para que deje de ser tal; así, jurídicamente procedería una reforma de tales cláusulas si lo que se pretende es no cumplirlas en una posterior reforma. Este aspecto estaría corregido en la Constitución ecuatoriana, pues esta cláusula pétrea lo prohíbe.

⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 001-14-DRC-CC. Caso No. 0001-14-RC. Quito, D. M., 31 de octubre de 2014.

Adicionalmente, cabe indicar que, según Pedro De Vega, (2011) las normas de procedimiento de la reforma constituyen límites intangibles de carácter formal, que derivan de la propia supremacía constitucional. Así, proteger el trámite de reforma constituye la defensa de la autolimitación del poder constituyente al reconocer que el orden constituido pueda modificar la Constitución observando las reglas determinadas por él para tal efecto. En este orden, modificar el procedimiento de reforma constituiría un atentado a la voluntad fundamental del constituyente que prescribió expresamente la forma de modificar su texto.

En definitiva, esta limitación busca resguardar la rigidez prevista en la Constitución por el propio constituyente, impidiendo que a través del poder de reforma se alteren sus propias reglas procedimentales, aspecto que en doctrina ha sido considerado en reiteradas ocasiones como un aspecto inherente a la naturaleza de la supremacía constitucional, reforma constitucional y al poder constituyente.

Carácter o elementos constitutivos del Estado.-

Esta limitación, al igual que la que sigue, no configuran una cláusula de intangibilidad, sino que se trata de una materia que goza de protección especial, puesto que se acepta su modificación, pero no por enmienda, sino por la vía de la reforma; es decir, a través del procedimiento de mayor rigidez en el marco constitucional ecuatoriano.

Conviene puntualizar que la posibilidad de que mediante un procedimiento de reforma se permita modificar el carácter constitutivo del Estado, podría presentarse como una contradicción a la naturaleza jurídica de la reforma, pues como se expresó con anterioridad, a través de la reforma se busca la continuidad jurídica del Estado y de la Constitución, a través de cambios que adecúen la realidad con la norma; no obstante, un cambio de esta magnitud, es decir, sobre un elemento constitutivo del Estado, podría relacionarse con una alteración sustancial de la Constitución, que la cambie en su esencia, lo cual es función del poder constituyente fundacional o pos fundacional⁵, a través de cambios íntegros de textos constitucionales.

En otras palabras, la Constitución dentro de un Estado constitucional y democrático, es el documento fundamental que delimita el sistema de gobierno

⁵ Respecto del poder constituyente, Néstor Pedro Sagüés, afirma que: "Desde el punto de vista cronológico, es 1) un poder fundacional, cuando crea el Estado, o 2) posfundacional, si inaugura una nueva era o ciclo constitucional, cuando se ejercita en un Estado ya existente, pero despegándose del orden constitucional previo." (2009:153)

y estructura el poder político estableciendo atribuciones y competencias acordes con los principios y postulados del constitucionalismo contemporáneo, en armonía con los derechos y garantías fundamentales; dicho de otro modo, la Constitución establece la configuración del Estado y sus elementos, por lo que un cambio que altere sustancialmente el carácter o elementos constitutivos del Estado, podría significar en definitiva una modificación esencial al sistema constitucional.

Esto, sin embargo, no ha sido considerado por el constituyente ni por la Corte Constitucional, por lo que en el caso ecuatoriano podría existir este tipo de cambios aun cuando, por decir lo menos, pueden existir dudas sobre su compatibilidad con la naturaleza jurídica de la reforma.

De manera general, el Estado se caracteriza por contener: un grupo humano asentado en un territorio específico sometido ante un poder que se estructura jurídica y políticamente con miras a cumplir ciertos propósitos. De este modo, el Estado se constituye por el elemento humano, territorial y de autoridad o poder.

Respecto del elemento “poder”, conviene indicar que, dadas las características de un Estado constitucional democrático, no se trata de cualquier poder, sino que éste debe tener como fundamento la soberanía popular, garantizar un régimen democrático y articularse de tal modo que pueda cumplir los objetivos previstos por el constituyente, sometiéndose de este modo a la supremacía constitucional y garantizando indudablemente los derechos fundamentales. En tal virtud, el carácter y elementos constitutivos del Estado se relaciona de manera general con los aspectos que configuran la idea de Estado constitucional y democrático, atendiendo ciertas particularidades de cada Estado.

Sobre esta limitación, existe una interpretación de la Corte Constitucional para el período de transición, la cual fue compartida por la actual Corte Constitucional del Ecuador, que sostiene: “Sobre el carácter y elementos constitutivos del Estado, éstos se encuentran contenidos en la propia Constitución, en sus artículos del 1 al 9.”⁶

En este sentido, a criterio de la Corte Constitucional, son elementos constitutivos del Estado, los que constan dentro del título I “Elementos Constitutivos del Estado” de la Constitución de la República. Es decir, el propio constituyente habría determinado cuales son los elementos constitutivos; sin embargo, corresponde analizar si todos ellos tienen el carácter constitutivo, es decir, si

⁶ Corte Constitucional, para el periodo de transición. Dictamen No. 001-11-DRC-CC. Caso No. 0001-11-CC. Quito, D.M., 15 de febrero de 2011.

condicionarían al sistema constitucional de forma sustantiva, para lo cual se examinará brevemente su contenido.

Artículo 1: La presente disposición, como acostumbra los primeros artículos constitucionales, prevé la definición del Estado y sus características esenciales. De este modo, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, intercultural, plurinacional y laico, aspectos que sin lugar a dudas configuran su carácter y determinan las cualidades que sirven como base para toda la composición estatal en la Constitución de la República. Adicionalmente, se establece que la Forma de Estado es unitario, pero se gobierna de manera descentralizada y la forma de gobierno es una República. En el primer inciso se reconoce la soberanía popular y el régimen de democracia representativa con la inclusión de mecanismos de democracia directa. Al respecto, indudablemente aquellos elementos forman parte de la esencia del Estado, pues sobre esta base se rige todo el aparato normativo e institucional.

En cuanto al inciso final de la disposición, se trata del territorio del Estado y uno de sus elementos, los recursos naturales no renovables, aspecto que forma parte constitutiva del Estado.

En definitiva, el artículo 1 es un elemento constitutivo del Estado, pues su modificación conllevaría un cambio sustancial de la Constitución, pues afectaría a las normas constitucionales que desarrollan estos principios y características programáticas del Estado.

Artículo 2: Se establecen los símbolos de la patria, tales como la bandera, escudo, himno nacional, los cuales, aunque “simbólicamente” importantes, no son esenciales para la configuración constitutiva del Estado ni su carácter está en función de los mismos. Tanto es así que el constituyente determinó que estarán regulados por la Ley. El profesor español Enrique Belda, (2012) respecto de la modificación de la bandera, indica que “... siendo un elemento simbólico de primer orden, dejaría intacto el armazón jurídico y político de la obra del constituyente”

En cuanto al primer inciso, el idioma es un aspecto esencial de la población, por lo que desde una visión que considera que el Estado se conforma estrictamente por territorio, poder y población, podría señalarse que se está modificando uno de sus elementos, en virtud de que el idioma es un rasgo propio de la población; sin embargo, la población como tal sigue sin ser alterada, por lo que el análisis debería enfocarse a determinar si el cambio de idioma influye sustancialmente en las personas.

Artículo 3: Se reconocen los deberes fundamentales del Estado, los cuales orientan no sólo el resto de configuración normativa constitucional, sino el actuar de los poderes públicos. En tal sentido, los fines primordiales del Estado forman parte de su razón de existir jurídica y políticamente, por lo que si constituyen un elemento constitutivo que configura el carácter del Estado. No obstante, se debe dejar sentado que muchos de los establecidos principios se presentan como declaraciones abstractas y generales que, dependiendo el caso, no afectan el aparato estatal, por ejemplo, los contenidos en los numerales 5 y 8. Frente a una propuesta de modificación, la Corte debería examinar en el caso concreto, si alguna disposición podría menoscabar estos fines.

Artículo 4: El territorio ecuatoriano es un conjunto de elementos que constituyen el Estado y por mandato de la propia Constitución es inalienable, irreductible e inviolable, lo cual refuerza su trascendencia para el constituyente. De este modo, aquellos elementos, como el Archipiélago de Galápagos, el espacio marítimo, si son una limitación al poder de reforma. No obstante, los límites, tal como lo señala la norma, dependerán de los tratados internacionales vigentes, por lo que la modificación de límites, porque implica la relación del Estado con otros, no correspondería hacerlo vía reforma de la Constitución, sino que depende de los instrumentos internacionales.

En cuanto a la capital de la República, considero que su modificación mantendría vigente todas las funciones y actividad esencial del Estado, por lo que no sería un límite.

Artículo 5: Una postura podría esgrimir que, a través del establecimiento de la prohibición de bases extranjeras con propósitos militares, se determina un aspecto fundamental del territorio, puesto que implicaría una cesión de soberanía, que es un elemento constitutivo del Estado. Otra, sin embargo, sostiene que la existencia de bases militares per se no altera ningún elemento esencial del Estado. En definitiva, se debería estudiar todo el contexto para determinar las circunstancias políticas y sociales por las cuales existiera la motivación de modificar este artículo.

Artículos 6 y 7: Establece la condición de ciudadanos de las y los ecuatorianos, indicando, además, la forma de obtener la ciudadanía ecuatoriana y reconoce la nacionalidad a miembros de comunidades indígenas. Al referirse fundamentalmente al vínculo jurídico y político entre el Estado y la población, este sí constituye un elemento constitutivo del Estado, pues afecta sustancialmente su carácter.

Artículo 8: Se refiere a la obtención de ciudadanía por naturalización, cuyo procedimiento consta básicamente en disposiciones legales y reglamentarias que dependen del cumplimiento de varios requisitos. En mi criterio, este elemento no modifica los elementos constitutivos del Estado puesto que afecta la esencia de la población.

Artículo 9: La igualdad de derechos y deberes para extranjeros tiene relación con la cláusula de intangibilidad de restricción de derechos y garantías, pues su modificación regresiva implicaría la vulneración de los derechos de los extranjeros.

De la lectura de los elementos indicados, se observa que no todos los denominados por el constituyente como “elementos constitutivos” tienen un efecto sustancial en el ordenamiento estatal y la Constitución; por tanto, aquellos que sí formarían parte del núcleo fundamental del Estado y su carácter estaría determinado por estos elementos, sí son límites a la enmienda.

Por tal motivo, la interpretación de la Corte, aun cuando contempla los elementos del Estado recogiendo aspectos que sí constituyen su fundamento básico, es, en mi opinión, imprecisa, puesto que, pese a que se denominen así, no implica que todos aquellos elementos son constitutivos y fundamentales del Estado, como el caso de los símbolos patrios. Así, el alcance sobre la interpretación de esta limitación por parte de la Corte Constitucional, tiende a convertir en límites aspectos que sí podían ser enmendado, pues su naturaleza no es fundamento esencial de la Constitución, volviendo más rígida la Carta Suprema en relación a aquellos elementos.

Por otro lado, la Constitución es un cuerpo normativo sistemático, cuyos principios y reglas se desarrollan de forma transversal en la integralidad de su texto; de manera tal que la normativa relacionada con los elementos previstos en la primera sección de la Constitución, se encuentran desarrollados a lo largo de su texto.

Para ilustrar lo expuesto, la pretensión de modificar el artículo 242⁷ de la Constitución, en el sentido de eliminar la división político-administrativa del país, lo cual contraviene lo prescrito en el artículo 1 antes examinado, en lo relacionado con la descentralización del Estado, si bien no cambia el texto

⁷ “Art. 242.- El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales.

Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales.”

del artículo 1 de la Constitución directamente, modifica uno de los aspectos esenciales que éste contiene.

En este contexto, en mi opinión, una interpretación más precisa radica en que la presente limitación material sea aplicable a los elementos esenciales que se encuentran contenidos en el primer capítulo de la Constitución, así como cualquier norma constitucional constante en otra parte del texto supremo, cuya modificación genere una desnaturalización a los caracteres básicos del Estado; es decir, que el cambio altere sustancialmente aquellos elementos. Siguiendo con el propio artículo 242 de la Constitución, una modificación no alteraría la descentralización si lo que pretendiera fuera, por ejemplo, la supresión de las parroquias rurales, en cuyo caso podrían asumir los cantones sus atribuciones en esa circunstancia, con lo cual la descentralización sí se conservaría a través de los otros niveles de Gobierno. En definitiva, la Corte Constitucional debe realizar un análisis minucioso y contrastar cualquier iniciativa con los elementos sustanciales, que conforman y distinguen la esencia del Estado y del orden constitucional.

Estructura fundamental del Estado.-

Debido a la indeterminación que presenta la denominada “estructura fundamental del Estado”, conlleva algunos problemas determinar su alcance. La Corte Constitucional no ha brindado una interpretación que satisfaga toda la problemática que se desprende a partir de este elemento, pues ha recogido el criterio de la Corte Constitucional para el período de transición dentro del caso No. 0001-11-RC que versó sobre un proyecto de enmienda presentado por el Presidente de la República en el año 2011. En cuanto a la pregunta 4 del referéndum que se propuso, se buscaba sustituir el Pleno del Consejo de la Judicatura por una Comisión Técnica cuya conformación difería de la establecida en la Constitución para este órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial. La Corte Constitucional en transición determinó que aquella propuesta no afectó la estructura fundamental del Estado, manifestando lo siguiente:

“Sobre la estructura fundamental del Estado, nuestro país básicamente se encuentra dividido en cinco funciones; si el fundamento de la reforma fuere prescindir del Consejo de la Judicatura, entonces se estaría alterando la estructura del Estado. La propuesta del Ejecutivo propone cambiar lo siguiente: 1) Modifica los plazos establecidos en el artículo 20 del Régimen de Transición, para la conformación del Consejo de

la Judicatura. 2) Crea un órgano transitorio, mientras se designa al Consejo de la Judicatura definitivo. 3) Encarga a este órgano transitorio la reestructuración de la Función Judicial. 4) Para dar viabilidad a la creación del órgano transitorio, sustituye el artículo 20 de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico de la Función Judicial.”⁸

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

En mi opinión, este argumento es impreciso toda vez que el Estado, incluso desde una concepción minimalista, no puede ser concebido solamente como el conjunto de las tres o las cinco funciones, en el caso ecuatoriano. A manera de ejemplo, siguiendo la lógica de la Corte Constitucional en transición y la actual, una propuesta para suprimir la Corte Constitucional procedería mediante enmienda, dado que este organismo no forma parte de las funciones del Estado; no obstante, la existencia de la Corte Constitucional, tomando en cuenta que es garante de la supremacía constitucional, indudablemente alteraría la estructura fundamental del Estado.

En este sentido, se observa que la determinación del contenido de esta limitación no es tan sencilla como la adoptada por la Corte Constitucional, puesto que hay que tener presente que el Estado, para el cumplimiento de sus fines básicos, no sólo depende de sus funciones o poderes, sino que requiere el ejercicio articulado de toda su estructura orgánica. Así, un intento por delimitar el alcance de la estructura fundamental del Estado podría partir de la esencia de la institucionalidad acorde con el diseño del Estado y sus fines. Me explico. El Estado es un conjunto de normas, procesos e instituciones que cumplen determinados fines constitucionalmente previstos. Es decir, la Constitución establece ciertos fines y funciones fundamentales y dota de normas para que los organismos –también regulado normativamente- cumplan aquellos fines. En aquel contexto, para que se verifique y cumpla cierta finalidad, el organismo debe ser apto e idóneo para satisfacer aquella necesidad. La estructura fundamental del Estado es, precisamente, la institucionalidad esencial tendiente a cumplir un fin previsto en la Norma Suprema; así, como indica el profesor Enrique Belda, (cfr. 2012) se afectaría a la estructura fundamental del Estado cuando las funciones esenciales que desempeñan aquellos órganos no se pudieran cumplir ante una nueva redacción.

⁸ Corte Constitucional, para el período de transición. Dictamen No. 001-11-DRC-CC. Caso No. 0001-11-CC. Quito, D.M., 15 de febrero de 2011.

En el mismo caso de la Corte Constitucional, suprimir dicho organismo significaría un vacío en cuanto a quien es responsable de satisfacer sus finalidades, pero cosa distinta sería suprimir la Corte Constitucional y a su vez establecer un control constitucional difuso que garantice la supremacía de la Constitución en base a un control concreto realizado por los jueces y tribunales, y que éstos resuelvan también las garantías jurisdiccionales encargadas a la Corte. Así, si bien se modifica la institucionalidad, su finalidad es satisfecha por otros órganos.

Otro ejemplo sería la Asamblea Nacional, órgano unicameral de la Función Legislativa en Ecuador. Si se la suprime de la Constitución la potestad de legislar y fiscalizar, así como su esencia representativa, desaparecerían, alterando sustancialmente la estructura del Estado. Sin embargo, si se reforma su estructura, convirtiendo a este órgano en bicameral con una cámara baja y otra alta, la institucionalidad conserva su posibilidad de satisfacer la finalidad constitucionalmente prevista.

De ahí que, si bien es cierto, la eliminación de una función sí altera la estructura fundamental del Estado, aquella visión de la Corte Constitucional es restrictiva, pues existen muchos casos en los cuales no se requiere suprimir una función para incurrir en esta limitación.

La estructura fundamental, por tanto, conlleva la esencia de la organización y funcionamiento de las instituciones políticas y la posibilidad de, mediante su configuración normativa, cumplir un fin constitucionalmente previsto y esencial, acorde a la naturaleza del Estado; en el caso ecuatoriano, caracterizado por una Constitución reglamentaria, para distinguir las cuestiones esenciales se debe analizar la medida en la cual el cambio suponga la alteración a un aspecto fundamental dentro de la organización estatal, sin limitarse a las funciones del mismo, sino a toda la institucionalidad del Estado.

Corolario.-

En consideración del alto nivel de indeterminación de aspectos tales como la estructura fundamental del Estado o sus elementos constitutivos, de cierta manera la Corte Constitucional es capaz de fijar el grado de rigidez de la Constitución, pues en última instancia este organismo dictamina el tipo de procedimiento que le corresponde a cada materia que pretende ser modificada, siendo trascendental la interpretación de la Corte respecto del contenido de cada limitación material explícita.

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

En este contexto, se requiere que la Corte Constitucional mantenga coherencia y consistencia en sus criterios para evitar una flexibilización o rigidez innecesarias e impropias con lo dispuesto en la Constitución, precautelando así la seguridad jurídica, supremacía constitucional y el efectivo ejercicio de derechos de todos los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA:

- Álvarez Conde, E. (2008). *Curso de Derecho Constitucional- Volumen I, El Estado constitucional, el sistema de fuentes, los derechos y libertades*. Madrid: Editorial Tecnos. 89
- Belda Pérez- Pedrero, E. (2012). “Los límites a la reforma constitucional ante una propuesta más propia de una revolución”. En *Teoría y Realidad Constitucional* No. 29. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 20, 285
- De Vega, P. (2011). *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Editorial Tecnos. 23, 273
- Díaz Revorio, F. (1997). *La Constitución como orden abierto*. Madrid: Estudios Ciencias Jurídicas, McGraw-Hill
- Sagüés, N. (2009). “Notas sobre el poder constituyente irregular”. En *Análisis de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung
- Storini, C. (2012). “Constitución y Garantía de los Derechos. Una comparación entre Ecuador y Bolivia.”, pp. 35-69. En Polo, E. (ed.). *Revista Ruptura* N° 55. Quito: Asociación Escuela de Derecho 2011. 51
- Zúñiga Urbina, F. (2005). “Reforma constitucional: Democracia y Estado de Derecho”. En *Reforma Constitucional*. Santiago. 35

Jurisprudencia

- Corte Constitucional, para el período de transición. Dictamen No. 001-11-DRC-CC. Caso No. 0001-11-CC. Quito, D.M., 15 de febrero de 2011
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 001-14-DRC-CC. Caso No. 0001-14-RC. Quito, D. M., 31 de octubre de 2014

Normativa

- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008

EL SUMAK KAWSAY Y SU INFLUENCIA EN SISTEMA JURÍDICO DEL ECUADOR COMO ECOÉTICA

Mario Alfredo Moncayo Altamirano¹

***Resumen:** El presente artículo busca relacionar al Sumak Kawsay con las diferentes ecoéticas que actualmente están en discusión. Se lo observará desde una perspectiva práctica dentro del sistema legal ecuatoriano. Para esto, se deberá entender el significado del Sumak Kawsay y lo que propone a fin de, solo así, poder definir si efectivamente podría considerarse al Buen Vivir como propuesta ética ante la crisis ambiental, basándonos en sus valores y en lo que supone aceptarlo.*

Palabras clave: Sumak Kawsay, Ecoéticas, Ética, Valores, Constitución 2008.

Los nuevos movimientos sociales, atados a la época postmodernista, se han preocupado de las nuevas problemáticas a nivel global, entre ellas encontramos a la crisis ambiental que cada día se convierte en un motivo más fuerte de preocupación a causa de los cambios climáticos anormales registrados en todo el mundo. A partir de esto se ha intentado solventar el problema con varias propuestas, entre las que se encuentra la respuesta ética que propone un cambio de valores y por ende de comportamiento, sin embargo, entre las diferentes posturas que mantienen las ecoéticas, no se ha analizado como tal a la propuesta ecuatoriana que se constituye como una ecoética- si la consideramos como tal-positivizada, el Sumak Kawsay.

El Sumak Kawsay fue instaurado en el sistema legal ecuatoriano con la nueva Constitución del 2008, aprobada mediante referéndum, en donde se estableció al “buen vivir” como nuevo modelo de desarrollo. Desde su aprobación, el Buen Vivir ha actuado como eje transversal del sistema jurídico. El propio preámbulo de la Constitución señala que el fin del Estado es construir el Buen Vivir, determinando las directrices que debe seguir el ordenamiento jurídico.

El Sumak Kawsay se manifiesta a lo largo de toda la Constitución, hace falta sin embargo, determinar el contenido y alcance del término “Sumak Kawsay”. El concepto que nos convoca no puede ser entendido solo desde su contenido semántico y la Constitución no lo maneja de esta manera. Claramente se ve

¹ Abogado por la Universidad de los Hemisferios, -Estudiante de Maestría y Doctorado en Universidad Panamericana (México). Asociado en Bustamante Holguín Abogados. mmoncayo91@gmail.com

como se manejan conceptos diferentes a los tradicionalmente utilizados: la naturaleza como sujeto de derechos, el modelo económico social y solidario o el régimen de desarrollo que el Buen Vivir plantea. El concepto no es manejado sin un fundamento ni llega a ser filosófico-ético vacío, sino que tiene un trasfondo más profundo.

El Sumak Kawsay comprende toda una cosmovisión indígena-andina; poco se ha hablado del tema, dándose por sentado lo que significa, pero han sido varios los autores que lo ven como una alternativa para afrontar los problemas económicos, ecológicos y sociales del mundo por sus propuestas novedosas.

Visto de una manera global, la definición del pensador indígena Fernando Huanacumi (2010), lo describe con exactitud:

Vivir bien, es la vida en plenitud. Saber vivir en armonía y equilibrio; en armonía con los ciclos de la Madre Tierra, del cosmos, de la vida y de la historia, y en equilibrio con toda forma de existencia en permanente respeto.

Basándose en Huanacumi, el Sumak Kawsay significa el vivir en armonía con todo el cosmos, la naturaleza, con otros humanos y con uno mismo. Esta cosmovisión puede ser de cierta forma equiparable con las filosofías y religiones orientales como el budismo, taoísmo, confucionismo, entre otras, por su búsqueda de armonía y unión con la totalidad.

Pero, ¿Cómo se puede aplicar una cosmovisión totalmente diferente a la mestizo occidental en un sistema que lleva siglos desarrollándose con otra mentalidad? Y más importante todavía: ¿Cómo debería aplicarse dentro de un sistema legal como el ecuatoriano?

Al encontrarse el Buen Vivir positivizado en la Constitución debería señalarse el marco axiológico de actuación además, como se explicó anteriormente, el Buen Vivir se constituye como una definición de bien común dentro de la cual, una de sus manifestaciones más directas dentro de la Constitución y materia del presente artículo, es la forma en que concibe a la naturaleza dentro del derecho. La Constitución da ciertas pautas para entender el Sumak Kawsay, sin embargo, como señala Ramiro Ávila (2011):

El problema que tenemos, al menos quienes nos hemos formado desde una tradición normativa formal, es que las nuevas instituciones de la Constitución de Montecristi no han sido creadas ni desarrolladas por

juristas sino por movimientos sociales, en particular el indígena, y que la comprensión de esta requiere de la ayuda de otras disciplinas científicas, como la antropología, economía política, los estudios culturales y la sociología. En otras palabras, la doctrina para comprender la dimensión de las propuestas constitucionales no la encontramos en librerías ni bibliotecas jurídicas sino en otras fuentes no formales.

La Constitución adoptó una cosmovisión ajena a la realidad nacional y la fundió en el marco de un modelo neo-constitucionalista en virtud del cual, la forma correcta de aplicación de la constitución es por medio de la revisión de los principios que tienen como base el Sumak Kawsay, no simplemente de las formas que se han determinado en la Constitución, sino más bien de todo su trasfondo cosmológico-filosófico-ético.

Hasta el momento la forma de aplicación de la Constitución y las políticas que se han ejecutado parecen tener ciertos lineamientos basándose en todo lo anteriormente mencionado, sin embargo, en la práctica éstas han sido realizadas sin un marco de acción fijo, intentando acoplarse a las necesidades del momento, como el caso de Yasuní ITT; dado que no existe una determinación exacta de los límites del Estado y siendo la comprensión del modelo indígena complicada, se tiende a caer en equivocaciones conceptuales al momento de aplicar el Sumak Kawsay como principio axiológico.

El Sumak Kawsay tiene un triple dimensionamiento dentro de la Constitución y el ordenamiento jurídico: a) se constituye como finalidad desde una dimensión axiológica; b) como principio constitucional; y, c) como la caracterización de un conjunto de derechos.

El Sumak Kawsay dentro de su primera dimensión, se constituye como fin de las actuaciones del Estado y de sus ciudadanos. La búsqueda del Buen Vivir es conjunta y obligatoria, tanto para el mandante como para los mandatarios: es la meta de la nación.

Su segunda dimensión supone convertirse en fuente de toda la normativa nacional. Es desarrollarse como eje transversal en todas las políticas y normas, las cuales deben mantenerse dentro del marco del bien común, que es delineado por la primera dimensión.

La tercera dimensión son los derechos fundamentales, denominados como Derechos del Buen Vivir dentro de la Constitución. Nacen de la primera y segunda dimensión del Sumak Kawsay. En anteriores constituciones a estos derechos se los denominaba simplemente como Derechos.

Ahora bien, entendiendo lo que el Sumak Kawsay conlleva, ¿cómo ha influido éste en la concepción de la naturaleza? El análisis debe ser visto desde el triple dimensionamiento para ser entendido. En su primera dimensión, como principio axiológico, se lo debe comprender desde sus raíces indígenas y lo que significan, pues al ser la armonía con la naturaleza, con uno mismo y todos los seres, se modifica la forma en que se concibe el medio natural; esto influencia el segundo dimensionamiento, con lo cual la naturaleza debe tener un trato especial diferente al trato utilitario de la concepción mestiza-occidental; lo que desemboca en el conjunto de derechos que pueden ser ejercidos en pos de la naturaleza, modificando incluso su estado de objeto y convirtiéndola en sujeto de derechos, desde el tercer dimensionamiento.

La visión occidental siempre ha mantenido la concepción de la naturaleza como un objeto, desde la perspectiva ética-filosófica, y manifestándose en el derecho. Por consiguiente la naturaleza es vista como un medio para el ser humano, el humano es el único ser capaz de valorar y juzgar entre todos los seres que habitan el planeta, está por sobre ellos y puede hacer uso de ellos. Esto se ve reflejado en el modelo capitalista-consumista de occidente y se potencializó con la Revolución Industrial.

Por esta razón, el derecho lo trataba como objeto, y sigue haciéndolo en casi la totalidad de las legislaciones del mundo, sin embargo, la crisis ambiental actual y las necesidades que por ésta se presentan, han llevado a que desde 1970 se empiecen a manifestar diferentes requerimientos sociales y ecoéticas en pos de la defensa al medio ambiente.

La ecoética, rama de estudio de las bioéticas, nació de la necesidad de resolver de alguna forma la crisis ambiental, entre las distintas soluciones se ha planteado la de resolver la crisis por la ética, así lo explica Hugo Ramírez (2006):

...la respuesta a los problemas que configuran la crisis ecológica de nuestra época debe plantearse no como problemas tecnológicos de segunda generación, sino desde una perspectiva ética, y consecuentemente desde claves políticas y sobre todo jurídicas. Dicho con pocas palabras, debemos reconocer que los dilemas medioambientales tienen que ver con la praxis, no con la poiesis.

Las ecoéticas suponen adquirir un conjunto de valores para revertir el daño a la naturaleza. Esto se ha manifestado en forma de nuevos movimientos sociales que nacen de las diferentes propuestas ecoéticas. Para Vicente Bellver (1994), la crisis ecológica es consecuencia de la crisis de la ciencia moderna, lo que ha

despertado el interés en crear nuevas formas de percibir el mundo distintas a las de la modernidad:

...la crisis de la ciencia moderna ha ocasionado un interés por la realidad en su totalidad, sin ningún afán reduccionista. El propósito ya no es exclusivamente explicar sino principalmente comprender; ya no tanto manipular como contemplar. Pero la revolución no se para aquí porque el sujeto mismo que vive ahora ese cambio deja de considerarse un individuo aislado y pasa a verse-a ver su ser- como un no poder sin los demás (congéneres) y sin lo demás (naturaleza y patrimonio cultural de la humanidad). Ello, a su vez desvela la dimensión de la solidaridad, que es vista como respeto a la naturaleza y compromiso con los demás seres humanos.

En este contexto, muchas de las propuestas ecoéticas han buscado incluso aliarse con tendencias espirituales y fundamentalismos alabando a la Tierra, como la corriente de la “nueva era”. De cierta forma se podría relacionar a estas corrientes con el Sumak Kawsay, que tiene cierta carga ideológica fundamentalista, como la denominación a la Tierra como “Pacha Mama”, nombre de la deidad Inca. Su concepción de la naturaleza es totalmente diferente a la que de manera histórica el mundo mestizo-occidental ha adoptado pues concibe a la naturaleza como fin en sí misma, como un sujeto y a los humanos como parte igual a todos los seres que la componen. Estas características se plasmaron en la Constitución de Montecristi donde se plasmó que *“La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.”* y que *“CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia...”*. Pero, ¿puede el Sumak Kawsay ser considerado como una ecoética? ¿Con qué ecoéticas se relaciona?

La crisis social en respuesta a los desaciertos de la modernidad es latente, por lo cual es necesario tener conceptos claros para no cometer errores éticos, morales, políticos y legales entre todas las corrientes de pensamiento que se han ido desarrollando.

Siguiendo con la línea de Vicente Bellver (1994), él ha clasificado las ecoéticas o ecofilosofías, como él las llama, en tres grupos: las ecofilosofías tecnocráticas, las biológicas y las humanistas.

Las ecofilosofías tecnocráticas son definidas como *“...aquellas actitudes que buscan en las esencias de la modernización capitalista de corte americano o en las ideologías utópicas la solución de una crisis provocada precisamente por la*

imposición de estos modelos." (Bellver, 1994) Estas ecofilosofías se mantienen dentro del marco de la modernidad y sus propuestas no buscan cambiar el sistema de manejo del mundo sino que en muchos casos caen en propuestas extremas en cuanto a sus soluciones para tratar la crisis ambiental.

Las ecofilosofías biológicas por otro lado hacen de menos al ser humano en cuanto a lo tradicionalmente concebido "...*tienden a minimizar el valor del hombre en la tierra, reduciéndolo a la condición de una especie más entre otras dotadas de igual valor o, incluso, a un elemento del ecosistema global (...) que sería la única entidad con un valor en sí mismo.*" (Bellver, 1994) La ecología profunda, la nueva era, entre otros, entran en este grupo que se han caracterizado por tener algunas de ellas posturas radicales, como Rolston que considera al humano cáncer del planeta.

Por último, las ecofilosofías humanistas buscan un cambio de concepción de la relación humano-naturaleza. Dentro de este grupo se encuentran los ecofeminismos, quienes buscan el desarrollo sostenible, Schumacher, Ortega, etc.(Bellver, 1994)

Las propuestas de los miembros de cada grupo son diversas, mostrando similitudes en las percepciones de la relación hombre naturaleza. Las propuestas van desde acabar con el crecimiento demográfico, repartición de la riqueza, proteger fuertemente la naturaleza, recuperar el poder perdido de la mujer acabando con el patriarcado que ha sido la causa de la explotación natural, y muchas otras más.

Generalmente cada postura tiene ideas bien definidas y propuestas claras, muchas veces utópicas, aunque se tiene una idea de hacia dónde quieren ir, sin embargo, estas posturas siempre van atadas a un tipo de ideología:

"Las ecofilosofías tecnocráticas se sustentan sobre la concepción mecanicista de la naturaleza dominante en Occidente durante los últimos cuatro siglos. Las biológicas encontrarían su apoyo en las visiones organicistas, propias de la ciencia griega. Por último, las ecofilosofías humanistas partirían de la consideración de la naturaleza como creación divina."(Bellver, 1994)

El Sumak Kawsay puede llegar a configurarse como ecoética; sus propuestas contienen un conjunto de valores que aplicados podrían realizar un cambio social y ecológico, aunque son parte de una cosmovisión, llevadas a cabo en nuestra sociedad, pueden dar soluciones para afrontar la crisis ambiental.

Aceptar el Sumak Kawsay como ecoética supone tener claros los preceptos y valores que propone. Esquematizando su propuesta se podría entender que contiene los siguientes valores básicos:

- Valores de comunidad: El Sumak Kawsay intenta realzar la dignidad del ser humano estructurando principios tanto comunitarios como económicos y de democracia participativa directa. Parte de la concepción de comunidad es la naturaleza:

Somos parte de la comunidad, como la hoja es parte de la planta. Nadie dice: voy a cuidar de mí solo, no me importa mi comunidad. Es tan absurdo como si la hoja dijera a la planta: no me importas tú, voy a cuidar de mí sola. Todos valemos, cada uno guardamos un espacio y tenemos nuestras tareas, responsabilidades y tierras. Todos nos necesitamos a todos. Fundamentada en el complementarnos, en el bien común, el apoyo mutuo organizado, la comunidad y la vida comunal desarrollan sus capacidades sin destruir al hombre y la naturaleza. (*Choquehuanca, 2010*)

Existe un nexo vital de necesidad entre todos los seres. Todos forman parte de la comunidad, desde la bacteria más insignificante hasta el ser humano.

- Valores de solidaridad: Se encuentran inmersos los derechos del buen vivir: la vida digna, el derecho al trabajo, entre otros. Se resalta la variedad cultural y la igualdad, el ser humano prima por sobre la producción y el consumo intentando apegarse a una vida digna en armonía con la totalidad.
- Valores de la naturaleza: La naturaleza es un fin en sí mismo, no un medio: el ser humano está obligado a su cuidado, y se manifiesta en el sistema jurídico como sujeto de aquellos derechos que la Constitución le reconozca.

El Sumak Kawsay, no puede desligarse de su aspecto cosmológico indígena: la naturaleza en su conjunto es un ser en el cual los humanos nos desenvolvemos, no estamos apartados de ella. El Buen Vivir busca un estado de armonía y equilibrio, en el que el ser humano no es superior ni dueño de la naturaleza, es parte de su comunidad y debe trabajar con ella. Sus valores básicos denotan una profunda unión y correlación con la totalidad, sin dar límites a lo que se considera como naturaleza, siendo el todo y el lugar donde habitamos, la madre tierra o Pacha Mama a la que debemos cuidar y respetar.

El grupo de ecoéticas con las que el Sumak Kawsay encuentra mayor afinidad son las de corte biologista, pero, a diferencia de muchas de ellas, resalta la

relación digna con los seres humanos y lo pone como sujeto valorativo que carga con ciertas responsabilidades para mantener el equilibrio consigo mismo y los demás por lo que también tiene una fuerte carga humanista. Es una visión que hasta cierto punto podría considerarse utópica y bienintencionada, que propone la sencillez, la solidaridad comunal y económica y un cierto culto a la Tierra.

Las ecoéticas con las que más se relaciona son la *Deep Ecology*, la hipótesis *Gaia* de James Lovelock, George Perkins Marsh y aunque no determinadamente, tiene ciertos rasgos *New Age*.

La Ecología Profunda y los autores que la postulan, tiene su relación con el Sumak Kawsay en su concepción de la naturaleza como bien intrínseco y un fin en sí mismo, no un medio del cual el ser humano puede aprovecharse, por lo que, el ser humano solo debe tomar aquello que necesita para satisfacer sus necesidades básicas.

La hipótesis de Lovelock (2000) presumía que la Tierra o Gaia como él la llama, es un superorganismo que se autorregula, con cierta inteligencia que le sirve para mantener su balance, la comodidad de los seres que habitan en ella y por ende la vida en la tierra. Entre las similitudes con el Sumak Kawsay, también encontramos que se concentra en el nexa vital entre todos los seres; Lovelock no separa al humano de la naturaleza en su hipótesis, sino más bien lo concibe como una pieza importante dentro de ésta y como un ser más, que ayuda a su equilibrio. A pesar de llamarlo de otra forma, propone igualmente la idea de comunidad entre todos los seres, incluido el humano y su entorno siendo cada uno parte fundamental para mantener el equilibrio de la Tierra sin que sea uno más importante que otro.

Se encuentra una similitud con Marsh, autor de corte humanista, en que maltratar la naturaleza es maltratar al hombre. Aunque difiere al igual que con todos los autores humanistas en la igualdad entre todos los seres, pues el humano sigue siendo superior, sin embargo, aunque tenga esta concepción no deja de resaltar al ser humano, es por ellos que se la puede relacionar con ecofilosofías humanistas.

En cuanto al *New Age*, aunque no tenga similitudes directas, puede ser relacionado con el *Sumak Kawsay* en sus motivaciones, pues éste tiene también cierta tendencia espiritual y como se mencionó anteriormente, puede correlacionarse con ciertas filosofías y religiones orientales que también son fundamento del movimiento Nueva Era. Al igual que muchas ecoéticas que se alían con la búsqueda de un sentido espiritual de vida, el Sumak Kawsay al ser parte de una cosmovisión ajena a la mestizo-occidental, tiene también su

carga ideológica. Esta búsqueda de sentido se da en respuesta a la crisis de la modernidad comentada por tantos autores.

Ya desarrollado un acercamiento al Sumak Kawsay, a sus propuestas como ecoética y a sus valores es más fácil entender como ha influido en el marco del sistema jurídico ecuatoriano y a nivel social. La Constitución, como se indicó al inicio de este capítulo, tiene influencia directa del Sumak Kawsay, como cosmovisión y ecoética. Pero ¿ha influido ciertamente en todo lo que propone la cosmovisión?

La aplicación del concepto que nos convoca se refleja en la creación y ejecución del Plan Nacional del Buen Vivir realizado por la Secretaría de Planificación (SENPLADES), que es avalado por la Constitución. Este Plan Nacional del Buen Vivir se apega al Sumak Kawsay en sus propuestas y es claro desde su presentación:

“El 17 de febrero de 2013, el pueblo ecuatoriano eligió un programa de gobierno para que sea aplicado- siempre ceñido a la Constitución de Montecristi-, en el nuevo periodo de manto de la Revolución Ciudadana. Ese programa tiene su reflejo inmediato en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, el cual representa una postura política muy definida y constituye la guía de gobierno que el país aspira tener y aplicar en los próximos cuatro años. Este es el sentido que queremos darle a este Plan, que debe convertirse en un documento tan práctico como un mapa, con directrices muy claras para evitar que nos extraviemos en el camino o nos aventuremos en uno no trazado que nos lleve a un despeñadero.

El Buen Vivir se planifica, no se improvisa. El Buen Vivir es la forma de vida que permite la felicidad y la permanencia de la diversidad cultural y ambiental; es armonía, igualdad, equidad y solidaridad. No es buscar la opulencia ni el crecimiento económico infinito.”

Como bien menciona la cita, es una postura política que debería manifestarse en derecho y actos del Estado, y ha sido esta misma postura la bandera con la que se han emitido nuevas leyes y políticas que tienen como finalidad llegar al Buen Vivir.

Su aplicación como ecoética en el manejo legal y de políticas públicas no ha sido muy notoria, siendo todavía el Estado sujeto de manejo de los diferentes intereses que pueda tener, sin atreverse a implantar lo que el Sumak Kawsay en su concepción pura propone.

Considerar a la naturaleza como sujeto de derechos no tiene más que un alcance retórico si no se van a implantar medidas fácilmente asequibles y eficaces que permitan al ciudadano, quien es el “representante legal” de la naturaleza conjuntamente con el Estado hacer los derechos de ella válidos y eficaces.

Si la respuesta de todo el sistema jurídico no es acorde a lo que el Sumak Kawsay propone, es preferible tomar ciertas ideas del Sumak Kawsay sin comprometerse a utilizarlo como modelo y fin del Estado, manteniendo las ideas occidentales de bien común y sin modificar conceptos que el derecho ha venido utilizando desde hace siglos atrás, el denominar a la naturaleza como sujeto de derechos sin un cambio al extremo tangible no tiene ningún sentido. Como menciona Carlos Massini (2005):

Ahora bien, es notorio que, si razonamos seriamente, sólo los entes humanos pueden ser sujetos de derechos: sólo ellos tienen autonomía de decisiones y se encuentran en condiciones- actuales o potenciales- de ejercer derechos estrictos; sólo en ellos se da ese destino personal- más allá de la especie- que les otorga la dignidad fundante de los derechos “humanos”; y sólo en los hombres se presenta la realidad ética y, por lo tanto, sólo ellos pueden tener “derechos morales”. Esto no se opone a que existan, como en realidad existen, obligaciones morales frente a los animales y a la naturaleza en general: lo que podríamos llamar la “ética ecológica”; pero sabemos que no todas las obligaciones, sino sólo las jurídicas, generan derechos en los otros sujetos y que, por ello, no es necesario recurrir a esta categoría de “derechos ecológicos” o “exóticos” para proteger a los cuervos de los maltratos de los agricultores.

Este párrafo citado ha sido parte de la ética y filosofía de occidente desde la esquematización de Aristóteles de los seres en su libro *De Anima*, donde señaló que el ser humano, además de poseer todo aquello que otros seres poseían, tenía también el intelecto, lo que lo hacía diferente.

En el derecho, considerando sujeto a quien tiene capacidad legal, o en su defecto si es considerado incapaz relativo, debe poseer un representante legal que actúe a su nombre, como es el caso de las personas jurídicas.

Por tanto, la naturaleza concebida como sujeto del derecho va contra siglos de filosofía jurídica y no jurídica, ética del mundo mestizo-occidental y tal determinación no puede ser tomada a la ligera, pues positivizarlo en la Carta Magna supondría un cambio total en su forma de concepción y trato y su manifestación debería reflejarse en todo el sistema jurídico y actuación

del Estado, limitando a éste en todo acto contrario a la naturaleza que no sea sumamente necesario para suplir las necesidades básicas y que no vaya en contra de su equilibrio.

Esto no ha sido así, además se ha intentado realizar una mezcla entre dos cosmovisiones totalmente distintas que son contradictorias en el aspecto legal, pues es difícil cambiar las concepciones sociales y basarnos en un modelo que aunque posible, nos resulta utópico.

El Sumak Kawsay como ecoética tiene propuestas interesantes, pero éstas no se manifestarán por cambiar conceptos. Todas las Constituciones del mundo reflejan una visión ideológica, pero positivizarla cuando no corresponde a la realidad nacional supone un desfase de todo el sistema. Esta era la crítica que realizaba la escuela histórica ante la propuesta de la importación de un códex, que se suponía era totalmente racional y aplicable a cualquier pueblo; simplemente no es posible, pues cada realidad demográfica responde a su desarrollo histórico legal.

Dentro de todo, el Sumak Kawsay deja una experiencia histórica para todos aquellos que propugnan diferentes ecoéticas y formas de salvar al planeta de la crisis ecológica: La mayor parte de occidente responde a una cosmovisión y esta cosmovisión aunque puede ser modificada por un ente estatal, no es la manera más idónea, pues el Estado seguirá respondiendo a los intereses económicos y sociales que tenga la población, incluso la imposición de medidas extremas, podría dejar a la nación que la aplique en la ruina puesto que no responde a la realidad.

Es innegable que un cambio de valores es necesario para afrontar la crisis actual, pero no podrá ser realizado tomando concepciones distintas a las adquiridas mediante siglos. Sea por prevención o por emergencia se debe utilizar los conceptos ya conocidos para tratar el problema e incentivar por medio de políticas públicas que impliquen un cambio en este sentido.

Los valores ecológicos de la sociedad mestizo occidental ya existen y son manifestados, esto se puede observar en la cantidad de nuevos movimientos sociales ecologistas, por lo que la misión del Estado debe ser potenciarlos y unificarlos bajo propuestas logrables y verdaderas, más no bajo utopías que pueden convertirse en un riesgo inminente por su alta carga ideológica.

BIBLIOGRAFÍA:

- Ávila R. (2011). *El neo constitucionalismo transformador*, 14, 15
- Bellver V. (1994). *Ecología: de las razones a los derechos*, 3, 10, 11, 12
- Constitución de la República del Ecuador (2008). art. Preámbulo, 10, 3, 83, 85
- Choquehuanca D. (2010). *Sumak Kawsay: Recuperar el sentido de la vida*, 8
- Huanacumi F. (2010). *Buen Vivir/Vivir Bien*, 32
- Lovelock J. (2000). *Gaia: A new look at life on earth*, Preface xii, 137
- Massini C. (2005). *Filosofía del derecho*, Tomo I: El derecho, los derechos humanos y el derecho natural, 187
- Plan Nacional del Buen Vivir del Ecuador 2013-2017
- Ramírez H. (2006). La definición de lo justo en el marco de la solidaridad diacrónica: Notas en torno al derecho al medio ambiente adecuado a favor de las generaciones futuras en G. Tenorio (coor.), *Humanismo Jurídico*, ensayos escogidos, 110

CONCEPCIONES DEL SISTEMA JURÍDICO EN EL POSITIVISMO DEL SIGLO XX¹

Giovanni Battista Ratti²

Resumen: *En el presente ensayo, se analizan las principales teorías del sistema jurídico elaboradas en el curso del siglo XX. En primer lugar, se introducen y se discuten, como base pre-analítica de la investigación, las tesis "sistemáticas" difundidas entre los juristas, sobre todo la tesis según la cual el derecho (es decir: cualquier sistema jurídico) constituye un conjunto normativo necesariamente completo y coherente, que puede ser reconstruido utilizando una serie de operaciones cognitivas y aplicable por medio de un procedimiento silogístico. Sucesivamente, se pasan en reseña las teorías elaboradas por Kelsen, Hart, Bobbio y Raz, a los efectos de demostrar que el carácter sistemático alcanzado por la teoría del ordenamiento jurídico es una sistematicidad débil y que las normas de cierre y las normas de coherentización del entero ordenamiento, consideradas como verdades analíticas, a menudo se reducen a meras fórmulas tautológicas, que no puede garantizar la sistematicidad del derecho. Al final del ensayo, se aboga por la necesidad de entender la teoría del sistema jurídico no ya como una teoría del ordenamiento sino como una teoría de la sistematización, concebida como el análisis de las operaciones realizadas por los juristas con el fin de convertir el derecho (o, mejor, algunos de sus subconjuntos) en una totalidad sistemática.*

Palabras clave: Sistema jurídico, Positivismo, Coherencia, Sistematicidad, Dogma.

1. El concepto de sistema en la teoría del derecho del siglo XX.-

En la teoría del derecho, el siglo XX ha sido por así decirlo, "el siglo del sistema"; el período en el que la filosofía jurídica ha buscado reconstruir racionalmente la circunstancia que «en la realidad las normas jurídicas no existen nunca solas sino siempre en un contexto de normas, que tienen particulares relaciones entre sí» (Bobbio, 1993). El concepto de sistema – como es sabido – no nace en el siglo

1 Traducción de Marcelo Troncoso Romero, profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción (Chile).

2 Profesor de Filosofía del Derecho, Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho, Departamento de Jurisprudencia, Universidad de Génova (Italia). Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, via Balbi 30, 16126 Genova. gbratti@unige.it.

XX. Sin embargo, es en el siglo XX en que se conoce su máxima aplicación, especialmente en el ámbito jurídico³.

Desde las primeras teorías merkliana y kelseniana del derecho como *Stufenbau* (i.e. construcción escalonada) hasta la teoría hartiana del sistema jurídico como unión de normas primarias y secundarias, terminando con las más recientes teorías de la sistematización y de la interpretación constructiva, el siglo XX puede ser considerado el siglo en el que el derecho está más repetidamente concebido como un conjunto estructurado y ordenado de elementos jurídicos.

En este sentido, las palabras que Bobbio (2007) dedica a la teoría kelseniana del derecho, pueden ser extendidas, *mutatis mutandi*, a gran parte de la producción jurídica del siglo XX:

«Quien busque conectar el proceso de formación de la teoría kelseniana del derecho con el espíritu de la época, no puede no introducir en la discusión la siguiente anotación: Kelsen comparte con algunos de los más grandes estudiosos contemporáneos en el ámbito de las ciencias sociales esta tendencia hacia el descubrimiento del sistema como meta última de la investigación, entendido el sistema como aquella totalidad cuya estructura una vez identificada permite explicar la composición, el movimiento y el cambio de las partes individuales. »

A decir verdad, la circunstancia de que las consideraciones de Bobbio puedan ser extendidas a las concepciones de muchos autores del siglo XX depende del hecho de que muchos de ellos han estado inspirados en la obra de Kelsen.

Las teorías de Bobbio y de Hart, como es sabido, son tentativas de afinar la concepción kelseniana o de responder a las preguntas más problemáticas que ella plantea. Análogamente, Raz, Harris, y Alchourrón y Bulygin se mueven en una óptica que, a pesar de tener una directa inspiración hartiana, debe a Kelsen sus más profundas raíces sistemáticas.

En la teoría del ordenamiento jurídico, precisamente a partir de la obra de Kelsen, el concepto de sistema es utilizado sobre todo para analizar algunas de las preguntas más problemáticas del estudio teórico del derecho, como los

³ Pérez (2006)

«la historia del concepto de sistema jurídico invita a destacar la importancia de dos periodos históricos: un momento fundacional ubicado en los siglos XVII y XVIII y representado por el iusnaturalismo racionalista y un período de esplendor y máxima influencia contemporánea encarnado por el positivismo jurídico del siglo XX»

problemas de la unidad, de la identidad, de la coherencia, de la plenitud, de la clausura de los conjuntos de normas.

En el presente ensayo, examinaremos algunos de estos problemas – los más relevantes para nuestros fines – analizando las respuestas (por lo demás no del todo satisfactorias) que a éstos se han dado por las principales teorías analíticas del sistema jurídico elaboradas en el curso del siglo XX. De este modo, trataremos de dar cuenta de la evolución del concepto de sistema jurídico en el siglo recién pasado.

Sin embargo, antes de pasar a ese análisis es oportuno introducir, aunque sea sucintamente, las tesis difundidas entre los juristas dogmáticos (y teorizada por una cierta forma antigua de positivismo) en relación a la naturaleza sistemática del derecho, como base pre-analítica para la investigación metateórica que seguirá.

2. El positivismo jurídico como teoría.-

Entre las modernas concepciones del sistema jurídico, existe una que aún hoy concentra gruesas filas de acólitos, sobre todo en los países de tradición romanística: ella proviene directamente de (o quizás se identifica con) una particular versión del positivismo jurídico, aquella que con Bobbio podemos denominar “positivismo jurídico como teoría”.

El positivismo jurídico como teoría es comúnmente caracterizado por al menos seis tesis, relacionadas entre sí en distintos modos, como lo señala Bobbio (1965) : 1) el derecho es un conjunto de reglas puestas por el Estado; 2) el derecho es un conjunto de reglas unitario, pleno y coherente, o sea un *sistema en sentido estricto*; 3) el derecho es un sistema de reglas que se hacen valer por la fuerza o que regula el uso de la fuerza en el ámbito de un determinado grupo social; 4) (todas) las reglas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico se pueden configurar como mandatos; 5) la fuente legislativa es la fuente jurídica por excelencia (preeminente), siendo todas las demás fuentes “subordinadas” o “aparentes”; 6) la actividad del jurista y del juez son actividades esencialmente cognitivas de descubrimiento, descripción y desarrollo lógico para el jurista y de mera aplicación “mecánica” de reglas generales preexistentes a casos individuales para el juez. (Bobbio, 1961)

Las tesis que se han demostrado más duraderas en el curso de los años son precisamente aquellas que más interesan en esta sede, vale decir las tesis (2) y (6); tesis características del positivismo teórico, que muy curiosamente, se encuentran en algunas concepciones recientes radicalmente antipositivistas.

La tesis (2) es, según Bobbio, la tesis fundante y constitutiva del positivismo jurídico. En efecto, Bobbio (1961) observa:

«Mientras otras teorías juspositivistas [...] habían surgido con anterioridad, y el positivismo jurídico se limitaba a hacerlas propias y a reelaborarlas con mayor coherencia, la teoría del ordenamiento jurídico fue “inventada”, es decir introducida *ex novo* por el propio positivismo. En efecto, antes de su desarrollo falta en el pensamiento jurídico el estudio del derecho considerado no como norma singular o como amasijo de normas singulares, sino como una entidad unitaria constituida por el conjunto sistemático de todas las normas. »

El derecho así como lo concibe el formalismo jurídico, se estructura como un sistema, pues tiene una única fuente de derivación formal, y se constituye fundamentalmente, como un conjunto de normas al mismo tiempo coherente y completo.

El positivismo jurídico como teoría constituye – en palabras de Bobbio (1980) – «la expresión de, o la toma de conciencia por parte de, los juristas, de aquel complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado» (p. 107). En otras palabras, el positivismo jurídico constituye la teoría que acompaña (o mejor que encarna el resultado jusfilosófico más notable de) la transformación desde el Estado particularista al Estado centralizado y centralizador; cambio que encuentra una adecuada transposición jurídica en el sistema de las fuentes, con el paso del derecho consuetudinario y/o del derecho escrito disperso en una miríada de fragmentos – ambos entramados vueltos aún más caóticos por una densa red cruzada de privilegios y excepciones – a un largo y complejo proceso de simplificación y sistematización, que desembocó finalmente en las grandes codificaciones de fines del siglo XVIII y principios del XIX.

El fruto del proceso de codificación – los códigos, particularmente los civiles y penales – ha encarnado durante mucho tiempo, en el imaginario jurídico profesional y no sólo en él, el resultado más elevado de los diseños sistematizadores del siglo XVII y la realización efectiva de las aspiraciones ordenadoras de la razón ilustrada. Como bien observa Séve (1986)

« La idea de sistema ha sido por largo tiempo identificada no tanto con la totalidad abstracta que es el sistema jurídico de la teoría del derecho contemporánea cuanto con el sistema – sin duda particular, pero, si así cabe decir, bastante más tangible – que es el código. »

La codificación, se sabe, no tuvo lugar en los distintos Estados de la Europa continental en el mismo periodo histórico. Sin embargo, en la época de las grandes codificaciones la idea de sistema estaba ya ampliamente difundida en todo el continente europeo. Allí donde el sistema no adoptó la forma unitaria del código, la ciencia del derecho, particularmente la ciencia del derecho privado, había forjado una idea de sistema en cierto modo similar, especialmente por lo que se refiere a los perfiles lógico-deductivos, que desembocó en las grandes codificaciones del siglo XIX. Es más bien con la Escuela Histórica alemana que la idea de sistema alcanza su ápice, uniendo a los caracteres lógico-formales de las codificaciones de ascendencia jurracionalista, características holísticas y organicistas propias de las ciencias naturales.

El código maduro, de fines del siglo XVIII y principios del XIX, no es – a diferencia de las codificaciones “cuantitativas” del inicio del siglo de las luces – una mera colección de documentos normativos anteriormente dispersos: es por el contrario, por lo menos en la intención de los redactores, un verdadero sistema, con el cual se entiende hacer *tabula rasa* con el derecho precedente, demasiado caótico e intrincado, y sustituirlo por un documento normativo único, unitario, no heterointegrable, redactado en un estilo claro, simple y conciso, y dirigido a un único sujeto jurídico (Tarello, 1976)

La idea de que el derecho, una vez “puesto” en su forma codificada, presenta las características de ser unitario, pleno y coherente ha formado parte durante mucho tiempo (y a decir verdad aún forma parte) del bagaje conceptual de los juristas europeos, al punto que muchas de ellas a menudo han pasado de ser características contingentes, propias de un cierto momento históricamente acotado, a caracteres intrínsecos del derecho. Se puede entonces afirmar con Bobbio (1980), que las características del derecho vigente no fueron «descubiertas como consecuencia de la consideración del derecho como hecho, sino como consecuencia de haber identificado en una época histórica dada, que coincide con la concentración de la producción jurídica en los órganos estatales, el fenómeno jurídico con el conjunto de las reglas producidas por el Estado»

Desde esta óptica, el orden del dato jurídico positivo era susceptible de ser interpretado como un fenómeno por así decirlo, anfíbio; extrínseco para el legislador que forja el material jurídico de modo racional y sistemático, intrínseco para los estudiosos que descubren ese orden en los enunciados jurídicos de los códigos y se abstienen de alterarlo. En otras palabras, si por un lado es verdad que muchos códigos (sino todos) se basan en la sistemática doctrinaria de manera tal que con su redacción «queda al menos parcialmente anulada la diferencia entre manual y código» (Strömholm, 1975) es también verdad, que el código

una vez dictado (promulgado), se vuelve un objeto autónomo, independiente de cualquier sistemática que no sea aquella ínsita en su estructura, susceptible de conocimiento y descripción: en síntesis, «un sistema cerrado, en cuyo ámbito se puede y se debe encontrar respuesta a los problemas que puedan plantearse» (Strömholm, 1975).

El formalismo jurídico, surgido luego de la concentración de la producción jurídica por parte del Estado y en muchos casos, luego de la experiencia codificadora, requirió sin embargo, una peculiar teoría de la interpretación y de la aplicación que se conformase con las características formales y conceptuales del sistema legislativo (tesis 6). Una teoría de la interpretación, que sancionara los métodos mediante los cuales se habría podido reproducir el sistema codificado por el legislador sin interpolar en ella elementos apócrifos y sin realizar esfuerzos semánticos indebidos que habrían podido minar su estructura coherente. Para mayor detalle, podemos esbozar al menos dos teorías formalistas difundidas en momentos históricos sucesivos.

Según una primera teoría formalista de la interpretación – en auge inmediatamente después de la codificación y sobre todo en Francia donde asumió el nombre de *Ecole de l'exegèse* – el orden (donde por “orden” se entiende tanto el topográfico como el conceptual) del código debía ser preservado a cualquier costo: fueron por lo tanto suprimidas, o consideradas al menos criticables todas aquellas labores (de comentario) que se alejaban de la sistemática del código y/o que subsumían los términos empleados por el codificador en conceptos más amplios de creación doctrinaria, prefiriendo aquellas operaciones que, al contrario, conservaran la estructura originaria del código. En este contexto, la teoría formalista privilegia el uso de argumentos rigurosamente literales, y particularmente el argumento *a contrario* (en su variante interpretativa) y reduce la decisión judicial a una mera operación silogística.

Para una segunda teoría “formalista” de la interpretación, menos rigurosa respecto a la sistematización topográfica de las distintas partes de la legislación, desarrollada sobre todo en Alemania, donde, como bien se sabe, faltó hasta principios del siglo XX una codificación legislativa, la actividad exegetica y aplicativa consistían en operaciones desarrolladas al interior de un contexto no (necesariamente) identificable con el legislativo, sino que más bien situadas en el sistema de conceptos elaborados por los cultores de la ciencia del derecho, en sus diversas sistemáticas. En el curso de esta elaboración, el jurista proponía una representación del contenido de una o más normas, recurriendo a conceptos cada vez más generales. Se desarrollaba así un procedimiento de interpretación, denominado precisamente “sistemático” que consistía en recabar el significado

de una disposición jurídica por la posición que ella ocupaba en un determinado sistema. En este segundo caso, el carácter formal de la operación interpretativa deriva (no ya del hecho de que el intérprete se atuviera a la forma de la ley para preservar su contenido, sino) del hecho que el intérprete determinaba las características de algún sector, materia o instituto, fundándose sólo sobre textos jurídicos y sus operaciones conceptuales sin preocuparse del significado práctico y de la finalidad real de aquella rama del derecho.

Aquí se plantea la conocida dicotomía entre sistema interno y sistema externo⁴. Mientras que con el primer tipo de interpretación el jurista pretendía no alterar el orden interno de las disposiciones de un sistema que él encontraba (o pretendía encontrar) bien hecho, con el segundo tipo de interpretación, imponía una suerte de superestructura formal al derecho positivo y en el contexto de esta estructura conceptual realizaba su labor exegética. En ninguno de los dos casos, el jurista estaba llamado a recurrir a elementos extraños (históricos, teleológicos, funcionales, económicos, culturales, ambientales, etc.) al derecho positivo o al sistema de los conceptos jurídicos.

En efecto, como acertadamente observa Bobbio (1963)

«Desde la victoria del movimiento de la codificación en adelante (por lo menos en la Europa Continental), la plenitud devino un ideal permanente del jurista, al punto de llegar a ser considerado como uno de los motivos más constantes y característicos de aquella corriente de pensamiento jurídico que ha tenido lugar en este siglo (y lo tiene en parte ahora) denominado “positivismo jurídico”»

Partiendo desde las características peculiares, históricamente contingentes de algunos documentos legislativos, la teoría positivista continental ha venido madurando una visión del derecho ligada a las características sistemáticas (unidad, coherencia, plenitud) forjadas en la etapa de la concentración de los poderes y de la codificación legislativa, extendiendo tales características a todo el ordenamiento jurídico.

Ahora se trata de pasar a ver de qué modo los mayores teóricos positivistas del siglo XX han tratado, de manera analítica, los problemas que se han

⁴ Sobre la cual, vid. M.G. Losano, (2002). Concebido como sistema interno, el derecho es, ontológicamente, un sistema ya que los elementos que lo conforman son intrínsecamente correlacionados entre sí mediante algún criterio ordenador. Si se concibe como sistema externo el derecho es, metodológicamente, un sistema en tanto que es ordenado *ab extra*, a efectos explicativos o prácticos, por los operadores jurídicos o los teóricos del derecho.

introducido, es decir, en qué modo se han explicado las intuiciones comunes de los operadores jurídicos según las cuales el derecho se constituye como un sistema fundamentalmente pleno, unitario y coherente de normas.

3. La sistematicidad estructural del ordenamiento jurídico.-

Según una de las tesis más difundidas en la teoría jurídica analítica del siglo XX, el derecho es un sistema en cuanto está dotado de una estructura jerárquica piramidal, en cuyo ápice se encuentra una norma suprema a la cual todas las normas del sistema están directa o indirectamente supeditadas.

Esta tesis, de ascendencia merkliana (Merkel, 1931), se encuentra, aunque bajo formas diversas en la obra de los dos mayores teóricos del derecho del siglo XX – Kelsen y Hart – de cuyo examen nos ocuparemos ahora.

En el ápice del sistema Kelseniano se encuentra la norma fundamental. Como se sabe, la norma fundamental no es una norma positiva, sino una norma “presupuesta”, necesaria, *inter alia*, para concebir un ordenamiento jurídico como un sistema (Losano, 1999). Kelsen (1945) escribe que: «Todas las normas cuya validez puede ser reconducida a una única norma fundamental constituyen un sistema de normas»). De aquí se sigue la naturaleza externa del sistema kelseniano, cuya unidad depende de una hipótesis científico-jurídica de la que el jurista se sirve para “ordenar” el derecho.

En el ápice del sistema Hartiano está la regla de reconocimiento. Como se sabe la naturaleza de la regla de reconocimiento es controvertida (Ratti, 2012). Según algunos constituiría una definición recursiva de “derecho válido” (Bulygin, 1976); para otros, por el contrario, sería una verdadera regla de conducta, vinculante para los jueces (Raz, 1971); para otros, aún, sería la unión de una definición y de una metanorma iterativa (Caracciolo, 1994)⁵. En cada caso,

⁵ Caracciolo (1994)

«Podría pensarse, como lo hace Raz, que se trata entonces, de una regla imponiendo a los jueces y demás funcionarios, la obligación de recurrir a sus criterios, pero el mismo Hart insiste que los órganos “usan” la regla, no la obedecen. La regla “regla de reconocimiento” no parece ser ninguna regla de conducta. Cabría pensarla, entonces, como una regla conceptual que define la expresión “norma válida”. Pero esta caracterización sigue siendo imprecisa. Una definición es una estipulación sobre el uso de algún concepto, y en cierto sentido, es arbitraria. La regla de reconocimiento tampoco es una estipulación sobre el uso de algún concepto, y en cierto sentido, es arbitraria. La regla de reconocimiento tampoco es una estipulación conceptual de este tipo, por lo menos, en la caracterización de Hart. Más bien es un enunciado descriptivo que se limita a indicar, si es que pueden ser identificados, los criterios utilizados por los funcionarios y por consiguiente, puede ser verdadera o falsa».

es una opinión generalmente compartida que la regla de reconocimiento – a diferencia de la norma fundamental – forma parte del derecho positivo⁶. En la medida que la existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho, el ordenamiento hartiano se presenta como un sistema fundamentalmente interno cuya sistematicidad depende de las relaciones que existan entre las normas del ordenamiento normativo. Veremos luego, sin embargo, que el ordenamiento hartiano puede decirse sistemático sólo en sentido débil (o incluso debilísimo).

Norma fundamental y regla de reconocimiento, incluso con sus significados distintos, comparten la naturaleza “fundacionalista” de ser postulados que hacen posible concebir el derecho como un sistema⁷. Ellas cumplen, en un sistema normativo, la misma función que los postulados (hipótesis) realizan en un sistema científico (Bobbio, 1993).

En la teoría de Kelsen (1945), cada ordenamiento (así como cada objeto de conocimiento científico) debe ser reconstruido de manera sistemática, a partir de una hipótesis teórica que permita describirlo unitariamente de aquí deriva la necesidad de concebir dos diversas normas fundamentales – una de carácter estático deductivo para los sistemas morales, la otra de carácter dinámico delegatorio para los sistemas jurídicos. Por otra parte, la *reductio ad unum* del ordenamiento a la norma fundamental es condición necesaria, pero no suficiente para concebirlo como sistema en sentido estricto. A esta característica deben agregarse las de la plenitud y sobre todo, la de la coherencia.

En la teoría de Hart, un ordenamiento jurídico puede decirse sistemático por el solo hecho de presentar una estructura compleja, articulada en varios niveles (Hart, 1961)⁸. El carácter sistemático del derecho no depende, por lo tanto, de

6 Esto crea claros problemas de circularidad, tal y como lo señala R. Caracciolo (1994):

«Si se insistiera como probablemente lo haría Hart en la afirmación de que los criterios de validez son proporcionados por la regla de reconocimiento y que esta forma parte del derecho, lo que a su vez significa que pertenece al sistema, la circularidad del criterio de pertenencia es inevitable. En efecto, si se afirmara, verbigracia, que las normas N, N_1, N_2, \dots, N_n que son aplicadas por los funcionarios de un sistema S , pertenecen a S porque satisfacen los criterios de la regla de reconocimiento de S , la pertenencia de S de tal regla de reconocimiento sólo puede demostrarse si proporciona los criterios a tenor de los cuales N, N_1, N_2, \dots, N_n , que son las efectivamente aplicadas por los funcionarios, pertenecen a S .»

7 La posibilidad de “reducir” tanto la norma fundamental como la regla de reconocimiento a definiciones recursivas de “derecho válido” es discutida en E. Bulygin (1991).

8 Hart, (1961):

« Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla. ¿Es válida esta pretendida ordenanza del County Council de Oxfordshire? Si: porque fue dictada en ejercicio

su eventual carácter formal (coherencia y plenitud) sino de las interrelaciones entre normas primarias y normas secundarias (Bobbio, 1994)⁹, y en particular del hecho de que todas las normas sean reconducibles a un elemento común único (la regla de reconocimiento). Es por este motivo que el derecho primitivo, compuesto sólo por normas primarias, no puede denominarse “sistema” (Hart, 1963)¹⁰.

Kelsen no concibe el derecho sino en un modo sistemático: el ordenamiento jurídico – cualquier ordenamiento jurídico – puede (más bien debe por razones epistemológicas) ser configurado como un sistema unitario, coherente, y pleno. Por el contrario, para Hart, sólo el derecho de los ordenamientos evolucionados es verdaderamente sistemático (y es sistemático en cuanto puede ser reconducido a una única, positiva, regla de reconocimiento)¹¹. Así lo recoge Bobbio (1994):

«La diferencia entre Kelsen y Hart está en esto: Kelsen, reaccionando a la *communis opinio* positivista, tiende a formular un concepto de derecho tan amplio que comprende además del ordenamiento estatal, el ordenamiento de las sociedades primitivas y el de la comunidad internacional, mientras Hart, influenciado principalmente por el positivismo a través de Austin, [...] construye un concepto de derecho

de las potestades conferidas, y de acuerdo con el procedimiento especificado, por un decreto del Ministerio de Salud Pública. A este primer nivel, el decreto suministra los criterios para apreciar la validez de la ordenanza. Puede no haber necesidad práctica de seguir adelante; pero existe la posibilidad de hacerlo. Podemos cuestionar la validez del decreto y apreciarla en términos de la ley que faculta al Ministro a adoptar tales medidas. Finalmente, cuando la validez de la ley ha sido cuestionada, y determinada por referencia a la regla que establece que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, alcanzamos un punto donde debemos detener nuestras investigaciones referentes a la validez: porque hemos llegado a una regla que, a semejanza del decreto y de la ley intermedios, proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas »

9 Sobre la identidad de las reglas de cambio y la regla de reconocimiento, ver N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, p. 233 ss. Para una opinión contraria véase J. Raz, *The Identity of Legal Systems*, ob. cit., p. 93: «To claim that the rule of recognition is a power-conferring rule is to confuse it with either rules of change or rules of adjudication».

10 Escribe Hart, que las reglas primarias por sí solas « no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca, común identificatoria» (p. 114-115).

11 U. Scarpelli, (1985) subraya otra importante diferencia:

«Mentre il modello kelseniano ci dà un ordinamento necessariamente dinamico, il modello hartiano ci dà un ordinamento che potrà essere eventualmente, almeno in parte, statico. Una norma di riconoscimento, infatti, secondo Hart non fa necessario riferimento alla produzione di norme»

que debe permitirle distinguir entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento de las sociedades primitivas»¹².

Aunque entre la norma fundamental y la regla de reconocimiento existen diferencias profundas, ambas desarrollan la tarea de estructurar jerárquicamente el ordenamiento normativo y, aun antes de eso, permiten identificar sus componentes y sus cambios (Raz, 1980)

Desde una perspectiva algo diferente, se puede afirmar que tales normas permiten también explicar la común intuición según la cual un sistema jurídico no cambia incluso cambiando continuamente (algunos de) sus componentes¹³. Utilizando una terminología introducida por Joseph Raz (1971), podemos convenir en denominar “problemas de alcance, o extensión” (*questions of scope*) a los problemas relativos a la identificación de los elementos que componen un sistema jurídico y “problemas de continuidad” (*questions of continuity*) a los problemas concernientes a «los diversos modos en que un sistema jurídico deja de existir y es sustituido por un nuevo sistema».

Una de las principales contribuciones de la concepción de Raz a la teoría del sistema jurídico consiste en haber identificado una ambigüedad fundamental en el uso de la locución “sistema jurídico”¹⁴ (aunque luego no haya sabido aprovechar teóricamente muchas de las consecuencias de esta distinción). En efecto, con “sistema jurídico”, los juristas han a menudo designado indistintamente: i) el

12 N. Bobbio, (1977):

«La teoria dinamica dell'ordinamento giuridico difficilmente sarebbe potuta nascere dalla riflessione su una costituzione di uno stato assoluto o di una società primitiva. Il che non toglie che la rappresentazione dell'ordinamento giuridico come sistema gerarchico a molti gradi serva a comprendere meglio anche gli ordinamenti più semplici, cioè serva a comprendere che anch'essi hanno una struttura, e costituiscono un sistema, non sono cioè un coacervo di norme»

13 Entre las ideas relativas al sistema jurídico más difundidas entre los juristas hay aquella según la cual los cambios del ordenamiento jurídico influyen en su contenido, pero no en su identidad, es decir que el ordenamiento jurídico puede durar en el tiempo sin perder su identidad pese a que su contenido pueda cambiar de momento en momento (C.E. Alchourrón & E. Bulygin, 1991).

14 J. Raz, (1979)

«The phrase 'The English legal system at the beginning of the reign of Elizabeth II' is ambiguous. It may refer to the momentary system of that particular time or to the legal system to which this momentary system belongs. Often such phrases are used to refer to neither, but to the system of the period: that is to the laws valid at one moment or another during some span of time longer than a moment and shorter than the total duration of the legal system. A momentary legal system is a subclass of a legal system: For every momentary legal system there is a legal system that contains all the laws of the momentary system. Two different momentary systems which are subclasses of one legal system may overlap or even be identical in their laws, or they may have no law in common».

conjunto de todas las normas vigentes, que se han sucedido en el curso del tiempo; ii) el conjunto de las normas vigentes en un momento determinado. (Caracciolo, 1988)

De lo anterior se sigue la necesidad de concebir el ordenamiento jurídico como una secuencia de sistemas momentáneos (sincrónicos) y de distinguir entre criterios de pertenencia *genéricos* relativos a la identificación de los sistemas momentáneos que componen el ordenamiento jurídico y los criterios de pertenencia *específicos* que permiten identificar los componentes individuales de los sistemas momentáneos (Caracciolo, 1988). Los problemas de alcance o extensión se refieren a la búsqueda de criterios de identidad de los sistemas jurídicos momentáneos, mientras que los problemas de continuidad son relativos a la búsqueda de un criterio para establecer si dos sistemas momentáneos diversos pertenecen a un único sistema (u ordenamiento) jurídico.

Desde un punto de vista sincrónico, un sistema momentáneo se modifica y en ese sentido cambia de identidad, cada vez que una norma nueva sea introducida o una norma preexistente sea derogada (o anulada) o sustituida.

Desde un punto de vista diacrónico, por el contrario, la identidad de cada sistema (no momentáneo) se basa, en última instancia, en la identidad de su norma última o suprema. (Guastini, 2006)

Como se ha señalado, en Kelsen (1982) la noción de identidad se relaciona con la noción de norma fundamental. Aquello parecería mostrar que, para Kelsen el ordenamiento jurídico es un sistema no momentáneo, ya que su identidad no cambia al cambiar sus componentes. Sin embargo, esta primera impresión choca con la tesis kelseniana según la cual la unidad del ordenamiento jurídico está determinada entre otras cosas, por la ausencia de contradicción entre sus normas. Un sistema no momentáneo (es decir, un ordenamiento jurídico) comprende todas las normas emanadas de la autoridad normativa hasta el momento de la constitución del ordenamiento mismo. Concebir una tal diversidad de normas como un conjunto necesariamente coherente parece al menos difícil, aunque sólo sea por el hecho de que a menudo las normas derogadas son sustituidas por otras incompatibles con ellas: lo que al parecer sugiere que el ordenamiento jurídico kelseniano tenga carácter momentáneo (Harris, 1979). Una manera de intentar conciliar ambas tesis en conflicto podría quizás consistir en concebir la coherencia como un atributo sólo de los sistemas momentáneos (a través de la doctrina de la cláusula alternativa tácita que examinaremos en el próximo párrafo) y en identificar en la norma fundamental el criterio de identidad de todo el ordenamiento jurídico, de manera tal que la sistematicidad lógica se situaría

en el nivel de alguno de los sucesivos sistemas momentáneos, mientras que la sistematicidad que habíamos definido como “estructural” se situaría en el nivel del ordenamiento jurídico. (Alchourrón, Martino, 1979)

En la teoría hartiana, la identidad de un sistema depende de la regla de reconocimiento. Como veremos, Hart (1961) es claro en sostener que la regla de reconocimiento comprende además de los criterios para la determinación del derecho válido, los criterios para resolver los conflictos entre las diversas fuentes del derecho. Eso hace del derecho un conjunto ordenable de normas (Raz, 1971). Sin embargo, el hecho de que el derecho sea ordenable no significa que sea necesariamente ordenado y sobre todo que no puedan surgir conflictos normativos imposibles de resolver con sólo los medios puestos a disposición por el ordenamiento. El hecho de que el ordenamiento no deba ser necesariamente coherente argumenta a favor del carácter no momentáneo del sistema jurídico identificado por medio de la regla de reconocimiento.

4. La sistematicidad lógica del ordenamiento jurídico.-

Un sistema dinámico, especialmente por el modo en que es concebida su unidad, no es necesariamente ni coherente ni completo, ya que no hay ninguna necesidad lógica de que la autoridad competente para dictar normas válidas en el sistema dicte normas que no entren en contradicción con otras normas del mismo sistema ni que dicte todas las normas que deben ser dictadas para que una materia quede completamente regulada. (Bobbio, 1963)

Con el fin de explicar las intuiciones pre-analíticas de los juristas, los teóricos del derecho que han seguido la vía “ordinamental” del problema del sistema en el derecho no han podido menos que aparejar a una sistematicidad estructural, una sistematicidad lógica, y por lo tanto, atemperar el carácter dinámico del ordenamiento con los caracteres formales considerados propios del sistema en sentido estricto: coherencia y plenitud.

Era (y en parte aún es) una opinión difundida aquella según la cual el derecho sería un conjunto de normas necesariamente “cerrado”, es decir, que no necesita integración, en cuanto contendría los medios para calificar cada caso y cada acción sería, en consecuencia, deónticamente determinada o determinable en el ámbito del sistema. Tal convicción se conoce con el nombre de “dogma o postulado de la plenitud”¹⁵.

¹⁵ El dogma de la plenitud del derecho nace, en realidad, como dogma de la plenitud de la ley y solo después se desarrolla en la dirección indicada en el texto. Observa al respecto N. Bobbio (1994):

Es también difundida la opinión según la cual el ordenamiento jurídico consiste en una totalidad coherente de normas jurídicas. Los conflictos entre normas son considerados por los juristas como meros conflictos aparentes, que se disuelven después de haber considerado los elementos relevantes para la calificación de un caso determinado (Alchourrón, 1991). Más precisamente se suele sostener que el carácter sistemático de un conjunto normativo depende de la ausencia de conflictos entre las normas que lo componen, de manera tal que un sistema incoherente sería una verdadera contradicción¹⁶.

Se sabe cómo nacieron tales dogmas, en gran medida por la necesidad de proveer al juez, sobre quien pesa el deber del *non liquet* y la obligación de motivar jurídicamente las decisiones, una solución para cada caso jurídicamente relevante. «Para la jurisdicción, todo ordenamiento versa sobre, pero no por eso califica, todo» (Conte, 1962): el juez debe dirimir cada controversia, aun cuando falte la solución o que el ordenamiento lo resuelva en forma contradictoria. De aquí nace la exigencia de que el ordenamiento sea pleno y coherente: exigencia que como veremos, se revele bastante difícil (sino imposible) de alcanzar desde un punto de vista ordinamental.

4. 1. Fundamentos del dogma de la plenitud del derecho.-

Dos de los argumentos más utilizados para fundamentar el dogma de la plenitud de los sistemas jurídicos son el del *rechtsleerer Raum* (teoría del espacio jurídico vacío) y el de la norma general excluyente o negativa (o en la terminología de Alchourrón y Bulygin, “principio de prohibición”).

Con el primero de los dos argumentos (Bergbohm, 1892), se sostiene que no puede haber lagunas ya que todo lo que no está calificado por el derecho es por lo mismo irrelevante desde el punto de vista jurídico y se encuentra en una “espacio jurídico vacío” al que el derecho, no se extiende.

Con el segundo argumento, por el contrario, se sostiene que pertenece al ordenamiento jurídico (a cualquier ordenamiento jurídico) una norma que

«Il dogma della completezza della legge (si badi, non del diritto) nasce [...] nell'età moderna con la formazione dei grandi Stati accentratori, che a poco a poco monopolizzano l'esercizio della produzione giuridica, delimitando, da un lato, l'ambito di efficacia del diritto consuetudinario o addirittura sostituendolo con il diritto scritto, ed eliminando, d'altro lato, la fonte concorrente, il diritto giudiziario, attraverso la trasformazione del giudice in funzionario dello Stato, chiamato ad applicare soltanto il diritto prodotto o autorizzato dalla volontà del sovrano che si esprime attraverso le leggi».

¹⁶ Cfr. N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, ob. cit., p. 209; H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, ob. cit., pp. 330 ss.; J.W. Harris, *Law and Legal Science*, ob. cit., p. 81.

establece “Todo lo que no está expresamente prohibido está implícitamente permitido”.

Como observa Conte (1962):

«la diferencia entre el fundamento de la plenitud en la *rechtsleerer Raum* y en la norma general excluyente puede formularse así: para la doctrina del *rechtsleere Raum*, la falta de calificación es irrelevante; para la doctrina de la norma general excluyente, la falta de calificación es indiferente. Para la primera doctrina, si un acto no está calificado el agente está libre del derecho; para la segunda doctrina si una conducta no está calificada el agente es libre en el derecho. La primera libertad es libertad *de facto*; la segunda, libertad *de iure*».

Ambas fundamentaciones del dogma han sido objeto de múltiples objeciones: aquí nos detendremos sobre aquellas que parecen las más relevantes.

Según Bobbio (1993)¹⁷, la identificación de un espacio jurídico vacío consiste, en sustancia, en la (errónea) identificación de lo jurídico con lo obligatorio. Para sostener una tesis como ésta, es necesario eliminar el permiso como modalidad deóntica; lo que es permitido, para la doctrina del *rechtsleere Raum* es jurídicamente irrelevante, pero en este caso el derecho por definición no tiene lagunas. Un argumento similar es retomado por Conte, según quien, si el espacio jurídico vacío no tiene un estatus deóntico no se puede decir que no existan lagunas normativas: «lagunas hay, y precisamente en eso consiste el espacio jurídico vacío. *Rechtsleere Raum* no es otra cosa que un nombre puesto a las lagunas, un eufemismo» (Conte, 1962)

La plenitud basada en la norma general excluyente ha sido criticada por medio de diversos argumentos. La principal refutación de esta fundamentación de la plenitud, que se debe a Alchourrón y Bulygin, no se analizará aquí¹⁸.

En esta sede, bastará anotar que no existe nada que garantice la presencia de una norma general y excluyente en un ordenamiento jurídico. Además, es dado observar también que cuando una norma tal pertenece a un ordenamiento jurídico determinado, ella por lo general produce efectos sólo en algunos subsistemas (y

17 N. Bobbio (1993). Para una crítica de algunas tesis de Bobbio, cfr. A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, ob. cit., p. 90, n. 18.

18 Para una discusión del famoso argumento se me permita remitir a mis ensayos: *Five Faces of the Incompleteness of Law*, en “Revista Brasileira de Filosofia”, 240, 2014; *Two Conceptions of the Legal System*, en “Ragion Pratica”, 44, 2015.

no para todo el ordenamiento jurídico). Este es el caso del ordenamiento italiano, respecto al cual la norma general excluyente rige para el derecho penal, pero no en el derecho privado, respecto al cual rige una norma opuesta: la denominada “norma general incluyente”, según la cual en las situaciones de laguna se debe recurrir a las normas que regulan casos similares.

4. 2. El dogma de la coherencia.-

Los argumentos en que generalmente se fundamenta el dogma de la coherencia de los sistemas jurídicos son los siguientes (Caracciolo, 1994): 1) según un primer argumento, una autoridad normativa en cuanto “legislador racional” no puede crear sistemas incoherentes; 2) para el segundo argumento, aunque una autoridad normativa pueda de hecho dictar normas *prima facie* contradictorias, es siempre posible que, después de su (re)interpretación, quede asegurada la coherencia del sistema; 3) según un último argumento, el ordenamiento jurídico provee siempre (desde un punto de vista “empírico” o, alternativamente, desde un punto de vista lógico”) los criterios para resolver cualquier tipo de antinomia. Los tres argumentos esbozados parecen estar desprovistos de fundamento.

El primer argumento, se basa manifiestamente en una “antropomorfización”, bastante discutible teóricamente, del complejo procedimiento con el que se producen las normas en los ordenamientos jurídicos modernos. De hecho, es bastante improbable que la producción normativa, obra de órganos colegiados y ligada a múltiples exigencias, responda a un proyecto necesariamente racional, exento de contradicciones e incongruencias normativas. El ideal del “legislador racional” funciona, más bien, como un ideal regulativo (de la interpretación jurídica) y no como ideal reconstructivo (del ordenamiento jurídico): el derecho debería ser (pero no es necesariamente) el producto de una autoridad normativa racional. Derivar de la exigencia de racionalidad del sistema su racionalidad efectiva constituye una falacia bien conocida.

El segundo argumento no persuade porque no tiene en debida cuenta dos importantes circunstancias: i) en primer lugar, que la interpretación además de ser utilizada para resolver antinomias, es a menudo utilizada también para crearlas; ii) en segundo lugar, que puede darse el caso que existan contradicciones en el ordenamiento jurídico que no puedan ser resueltas sino a través de interpretaciones, consideradas por la “comunidad jurídica” como inaceptables (y que por lo tanto, en realidad, los dichos conflictos normativos no pueden de hecho ser resueltos por vía interpretativa)¹⁹. Entonces, si por

¹⁹ Z. Ziembinski (1969): «the real lawgiver may, of course, enact norms so evidently inconsistent with others, that it is impossible to veil this fact even using the most speculative rules of interpretation of legal provisions».

un lado es verdad que la interpretación puede ser un medio útil para resolver (*rectius*: para prevenir) las antinomias, sobre todo cuando está guiada por el ideal regulativo de la “racionalidad del legislador”, por otro lado es también verdad que existen límites, por así decirlo, culturales a la prevención de las antinomias: la prevención (o la solución por medio de la reinterpretación) puede ser aceptada sólo en la medida que no importe una ruptura con el dictado legislativo considerado racional por la comunidad jurídica.

El último de los tres argumentos tiene dos versiones: una “empírica”, la otra “lógica”. La versión “empírica” sostiene la tesis según la cual todo ordenamiento jurídico estaría dotado de criterios (explícitos o implícitos) para solucionar las antinomias (Raz, 1971), capaces de resolver cualquier conflicto entre normas. Esta versión del argumento no convence por las siguientes razones, principalmente: i) *in primis*, porque es falso que todo ordenamiento jurídico provea necesariamente los criterios para resolver las antinomias: a falta de criterios explícitos, se habla en estos casos de criterios implícitos de solución de antinomias. Sin embargo, no se distingue entre criterios “consuetudinarios” (es decir, criterios positivos no expresos) y criterios dogmáticos o jurisprudenciales de solución de las antinomias, confundiendo así entre el lenguaje del derecho y el lenguaje de los juristas, y en consecuencia entre sistematización interna y externa; ii) en segundo lugar, porque incluso si esto llegara a suceder, existiría la posibilidad de tener casos no resueltos por medio de los criterios ofrecidos por el ordenamiento. Esto ocurre comúnmente, en los ordenamientos jurídicos modernos, respecto a los casos de conflicto entre principios, que no se consideran posibles de resolver de modo definitivo mediante los criterios de la *lex superior*, de la *lex posterior* y de la *Lex specialis*, y hacen del ordenamiento jurídico uno “constitutivamente incoherente” (Viola, 1999). De hecho, la técnica de la ponderación, que en general es usada para resolver colisiones entre principios constitucionales, constituye un método para la solución de conflictos normativos “caso por caso” y no de antinomias entre normas que resuelvan supuestos de hecho abstractos, que son los únicos relevantes para la defensa del dogma en examen.

La versión “lógica” del argumento sostiene que la ausencia de antinomias en un ordenamiento jurídico es debida a la necesaria pertenencia al lenguaje del derecho de las leyes lógicas del principio de no contradicción y del tercero excluido (Gavazzi, 1993). En efecto, la conjunción de estos dos principios implica que dadas dos normas antinómicas, no pueden ser ambas válidas (no contradicción), pero tampoco pueden ser ambas inválidas (tercero excluido).

Esta versión del dogma de la coherencia tampoco persuade.

En primer lugar, las consecuencias del principio de no contradicción cambian al cambiar el significado de “válido”. Si “válido” significa “formalmente válido”, no se entiende como este principio se pueda aplicar a dos normas del ordenamiento jurídico, que bien pueden ser formalmente válidas, incluso teniendo contenidos incompatibles. Si “válido” significa “materialmente válido”, para sostener que una de las dos es necesariamente inválida es necesario postular la pertenencia a los ordenamientos jurídicos de las reglas para la solución de conflictos normativos: por lo tanto, en la versión empírica del argumento se vuelve a caer en los problemas ya examinados. Parece más plausible entender “válido” como “aplicable”: pero en este caso, la solución del conflicto no dirá nada en relación con la pertenencia de las normas al ordenamiento (es decir, no dirá nada acerca de la coherencia del ordenamiento mismo), sino que versará sobre la aplicación del conjunto antinómico al caso singular, así Gavazzi (1993):

«la labor del juez no es el de dirimir el conflicto entre las normas sino de aplicar una norma válida. No es de hecho necesario que reconozca y declare la invalidez de la otra: es necesario y suficiente que el juez aplique al caso una norma válida».

En segundo lugar, el principio del tercero excluido no tiene sentido si se interpreta como una principio acerca de la validez de las normas (entendiendo esta última como pertenencia de las normas a un sistema normativo): de hecho, esto significaría que un comportamiento está prohibido o permitido (es decir que necesariamente pertenece al ordenamiento una norma que prohíbe o una norma que permite tal comportamiento). Entendido en esta acepción, el principio del tercero excluido se reduce a una reformulación del dogma de la plenitud basado en la norma general excluyente: lo que socava irremediablemente su plausibilidad. Al contrario, este principio puede ser fructíferamente concebido como un principio relativo a la calificación deóntica de una acción o de un estado cosas: si se decide calificar normativamente una acción o un estado de cosas, será necesario (por razones lógicas) disponer su permisión o prohibición. Dicho de otro modo, cualquier comportamiento, si es objeto de calificación normativa es necesariamente prohibido o permitido (Bulygin, 2007): lo que obviamente no implica que un determinado comportamiento no pueda ser al mismo tiempo, prohibido y permitido.

4. 3. Plenitud y coherencia en la teoría jurídica del siglo XX.-

Muchas de las tesis hasta aquí bosquejadas han sido sostenidas por los más influyentes teóricos del siglo XX.

En la vasta obra de Kelsen, se pueden encontrar múltiples concepciones de la plenitud del derecho – todas basadas – aunque bajo formas diferentes – en la norma general excluyente²⁰.

Cuando Kelsen trata expresamente de la clausura de los sistemas jurídicos, hace uso de la norma general excluyente. “Todo lo que no está prohibido está permitido”, usando, sin embargo, el término “permitido” con acepciones diferentes.

En la primera *Reine Rechtslehre*, Kelsen (1934) sostiene que todo ordenamiento jurídico contiene, junto a las normas que obligan a sus destinatarios a comportarse de una manera determinada, la norma según la cual “se es libre de hacer o de no hacer aquello a lo que no se está obligado”.

En la *Teoría General del derecho y del Estado*, Kelsen (1945) reitera la tesis fuerte de la clausura del ordenamiento jurídico sosteniendo que existe, en cada ordenamiento jurídico, una regla negativa según la cual “Nadie está obligado a observar una conducta que no sea exigida por ley”. De esta tesis se hace derivar la tesis metajurisprudencial según la cual, en el caso de una controversia judicial en que la pretensión del actor no está fundada en alguna norma del ordenamiento, el juez debe rechazar la demanda, y dar razón al demandado aplicando la regla negativa de que se trata²¹.

En la edición de 1960 de la *Teoría pura del derecho*, se percató de la dificultad de demostrar la necesaria presencia de la norma general excluyente en cada ordenamiento jurídico, y ofrece una interpretación distinta del dogma de la plenitud. La norma general excluyente “Todo lo que no está prohibido está permitido” se limita en esta segunda versión, a establecer tautológicamente que lo que no está prohibido no está prohibido (en cuanto no calificado jurídicamente). En estos casos escribe Kelsen (1960), «tendremos entonces [...] un conflicto de intereses que el ordenamiento jurídico no previene; ningún orden jurídico puede prevenir todos los conflictos posibles de intereses». El juez, que se enfrente a casos no regulados por alguna norma jurídica, debería aplicar todo el ordenamiento. Si bien no es fácil decir en qué cosa consista la aplicación de todo el ordenamiento, Kelsen (1960) es claro al afirmar que:

20 Al respecto véase A.G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, ob. cit., pp. 81-85; y, sobre todo, C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, pp. 184 ss.

21 Esta última tesis ha sido recientemente adoptada, en años más recientes, por Atria y Ruiz Manero para criticar la teoría de la decisión judicial de Alchourrón y Bulygin. Cfr. F. Atria et al., *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

«La aplicación del ordenamiento jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación del derecho.»

Una posterior versión del dogma en la obra de Kelsen consiste en interpretar la *grundnorm* como el fundamento de la plenitud del ordenamiento. Es posible derivar la plenitud del ordenamiento de la norma fundamental asumiendo que todas las normas válidas (i.e. que deben su propia validez a la *Grundnorm*) establecen obligaciones o prohibiciones, y que en todas las demás situaciones no hay obligaciones ni prohibiciones y que en consecuencia existen permisos o facultades²².

Desde esta perspectiva, la plenitud se vuelve «causa del ordenamiento, condición de la (posibilidad de pensar) y de posibilidad del ordenamiento jurídico como tal» (Conte, 1962), de manera tal que la locución “ordenamiento jurídico incompleto” sería una contradicción en los términos.

Observa Conte (1962) que la deducción de la plenitud desde la *Grundnorm* no es correcta:

En efecto, ella (la *Grundnorm*) presupone que las normas jurídicas obligan o prohíben: pero esto es falso, porque hay también normas que califican según la modalidad deóntica “indiferente”. Por lo tanto, la norma fundamental debe más bien formularse así: “Sólo éstas y éstas son las obligaciones, sólo éstas y éstas son las prohibiciones, sólo éstas y éstas son las indiferencias”. Ahora desde la *Grundnorm*, así formulada se pueden derivar alternativamente dos consecuencias distintas. Si asumimos que de ser sólo éstas las prohibiciones, no se deriva que en las demás hipótesis exista permiso; que de ser sólo éstas las obligaciones no se deriva que en las demás hipótesis exista facultad; que de ser sólo éstas las indiferencias, no se deriva que en las demás hipótesis exista imperatividad (es decir obligatoriedad o prohibición) entonces de la *Grundnorm* no se deriva la norma general excluyente entendida como norma que califica como indiferente lo no calificado. Por el contrario (éste es el otro término de la alternativa), si asumimos que de ser sólo éstas las prohibiciones se deriva que en las demás

22 A.G. Conte (1962):

«La *Grundnorm* detta: ‘Queste e queste soltanto sono norme valide; tutte e sole le norme valide sono quelle che ripetono la propria validità dalla *Grundnorm*’. Se dunque questi e questi soltanto sono gli obblighi e i divieti, in tutte le altre ipotesi non vi è obbligo né divieto, ossia vi è permissione e facoltatività, ossia indifferenza».

hipótesis existe permiso, etc., entonces es verdad que lo no calificado, en cuanto no prohibido ni obligatorio es indiferente; pero de la propia *Grundnorm* deriva, por el mismo motivo, que lo no calificado en cuanto no indiferente (para la *Grundnorm* en efecto “sólo éstas y éstas son las indiferencias”), es imperativo, es decir, obligatorio o prohibido. Lo cual es contradictorio, es una antinomia.

De todo cuanto se ha dicho se sigue que la incorporación de la norma general y excluyente en la norma fundamental o no permite cerrar el sistema (y por lo tanto fracasa en su función específica) o permite cerrar el sistema al precio (insostenible para Kelsen, como veremos inmediatamente) de introducir las antinomias en el ordenamiento jurídico.

Según una conocida tesis del Kelsen “clásico”, el ordenamiento normativo concebido como sistema, además de ser pleno, no puede incorporar dos normas antinómicas, en el sentido de que las dos normas en conflicto no pueden ser ambas válidas: una (al menos) de ellas debe ser inválida²³. El ordenamiento jurídico entendido como sistema, es (debe ser) necesariamente coherente. Al respecto Kelsen (1945) observa²⁴:

«La norma fundamental establece que dada una determinada condición X debe haber una consecuencia A. De manera que establece que en la misma condición X no debe haber al mismo tiempo no A. En efecto, en la idea de derecho debe suponerse el principio de no contradicción, sin ello, se destruiría la noción de conformidad al derecho.»

El problema que la tesis de la coherencia necesaria del ordenamiento plantea a Kelsen, es el de explicar el fenómeno frecuente de las antinomias jurídicas: ¿cómo es posible dar cuenta de las contradicciones creadas por las distintas autoridades normativas en el ejercicio de sus funciones nomopoiéticas (de producción de normas) sin abandonar el postulado según el cual el derecho constituye un conjunto normativo coherente?

Respecto de normas contradictorias de igual jerarquía, Kelsen sostiene que el conflicto se puede resolver mediante el principio de la *lex posterior* o mediante la reinterpretación de los enunciados que las expresan. Cuando esto no es posible y el conflicto se vuelve insoluble «el legislador habría prescripto algo sin sentido; tendríamos un acto de imposición de una norma carente de sentido

23 Cfr. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, ob. cit., pp. 214 ss. S. Munzer, *Validity and Legal Conflicts*, en “Yale Law Journal” 82, 1972-73, pp. 1140 ss.; J.W. Harris, *Kelsen and Normative Consistency*, en R. Tur, W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

24 H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, ob. cit., p. 406.

como tal y, por ende, en general [...] de suerte que no aparecería ninguna norma jurídica objetivamente válida» (Kelsen, 1960).

Respecto a normas contradictorias de distinta jerarquía, Kelsen introduce la controvertida doctrina de la cláusula alternativa tácita.

Escribe Kelsen (1960):

«Si una ley emanada del órgano legislativo es considerada válida, aunque haya sido creada de manera diferente o tenga un contenido distinto de aquel prescrito por la constitución, deberíamos suponer que las prescripciones de la constitución concernientes a la legislación tienen carácter alternativo. El legislador, por lo tanto, está autorizado por la constitución para aplicar directamente las normas dadas por la constitución, o para aplicar otras normas que el mismo puede elaborar. De otro modo, una ley cuya creación o cuyo contenido no se conforme a las prescripciones directamente dadas por la constitución no podría ser considerada válida. »

Esta doctrina ha sido objeto de ásperas disputas, con posiciones extremas que van desde su expulsión para preservar la estructura conceptual de la teoría pura²⁵ hasta la dificultad de concebir una teoría pura sin dicha cláusula²⁶.

Aquí es necesario hacer notar que la doctrina de la cláusula alternativa tácita parece ser más que un criterio ínsito en el derecho positivo, un medio para la reconstrucción racional del derecho como sistema. La cláusula alternativa tácita está (no puesta por el derecho sino) presupuesta por la ciencia para poder concebir el derecho como un sistema (siempre) coherente, así como la norma

25 Cfr. E. Bulygin (1995)

«[Firstly] the alternative clause deprives all general norms of their normative character, for they become tautologous: whether the course of action chosen by the judge, it always conforms to the general norm applied, so a general norm cannot – for reasons of logic alone – be violated or infringed. But then it does not guide any conduct and so is not normative. [Secondly] the act of the judge creating an individual norm is not determined at all by general norms; so judges have absolute discretion for creating whatever individual norms they like. This leads to an extreme form of decisionism and is clearly incompatible with Kelsen's clear purpose to find a middle ground between formalism and decisionism. [...] There can be little doubt that the doctrine of the tacit alternative clause is not just erroneous, but plainly disastrous. It has such catastrophic consequences for the Pure Theory of Law that it can hardly be taken seriously. I think that in cases in which a particular doctrine invalidates a whole theory the sound policy is to drop the doctrine in order to save the theory. This is exactly what happens with the doctrine of the tacit alternative clause, which must be regarded as mere curiosity».

26 Véase, en la literatura más reciente, G.B. Ratti, *Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación*, en "Discusiones", XIV, 2015, pp. 255-258.

fundamental está presupuesta por la ciencia del derecho para configurar el derecho como sistema unitario²⁷. Por lo demás, también la cláusula alternativa tácita, puede quizás ser reconducida a la norma fundamental concebida como el elemento que permite reconstruir un mero conjunto de normas como un conjunto ordenado. De hecho, para Kelsen, los criterios usuales de solución de antinomias, así como las técnicas interpretativas destinadas a prevenirlas son no tanto criterios de derecho positivo sino «presupuestos de la ciencia del derecho. Esto quiere decir que forman parte del significado de la norma fundamental, que garantiza así tanto la unidad de las normas del derecho positivo cuanto la unidad de un sistema» (Kelsen, 1945). La cláusula alternativa tácita, según la cual “si una norma que debería ser juzgada inválida se mantiene sin embargo en el sistema (porque no hay una juez competente para invalidarla o bien porque el juez competente no la invalida), entonces es *como si* el órgano que la ha dictado estuviese tácita o implícitamente autorizado para dictarla”, permite así hacer coherente al ordenamiento jurídico mediante una estipulación, que elimina de raíz la posibilidad de la incoherencia, admitiendo que una autoridad legislativa se someta a una norma acerca de la producción jurídica de carácter alternativo. En la teoría de Hart, todas las principales tesis lógico-sistemáticas de Kelsen vienen invertidas.

Según Hart (1968), que en el ensayo *Kelsen's doctrine of the Unity of Law*, critica expresamente la explicación de los conflictos normativos proporcionada por Kelsen, los conflictos normativos, aun siendo indeseables desde el punto de vista axiológico son cualquier cosa menos imposibles desde un punto de vista lógico (y también relativamente frecuentes desde un punto de vista empírico). En *El concepto de derecho*, Hart (1961) afirma que en la mayor parte de los casos, los ordenamientos jurídicos contienen criterios para resolver posibles conflictos entre fuentes de distinto nivel jerárquico: lo que podría hacer pensar, *ictu oculi*, que Hart concibe el derecho como un conjunto fundamentalmente ordenado (o al menos ordenable) de normas. En aquellos ordenamientos en que existen estos criterios (lo que acontece en casi todos los ordenamientos jurídicos modernos, como subraya Hart), la coherencia constituye un ideal regulativo doble: i) por un lado, toda autoridad normativa está obligada a dictar normas que no entren en contradicción con normas superiores: ii) por otra parte, si el juez se encuentra frente a un conflicto entre normas de distinto ni el jerárquico está obligado a aplicar la norma superior.

27 L. Gianformaggio, *Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: a Paradox?*, en L. Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, ob. cit., p. 259; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 151; J.W. Harris, *Law and Legal Science*, ob. cit., p. 81.

Sin embargo, como aclara Bobbio, esto no es suficiente para concebir al derecho como un sistema en sentido estricto, ya que pueden presentarse situaciones en que el conflicto se presente entre normas del mismo nivel jerárquico y coetáneas, y que no sean por lo tanto aplicables los criterios (como el de la *lex posterior* y el de la *lex specialis*) usualmente empleados para resolver las antinomias (Bobbio, 1993).

Además de ser fundamentalmente incoherente, según Hart, el derecho es también incompleto en un doble sentido²⁸: a) de prever soluciones indeterminadas, porque la aplicación de toda norma en algunos casos (sean abstractos o en modo mediato concretos) es dudosa; y b) de no prever ninguna solución para algunos casos abstractos.

Esto parece poderse inferir de la siguiente observación de Hart (2000): «en cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente, parcialmente indeterminado o incompleto.»

En todo caso – y esto es lo que más interesa – según Hart, quienes sostienen que la teoría analítica del derecho concibe el derecho como un sistema lógicamente cerrado incurrir en una *entire misconception* (esto es, un error conceptual garrafal) (Hart, 1958).

Según Hart entonces, el derecho no puede ser concebido como sistema en sentido estricto, y se puede llamar sistema (en sentido amplio) por el simple hecho de estar compuesto por normas primarias y secundarias: lo que hace que el derecho sea un sistema por definición (puesto que casi todos los ordenamientos jurídicos modernos están configurados de ese modo).

El más conocido discípulo de Hart, Joseph Raz, sostiene una tesis opuesta a la de su maestro en el tema de la plenitud (de las lagunas).

Según una demostración bien conocida, Raz llega a sostener que el derecho es cerrado por razones lógicas. En efecto, Raz (1971) afirma que:

«contrariamente a la imaginación popular, no hay lagunas cuando el derecho guarda silencio. En esos casos, las reglas de clausura, que consisten en verdades analíticas más que en reglas de derecho positivo, entran en juego y previenen el surgimiento de lagunas».

28 Cfr. G.R. Carrió, *Professor Dworkin's Views on Legal Positivism*, en "Indiana Law Journal 55, 1979-80, pp. 209-246.

La regla de clausura, o mejor la verdad analítica que según Raz permitiría de cerrar el sistema jurídico sería aquella según cual “no es verdad que el derecho exige la comisión de *p* si y solo si es verdad que el derecho impone la omisión de *p*. Como ha sido demostrado formalmente²⁹, la “ley de Raz” se limita afirmar que “Todo lo que no es prohibido no es prohibido”, haciéndose eco así de la versión débil de la norma general excluyente, difundida por Kelsen en la segunda *Reine Rechtslehre*. Como se ha visto, esta versión de la norma general excluyente no está, de ningún modo, en posición de volver completos a los sistemas normativos.

5. De la teoría del sistema a la teoría de la sistematización.-

Los frutos de la aproximación ordinamental y macro-sistemática al problema del sistema jurídico, bosquejado en las páginas precedentes, sumados todos han sido modestos frente al objetivo que se busca: ninguna de las teorías examinadas llega a explicar completamente las razones por las cuales el derecho podría o debería concebirse como un sistema en sentido estricto. Las teorías que – como la de Kelsen y en parte la de Raz³⁰ – llegan aparentemente a ofrecer una reconstrucción rigurosamente sistemática del derecho despiertan más de una perplejidad. La presuposición de la norma fundamental como principio de la unidad del sistema, la fundamentación de la clausura del sistema en las diversas versiones de la norma general excluyente, la controvertida doctrina de la cláusula alternativa tácita son sólo algunos ejemplos de las dificultades encontradas por Kelsen para sostener la sistematicidad fuerte del derecho: no es casualidad que en sus últimos trabajos Kelsen niegue muchas de las tesis sistemáticas sostenidas en los años precedentes, eliminando todos los elementos “estático-deductivos” y exaltando aún más la naturaleza dinámica del ordenamiento³¹.

Las teorías ordinamentales alcanzan a lo más, una sistematicidad débil consistente en la común derivación formal de las normas jurídicas. Una teoría

29 E. Bulygin, *On Legal Gaps*, en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002/2003*, ob. cit., pp. 21 ss.;

30 Aunque en *Legal Reasons, Sources, and Gaps*, Raz sostenga que el sistema jurídico puede contener normas inconsistentes (*gaps of the first kind*), en *Legal Principles and the Limits of Law*, publicado en el “Yale Law Journal”, 81, 1972-73, p. 829, parece defender una tesis diferente, según la cual los conflictos normativos son aparentes y pueden ser (siempre) solucionados de manera unívoca. Al respecto, cfr. R. Hilpinen, *Normative Conflicts and Legal Reasoning*, ob. cit., p. 204.

31 Cfr. O. Weinberger, *Logic and the Pure Theory of Law*, en R. Tur. W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 194 ss.; L. Gianformaggio, *Cosa resta nella Allgemeine Theorie der Normen dei sistemi normativi statici e dinamici*, en L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici*, ob. cit., pp. 463-469.

paradigmática en este sentido es la de Hart, según la cual el derecho moderno es sistemático por el solo hecho de presentarse como la unión de normas primarias y secundarias, es decir, como mero conjunto de normas no necesariamente coherente ni completo.

Parece que se puede concluir al término de este sucinto pero instructivo análisis, que la aproximación ordinamental y macro-sistemática a los problemas de la coherencia y de la plenitud no parece capaz de reconstruir de modo satisfactorio las intuiciones comunes de los juristas.

De lo anterior deriva la oportunidad de distinguir la teoría del ordenamiento jurídico como sistema de una teoría que podríamos llamar de la sistematización, según la cual el carácter sistemático del derecho parece depender, más que de verdades analíticas o de normas generales que clausuren y/o vuelvan coherente el ordenamiento en su conjunto, de las múltiples operaciones de ordenación y/o sistematización realizadas por los juristas. Sin embargo, este un tema que requiere una investigación ulterior, la cual excede los límites del presente ensayo³².

³² Para un análisis de este tipo, ver G.B. Ratti, *An Analysis of Some Juristic Techniques for Handling Systematic Defects in the Law*, en T. Bustamante, C. Dahlman (eds.), *Argument Types and Fallacies in Legal Reasoning*, Dordrecht, Springer, 2015, pp. 151-177.

BIBLIOGRAFÍA:

- Alchourrón, C.E. E. Bulygin, (1991) *Sobre el concepto de orden jurídico*, en Id., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 397
- Alchourrón, C.E. & Bulygin E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 184 ss.
- Alchourrón, C.E, Martino, A.A. (1991). *Kelsen senza la norma fondamentale*, en GIANFORMAGGIO, L. (comp): *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino: Giappichelli, 406, 402 ss.
- Alchourrón, C.E. (1991). *Condicionabilidad y la representación de las normas jurídicas*, en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales., 267-268.
- Bergbohm, K. (1892). *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig, Juristische Abhandlungen, 371 ss.
- Bobbio N. (1961). *Il positivismo giuridico*. Torino, Giappichelli, 1996, 131, 203
- Bobbio, N. (1963). *Lacune del diritto* ahora en Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, 92, 233, 237-238, 208
- Bobbio, N. (1965). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Comunità, 105 ss.
- Bobbio, N. (1977). *Dalla struttura alla funzione*. Bari: Laterza, 2007, 174, 173-180, 178
- Bobbio, N. (1993). *Teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 159, 192-193, 209, 249, 222
- Bulygin E. (1976), *Sobre la regla de reconocimiento*, en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, 395
- Bulygin, E. (1995). *Cognition and Interpretation of Law*, en L. Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino: Giappichelli, 17
- Bulygin, E. (2002-2003). *On Legal Gaps*, en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto*, 21 ss.
- Bulygin, E. (2007). *Logica deontica*, en Id. *Il positivismo giuridico*, Milano: Giuffrè, 209-210

- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 33-34
- Caracciolo, R. (1994). *La noción de sistema en la teoría del derecho*. México, Fontamara, 73, 74. 18 ss.
- Carrió, G.R. (1979-80). *Professor Dworkin's Views on Legal Positivism*, en "Indiana Law Journal 55, 209-246
- Celano, B. (1999), *La teoría del derecho di Hans Kelsen*. Bologna: Il Mulino, 325 ss.
- Comanducci, P. (1999). *Assaggi di metaetica due*, Torino: Giappichelli, 1999, 151
- Conte, A.G. (1962). *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli, 172, 89, 90, 81-85, 84, 82, 85
- Gavazzi, G. (1993). *Studi di teoria del diritto*, Torino: Giappichelli, 142 ss, 145
- Gianformaggio, L. *Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: a Paradox?*, Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, 259
- Gianformaggio, L. (1991). *Cosa resta nella Allgemeine Theorie der Normen dei sistemi normativi statici e dinamici*, en L. Gianformaggio (ed.). *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino: Giappichelli, 463, 469
- Gianformaggio, L. (1991). *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino: Giappichelli, 406-408
- Guastini, R. (2006). *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino: Giappichelli, 15
- Harris, J.W. (1979). *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 71, 111-115, 120, 81
- Harris, J.W. (1986). *Kelsen and Normative Consistency*, en R. Tur, W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press
- Hart, H.L.A. (1958). *Positivism and the Separation of Law and Morals* en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 65
- Hart, H.L.A. (1961). *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, 133, 114-115, 118, 126, 132

- Hart, H.L.A. (1968). *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*, en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Claredon Press, 1983, 324 ss. 333
- Hart, H.L.A. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*, México: UNAM, 54
- Hilpinen, R. (1985). *Normative Conflicts and Legal Reasoning*, en E. Bulygin et al. (eds.), *Man, Law, and Modern Forms of Life*, Dordrecht: Reidel, 204
- J. Raz, *Legal Reasons, Sources, and Gaps*, en Id., *The Authority of Law*, 77
- J. Raz, *Legal Reasons, Sources, and Gaps*. (1972-73) *Legal Principles and the Limits of Law*, publicado en el "Yale Law Journal", 81, 829
- Kelsen, H. (1934). *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952, p. 100
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho*. México, UNAM, 1982, 18 ss, 330 ss, 252, 255, 214 ss, 216
- Kelsen. H. (1945). *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 111, 73, 118, 148, 149, 406, 156, 407
- Losano, M.G. (2002). *Sistema e struttura del diritto*, II, Milano: Giuffrè, 6 ss.,
- Merkel A. (1931). *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi* en Id., *Il duplice volto del diritto*. Milano: Giuffrè, 198.
- Munzer. S. (1972-73). *Validity and Legal Conflicts*, en "Yale Law Journal" 82, 1140 ss.
- Pérez, J.M. (2006). *Coherencia y sistema jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 34
- Ratti, G.B (2015). *Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación*, en "Discusiones", XIV, 255-258
- Ratti, G.B. (2012). *Regla de reconocimiento, cánones interpretativos y realismo jurídico*, en P. Luque Sánchez, G.B. Ratti (eds.), *Acordes y desacuerdos. ¿Cómo y por qué los juristas discrepan?*. Madrid: Marcial Pons
- Ratti. G. B (2014). *Five Faces of the Incompleteness of Law*, en "Revista Brasileira de Filosofia", 240
- Ratti, G.B. (2015). *An Analysis of Some Juristic Techniques for Handling Systematic Defects in the Law*, en T. Bustamante, C. Dahlman (eds.), *Argument Types and Fallacies in Legal Reasoning*, Dordrecht: Springer, 151-177

- Ratti, G. B. (2015). *Two Conceptions of the Legal System*, en "Ragion Pratica", 44
- Raz, J. (1971), *The Identity of Legal Systems*, ahora en Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, 93, 81, 91, 91-93
- Raz, J. (1980). *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, II ed., 104 ss, 34, 33
- Scarpelli, U. (1985). *Voz Diritto*, en *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, I – *Le discipline*, Torino: Utet, 190
- Séve, R. (1986). *Système et code*, en "Archives de philosophie du droit", Tome 31, "Le système juridique", 81
- Strömholm, S. (1975). *Lo sviluppo storico dell'idea di sistema*, en "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", LII, 471
- Tarello, G. (1976). *Storia della cultura giuridica moderna, Vol. I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna: Il Mulino, 35
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Milano, Giuffrè, 78-79
- Viola, F & G. Zaccaria. (1999). *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, Laterza, 184
- Weinberger, O. (1986). *Logic and the Pure Theory of Law*, en R. Tur, W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 194 ss.
- Ziembinski, Z. (1969). *Lawyers' Reasonings Based on the Instrumental Nexus of Legal Norms*, en "Logique et Analyse", 12, 114

QUEVEDO & PONCE
ESTUDIO JURÍDICO

ECUADOR

FUNDADO EN 1940

www.quevedo-ponce.com

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

Oficina Principal

Av. 12 de Octubre N26-97 y Lincoln

Edificio Torre 1492, Piso 16

Teléfonos: (593-2) 2986 570

(593-2) 2986 575

Fax: (593-2) 2986 580



COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA

Defendiendo siempre la vigencia del Derecho, la Libertad, la Justicia y la Paz

Forma parte del gremio más prestigioso de profesionales del Derecho

¡AFÍLIATE!

SERVICIOS Y BENEFICIOS PARA LOS AFILIADOS



- Academia de Capacitación
- Centro de Mediación
- Sala de Cómputo
- Sedes Sociales
- Odontología
- Biblioteca

Convenios Comerciales

Descuentos y tarifas preferenciales en servicios de salud, medicina prepagada, estudios superiores e idiomas, adquisición de vehículos y más.



Club Conocoto y Club El Condado



Súmate a la acción directa de nuestro gremio, intégrate a un desarrollo constante y obtén beneficios inmediatos. Más de 14.000 afiliados cuentan con nuestro respaldo profesional, logran mayores oportunidades laborales, acceden a los mejores eventos académicos y utilizan las ventajas de nuestros convenios comerciales.

Dr. José Alomía Rodríguez
Presidente

Dr. Ramiro García Falconi
Vicepresidente

INSCRIPCIÓN GRATUITA

\$90 pago anticipado cuota anual + \$10 costo de credencial

Av. 6 de Diciembre 225 y Piedrahita (esq)
Telefax: 2567-617 Teléfono: 2567-619 / 2567-624

www.colabpi.pro.ec

LA INTERCULTURALIDAD Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN: CASO AMAWTAY WASI.

Jaime Alfonso Dousdebés Costa¹

Resumen: *La Constitución de la República garantiza que el Ecuador es, entre otras cosas, un estado intercultural. Esta característica emerge en cada ámbito del Estado y la Constitución la promueve en la salud, educación, etc. En los últimos años se ha acentuado el debate sobre la promoción de la interculturalidad en todos los ámbitos de la sociedad ecuatoriana; por esta razón, sorprende a muchos el proceso de clausura de la Universidad Amawtay Wasi, una universidad promovida por el movimiento indígena que fue cerrada por el CEAACES en el año 2013 por no cumplir los parámetros de calidad establecidos para la educación superior. Dicha evaluación contó con procesos y parámetros especiales y en este artículo buscaremos establecer la relación constitucional que existe entre la interculturalidad y el derecho a la educación y por lo tanto, deducir si este proceso fue o no constitucional.*

Palabras clave: Intercultural, Educación, Derechos, Universidad, Inconstitucional, Amawtay Wasi.

1. Introducción.-

La Constitución de la República que entró en vigencia en el 2008 contiene varias novedades con respecto a la anterior y proclama mucho más específicamente ciertos derechos; muchos se han pronunciado en contra y a favor de algunas de estas innovaciones; Luigi Ferrajoli (2011), por ejemplo, llegó a escribir que “Ecuador tiene seguramente la Constitución más avanzada del mundo ahora” en un artículo sobre garantismo y derecho; esta afirmación es bastante discutible, pero lo cierto es que la Constitución está vigente y todo el sistema jurídico debe subordinarse a la Carta Magna, incluidas las resoluciones de entidades de control público.

El problema de una Constitución comienza cuando sus derechos se vuelven, como afirma el mismo Ferrajoli (2011), “derechos de carta”, esto quiere decir que simplemente están consagrados en la Constitución pero no se cumplen en la práctica, sea por falta de garantías o sea por falta de respeto de los ciudadanos o del mismo Estado, derivando en una completa ineficacia.

¹ Estudiante de VI Semestre de la carrera de Derecho en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Asesor Legal en el área de derecho societario del estudio jurídico González Peñaherrera y Asociados, Presidente del Movimiento Integración Universitaria por la Restauración Estudiantil (IURE) para el año 2016. jaimcapdousdebesc@gmail.com

En nuestro trabajo, buscaremos demostrar si ciertos principios constitucionales son letra muerta o si efectivamente se cumplen. En el análisis del caso de la Universidad Amawtay Wasi se puede estudiar claramente cómo pueden generarse conflictos entre interpretaciones diferentes hasta llegar incluso a sostener que existen antinomias cuando, en este tema, la Constitución es bastante clara.

En el caso específico aparecen la interculturalidad y la educación, la primera es un concepto que siempre ha existido pero en este contexto tiene un desarrollo más contemporáneo; la educación en cambio, es un derecho mundialmente aceptado y protegido desde hace décadas. Investigaremos la relación entre ambos, que se encuentra explícita en la Carta Magna.

De este análisis se puede llegar a la respuesta de una pregunta muy clara: ¿Fue constitucional el cierre de la Universidad Amawtay Wasi?, desde el gobierno se sostiene que sí, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (en adelante CONAIE) afirma que es un atropello a los derechos constitucionales. Sin entrar a polemizar o favorecer a uno u otro extremo buscaremos realizar un análisis meramente académico con las posibles contradicciones en el proceso y en los argumentos del caso para poder responder la pregunta planteada.

El conflicto empieza cuando el Consejo de Evaluación Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (en adelante CEAACES) cierra la Universidad Amawtay Wasi, como a otras universidades, porque no cumplía los parámetros de calidad establecidos por el propio organismo rector de la educación superior. La discusión es si esos parámetros son aplicables a esta Universidad por sus características interculturales propias; por esto, se creó unos parámetros especiales para la Amawtay Wasi que revisaremos a lo largo del trabajo, pero se discutió la eficiencia e incluso la constitucionalidad de los mismos.

2. Interculturalidad.-

Un concepto fundamental dentro de esta investigación es el de interculturalidad; la interculturalidad se encuentra presente desde el primer artículo de nuestra Constitución donde se consagra que el Ecuador es, entre otras cosas, un estado intercultural²; más adelante y a lo largo de todo el texto constitucional se incluye este principio en el ejercicio de los derechos e incluso en ciertos deberes sociales.

2 Art. 1.-El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible. (Constitución del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20/10/2008, Quito)

Para Verónica Hidalgo, (2005) la interculturalidad es “el enriquecimiento mutuo entre las distintas culturas” una definición simple pero bastante acertada. A pesar de esta aproximación creemos necesario hacer una distinción entre multicultural e intercultural para tener claro el principio constitucional; para esta diferenciación es necesario identificar los prefijos que cambian el significado de estos términos ya que comparten la misma raíz “cultural”.

La palabra “multi” es un prefijo que según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (en adelante RAE) “significa muchos” esto se refiere a la existencia de varias culturas. Según el mismo diccionario de la RAE el prefijo “inter” significa “entre varios”, con esto es muy sencillo hacer la distinción pues la interculturalidad podría entenderse como algo “entre varias culturas”, implica necesariamente una relación entre las culturas, no basta que existan muchas sino que se relacionen entre sí. Se debe entender que en este término al expresar “entre varios” la relación entre las culturas tiene que ser horizontal y una no puede sobreponerse a las otras.

Partiendo de estos conceptos previos, se puede empezar por sostener que la interculturalidad es un fenómeno social que se caracteriza por el hecho de que dos o más culturas entren en interacción de una forma horizontal y sinérgica; del concepto se deduce que ninguno de los grupos culturales se encuentra por encima de otro, lo que favorece la integración y la convivencia de las personas. Este tipo de relación supone que ninguna de las culturas mantenga una ideología etnocéntrica en donde solo prime una de las culturas o se haga juicios de valor donde existen culturas “buenas” y culturas “malas”, unas “peores” y otras “mejores”.

Este es un principio profundo que refleja una ideología, una forma de pensar que en cierto punto renuncia a la idea de la cultura occidental que se viene forjando hace ya más de mil años, la idea de este principio es que estas culturas que pretenden ser visibilizadas tienen la misma antigüedad y no menos importancia; sin entrar en la discusión ideológica de estos principios culturales, lo que nadie puede negar es que la Constitución proclama y defiende la interculturalidad como un principio fundamental del estado ecuatoriano.

En diferentes países latinoamericanos se está dando una recepción crítica de lo que es la interculturalidad, se realizan programas dedicados a “interculturalizar” las diferentes instituciones educativas, socioculturales y de provisión de servicios sociales.

Se predica regionalmente que los conflictos que indudablemente aparecerán entre las culturas se deben resolver con diálogo y respeto, sin esto, sería imposible

llamar interculturalidad a este convivio. De esta idea se deduce nuevamente la diferencia fundamental entre los conceptos “multicultural” e “intercultural”; como se analizó previamente, el segundo concepto se refiere a la coexistencia que debe existir entre esas culturas, con un ambiente que promueva el diálogo y la convivencia.

Una discriminación cultural se puede dar por varios factores, como los obstáculos comunicativos, la carencia de políticas estatales y las diferencias económicas, además del concepto de cultura de cada grupo social.

“La interculturalidad se logra a través de tres actitudes básicas: la visión dinámica de las culturas, la creencia en que las relaciones cotidianas se producen a través de la comunicación y la construcción de una ciudadanía con igualdad de derechos.”(Galeon, 2014)

Para terminar de comprender este principio es necesario especificar que la interculturalidad no incluye un mestizaje de las culturas propias de cada grupo humano y a este respecto García Canclini (1989) esboza este concepto: “En pocas palabras podría decir que la interculturalidad es una hibridez cultural, es decir, que diversas culturas conviven y se mezclan entre sí, sin hacerse un mestizaje”

Este concepto recoge con sencillez las características que mencionamos de interculturalidad y nos aproxima más al centro de nuestro tema: entender si se dio la violación del principio constitucional de la interculturalidad y cómo ésta puede afectar el ejercicio de ciertos derechos como el derecho a la educación.

El concepto, como podemos apreciar, es significativo en la investigación porque de aceptar este concepto de interculturalidad, podría vislumbrarse que se generará un conflicto entre la interculturalidad y el deber del Estado de garantizar la calidad en la educación, a simple vista no debería existir conflicto, pero como veremos a lo largo de este trabajo lo complicado es el proceso para armonizar los dos criterios y es lo que generó el conflicto en el caso de la Universidad Amawtay Wasi.

3. Derecho a la educación.-

Una vez comprendido el concepto de interculturalidad es fundamental profundizar un poco en el derecho a la educación y sus manifestaciones, por ejemplo, la necesidad de calidad en la educación superior. Esta especificación

es más sencilla debido al vasto estudio que se ha dado y que se ha desarrollado sobre el derecho a la educación a través de las últimas décadas.

Vernar Muñoz comienza su obra sobre el derecho a la educación haciendo referencia al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y explica que:

“El derecho a la educación no se reduce al acceso a la escolarización formal y tampoco consiste en una garantía que el Estado debe asegurar únicamente a los niños, niñas y adolescentes, puesto que se trata de un derecho humano que, por definición, todas las personas, independientemente de su edad, pueden exigir.” (Muñoz, 2013)

Con esta afirmación se busca ampliar el alcance del derecho a la educación; antiguamente se pensaba que el derecho se limitaba a tener acceso general a la educación y que ésta era necesaria para todos solamente en los primeros niveles de enseñanza. Esta idea quedó de lado y se desarrolló el derecho para proteger a personas de cualquier edad, condición, creencia, etc.

El derecho a la educación ha ido poco a poco creciendo en cuanto a su alcance y de la generalidad del mismo ha surgido la necesidad de aterrizar ciertas ideas fundamentales sobre la educación y proteger aspectos específicos de este derecho para que sea ejercido provechosamente por los individuos.

En la actualidad y específicamente en Ecuador con el tema de las evaluaciones del CEAACES a los centros educativos de enseñanza superior, se ha desarrollado una discusión en torno a la pregunta ¿cómo debe garantizar el Estado una educación superior de calidad? Y aquí nos encontramos con una de las individualidades de este derecho, dentro del derecho a la educación se debe resguardar la calidad de la educación y en el caso específico, de la educación superior.

Para garantizar la calidad de la educación superior como una especificación del ejercicio del derecho a la educación es necesario comprender qué se debe entender por calidad en este contexto específico; podría entenderse por “calidad” formar estudiantes con buenas calificaciones en exámenes generales o tener profesores con cierto número de títulos y artículos académicos. Vistremundo Águila (2013) nos orienta a este respecto en su artículo sobre la calidad de la educación superior y explica cómo se entiende actualmente a la Universidad:

“[...] ya no basta con que ésta sea el lugar donde se acumula el conocimiento universal, pues la globalización de la

información le sustrajo a la universidad ese privilegio, lo que exige la sociedad es que ese conocimiento sea aplicado a su entorno, que sea pertinente y que provoque un impacto.”

Se desprende de esta idea de universidad un concepto de calidad en la educación superior, ésta debe ser el reflejo de un conocimiento aplicado al entorno propio de cada grupo humano y debe ser pertinente para el progreso de la sociedad, finalmente debe provocar un impacto, esto quiere decir que debe generar un cambio, que debe implementar mejoras, debe tener la capacidad de generar proyectos que sean un aporte al avance científico de la sociedad, una forma de hacerlo es la investigación, por ejemplo.

Una vez que comprendemos lo que se debe entender por “calidad” en la educación superior y la necesidad de que el Estado la regule a fin de garantizar el correcto ejercicio del derecho a la educación, debemos analizar la relación que existe entre esta manifestación del derecho a la educación y la interculturalidad para finalmente aterrizar los conceptos en el análisis del cierre de la Universidad Amawtay Wasi.

4. Interculturalidad y educación.-

Es pertinente comenzar jerárquicamente por la relación normativa que existe entre el derecho a la educación y la interculturalidad en lo que atañe a nuestro país; por esto, analizaremos en primer lugar la Constitución de la República en su parte pertinente para pasar luego a los instrumentos internacionales y la ley. Finalmente terminaremos el análisis de esta relación enfocándonos en la doctrina y el relacionamiento lógico que se da entre la educación y la interculturalidad.

El Título II de la Constitución del Ecuador, se refiere a los derechos, en el segundo capítulo, sobre los Derechos del Buen Vivir, en la quinta sección se establece específicamente los lineamientos generales de la educación.

En el art. 26 por ejemplo se declara, entre otras cosas, la educación como una garantía de inclusión y se establece que es un “derecho de todas las personas”³, si la educación es inclusiva y para todas las personas evidentemente incluye a los pueblos ancestrales con su cultura propia.

³ Art. 26.- La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo. (Constitución del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20/10/2008, Quito)

El art. 27 de la Carta Magna es, sin duda, el más importante para nuestra investigación, en este artículo se enumeran taxativamente las características que debe tener la educación en el Ecuador. Una de ellas es la famosa obligatoriedad de la educación, muy aceptada y reconocida en todos los ámbitos, lo interesante es que inmediatamente después en la enumeración y con la misma importancia aparece el término “intercultural”⁴, por este artículo queda clarísimo que la Constitución protege, promueve y garantiza la interculturalidad en la educación. A primera vista esto parece relativamente simple y no da lugar a ninguna confusión, el problema que se da en el caso de la Amawtay Wasi es el alcance de esa interculturalidad en la educación superior y sobre todo en los parámetros para medir si esta educación intercultural es de calidad.

La discusión sobre los parámetros de calificación se vuelve aún más interesante cuando continuando con la enumeración del Art. 27 encontramos la palabra “diversa”, ¿Qué alcance tiene una educación diversa?. si existen diversas formas de educar, de ser educado y de aprender, ¿Cómo crear parámetros que se ajusten a cada realidad universitaria? Y en el caso de que se desarrollen parámetros especiales de calificación, ¿Pueden estos medir la calidad en la diversidad?, lo analizaremos más adelante y de estas posibilidades se podrá deducir la constitucionalidad o falta de la misma en el proceso contra la Universidad Amawtay Wasi.

El Art. 28 es también muy importante debido a que nuevamente se hace mención directa a la relación que existe entre la interculturalidad y la educación al igual que en el analizado Art. 27. En el segundo inciso del Art. 28 se establece textualmente “*Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones*”⁵

4 Art. 27.-La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar. La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional. . (Constitución del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20/10/2008, Quito)

5 Art. 28.-La educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos. Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente. Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones. El aprendizaje se desarrollará de forma escolarizada y no escolarizada. 16 La educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive. (Constitución del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20/10/2008, Quito)

Evidentemente la interacción que promueve la Constitución se alcanza a través de la educación, es un derecho que las culturas puedan relacionarse y participar conjuntamente para aprender como sociedad, es decir, para que las personas descubran lo positivo de unas y de otras culturas a través de la educación. La educación intercultural es la puerta para el diálogo y respeto de las diferentes culturas por lo que es fundamental el mantener las instituciones educativas que fomenten y promuevan esta interacción.

Es deber del Estado promover el diálogo intercultural y esto se logra mediante la creación de espacios en donde no se aplique los mismos procesos de evaluación en la educación de las diferentes culturas; si se busca promover el diálogo intercultural no se puede generar diferenciaciones plasmadas en parámetros tomados de una u otra cultura y los propios miembros de una cultura deben participar en el proceso de creación de esos parámetros.

El art. 29 declara la libertad de cátedra y el derecho a la educación en la lengua propia⁶, esto es fundamental para los pueblos ancestrales que mantienen viva su cultura mediante la enseñanza de su lengua de generación en generación y en los centros educativos propios donde se aprende el idioma de cada pueblo.

Con el análisis del texto de estos artículos queda clara la relación que existe en la Constitución entre la interculturalidad y la educación, relación tan profunda, que en los cuatro artículos que tratan la educación en general, hemos encontrado alguna mención a la interculturalidad.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos también se vislumbra esta relación con claridad, este instrumento internacional proclama en el artículo 26 que el acceso a la educación debe ser igual para todos⁷, esto incluye

6 Art. 29.-El Estado garantizará la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra en la educación superior, y el derecho de las personas de aprender en su propia lengua y ámbito cultural. Las madres y padres o sus representantes tendrán la libertad de escoger para sus hijas e hijos una educación acorde con sus principios, creencias y opciones pedagógicas. (Constitución del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20/10/2008, Quito)

7 Art. 26.-

- 1.- Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
- 2.- La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

la implementación de facilidades para que personas de otras culturas tengan acceso a la educación por métodos que se adapten a su cultura propia. Este artículo establece también que la educación deberá fomentar la tolerancia, la comprensión y la amistad entre las naciones y los diferentes grupos étnicos. Se fortalece por este instrumento el respeto a la educación intercultural en el marco de los derechos humanos.

Para concluir el análisis jerárquico de la normativa que favorece la educación intercultural, no podemos dejar de referirnos a la Ley Orgánica de Educación Superior. Cabe aclarar que no nos referimos a la vigente Ley Orgánica de Educación Intercultural porque dicha ley, a pesar de proteger la educación intercultural, exceptúa de su ámbito a la educación superior y especifica que esta se rige por su normativa propia.

En el artículo 5 literal “h” de la mencionada Ley Orgánica de Educación Superior se establece textualmente que:

“Art. 5: Derechos de las y los Estudiantes: Son derechos de las y los estudiantes los siguientes: h) El derecho a recibir una educación superior laica, intercultural, democrática, incluyente y diversa, que impulse la equidad de género, la justicia y la paz”⁸

Este artículo simplemente desarrolla en la ley el principio constitucional que fue analizado previamente, es derecho de los estudiantes que puedan recibir educación dentro de su cultura o de otra cultura con total libertad.

El artículo 13 literal “l” de la ley es muy claro al establecer que promover la interculturalidad es una de las funciones del sistema de educación superior⁹, se debe favorecer la interculturalidad en la educación para fortalecer el desarrollo de lenguas y otras características propias de las diferentes culturas.

3.- Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. (Organización de las Naciones Unidas. (2008). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, United Nations.)

8 Ley Orgánica de Educación Superior, R.O. No.298, 12/10/2010, Quito

9 Art. 13.- Funciones del Sistema de Educación Superior.- Son funciones del Sistema de Educación Superior:

l) Promover y fortalecer el desarrollo de las lenguas, culturas y sabidurías ancestrales de los pueblos y nacionalidades del Ecuador en el marco de la interculturalidad. (Ley Orgánica de Educación Superior, R.O. No.298, 12/10/2010, Quito)

Después de este análisis de la relación que existe entre la interculturalidad y el derecho a la educación en la normativa ecuatoriana y el bloque de constitucionalidad, podemos concluir que es deber del Estado y del Sistema de Educación Superior promover y proteger las manifestaciones de educación intercultural en nuestro país para garantizar el desarrollo y mantenimiento de las culturas propias de cada pueblo y nacionalidad.

Después de esta conclusión procederemos a realizar una reseña de la Universidad Amawtay Wasi y de todos los eventos sucedidos hasta su clausura definitiva.

5. Breve reseña de la universidad Amawtay Wasi.-

La Universidad Amawtay Wasi es un centro de educación superior indígena construido por el movimiento indígena en el Ecuador y representado por la CONAIE, es importante recalcar que más allá de la influencia política e ideológica de la CONAIE, esta universidad se mantenía como un centro de estudios de enseñanza superior indígena y este análisis busca establecer la constitucionalidad de los parámetros con los que fue realizada la evaluación que determinó la clausura de la Universidad, dejando de lado la ideología de la CONAIE y la oposición que esta representa al gobierno actual.

La Universidad Amawtay Wasi busca reestablecer el conocimiento intercultural, busca reforzar en ciertos aspectos el autoconocimiento de los propios miembros de sus comunidades a través de la educación superior.

La propia universidad se proclama como una iniciativa que “se constituye como un espacio de reflexión-acción propuesto desde las nacionalidades y pueblos del Ecuador y de Abya Yala, para participar todos los hombres y mujeres comprometidos con la tarea de re-construir las ciencias del conocimiento intercultural”.(AmawtayWasi, 2014)

En la Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas se hace referencia a la Universidad Amawtay Wasi en un prolongado artículo que resalta las características interculturales que se dan en la lucha del movimiento indígena para lograr la fundación de esta Universidad:

“El nacimiento de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, Amawtay Wasi, se produce en el marco de las luchas indígenas desarrolladas a lo largo de la historia,[...] en base a las políticas trazadas por el movimiento indígena, surge la concepción y la acción de la construcción de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, Amawtay Wasi.[...] En

el transcurso del año 1999 y el 2000 se realizan varios ajustes a la propuesta, hasta que el 12 de Octubre del 2000, se hace la presentación del proyecto tanto a la sociedad nacional como al Consejo de Educación Superior, CONESUP. En cumplimiento a los requisitos exigidos por la entidad rectora de la educación superior, el 22 de agosto del 2001, se realiza la entrega de un paquete de documentos, cuyo contenido es: la estructura micro curricular, contenidos y metodologías”.(ICCI, 2001)

Comprendido entonces el carácter de promoción intercultural con el que se formó y se desarrolló la educación en la Universidad Amawtay Wasi cabe analizar cómo sucedió el proceso de evaluación y clausura que llevó a cabo el CEAACES sobre la Amawtay Wasi en 2013.

6. CEAACES y evaluación de la Universidad Amawtay Wasi.-

En un informe del CEAACES con fecha 17 de octubre del 2013 se pretende aclarar el proceso que realizó este organismo para la calificación de la Universidad Amawtay Wasi, en este informe se explica, entre otros procedimientos, que el organismo de control buscó diseñar parámetros de calificación interculturales para lograr una correcta aplicación del modelo a esta Universidad con características propias.

En dicho documento el organismo manifiesta:

“el CEAACES implementó investigaciones curriculares, de historia institucional y de pertinencia con la participación de profesionales kichwa y shuar. El objetivo fue proporcionar los insumos necesarios para la elaboración de un modelo de evaluación intercultural y de exámenes con pertinencia para la Universidad Amawtay Wasi.” (CEEACES, 2013)

Posteriormente el CEEACES manifestó que se mantuvieron reuniones con los miembros de la Universidad y que incluso se contrató un experto internacional en pluralismo jurídico, el presidente del CEAACES Francisco Cadena manifestó que tuvo una reunión con el rector de la Universidad Luis Fernando Sarango y dos veedores internacionales propuestos por la Universidad.

Estas afirmaciones del CEAACES provocaron la inmediata manifestación de rechazo por parte de la Amawtay Wasi, la Universidad se pronunció y busco esclarecer los acontecimientos sucedidos indicando que las reuniones no desembocaron en ningún acuerdo o solución para la Universidad y rechazaron públicamente la constitucionalidad de los parámetros realizados

por el CEAACES, alegando que carecían de un punto de vista intercultural, necesario para calificar a un centro de estudios de esta clase.¹⁰

Según el CEAACES, la Universidad Amawtay Wasi obtuvo una calificación de 26,9/100 en la evaluación. Con este resultado, esta universidad no aprobó el proceso de evaluación porque, según explicó el organismo, no superó los parámetros mínimos de calidad a pesar de haber aplicado principios, criterios y procedimientos con perspectiva intercultural.

Según el organismo, las calificaciones que obtuvo la Universidad fueron las siguientes:

- La calificación global en entorno de aprendizaje es de 22,8/100
- La calificación global en resultados de aprendizaje es de 31/100
- La calificación global es de 26,9/100¹¹

Según uno de los estudiantes de la carrera de Agroecología, lo que llevó a estas puntuaciones tan bajas sobre 100 fueron los métodos de enseñanza y evaluación utilizados por la Universidad para calificar a sus alumnos. En la Universidad se calificaba de la siguiente manera: “Nos reuníamos en los espacios comunitarios. El 25% era lo teórico, 25% investigación, 25% diálogo y el resto es el emprendimiento, aplicar la teoría. Las clases eran los sábados y domingos y una vez al mes los viernes” (Universo, 2013)

El problema para los estudiantes, profesores y autoridades de la Universidad es que el CEAACES utiliza alrededor de 50 parámetros para calificar a las Universidades en general y en el caso de la Amawtay Wasi apenas 11 de estos 50 fueron especialmente diseñados para calificar a una Universidad indígena, provocando así, la alegada inconstitucionalidad de toda la evaluación por carecer de parámetros que fomenten la educación propia de cada cultura.

Según Vistermundo Águila (2013), para una correcta evaluación de la calidad en la educación de una Universidad se deben medir cuatro parámetros básicos:

- 1.- Ser operacional, es decir poder traducirse en elementos fácilmente manejables dentro de una guía, modelo o procedimiento de evaluación.
- 2.- Que abarque de una u otra forma las funciones sustantivas de la universidad.
- 3.- Que lleve implícito el concepto de apreciación o evaluación.
- 4.- Que esté ligado a la pertinencia social.

¹⁰ Para acceder al texto completo sobre la postura oficial de la Universidad ingresar a la página web de la Universidad: <http://www.amawtaywasi.edu.ec/>

¹¹ Para acceder a la evaluación completa ingresar a la página web: www.ceaaces.gob.ec/sitio/la-universidad-amawtay-wasi-esta-aprobada/

Estas cuatro líneas generales de aplicación pueden ser modeladas fácilmente a la educación intercultural y si la evaluación hubiera buscado calificar en base a parámetros específicos diseñados para esta Universidad podría haber tomado en cuenta los mismos lineamientos generales de la calidad en la educación superior pero con la aplicación de cada parámetro a un ámbito específico de la cultura y enseñanza propia de la Amawtay Wasi.

La evaluación intercultural puede ser operacional, puede abarcar las funciones sustantivas de la universidad dentro de las cosmovisión propia de la cultura que la desarrolla y la promueve, puede basarse el modelo de evaluación en parámetros que midan el aprendizaje dentro de esas culturas, llevando así implícitamente el concepto de evaluación y finalmente puede tener pertinencia social al demostrar la importancia o no, que tiene este centro de enseñanza para el desarrollo propio de la cultura donde se encuentra.

Estos lineamientos generales no se tomaron en cuenta y con 39 parámetros generales y apenas 11 parámetros diseñados específicamente para la Amawtay Wasi se procedió a su clausura como explicaremos a continuación.

7. Clausura de la universidad Amawtay Wasi.-

El CEAACES en uno de sus informes con fecha de 1 de noviembre del 2013 realizó un cronograma del proceso de evaluación a la universidad donde explicó los antecedentes de la clausura; en este informe, se detalla la participación de expertos kichwa y shuar en el proceso, la socialización (que en realidad consistió en dos reuniones con el experto internacional y el rector de la Amawtay Wasi) del modelo, etc. Sin embargo, lo más interesante de este informe son los últimos puntos donde el CEAACES (2013) confirma el número de indicadores específicos realizados y la clausura mediante notificación a la Universidad:

- El modelo se construyó con 50 indicadores, 11 de los cuales fueron específicamente diseñados para una institución intercultural de educación superior.
- La nueva evaluación se realizó desde el 2 de octubre hasta el 6 de octubre de 2013.
- El 8 de octubre, el CEAACES envió a la Universidad un informe preliminar.

Con estos antecedentes se elaboró la RESOLUCIÓN 001-068-CEAACES-2013, en la cual se establece el cierre definitivo de la Universidad Amawtay Wasi por no aprobar el proceso de acreditación, obteniendo una calificación inferior al 40% del total, lo que la califica como “No Aprobada”.

8. Análisis y conclusiones.-

El cierre de la Universidad Amawtay Wasi es un problema profundo y más complejo de lo que salta a la vista; fácilmente podría alegarse un atropello de derechos y una violación al sistema normativo, pero otros podrían manifestar que es una decisión perfectamente legítima porque la universidad no garantizaba ciertos parámetros mínimos de calidad, que se deben exigir a cualquier institución de educación superior y, porque sostienen que la evaluación fue perfectamente objetiva, teniendo en cuenta los parámetros especiales que se tuvieron en este caso y los veedores internacionales. Claramente esta última es la posición del CEAACES.

Lo importante en este análisis es comprender qué derechos pudieron ser violentados a las personas y a las culturas ancestrales como colectividad. Esta universidad era un centro de fortalecimiento de culturas ancestrales en nuestro país, donde se enseñaba el lenguaje, las costumbres, etc. De este modo era una universidad que con la promoción de ciertos valores interculturales buscaba evitar la pérdida de las tradiciones propias de sus miembros en una sociedad tan globalizada como la nuestra; era una clara muestra de educación intercultural en su más puro sentido y por lo tanto debía ser promovida y protegida por el Estado como lo exige el art. 27 de la Constitución, el art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el desarrollo de éstos en el art. 13 literal "I" de la Ley Orgánica de Educación Superior donde se establece la protección a la educación intercultural.

En este sentido se vislumbra una clara violación al derecho constitucional a la educación en su dimensión intercultural como lo consagra la Constitución; esto produce la conclusión más interesante de nuestro análisis y es que la interculturalidad no se contrapone con la educación o con la calidad de la misma, sino que basada en los parámetros correctos se encuentra enlazada con la educación para formar una dimensión intercultural que promueva los valores propios de cada cultura.

Por esta evidente relación constitucional entre la educación y la interculturalidad, por el factor de que los parámetros no fueron adecuados coherentemente para un centro de educación superior indígena y culturalmente diferente a los demás centros de enseñanza al aplicarle apenas 11 de 50 parámetros especializados, concluimos que no se debió clausurar la Universidad Amawtay Wasi en base a esa evaluación por ser inconstitucional en cuanto al contenido de los parámetros aplicados y la falta de una evaluación propia para un centro de educación

superior indígena. Lo correcto en este caso sería calificar a la Universidad con parámetros completamente propios y diseñados con expertos sobre educación intercultural en el 100% de la evaluación, realizando socializaciones con la propia Universidad en donde se den plazos para la corrección de lineamientos que pueden afectar la calidad de la propia enseñanza de una cultura diferente.

Actualmente la Universidad se encuentra en un proceso para demostrar su disconformidad con estas medidas y esperamos que de esta iniciativa se pueda generar una evaluación más ajustada a los principios constitucionales que rigen nuestra educación superior.

BIBLIOGRAFÍA:

- Águila, V. (2013). EL CONCEPTO CALIDAD EN LA EDUCACION UNIVERSITARIA: CLAVE PARA EL LOGRO DE LA COMPETITIVIDAD INSTITUCIONAL. *Revista Iberoamericana de Educación*, 6
- AmawtayWasi. (03 de Marzo de 2014). *Universidad Amawtay Wasi*. Obtenido de Principios: <http://www.amawtaywasi.edu.ec/index.php/template/principios>
- Canclini, N. G. (1989). *Culturas Híbridas, Estrategias para entrar y salir de la Modernidad*. Mexico: Grijalbo. 7, 8
- CEEACES. (23 de Febrero de 2013). *CEAACES*. Obtenido de La Universidad Amawtay Wasi en Evaluación: <http://www.ceaaces.gob.ec/sitio/la-universidad-amawtay-wasi-en-evaluacion/>
- Ferrajoli, L. (Diciembre de 2011). Garantismo y Derecho. *PODIUM*, 84
- Galeon. (5 de Mayo de 2014). *Social Galeon*. Obtenido de Galeon: <http://social.galeon.com/enlaces2255981.html>
- Hidalgo, V. (2005). Cultura. Multiculturalidad, Interculturalidad y Transculturalidad: Evolución de un Término. *Revista UT*, 78
- ICCI. (2001). Universidad Amawtay Wasi. *Publicación Mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas*, 3
- Muñoz, V. (2013). *El Derecho a la Educación: Una Mirada Comparativa*. Santiago: UNESCO. 57
- UNIVERSO. (12 de Noviembre de 2013). En cierre de universidad indígena ven 'retaliación política' por Conaie. *EL UNIVERSO*, pág. 1
- Ley Orgánica de Educación Superior, R.O. No.298, 12/10/2010, Quito.
- Organización de las Naciones Unidas. (2008). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, United Nations
- Constitución del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20/10/2008, Quito

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

Salim Zaidán¹

***Resumen:** Este artículo sistematiza el tratamiento constitucional, legal y jurisprudencial de las medidas cautelares constitucionales. Su regulación en la Constitución de la República es imprecisa y confusa. El desarrollo legislativo no suple ese marco general deficiente, por el contrario, acentúa la confusión, al no definir ciertos conceptos y al no aclarar las condiciones para solicitarlas conjuntamente con una demanda de inconstitucionalidad bajo la modalidad de control abstracto de constitucionalidad. La jurisprudencia de la Corte Constitucional es escasa a pesar de que debe revisar y seleccionar las decisiones judiciales de los jueces de primera y segunda instancia. Los contados pronunciamientos sobre medidas cautelares se han dado al conocer y resolver demandas de acción extraordinaria de protección. En todo caso, es importante que se diferencien las dos formas de presentación de una medida cautelar: autónoma y conjunta. Los jueces al resolver peticiones de medidas cautelares, deben revisar el contenido de los derechos amenazados o violados, identificar el hecho o acto que provoca la amenaza o violación y establecer con claridad el período de vigencia y el contenido y alcance de las medidas cautelares dispuestas. El autor del artículo aspira a que la actividad judicial al evaluar el otorgamiento, levantamiento o modificación de medidas cautelares sea más prolija de lo que fue la actividad legislativa al regular esta materia y la actividad jurisprudencial de la Corte Constitucional.*

Las medidas cautelares constitucionales son garantías jurisdiccionales de carácter eminentemente preventivo orientadas a preservar una situación jurídica, evitando o cesando violaciones de derechos, mediante una orden rápida y oportuna proveniente de un juez de cualquier especialidad².

Cierto sector de la corriente neoconstitucionalista ha identificado a la garantía preventiva vigente como el equivalente a la acción de amparo constitucional de naturaleza principalmente cautelar³. Y es que el objeto de esta garantía prevista

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Profesor de "Técnicas de litigio en derechos humanos", "Garantías Constitucionales Jurisdiccionales" y "Control Constitucional" en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor de "Derecho Constitucional" en la Universidad Internacional SEK. Fue agente del Estado ecuatoriano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. szaidan2009@hotmail.com.

² No debemos olvidar que un sector de neoconstitucionalistas con incidencia normativa propusieron que todos los jueces ejerzan jurisdicción constitucional y por tanto tengan competencia para conocer y resolver peticiones de medidas cautelares constitucionales.

³ Ver Ávila, Ramiro, Del amparo a la acción de protección jurisdiccional, en: Martínez, Dunia

en la Constitución Política de 1998 estaba diseñado para evitar, cesar y remediar violaciones de derechos humanos y constitucionales. En el ordenamiento vigente, los dos primeros momentos han sido cubiertos por las medidas cautelares mientras que la remediación, ahora concebida de manera más amplia a través de una oferta de reparación integral, la ofrece la acción de protección, de naturaleza tutelar y reparatoria.

En el diseño de las garantías, es claro que para reclamar por hechos y actos, por amenazas y violaciones, concibieron a las medidas cautelares; para reclamar por actos, por las violaciones y los daños que éstos producen, configuraron la acción de protección. En caso de una violación de derechos, la freno solicitando la suspensión de la ejecución del acto que la ocasiona mediante una medida cautelar. Si quiero reclamar reparación integral por los daños que aquella violación ya causó, debo interponer una demanda de acción de protección. Cuando los bienes jurídicos objeto de protección son lesionados, la vulneración lleva consigo la noción de daño y la necesidad de reparación, mientras que si se registra una amenaza el potencial afectado puede activar el mecanismo preventivo de la medida cautelar.

¿Cuál es la finalidad de las medidas cautelares?.-

El artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional enuncia que las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución de la República y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La redacción es confusa, nos lleva a diferenciar de manera absurda entre evitar o cesar una amenaza y evitar o cesar una violación de derechos constitucionales y derechos humanos. El artículo debía ser más claro: las medidas cautelares tienen por objeto evitar violaciones en caso de amenaza (antes de la violación) y cesar las violaciones en caso de que ya se estén produciendo (durante la violación).

¿Cuáles son las características de las medidas cautelares?.-

- 1. Instrumentalidad:** cuando se presenta una petición de medida cautelar conjuntamente con una demanda de garantía jurisdiccional reparatoria o de inconstitucionalidad, la instrumentalidad es una característica definitoria. Es una petición accesoria a la demanda, conectada con la pretensión de fondo. Consiste en preservar el objeto de la acción principal.

(editora), *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana (memorias de encuentros académicos)*, Corte Constitucional para el período de transición, Quito, pág. 231 y ss.

- 2. Autonomía:** esta característica no la tienen las medidas cautelares en función del procedimiento en que se sustancian y se resuelven, sino por su “autonomía funcional”, que consiste en conservar la materia del litigio, para que se evite un grave e irreparable daño mientras se tramita el proceso constitucional, se asegure provisionalmente el derecho y la sentencia que se dicte, eventualmente, lo confirme.
- 3. Provisionalidad:** los efectos derivados de la concesión de una medida cautelar son temporales, limitados en el tiempo. Los jueces no pueden disponer una suspensión indefinida de los actos. Los efectos de su decisión no pueden prolongarse indefinidamente en el tiempo. Las medidas cautelares no pretenden resolver sobre la pretensión de fondo planteada. Desaparecen cuando existe una decisión de fondo, en donde puede “ratificarse” el sentido de la decisión, dejando sin efectos jurídicos al acto inicialmente suspendido.
- 4. Revocabilidad:** esta característica hace alusión a la flexibilidad que tiene el juzgador para modificar y revocar las medidas. Valga anotar que aquello no puede ser interpretado como la posibilidad de conceder y revocar las mismas medidas indefinidamente como incorrectamente lo han interpretado ciertos jueces.

La regulación constitucional y legal sobre medidas cautelares.-

La regulación de las medidas cautelares, en nuestro ordenamiento jurídico, es deficiente. La forma como se las regula en la Constitución de la República difiere de la forma como se las regula en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Qué es lo que se busca evitar o frenar con una petición de medida cautelar tampoco está del todo claro.

La Asamblea Constituyente de Montecristi parecería haber distribuido el objeto de la acción de amparo constitucional de 1998 en dos acciones en la Constitución vigente: para evitar y cesar violaciones de derechos configuró la medida cautelar y para reparar los daños causados, a partir de las violaciones de derechos, configuró la acción de protección. Al incorporar las medidas cautelares en la Constitución, el constituyente precisó que la petición en que se las solicita pueda ser independiente o conjunta con las acciones constitucionales de protección de los derechos.

Al revisar con detenimiento el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, parecería que el mecanismo

preventivo descrito se dirige sólo a hechos (cuando estamos frente a una amenaza de violación de derechos: los hechos son los indicadores de la presencia de una amenaza frente a la cual se debe actuar para evitar violaciones) pero cuando se lo plantea de manera conjunta a una demanda de acción de protección y a una demanda de inconstitucionalidad es claro que busca suspender actos, sean éstos administrativos o normativos, respectivamente. Adicionalmente no está claro si en el caso de solicitar la suspensión de un acto normativo o disposición jurídica, debe necesariamente tratarse de un acto o disposición que reconoce o puede vulnerar derechos, pues se puede dar el caso en que se haya desconocido una competencia o atribución constante en la parte orgánica de la Constitución, sin necesariamente comprometer un derecho.

Otro punto es que la Ley nos permite solicitar la suspensión de un acto normativo o de un acto administrativo, pero nos impide de manera inconstitucional solicitar la suspensión de un acto judicial. Respecto a la suspensión de actos judiciales, no se alcanza a comprender la razón de la prohibición expresa prevista en el artículo 27 tercer inciso de la Ley Orgánica respecto a la petición de medidas cautelares de manera accesoria a una demanda de acción extraordinaria de protección, cuando el artículo 87 de la Constitución permite interponer peticiones de medidas cautelares de manera conjunta a las acciones constitucionales de protección de derechos, dentro de las cuales se encuentra la acción extraordinaria.

¿Por qué no se permite solicitar una medida cautelar al impugnar un acto judicial mediante acción extraordinaria? Si es una acción constitucional de protección de derechos como establece el artículo 87 de la Constitución.

¿Por qué se prevé la posibilidad de solicitar cautelares cuando impugno un acto normativo? Si la acción de inconstitucionalidad no es una acción constitucional de protección de derechos.

No es clara la regulación en torno al objeto de la petición de medidas cautelares accesoria a la demanda de inconstitucionalidad. Se la menciona dentro del contenido de la demanda de inconstitucionalidad pero no se establece en qué casos procede, por lo que deberíamos entender que le es aplicable el régimen general de las medidas cautelares previsto en el artículo 87 de la Constitución de la República y por tanto la disposición acusada de inconstitucional, cuya suspensión se solicita, debería reconocer un derecho o ponerlo en riesgo de vulneración.

¿Cuáles son los tipos de medidas cautelares constitucionales?.-

La Corte Constitucional ha distinguido dos tipos de medidas cautelares, bajo los siguientes criterios diferenciadores: “Las medidas cautelares autónomas, tienen el carácter de urgentes e inmediatas, en tanto se busca la prevención y cese de la consumación o subsistencia de la vulneración de un derecho. Mientras que las medidas cautelares conjuntas, al proceder dentro del conocimiento de una garantía, desempeñan su función una vez que ya se ha lesionado el derecho constitucional, bajo el supuesto de que dicha lesión y sus efectos se sigan efectuando.”⁴

En mi criterio, existen tres tipos de peticiones de medidas cautelares:

1. **Petición autónoma de medida cautelar-garantía jurisdiccional preventiva.** El artículo 87 de la Constitución de la República establece que se podrán ordenar medidas cautelares independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar la violación de un derecho. Al ser autónoma, esta medida cautelar no tiene conexión con otro proceso constitucional, pero puede estar relacionada con un proceso judicial ordinario. Es el caso de una petición autónoma de medida cautelar que se presenta paralelamente con una demanda contencioso administrativa. El juez en estos casos debe tener la responsabilidad de precisar el período de vigencia de la medida cautelar, pues no puede tener una duración indefinida. Debo finalmente comentar que este tipo de medida cautelar no ha sido bien comprendido por ciertos abogados y actores políticos que han utilizado la petición autónoma de medida cautelar para pretender frenar el trámite de formación de un acto normativo.⁵

4 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 110-14-SEP-CC, Caso No. 1733-11-EP, sentencia 23 de julio de 2014, p. 11 y 12.

5 Ver por ejemplo petición de medidas cautelares No. 17252-2012-0215-RM, planteada por Vicente Ordóñez, presidente de la Unión Nacional de Periodistas para detener el trámite de aprobación de una reforma al Código de la Democracia, que se resolvió en el Juzgado Segundo de Garantías Penales de Pichincha. Hay casos como el interpuesto por la UNP en que no se alcanza a comprender la utilidad práctica de suspender una disposición del Código de la Democracia que no va a hacer aplicada inmediatamente. Ver también la petición de medidas cautelares No. 1049-2011-EC, planteada por Antonio José Ricaurte Román contra el Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, del Juzgado Primero del Trabajo de Pichincha. Llama la atención que se suspenda la publicación de una Ley por no contarse con el Presidente de la República. Más allá de que el Presidente tiene la razón en solicitar que se cumpla con el procedimiento legislativo y se cuente con su acto sancionatorio o su objeción como en cualquier otra ley, norma de la Presidente con respecto a la ley Orgánica de la Función Legislativa que no reconoce un derecho y por lo tanto no se encuentra amenazado. En ambos casos los accionantes tenían la razón en cuestionar la constitucionalidad

2. **Petición accesoria o conjunta con acción pública de inconstitucionalidad.** El artículo 79 (6) de la Ley Orgánica permite incluir en una demanda de inconstitucionalidad la solicitud de *“suspensión provisional de la disposición demandada debidamente sustentada, cuando a ello hubiere lugar; sin perjuicio de la adopción de otras medidas cautelares conforme la Constitución y esta Ley”*.⁶

de ciertas normas, pero no cabía una petición de medidas cautelares para impugnar proyectos de actos normativos, pues a través de esta garantía jurisdiccional preventiva solo cabe para reclamar por hechos, para solicitar la suspensión de actos normativos se debe recurrir a la Corte Constitucional. No existe vía para impedir la aprobación y vigencia de un acto normativo, ni siquiera a través de una acción de control de constitucionalidad, porque sencillamente no existe control previo de constitucionalidad de los actos normativos.

- 6 Ver por ejemplo la petición de medida cautelar que se presentó conjuntamente con la demanda de inconstitucionalidad No. 0067-11-IN, interpuesta por el Presidente Constitucional de la República respecto al artículo 63 inciso segundo de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. La petición de medida cautelar se dirigió a solicitar la suspensión de la publicación en el Registro Oficial de la reforma de una norma que no reconocía derechos ni representaba una amenaza grave que pueda producir daños irreparables con respecto a la materia objeto de regulación y a la vigencia de una ley que regula la organización y procedimiento del órgano titular de la función legislativa. El artículo 63 de la Ley, aprobada por la Asamblea Nacional, establece lo siguiente: Los proyectos de ley que aprueben, modifiquen o deroguen la Ley Orgánica de la Función Legislativa, una vez aprobados en segundo debate por el pleno, serán enviados directamente al Registro Oficial para su publicación”. La interrogante que se plantea en el asunto sometido por el Presidente de la República a consideración de la Corte Constitucional es la siguiente: En el procedimiento legislativo previsto en la Constitución ¿existe alguna ley excluida del trámite de formación de la ley?. Es decir, según la Constitución de la República, el proyecto de ley que expida o reforme la Ley Orgánica de la Función Legislativa ¿podía ser vetado por el Presidente de la República?. La respuesta a ambas interrogantes es muy clara. La Constitución no excluye a ninguna ley del trámite de formación de la ley y le reconoce al Presidente de la República la potestad del veto o sanción en el trámite de cualquier proyecto de ley. Carece de sustento jurídico la existencia de una disposición jurídica de la Ley Orgánica de la Función Legislativa que establezca una excepción en el marco del procedimiento legislativo contraria a la Constitución de la República. Ver también la petición de medida cautelar que se presentó conjuntamente con la demanda de inconstitucionalidad No. 0002-12-IN, interpuesta por un ciudadano que “espontáneamente” advirtió una supuesta incompatibilidad normativa y que finalmente le permitió a una autoridad en funciones presentarse al concurso público para aspirar a una nueva designación. La petición concreta del accionante fue que se declare la inconstitucionalidad de la frase “previa su renuncia” contenida en la disposición transitoria octava de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Dicha disposición transitoria textualmente señala lo siguiente: “Para los procesos de selección de autoridades, las autoridades encargadas por la Asamblea Constituyente y las autoridades designadas mediante el procedimiento establecido por el Régimen de Transición podrán participar en el proceso de selección de sus reemplazos previa su renuncia, a excepción de las y los miembros del Consejo Nacional Electoral de acuerdo a la Constitución y la ley, quienes podrán participar en los procesos de designación de autoridades de las demás funciones del Estado distintas de la Función Electoral y la de Transparencia y Control Social”. El artículo 210 tercer inciso de la Constitución de la República por su parte señala: “Quienes se encuentren en ejercicio de sus funciones no podrán presentarse a los concursos públicos de oposición y méritos convocados

No está claro si la medida cautelar conjunta con una demanda de inconstitucionalidad debe estar dirigida a la suspensión de una disposición jurídica que reconoce o puede afectar un derecho humano o constitucional. La Corte Constitucional parecería no descartar la posibilidad de otorgar medidas cautelares, en casos en que se alega la inconstitucionalidad de una disposición jurídica que no necesariamente tiene relación con un derecho y cuya suspensión se solicita en una medida cautelar.⁷

3. **Petición accesoria o conjunta a una demanda de garantía jurisdiccional reparatoria⁸:** este tipo de medida cautelar se presenta cuando propongo una demanda de garantía jurisdiccional reparatoria para impugnar actos de autoridad pública no judicial y solicito como medida cautelar la suspensión de la ejecución del acto que vulnera derechos. En este caso las medidas cautelares son provisionales, no prejuzgan sobre el resultado definitivo del proceso iniciado por la pretensión principal.

¿Quién puede presentar una petición de medidas cautelares?.-

Para proponer cualquier demanda de garantía jurisdiccional, la Constitución de la República consagra un tipo de legitimación activa de acción popular, es decir cualquier persona sin necesidad de acreditar ser el afectado o el potencial afectado, puede proponer ante un juez una demanda constitucional en el marco de las garantías jurisdiccionales. El artículo 86 de la Constitución de la República, entre las disposiciones comunes a todas las garantías jurisdiccionales, permite a cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad

para designar a sus reemplazos (...)"'. La disposición legal, acusada de inconstitucional, no hace más que hacer efectivo el impedimento que, de acuerdo a la Constitución, tienen las autoridades en funciones cuando deciden participar en algún concurso público para ser reelegidos. La expresión contenida en la disposición constitucional "quienes se encuentren en ejercicio de sus funciones" no se contrapone a la disposición legal "previa su renuncia", pues están orientadas a un mismo fin: impedir que una autoridad en funciones pueda postularse nuevamente para el mismo cargo, que a su vez busca una participación en igualdad de condiciones por parte de los postulantes.

7 La Corte Constitucional concedió la medida cautelar solicitada por el Presidente de la República para frenar la pretendida publicación de unas reformas a la Ley Orgánica de la Función Legislativa, alegando inobservancia del procedimiento legislativo, al no haber remitido lo aprobado para sanción u objeción del Presidente.

8 La petición de medida cautelar, en teoría, puede acompañar cualquier demanda de garantía jurisdiccional, sin embargo considero poco razonable pensar en una cautelar dentro de una acción de acceso a la información pública o una acción de habeas data, por lo que considero que el escenario más frecuente y lógico será advertir la cautelar como accesoria a una demanda de acción de protección o a una demanda de habeas corpus.

proponer cualquier acción prevista en la Constitución. La primera garantía jurisdiccional, prevista en el artículo 87 de la Constitución, es la medida cautelar.

La regla específica de la legitimación activa aplicable a esta garantía jurisdiccional preventiva la encontramos en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Dicho artículo establece una legitimación activa de acción popular que habilita a cualquier persona o grupo de personas para interponer una petición de medidas cautelares, de manera verbal o escrita, ante cualquier juez.

Al analizar la legitimación activa, con ocasión de la estrategia de ciertos políticos que presentaron acciones constitucionales por los hechos ocurridos el 30S, cabe formular la siguiente interrogante: ¿podría una persona, a nombre del pueblo, presentar una solicitud de medida cautelar?. La Constitución de la República, entre los derechos de libertad, reconoce en el artículo 66 (23) el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades, pero aclara que *“no se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo”*. Los peticionarios deben identificar a las potenciales víctimas que motivan su petición de medidas cautelares, no pueden hacerlo a nombre del pueblo.

¿Cuál es el objeto y forma de presentación de la petición de medidas cautelares?.-

El artículo 87 de la Constitución de la República permite a los jueces ordenar medidas cautelares, de forma independiente o en el marco de un proceso iniciado por una acción constitucional de protección de derechos. En el último escenario descrito, puedo ser beneficiario de una medida cautelar mientras se sustancia y resuelve un proceso a partir de una acción de garantía jurisdiccional reparatoria. ¿Qué entendemos por acción constitucional de protección de derechos? Las acciones constitucionales que tienen por objeto la protección de derechos son las que se presentan para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales, preventivas, reparatorias o de eficacia del Derecho, por lo que no se alcanza a comprender por qué la Asamblea Nacional en el artículo 79 (6) de la Ley Orgánica admite la posibilidad de presentar peticiones de medidas cautelares dentro de las demandas de inconstitucionalidad, sin precisar su objeto y sin puntualizar si están orientadas exclusivamente a la prevención y tutela de derechos.

Incluso podría afirmar que no todas las garantías jurisdiccionales tiene necesariamente como objeto la protección de derechos, por ejemplo la acción por incumplimiento busca garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico, por lo que resulta complicado pensar en una medida cautelar conjunta con ella.

La petición podrá ser presentada independiente o conjuntamente también nos refiere la Ley. De conformidad con el artículo 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisión a trámite de la demanda.

Caben las siguientes interrogantes: ¿Qué sentido tiene presentar una petición de medida cautelar de manera conjunta con una demanda de habeas corpus si ésta debe ser resuelta en la misma audiencia? ¿Qué sentido tiene presentarla conjuntamente con un habeas data o una demanda de acceso a la información pública si su objeto es únicamente acceder a información? Resulta razonable eso si una petición de medidas cautelares conjunta con una demanda de acción de protección.

El objeto descrito en la disposición constitucional que regula las medidas cautelares es *“evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”*, de lo que podemos colegir que el constituyente quiso establecer la medida cautelar para evitar una violación en el caso de una amenaza y cesar la violación si ya se está produciendo.

Se debe precisar que el objeto de una petición de medida cautelar no puede ser confundido con el objeto de una demanda de acción de protección. En un caso reciente, la Corte Constitucional consideró que el juez Sexto de lo Civil de Guayaquil y la Tercera Sala de lo Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, incurrieron en un prejuzgamiento sobre la declaración de la vulneración de derechos, desnaturalizando la acción de medidas cautelares autónomas, a la que identificaron como una “garantía jurisdiccional de carácter provisional”, que tiene un objeto distinto a una “acción constitucional de conocimiento”, como lo es la acción de protección en la cual se declaren las vulneraciones a derechos. Lo hizo en los siguientes términos:

“esta Corte Constitucional evidencia que la Tercera Sala de lo Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, desnaturaliza a la acción de medidas cautelares, puesto que por un lado se pronuncia sobre el fondo de la vulneración de derechos, llegando a declarar la vulneración de los derechos a la seguridad jurídica y propiedad, y por otra

parte para ello su análisis lo fundamenta en la aplicación de normativa infraconstitucional (...) la Sala confunde a la medida cautelar con una acción constitucional de conocimiento y por otra parte somete asuntos de legalidad al conocimiento de la justicia constitucional (...).”⁹

¿Cuáles son los requisitos que deben observarse para presentar y resolver una petición de medidas cautelares según la Ley Orgánica?.-

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece requisitos que deben ser verificados por el juez para conceder una petición de medidas cautelares, sin embargo los requisitos parecerían ser razonables cuando el objeto de la petición sea evitar violaciones de derechos, pues se refieren dos características que identifican más a la amenaza de violación: la gravedad y la inminencia, es decir que la amenaza pueda producir daños irreparables y que determinados hechos nos conduzca a pensar que inequívocamente se producirá una violación.

Dentro de las medidas cautelares, existen dos requisitos normativos aplicables a aquellas que evitan una amenaza.

- **Amenaza grave:** el artículo 27 segundo inciso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional precisa que *“se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación”*. Cuando se trata de una petición de medida cautelar autónoma la gravedad alude a la irreversibilidad de los daños que se puedan ocasionar (antes de la violación) mientras que en el caso de una petición conjunta de medida cautelar, como ya no se trata solamente de una amenaza, sino de una violación, la gravedad se verificaría a través de la intensidad o frecuencia de la misma (durante la violación).
- **Amenaza inminente:** la Ley Orgánica no define a la amenaza inminente, por lo que, en ausencia de regulación, recurriré a la doctrina. La inminencia, según Roberto Villareal (2011) *“hace referencia a un hecho futuro que amenaza suceder prontamente (...) jurídicamente, la inminencia de daño grave no solo atañe a hechos futuros sino también a hechos que están ocurriendo. La inminencia implica que el daño no es eventual ni remoto. Lo eventual es lo que pueda suceder pero que no existe certeza o mayor seguridad que suceda, se trata de una contingencia, lo remoto es lo lejano”*.

⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 024-16-SEP-CC, caso No. 1630-11-EP, de 27 de enero de 2016, p. 20.

Por otro lado encontramos tres requisitos desarrollados por la doctrina, que la Ley Orgánica los regula de manera indirecta:

- **“Fumus boni iuris” o apariencia de un buen derecho:** el peticionario de las medidas debe aportar un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia. Por la urgencia, frente a la amenaza inminente de violación de derechos y con el fin de evitar que se consuma el daño, basta con la sola apariencia de buen derecho de la petición de medidas cautelares, pues posteriormente pueden modificarse o revocarse, si no tenían fundamento.
- **“Periculum in mora”:** el peligro en la demora supone que exista riesgo de que el derecho amenazado pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso. El artículo 29 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone que “las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición.” El peligro del daño tendría que ser inminente, es decir que la ocurrencia del daño podría ocurrir en cualquier momento. Es decir no se trata de la posibilidad remota o eventualidad de un daño. También la amenaza de daño tendría que ser grave. La gravedad definida por nuestra Ley como la posibilidad de causar daños irreparables (en el caso de medidas cautelares autónomas) o descrita en función de la intensidad o frecuencia de la violación (en el caso de las medidas cautelares conjuntas) nos plantea interrogantes, pues una privación del derecho a la vida o una lesión severa a la integridad personal serían de los pocos casos en que el daño que soporte una persona producto de una violación de derechos que no se pudo o no se quiso evitar, pueda ser calificado como irreparable.
- **“Inaudita altera parte”:** para el juez constitucional es facultativo convocar a audiencia antes de ordenar medidas cautelares. El juez puede disponer una medida cautelar sin convocar ni notificar a la otra parte. Si el juez, a partir de la sola descripción de hechos por parte del peticionario, no cuenta con un criterio claro para conceder las medidas y observa que el asunto no reviste de mayor urgencia y su resolución puede esperar, podría convocar a una audiencia para escuchar razones que defiendan y cuestionen la situación de amenaza o de vulneración relatada.

¿En qué casos es improcedente una petición de medidas cautelares?.-

El artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que no procede solicitar medidas cautelares constitucionales en tres supuestos:

1. Cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias.
2. Cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales: no se puede utilizar una medida cautelar para obstruir o impedir la fase de ejecución de una orden judicial.
3. Cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos, no puedo presentar una medida cautelar para suspender los efectos jurídicos de una sentencia ejecutoriada, un auto definitivo o un laudo arbitral. Este señalamiento de improcedencia podría ser considerado como inconstitucional, pues el artículo 87 de la Constitución establece claramente que cabe ordenar medidas cautelares conjuntamente con las acciones constitucionales de protección de derechos, dentro de las cuales se encuentra la acción extraordinaria de protección.

¿Qué debe verificar el juez de garantías jurisdiccionales cuando conoce una petición de medidas cautelares?.-

En primer término debe verificar los derechos amenazados o la violación que se está produciendo. Aquello cumple con varias funciones. Es importante verificar que los derechos estén reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales. Otro asunto importante es revisar si las violaciones a los derechos, que se pretenden evitar o frenar, son susceptibles de reparación. También es necesario determinar si la amenaza de derechos puede ser enfrentada a partir de medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias.

En segundo lugar, debe identificar en qué hecho o acto se encuentra el origen de la amenaza o vulneración de derechos.

En tercer lugar, cuando el juez ha llegado a la convicción de la existencia de derechos amenazados, ha constatado que se trata de derechos consagrados en la Constitución o en instrumentos internacionales y ha identificado el origen de la amenaza o violación, debe establecer cuáles serían las medidas adecuadas y eficaces para evitar o cesar la violación.

¿El juez debe convocar obligatoriamente a una audiencia para evaluar si hay mérito para conceder las medidas cautelares?.-

La decisión de aceptar o negar la petición de medidas cautelares se da a partir de la sola descripción de los hechos y la verificación del cumplimiento de los requisitos, sin pruebas y sin notificación previa a la resolución, de conformidad con el artículo 33 de la Ley Orgánica.

La audiencia puede ser convocada, excepcionalmente, en cuatro casos, de conformidad con el artículo 36 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: para ordenar las medidas, modificarlas, supervisarlas o revocarlas.

¿Cuándo se resuelve la petición de medidas cautelares?.-

El artículo 29 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición. El artículo 33 de la Ley Orgánica le permite al juez, a partir de la sola descripción de los hechos, verificar que la petición reúne los requisitos y otorgar inmediatamente medidas cautelares. No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas.

Tomando en cuenta la urgencia en obtener la respuesta de la justicia, el juez debe materializar su decisión en una resolución que puede ser expedida incluso de manera previa a la admisión a trámite de la demanda de la acción principal o que podrá ser resuelta conjuntamente en el auto de admisión a trámite. No es necesario convocar a audiencia, recabar pruebas o notificar a la parte contraria de la presentación de la petición de medida cautelar, pero obviamente cuando ya se ha tomado la decisión de otorgarlas se la debe informar inmediatamente a la persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que deberá adoptarlas.

Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener. El alcance y período de duración de las medidas debe estar claramente establecidos en la resolución.

¿Qué debe ordenar el juez si decide aceptar una petición de medidas cautelares?.-

La Corte Constitucional ha señalado que “el juez constitucional que conoce una solicitud de medidas cautelares cuyo objeto presuma la amenaza o vulneración de derechos constitucionales, deberá ordenar las medidas cautelares

correspondientes para precautelar los derechos que se encuentren en aparente riesgo, debiendo constar las mismas claramente identificadas, determinándose las obligaciones de hacer y no hacer que deberá acatar el destinatario de la medida, a la vez que se deberá especificar las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que deben ser cumplidas.”¹⁰

Ferrer Mac-Gregor, constitucionalista y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a lo que en nuestro Derecho Procesal Constitucional serían las medidas cautelares conjuntas que deben ser resueltas en la primera providencia, cuando se califica la demanda de garantía jurisdiccional reparatoria, recuerda que *“En los procesos constitucionales subjetivos para la protección de los derechos fundamentales (...) constituye frecuentemente una decisión primordial, de tal suerte que sin su otorgamiento puede la vulneración ser irreversible o mermar la eficacia del fallo protector, por lo que es necesario en ciertos casos la dación de medidas cautelares no sólo conservativas, sino de carácter innovativas al coincidir en parte o en todo con la eventual sentencia estimatoria.”* (Ferrer, 2008)

¿Cabe algún recurso respecto al otorgamiento o negativa de las medidas?.-

El artículo 33 segundo inciso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales establece que la resolución del juez de garantías constitucionales mediante la cual se admita o se niegue la petición de medidas cautelares no es susceptible de recurso de apelación.

Algunos juristas consideran que este artículo contraviene el principio procesal de la doble instancia, previsto en el artículo 4 (8) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Otros juristas sostienen que si bien esa es la regla especial en materia de medida cautelar, la decisión del juez respecto a una petición de medida cautelar conjunta con una garantía jurisdiccional reparatoria, como por ejemplo acción de protección, podría ser apelada con sustento en la regla general contenida en el artículo 8 (8) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece que *“Los autos de inadmisión y las sentencias son apelables ante la Corte Provincial.”*

Si la petición de medidas cautelares ha sido denegada y aplicamos la regla especial, la decisión se convierte en firme, sin posibilidad de impugnación, quedando abierta eso sí la posibilidad de revisión por parte de la Corte Constitucional o la posibilidad de impugnar el auto definitivo a través de demanda de acción extraordinaria de protección.

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 157-15SEP-CC, caso No. 1135-10-EP, de 13 de mayo de 2015, p. 11.

En cambio, cuando el juez concede las medidas cautelares, de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica, procede la revocatoria de las medidas cautelares, siempre y cuando se presente uno de estos tres escenarios:

1. Se haya evitado o interrumpido la violación de derechos.
2. Hayan cesado los requisitos previstos en esta ley (no comprendo en qué consiste la “cesación de los requisitos” y la diferencia con el tercer escenario descrito en la Ley).
3. Se demuestre que las medidas dispuestas no tenían fundamento.

Cuando el juez constitucional considere que no procede la revocatoria, deberá justificarlo en el auto, apelable en el término de tres días.

Conclusiones.-

Las medidas cautelares constitucionales son mecanismos adecuados que puedo activar para que se haga efectivo el deber que tiene el Estado de prevención de violación de derechos humanos y derechos constitucionales.

La regulación constitucional, pobre, imprecisa y confusa, fue desarrollada por una Ley que no suple ese marco general deficiente. La Ley establece un procedimiento para pedir las, analizarlas y resolverlas, que debe ser la base para la actuación del juez de garantías constitucionales, primer responsable de responder ágilmente y argumentadamente a una petición de medidas cautelares, poniendo especial atención al contenido de los derechos amenazados o violados, identificando el hecho o acto que provoca la amenaza o violación y estableciendo con claridad el período de vigencia y el alcance de medidas cautelares dispuestas.

Espero que la actividad judicial al evaluar el otorgamiento, levantamiento o modificación de medidas cautelares sea más prolija de lo que fue la actividad legislativa al regular esta materia.

Aspiro a que los jueces, al conocer y resolver una petición de medida cautelar, no sobrepasen las reglas vigentes, a nombre del activismo judicial propiciado por el neoconstitucionalismo. Aspiro a que los jueces se centren en salvaguardar derechos disponiendo las medidas necesarias para evitar que se produzcan violaciones o frenar las que se produzcan, pues antes y durante una violación, es urgente la actuación pronta y oportuna de la justicia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA:

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 110-14-SEP-CC, Caso No. 1733-11-EP, sentencia 23 de julio de 2014, 11 y 12

Ferrer E. (2008), *Los poderes del juez constitucional y las medidas cautelares en controversia constitucional*, ponencia presentada en el VI Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Cancún, México

Villareal R. (2011) *Medidas cautelares*, trabajo de la UASB publicado por Editora Jurídica Cevallos, Quito

LA REPARACIÓN INTEGRAL EN LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

Xavier Palacios Abad¹

***Resumen:** La reparación integral en la acción extraordinaria de protección es un tema muy controvertido y amplio, que dada su gran trascendencia es menester realizar una investigación a lo menos superficial sobre el tópico. La acción extraordinaria de protección es una de las garantías constitucionales más técnicas en cuanto a su proposición y fundamentación para lograr que ésta surta los efectos deseados.*

Es importante señalar que el efecto, por defecto, de la acción extraordinaria de protección ha sido la declaratoria, por parte de la Corte Constitucional, de que se vuelva a resolver la causa, retrotrayendo los efectos desde el momento en que se produjo el acto procesal que originó la violación de derechos. En este supuesto, es necesario preguntarnos hasta dónde puede llegar la reparación integral de la acción extraordinaria de protección, es decir, ¿puede esta garantía jurisdiccional constitucional ordenar se practiquen todos los mecanismos de reparación integral previstos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional? El presente artículo tratará de responder a estas interrogantes desde un análisis de la naturaleza de la garantía, su objeto y aplicación.

Palabras Clave: Acción Extraordinaria de Protección, Reparación integral, *Pelliculo in mora*, Acción Autónoma, Garantía Constitucional, Justiciables, Garantismo, Positivismo.

I. Aproximación a la acción extraordinaria de protección.-

La acción extraordinaria de protección es una institución relativamente nueva que fue introducida en el Ecuador con la Constitución del año 2008. Esta garantía constitucional consagra la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico, pues lo que se busca con ella es la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos contra eventuales violaciones. Además, al ser una garantía constitucional tiene como fin último la reparación integral de los derechos constitucionales. Esto último, tema de debate que se intentará aclarar a lo largo del presente trabajo.

En síntesis, la acción extraordinaria de protección fue concebida como aquella garantía mediante la cual una decisión jurisdiccional podrá ser sometida a una

¹ Estudiante del séptimo nivel de la carrera de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Quito. xavypa@live.com

verificación constitucional en lo que se refiere a la existencia o no de violaciones a los derechos constitucionales en sentencias firmes, autos que ponen fin al proceso y laudos arbitrales.

Cabe señalar que el carácter de extraordinario de esta acción viene dado por la obligatoriedad, que tienen los justiciables, de agotar todos los recursos ordinarios y extraordinarios que prevé la legislación en la justicia ordinaria para que opere esta garantía.

II. Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección.-

La acción extraordinaria de protección tiene una doble naturaleza jurídica, por un lado tiene una naturaleza constitucional ya que es una garantía jurisdiccional constitucional, y por otra parte, desde un punto de vista meramente procesal, es una acción autónoma de impugnación.

En cuanto a la naturaleza constitucional de la acción extraordinaria de protección ésta es una garantía jurisdiccional constitucional; garantía en tanto es un mecanismo a través del cual se hacen efectivos los derechos, jurisdiccional debido a que se plantea ante un órgano jurisdiccional como lo es la Corte Constitucional, y por último constitucional ya que esta acción protege los derechos que están establecidos en la Constitución, y en general en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano.²

Es importante considerar la característica de garantía constitucional de esta acción, ya que si tomamos en cuenta que la Constitución en el Art. 11 en los numerales cuarto y quinto³, respecto a los principios de aplicación de los derechos, dispone que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de las garantías, y que en caso de duda se aplicará lo que más favorezca a su efectiva vigencia; entonces, desde este punto de vista la acción extraordinaria de protección tiene que ser objeto de una interpretación pro-derechos, es decir, una interpretación no restrictiva.

No obstante lo señalado, tenemos la otra cara de la moneda, donde la acción extraordinaria de protección, desde el ámbito procesal, es categorizada como

2 Debemos entender al bloque de constitucionalidad como el conjunto de normas jurídicas que sin estar en la Constitución tienen rango constitucional por disposición expresa de la misma; como por ejemplo los Tratados en materia de Derechos Humanos.

3 Constitución de la República. "Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia."

una acción autónoma, porque es un medio de impugnación extraordinario que se caracteriza por ser un mecanismo que da inicio a un nuevo proceso, con nuevas partes procesales.

Resulta lógico entonces afirmar que la acción extraordinaria de protección no es una nueva instancia procesal, ya que exige el inicio de un nuevo proceso, con un objeto distinto al proceso cuya decisión se impugna, con una nueva demanda que incluirá una nueva pretensión, y que será dirigida en contra del juez que emitió la resolución jurisdiccional.

Cabe advertir que por regla general las acciones autónomas de impugnación son extraordinarias, lo que quiere decir que operan sólo en los casos señalados de manera expresa por el ordenamiento positivo y, además, son objeto de una interpretación restrictiva. Con lo que, a la luz del Art. 94 de la Constitución, la acción extraordinaria de protección presenta una ambivalencia jurídica, esto es, una contraposición entre la doble naturaleza que posee, pues resulta incompatible asegurar que esta acción es una garantía constitucional en tanto y cuanto está supeditada a una serie de restricciones, cuando en realidad, una garantía constitucional es objeto de una interpretación amplia.

Esta contraposición jurídica, en el campo normativo, queda evidenciada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (de aquí en más LOGJCC), donde en vez de aclarar la problemática, se tiende a generar aún más confusión.

De esta manera, el catedrático Agustín Grijalva (2009)⁴ ha señalado que:

En el plano normativo, la LOGJCC evidencia también dos tendencias contrapuestas: una garantista y otra restrictiva. La tendencia garantista busca regular la acción sin restringirla, de forma que siendo los jueces ordinarios los garantes primarios de la Constitución, la Corte Constitucional actúe subsidiariamente cuando los jueces ordinarios mediante sus decisiones han violado derechos constitucionales.

La Corte Constitucional ha tenido que convivir con esta ambivalencia jurídica, y han existido casos en los que se ha decantado por darle una interpretación

⁴ Grijalva, A. (2009): Este enfoque se evidencia en una parte de los requisitos de la demanda y de las condiciones de admisibilidad de la acción, establecidos en los art. 61 y 62, requisitos que son jurídicamente razonables, y corresponden a lo que se encuentra comúnmente en el Derecho y la Jurisprudencia constitucional comparados. Se trata en general de requisitos orientados a evitar que la acción se convierta en una nueva instancia, tales como plazos para accionar, el requisito de haber agotado otros recursos, y la identificación clara del derecho constitucional violado.

pro-derechos por su naturaleza de garantía, mientras que en otras ocasiones ha negado esto, al manifestar que como mecanismo excepcional de impugnación debe ser objeto de una interpretación restrictiva, con lo cual ha generado un verdadero limbo jurídico en el Ecuador respecto al tema.

Creemos que la acción extraordinaria de protección ha sido ideada como una verdadera garantía constitucional, debido que es un “amparo contra decisiones judiciales, es decir una garantía constitucional contra sentencias, autos y resoluciones violatorias del debido proceso y otros derechos constitucionales (Grijalva, 2009)”, sin embargo tiene un rasgo extraordinario, ya que posee ciertos matices restrictivos, en base a los cuales, se pretende que esta acción no sea tomada como una tercera instancia procesal⁵, y he ahí la razón por la cual se vuelve tan extraordinaria bajo un sistema restrictivo.

III. ¿Es la acción extraordinaria de protección una garantía de reparación de derechos?.-

Una vez que ha quedado claro que la acción extraordinaria de protección es una auténtica garantía jurisdiccional constitucional, es ahora pertinente analizar qué tipo de garantía constitucional es esta acción.

Para comenzar con el análisis, nos ceñiremos a la clasificación doctrinal elaborada por la profesora Claudia Storini respecto a las garantías constitucionales. La jurista italiana nos plantea dos tipos de garantías: 1. Genéricas, 2. Específicas.

En primer lugar, las garantías genéricas tienen por objetivo, en palabras de la profesora Storini (2010), “evitar que la actuación de los poderes públicos pueda

⁵ A fin de esclarecer más el tema es indispensable poner en consideración lo tratado en la sesión 72 de la mesa 3 de la Asamblea Constituyente sobre esta garantía jurisdiccional, citado por Pazmiño Freire, P. (2013). “La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista “. en Umbral Revista de Derecho Constitucional. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Pág.28. “El alcance de las competencias asignadas a la Corte Constitucional, de ninguna manera vulneran las competencias que le son propias a las funciones del Estado. En el caso específico de los temores de la Función Judicial, han sido evidentes en los medios de comunicación, exclusivamente a petición de parte —dice— una vez cumplidos los requisitos que consten en la respectiva Ley Orgánica, se podrá pedir la revisión de sentencias cuando estas resoluciones violen el debido proceso u otros derechos fundamentales. Esta revisión no significa intromisión, pues la Corte Constitucional está por fuera de las Funciones del Estado, y no significa una jerarquía superior a la autoridad máxima de la Función Judicial. No es la creación de una nueva instancia procesal, pues el control de la constitucionalidad de las sentencias, se dará por excepción, toda vez que siempre los jueces deben ajustar sus dictámenes y sentencias a la Constitución, conforme ha sido práctica de larga data, lo que está recogido en la Ley Orgánica de la Función Judicial”

causar un desconocimiento o vulneración de los derechos fundamentales, o en un menoscabo del contenido mínimo que la norma constitucional atribuye a dichos derechos. Este tipo de garantías lo que buscan es prevenir o evitar la vulneración de los derechos constitucionales, con lo que queda subsumida la idea de una garantía constitucional preventiva, la cual busca que no se produzca un daño, o que éste no se agrave. Se desprende, además, que estamos frente a un tipo de garantía con carácter general, cuyo destinatario no es la persona en principio, sin menoscabo que pueda ser usado por los particulares.

Por su parte, el otro gran grupo de garantías son las específicas, aquellas que buscan proteger los derechos constitucionales y también obtener el restablecimiento del daño causado en el caso en concreto. Es por ello, que la finalidad de este tipo de garantías es declarar la vulneración del derecho y ordenar su reparación íntegra, puesto que estas garantías están focalizadas para los ciudadanos.

La profesora Storini (2010) las califica además como aquellas garantías “reactivas” ya que son *“mecanismos que se ofrecen al ciudadano para que, en cada caso singular en el que éste considere que se ha producido una vulneración de un derecho, pueda acudir a ellos y obtener el restablecimiento o la preservación del mismo”*. En mérito de lo señalado, podemos calificar a este tipo de garantías como las denominadas garantías jurisdiccionales o procesales específicas.

En base a la clasificación puesta en consideración, podemos deducir que en el Ecuador hay tres tipos de garantías jurisdiccionales, las de carácter preventivo, de reparación y de eficacia del derecho; por ejemplo, de carácter preventivo tenemos las medidas cautelares cuyo fin último es la prevención del daño, o evitar que éste continúe, sin embargo, no tienen un fin de reparación del detrimento causado.

Por otro lado, las garantías de eficacia de derecho, es decir, aquellas con las cuales se busca que ninguna autoridad pública descate lo que está previsto por el ordenamiento jurídico infraconstitucional, la sentencias de organismos de Derechos Humanos y las sentencias constitucionales. En este grupo tenemos a la acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento, ésta última creada jurisprudencialmente.

Finalmente, tenemos las denominadas garantías de reparación, en otras palabras aquellas cuya principal función es declarar la vulneración de un derecho constitucional y determinar el medio idóneo para que se repare el daño causado al mismo. En esta clasificación, tendríamos como garantías bases a la acción de

protección, que es una garantía de reparación *per se*, dado que esta acción fue creada para reparar el daño a un derecho cuando éste se causa efectivamente (Montaña, 2012); y por último, de manera cuestionable, a la acción extraordinaria de protección, la cual, desde nuestro criterio, es una acción reparatoria que busca que los derechos constitucionales no sean desconocidos dentro de un proceso jurisdiccional, ya sea en la sustanciación o en la motivación de la resolución.

De manera general, estas acciones son las garantías primordiales en temas de reparación de derechos, pero con una diferencia sustancial en cuanto a su campo de aplicación, ya sea en decisiones administrativas (acción de protección), o decisiones jurisdiccionales (acción extraordinaria de protección).

Para poder afirmar lo que se plantea sobre la acción extraordinaria de protección, es necesario añadir que la Corte Constitucional respecto al tema en cuestión emitió una sentencia, en la cual clarifica el objeto primordial, tanto teórico como práctico, de dicha garantía. La sentencia que data de 21 de octubre de 2010 reza lo siguiente:

Sin embargo, no cabe debate en cuanto a que el fundamento de la incorporación de esta acción al ordenamiento jurídico del país, con la que se supera a muchas Constituciones de América, viene dado por lo dispuesto en el artículo 424 de la Constitución, esto es, el principio de la supremacía de la norma constitucional, cuyo contenido establece que no existe precepto, de la naturaleza que sea, por encima de este mandato, incluidas las sentencias. Es en razón de este imperio que el legislador impuso que todo acto de autoridad pública, incluidos los que ejercen jurisdicción en la Función Judicial, estén bajo control de un órgano supremo en materia constitucional, para que sea éste el que determine si los actos guardan conformidad o no con las disposiciones que consagran derechos y garantías constitucionales; de todo lo cual deviene que el alcance de la acción no es otro que dar protección a los ciudadanos contra eventuales actos violatorios de dichos bienes jurídicos, como también declarar su violación, de haberla, y disponer su reparación integral.⁶

De la resolución anterior, se desprende con claridad cómo la Corte Constitucional, dada la naturaleza constitucional de la acción extraordinaria de protección, señala que ésta tendrá como fin último la reparación integral de los derechos.

⁶ Corte Constitucional, sentencia dictada el 21 de octubre de 2010. Caso No. 0037-10-EP, Expediente 59, No. 59-2007, Resolución de la Corte Constitucional 44, Registro Oficial Suplemento 331 de 30 de noviembre de 2010

Asimismo, desde el ámbito normativo afirmamos que la acción extraordinaria de protección es una garantía que tiene por fin declarar la vulneración de un derecho constitucional frente a sentencias y autos firmes, y ordenar el resarcimiento del daño causado, pues así lo corrobora la LOGJCC en su art. 63⁷ referente al contenido de la sentencia en la acción extraordinaria de protección.

En estricto sentido las garantías jurisdiccionales tienen por objeto declarar la reparación integral, material o inmaterial del individuo afectado al tenor del Art. 86 numeral 3 de la Constitución⁸ que versa sobre las reglas aplicables a todas las garantías jurisdiccionales constitucionales. Aquí haciendo una salvedad sobre las garantías preventivas porque éstas buscan, de manera general, evitar el posible daño, o cesar el daño causado para que éste no sea más grave.

IV. La reparación integral en la legislación ecuatoriana.-

La reparación integral es una institución jurídica en base a la cual se busca restablecer las cosas hasta antes de que se produjera el daño en la medida de lo posible. La reparación integral como principio, en términos de Robert Alexy, quién es citado por Marco Navas y Claudia Storini, es un mandato de optimización de las garantías constitucionales (Storini & Navas, 2013) porque mejora y profundiza de manera sustancial la protección de los derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado que dada la relevancia e importancia que tiene la reparación integral en materia de garantías constitucionales, ésta implica un principio constitucional y no solo una institución jurídica.⁹ En este mismo sentido, la Corte Interamericana ha manifestado que la reparación integral constituye todas las medidas necesarias para lograr mitigar o desaparecer los daños causados e indemnizarlos.

La reparación integral en el Ecuador fue introducida en la Constitución del 2008 bajo su esquema garantista, y que en palabras de los profesores Marco Navas y Claudia Storini (2013), la implementación de ésta institución trajo con si una

7 Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Art. 62 "Sentencia.- La Corte Constitucional determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado (...)"

8 Constitución de la República del Ecuador. Art. 83.3 "(...)La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatare la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse(...)"

9 Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 septiembre 2004, párr. 223.

evolución técnico-jurídica sobre la vulneración de derechos, “*en razón de que con ella no solo se contempla enmendar a la víctima afectada en su derecho, a través de la proporción de un monto económico; pues esta implica un alcance más profundo (...)*”.

La reparación integral, considerada por gran parte de la doctrina constitucional, como un principio del derecho, se ha convertido en un elemento indispensable en las garantías constitucionales, debido a que con ella se busca la preservación de los derechos de manera inmediata y eficaz.

V. Elementos esenciales de la reparación integral.-

En palabras de Juan Montaña Pinto, y de acuerdo a la legislación ecuatoriana, los elementos para que opere una verdadera reparación integral son: 1. Eficaz, 2. Eficiente, 3. Rápida y 4. Proporcional. (Montaña, 2012)

La eficacia de la reparación integral está relacionada con la correcta especificación de las obligaciones, positivas o negativas, que deberán ser cumplidas para lograr reestablecer el gravamen causado. En cuanto a la eficiencia y a la rapidez, éstas vienen encaminadas a la necesidad de que opere en el menor tiempo posible, y que de esta forma no sea tardía ni morosa. Estas dos características están intrínsecamente ligadas con el principio “*periculum in mora*”, es decir, el peligro en la demora de la instauración de la reparación integral con el temor de que sea demasiado tarde y no poder desagraviar el daño.

Por último, la proporcionalidad de las medidas tomadas deberá guardar relación con el deterioro causado, en virtud de que la reparación integral no busca el enriquecimiento de la víctima, sino sólo el resarcimiento exacto del daño. Por lo tanto, única y exclusivamente con estos elementos podremos estar frente a una completa medida de reparación integral en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

VI. Formas de reparación integral.-

El artículo 18 de la LOGJCC contempla ciertas vías de reparación integral¹⁰, no obstante la misma disposición jurídica deja abierta la puerta a otros medios semejantes que quedarán a discrecionalidad del juzgador.

¹⁰ Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Art. 18 “(...)La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud (...)”

Sin embargo, la doctrina en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han establecido cuatro criterios estandarizados de reparación integral:

- a. Restitución, b. Indemnización, c. Rehabilitación y, d. Garantías de no repetición

La restitución comprende retrotraer los efectos del acto hasta antes del momento en el que se produjo la violación del derecho. Con lo cual, se da la posibilidad a la persona que sufrió el daño de volver a gozar plenamente de su derecho. Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas nos dice que: *“La restitución comprende el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes”*¹¹.

La indemnización es la más conocida forma de reparación integral y comprende el resarcimiento o compensación económica del daño causado, cabe señalar que ésta no propondrá de ninguna manera el enriquecimiento de la víctima, si no solo la justa compensación que se calcula en base a los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto a la rehabilitación, ésta va dirigida en sentido de reparar el detrimento físico o psicológico que puede sufrir una persona ante la vulneración de sus derechos, esto con el fin de lograr la readaptación del individuo. Por otra parte, la satisfacción se refiere a que nunca el daño sufrido podrá ser recompensado, ni restituido (Polo, 2012), lo que se busca principalmente es que no se vuelva a repetir las violaciones, y el ejemplo más común son las publicaciones ordenadas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a las violaciones de los derechos humanos que cometen los Estados.

A la postre, la garantía de no repetición, es el deber estatal de que este tipo de violaciones no vuelvan a ocurrir, y va más allá, al punto de que el Estado deberá poner fin a toda violación de derechos.

VII. La reparación integral en la acción extraordinaria de protección .-

Como ha quedado expuesto la acción extraordinaria de protección es una garantía capaz de ordenar medidas de reparación integral cuando en el caso en

¹¹ Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General del 16 de diciembre 2005. “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones grave del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparación”. párr. 19.

concreto se evidencie la vulneración de derechos constitucionales. Por lo que, lo concerniente en este punto es determinar cuál es el alcance de esta reparación.

La Corte Constitucional desde la vigencia de esta garantía en el Ecuador ha tenido criterios muy dispares y divergentes al momento de resolver un caso de acción extraordinaria de protección. Pese a esto, en la mayoría de los casos en los que el juzgador constitucional aceptó la acción extraordinaria de protección, por regla general, decretó como medio de reparación integral, dejar sin efecto la decisión jurisdiccional impugnada para que se vuelva a resolver el caso bajo los lineamientos adoptados en la resolución del órgano constitucional.

La acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional compleja en lo que se refiere a su argumentación, y dicho sea de paso, también en su aplicación por parte de la Corte Constitucional. Dicha complejidad radica en el alcance final que pueda tener esta acción, con especial énfasis en la reparación integral que se pueda otorgar mediante esta garantía constitucional.

A fin de analizar el alcance de la reparación integral en la acción extraordinaria de protección, es de trascendental importancia plantearnos los supuestos en los que, en base al ordenamiento jurídico ecuatoriano, podemos estar inmersos respecto al tema. El primer de ellos es a) cuando la acción extraordinaria de protección se plantea en contra de una sentencia firme (de derecho común), en cuyo caso, y a la luz del Art. 63 de la LOGJCC, la sentencia que resuelva la acción extraordinaria de protección deberá contener si hubo o no la violación de derechos, que de darse la declaratoria, se ordenará la reparación integral.

En el primer supuesto, el cual a simple vista no genera inconveniente, debemos resaltar que la Corte Constitucional no hará, en principio, ningún análisis de fondo sobre la sentencia impugnada, y se remitirá de manera exclusiva a resolver sobre si existen o no derechos constitucionales vulnerados dentro del proceso, y con sustento en éstos ordenará la práctica de medidas para enmendar el daño. La casuística ecuatoriana respecto a esta acción refleja una realidad, un tanto cuestionable sobre la reparación integral, pues al parecer, el único medio para resarcir el daño usado en esta garantía jurisdiccional ha sido que se vuelva a resolver el conflicto jurídico dejando sin efecto la sentencia impugnada, con ello haciendo un símil con la nulidad.

La interrogante que se desprende del presupuesto descrito es ¿es esta medida una verdadera reparación integral cuando existe una vulneración de derechos constitucionales?, creemos que la respuesta, de manera somera, sería no, pues podemos advertir que existen casos en los cuales la vulneración del derecho es

tan grave que la simple orden de volver a resolver, no constituye una reparación *per se* del daño causado; asimismo, si tenemos en consideración todo lo que el accionante debió hacer para llegar a la justicia constitucional (agotar recursos ordinarios y extraordinarios), y sumado a esto la letanía de los procesos constitucionales de esta índole, que promedio en el Ecuador duran 18 meses.

Como corolario de lo señalado, se deduce que la garantía constitucional no está cumpliendo con su fin último, que es la reparación integral de la víctima. De ahí que, surja la pregunta, puede la acción extraordinaria de protección ordenar que se practiquen los demás medios de reparación integral previstos en el Art. 18 de la LOGJCC, como la indemnización económica o las disculpas públicas, para resarcir de forma eficaz las consecuencias de la violación del derecho.

Consideramos que la acción extraordinaria de protección, al ser una acción constitucional de reparación, habilita al juzgador para que tome la medida de desagravio necesaria para custodiar el efectivo goce de los derechos agravados. Esta obligación del juez está plasmada en el artículo 86 apartado tercero de la Constitución de la República del Ecuador, donde de forma concreta se señala que:

(...) La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenara la reparación integral, material o inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas o negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial (...)¹²

Del artículo citado, apreciamos que la razón de ser de las garantías constitucionales jurisdiccionales, según la voluntad del constituyente, es la correcta reparación del daño debido a que son mecanismos para hacer eficaces los derechos, y si éstos han sido violados, se deberá disponer un medio idóneo para compensar el gravamen causado, ya sea de orden material o inmaterial.

De ahí que, la LOGJCC en su artículo 18 nos mencione cuáles son, entre otras, las medidas y acciones que el juzgador podrá dictar para lograr reparar o compensar el detrimento ocasionado a la víctima, como por ejemplo las disculpas públicas, la reparación económica, la garantía de no repetición, etc.

12 Constitución de la República del Ecuador. Art. 86.1 "3. "(...)La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución."

La reparación integral, bajo la concepción de la doctrina neoconstitucionalista, es un derecho que puede ser exigido por el individuo, y que por ende constituye una obligación por parte de la autoridad pública competente, en este caso el juzgador constitucional. Este criterio fue ratificado por la Corte Constitucional ecuatoriana en cierta forma, pues así lo ha materializado en uno de sus fallos donde menciona lo siguiente:

La concepción de reparación integral, introducida a partir de la Constitución de 2008, va más allá de la forma tradicional en la que se entendía a la remediación de los daños ocasionados por la vulneración de derechos constitucionales, es así, que bajo esta figura, se busca alcanzar una reparación de orden material e inmaterial. Este concepto, es considerado incluso como un verdadero derecho constitucional, acorde a lo manifestado previamente por esta Corte en la sentencia No. 004-13-SAN-CC(...) ¹³

De una lectura atenta de lo expuesto, se entrevé como la propia Corte Constitucional le dio el carácter de derecho a la reparación integral, cuyo objetivo es la real y efectiva compensación del gravamen, de orden físico o psicológico, a través de medidas adecuadas y pertinentes. En virtud de ello, el juzgador constitucional, al determinar la violación de un derecho constitucional deberá velar por el efectivo goce de los derechos arremetidos a futuro, es decir procurar que a través de otro derecho de máxima importancia, como lo es el derecho a la reparación integral, se compense a la víctima por el detrimento causado para que, en consecuencia, el afectado pueda gozar de sus derechos de manera efectiva.

En este mismo sentido, María Polo Cabezas (2012) nos dice que:

En el neoconstitucionalismo el derecho de reparación se rige por principios más que por reglas, es decir, con un sustento ético y moral, **[con lo que de manera indiscutible tenemos que el juez no se deberá conformar con decretar la reparación integral porque está prevista en la normativa(pues no estamos frente a un sistema positivista), sino que, deberá conforme los principios constitucionales, uno de ellos el pro-homine, ordenar la medida más efectiva para que se pueda desagraviar el daño, y el ciudadano afectado pueda gozar de su derecho.]** (El contenido con negrita nos pertenece).

¹³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 135-14-SEP-CC dictada dentro del Caso No. 1758-11-EP, el 17 de septiembre de 2014.

De hecho, ésta es la diferencia sustancial entre un sistema legal (positivista) y un sistema constitucional, ya que, mientras en el primero el juzgador se limitará a ordenar la reparación integral porque está prevista en la norma, en el sistema neoconstitucionalista, en el cual el Ecuador se desenvuelve, el juez debe procurar proteger el derecho a la reparación e ir más allá, y otorgar los medios apropiados para que la persona pueda volver a gozar de su derecho que ha sido afectado de manera directa.

En función de lo anotado, consideramos que la disposición de dejar sin efecto la sentencia impugnada, no cumple con una verdadera reparación en todos los casos; dado que siempre el juzgador constitucional debe analizar los hechos del caso en concreto, y en base a ellos determinar lo adecuado y pertinente para contrarrestar los daños causados, pero siempre con apego a los principios de eficacia, inmediatez y proporcionalidad.

En el segundo supuesto que nos podemos encontrar en cuanto a la aplicación de esta garantía es b) cuando la acción extraordinaria de protección es planteada en contra de las garantías jurisdiccionales, siendo la más común, la acción de protección.

De manera introductoria resulta pertinente poner en debate si cabe la acción extraordinaria de protección sobre las garantías jurisdiccionales; con un especial énfasis en la acción de protección. Para comenzar, es acertado remitirnos a la fuente legal de la garantía, donde reparamos en que no existe restricción alguna sobre la temática, más aún, la ley y la Constitución dejan la puerta abierta en la medida en que solo se menciona que cabrá en contra de sentencias, autos definitivos, o resoluciones con fuerza de sentencia¹⁴, con lo que la disposición normativa no circunscribe ningún límite en relación a las sentencias emitidas en las garantías jurisdiccionales constitucionales.

Pese a lo señalado, hay que precisar que la Corte Constitucional para el Periodo de Transición se refirió al tema con relación al Art. 63 de la LOGJCC, que versa sobre la acción extraordinaria de protección, de la siguiente manera:

De la transcripción de la norma constitucional se establece que, efectivamente, esta acción extraordinaria de protección opera en contra de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas, sin distinción del proceso en el que se han dictado, sea éste ordinario o fruto de una acción jurisdiccional, (acción de protección). Claro está que en

¹⁴ La acción extraordinaria de protección la encontramos regulada en el Art. 58 de la LOGJCC.

nuestra legislación procesal constitucional, la acción de protección se la tramita única y exclusivamente en dos instancias; sin embargo no se debe confundir el hecho que sobre la sentencia dictada en esta clase de acciones se interponga el recurso extraordinario de protección, como si se acudiera a una nueva instancia dentro de la justicia constitucional (...)¹⁵

De la consideraciones de la Corte Constitucional resulta interesante añadir que pese a no estar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo que constituye un vacío en la normativa constitucional y legal, la Corte ratificó que la acción extraordinaria de protección si se podrá interponer en contra de las sentencias de acción de protección. De manera adicional, la Corte advierte que no se deberá confundir con el recurso de “apelación” de las sentencias de acción de protección, donde por principio se conocerá el fondo del asunto¹⁶ en mérito de los autos. Es indispensable diferenciar el objeto del recurso de apelación de la acción de protección de la acción extraordinaria de protección, pues ésta no buscará realizar un análisis de fondo de la sentencia impugnada, si no que evaluará la misma en estricto rigor con la existencia, o no, de violaciones de derechos constitucionales dentro del proceso. Dicha postura lógica, al parecer, ha sido fortalecida por la Corte Constitucional en la sentencia antes citada, donde indica lo siguiente:

En cambio, en la acción extraordinaria de protección planteada en contra de una sentencia, para el caso de una de acción de protección, la Corte Constitucional no efectúa un análisis de los aspectos de fondo o forma del acto administrativo sobre el cual se planteó la acción jurisdiccional. Para el caso no interesa y se convierte en ajeno al análisis de la justicia Constitucional que se imprime mediante esta acción extraordinaria de protección. Lo que se observa y es materia de esta acción extraordinaria es garantizar que en el proceso de la acción jurisdiccional y su sentencia se hayan observado las reglas del debido proceso.¹⁷

15 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 135-14-SEP-CC dictada dentro del Caso No. 1758-11-EP, el 17 de septiembre de 2014

16 Creemos necesario aclarar el tema sobre la apelación en la acción de protección, con lo cual nos remitimos a lo que la Corte Constitucional en la Sentencia No. 028-10-SEP-CC dictada dentro del Caso No. 0173-10-EP, el 10 de junio de 2010 que expresa: “*En los casos de garantías jurisdiccionales gozan del principio de la doble instancia, conforme a la parte final del numeral 3 del artículo 86 de la Constitución de la República del 2008. Entre estas se encuentra la acción de protección, que es conocida en el segundo nivel por las Cortes Provinciales de Justicia.*”

17 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 135-14-SEP-CC dictada dentro del Caso No. 1758-11-EP, el 17 de septiembre de 2014.

De un examen minucioso del texto anterior, se identifica un marco y un límite, que la Corte Constitucional estableció a la acción extraordinaria de protección sobre la acción de protección para que no sea tomada como un recurso de apelación de dicha garantía constitucional.

Por esta razón, la Corte Constitucional, en la sentencia expuesta, aclaró que la acción extraordinaria de protección tiene la misma función si se impugna una acción de protección o una sentencia ordinaria (como lo sería la emitida en un juicio laboral), ya que en las dos circunstancias, en teoría, el juzgador deberá evaluar si hubo o no violación de derechos constitucionales en el proceso, ya sea en la sustanciación o en la motivación del mismo, y más no realizar un estudio de fondo de la sentencia que es impugnada.

VIII. La acción extraordinaria de protección en la justicia ordinaria y en la justicia constitucional.-

La acción extraordinaria de protección, como ha quedado señalado, siempre, sin excepción alguna, examina si hubo o no violación de derechos dentro del proceso sin pasar a analizar el fondo de la controversia. Sin embargo, la práctica ecuatoriana nos demuestra una realidad distinta y controvertida, pues la Corte Constitucional muchas veces se ha visto tentada en resolver el conflicto subyacente y ha errado en el objeto de la acción extraordinaria de protección.

Inclusive, en el único caso en que el juzgador constitucional ordenó se practiquen medidas de reparación, distintas a la común, ha sido en acciones extraordinarias de protección frente a sentencias de acciones de protección, donde pasó a evaluar el asunto de fondo y por ello decretó una medida correcta, que pudo haber sido otorgada sin necesidad de analizar la controversia si no sólo las violaciones constitucionales dentro del proceso.

De esta manera, en la sentencia No. 146-14-SEP-CC¹⁸ y la sentencia No 175-14-SEP-CC¹⁹, ambas en casos en contra acciones de protección, se han ordenado la reparación económica a la víctima, con lo cual el juzgador hizo una real valoración de las vulneraciones de los derechos y ordenó se practiquen las medidas adecuadas para la restitución del daño causado²⁰.

18 Corte Constitucional. Sentencia N° 146-14-SEP-CC dictada dentro del Caso N° 1773-11-EP, el 1 de octubre de 2014. "*Como medidas de reparación económica se dispone que conforme la Sentencia No. 004-13-SAN-CC: i) El Municipio del Distrito Metropolitano de Quito pague a los accionantes un valor que considere la afectación económica que en estos diez años se generó a los seis hermanos de la filia Ramirez, en cuanto tuvieron que arrendar viviendas ajenas.*"

19 Para mayor detalle ver Sentencia No 175-14-SEP-CC dictada dentro del Caso N°. 1826-12-EP, el 15 de octubre de 2014

20 A fin de esclarecer lo que significa una real medida de reparación integral, creemos oportuno citar

Pese a lo señalado, la Corte Constitucional, en la sentencia No 175-14-SEP-CC²¹, consideró que ordenar una devolución de dinero no era una reparación económica, porque se trataba de un caso en el cual el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social había retenido de forma inconstitucional el rubro monetario (haciendo un análisis del fondo del asunto). Sin embargo, líneas atrás, en la misma sentencia, la Corte realiza un razonamiento distinto, y manifiesta lo siguiente:

En aras de garantizar de mejor forma los derechos del accionante y considerando que el transcurso del tiempo puede complicar aún más su situación de vulnerabilidad, en este caso particular y excepcional se aleja de la jurisprudencia expedida en la sentencia No. 004-13-SAN-CC, en la que se determinaba que para la medida de reparación integral económica deberá acudir a la vía contenciosa administrativa, puesto que el caso concreto presenta una situación excepcional, en tanto existe una grave afectación en el proyecto de vida de un adulto mayor perteneciente a los grupos de atención prioritaria.

Como se puede observar, existe una clara contradicción en los argumentos del juzgador constitucional, en tanto nos dice que es una medida de reparación integral económica que dada la naturaleza del caso podrá obviar el procedimiento previsto en la ley, además que analiza el fondo del asunto, y en virtud de ello ordena esa medida. Incluso, establece un “precedente”, por así decirlo, el cual dispone que se podrá alejar de la norma en casos excepcionales, admitiendo de esta forma que existe una demora que desnaturaliza la restitución del daño causado mediante la indemnización material o económica.

De lo dicho, salta a la vista una preocupación considerable en la aplicación de la garantía, la cual atiende a la razón por la que el juzgador constitucional ha optado por ordenar como medidas de reparación integral, la compensación económica o las disculpas públicas sólo en los casos en los que la acción extraordinaria de protección ha sido interpuesta contra acciones de protección.

lo que la Corte Constitucional manifestó en su sentencia No. 146-14-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1773-11-EP. *“Esta medida de reparación integral comprende la restitución del derecho, restituito in integrum, que le fue quitado o vulnerado a una persona, con lo cual se pretende que la víctima sea reestablecida a la situación anterior a la vulneración; sin embargo, cuando se evidencie que por los hechos fácticos el restablecimiento del derecho no es posible, el juez tiene que encontrar otra medida adecuada que de alguna forma equipare esta restitución*

21 Ver Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No 175-14-SEP-CC dictada dentro del Caso N°. 1826-12-EP, el 15 de octubre de 2014: *“En tal sentido, no estamos frente a una medida de reparación integral material o económica, ya que por el contrario, se trata de la devolución de un valor que fue receptado inconstitucionalmente por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, constituyéndose, de devolución, en un derecho del accionante que tiene que ser resarcido a efectos de lograr una efectiva reparación de derechos.”*

La respuesta a esta interrogante está ligada con la diferencia entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, pues al parecer el juzgador ha tomado una línea de pensamiento en la cual, a su entender, el máximo órgano constitucional, que es la Corte Constitucional, en el momento que un acto propio de la justicia constitucional, como lo son las garantías jurisdiccionales constitucionales, es impugnado mediante una acción extraordinaria de protección, puede el juez dictar otras medidas de reparación integral ya que no estaría violentando las competencias y atribuciones propias de la justicia ordinaria. De este modo el juzgador hace un análisis del fondo del asunto a fin de proteger los derechos del accionante.

Empero, cuando se trate de un caso de justicia ordinaria, es decir en materia civil, laboral, penal, etc., y el juzgador constitucional dictare medidas de reparación integral distintas a dejar sin efecto la sentencia impugnada, conllevaría que la Corte Constitucional se entrometa en las atribuciones propias de la justicia común transformando a la acción extraordinaria en otra instancia procesal.

En definitiva, creemos que la postura que ha sido tomada por la Corte Constitucional es objetable e incluso inconstitucional, ya que la acción extraordinaria de protección no busca conocer el fondo del asunto en ningún caso, ya sea éste de justicia constitucional (garantías jurisdiccionales), o justicia ordinaria, pues la esencia de esta garantía radica en que no se transforma en otra instancia procesal, sino que es un medio a través del cual se quiere velar por la supremacía de la Constitución, y así asegurar que ningún derecho constitucional haya sido violentado, trasgredido u obviado dentro de la sentencia, auto o resolución que sea objeto de la impugnación. Más aún, cuando la propia Corte Constitucional ha declarado como un verdadero derecho a la reparación integral²² ya que ésta es la génesis misma para que una garantía jurisdiccional sea efectiva.

Por lo dicho, resulta inaudito que sólo en acciones extraordinarias de protección contra sentencias de garantías jurisdiccionales, como es la acción de protección, el juzgador pueda otorgar una “verdadera medida de reparación integral”²³.

De hecho, se debe aclarar que la reparación integral, no es en estricto sentido sólo la reparación económica, dado que ésta es una de las tantas medidas que se pueden adoptar. En este sentido, la Corte Constitucional ya advirtió que la

22 En esta forma la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia N°. 146-14-SEP-CC dictada dentro del caso N°. 1773-11-EP manifestó lo siguiente: “*En conclusión, la reparación integral es un derecho con el que cuentan todas las personas, a fin de que el Estado otorgue el resarcimiento del daño causado mediante un conjunto de medidas que consideren todo el historial de sucesos que se efectuaron, tanto durante como después de la vulneración del derecho(...)*”

23 Entiéndase una medida que sea adecuada al caso en concreto, y busca el resarcimiento del daño.

reparación integral de la víctima no puede consistir en la mera compensación económica, sino, que se deberá adecuar lo que sea necesario al caso en singular para rehabilitar o resarcir el daño. He ahí la razón de que este órgano constitucional haya manifestado que:

(...) los jueces constitucionales se encuentran en la obligación de ser creativos al momento de determinar las medidas de reparación integral que dentro de cada caso puesto a su conocimiento deban ser establecidas, a fin de que la garantía jurisdiccional sea efectiva y cumpla su objetivo constitucional, evitando vincular únicamente a la reparación integral con una reparación reducida a lo económico, ya que su naturaleza es distinta. Por esta razón, dicha determinación deberá ser proporcional y racional con relación a la función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación del proyecto de vida de la persona (...)

En mérito de lo señalado, se puede concluir que la obligación del juzgador, que conoce sobre una garantía jurisdiccional constitucional, es la de custodiar el efectivo goce de los derechos que se acusan ser vulnerados, donde de ser el caso, deberá hacer constar en su sentencia, como un requisito *sine qua non* la reparación integral al justiciable. Pero esta reparación integral deberá ser idónea, adecuada y necesaria para el caso en particular, ya que no siempre la simple compensación económica se convierte en una verdadera “*restitutio in integrum*”.

Por todo lo dicho, creemos que el análisis que debe hacer la Corte Constitucional respecto de la violación de derechos constitucionales en las sentencias, autos o resoluciones objeto de la acción extraordinaria de protección tendrá que ser siempre homogéneo con un criterio uniforme de juzgamiento y resolución, para que de esta forma se pueda garantizar la seguridad jurídica.

Es menester ultimar, que la reparación integral no es solo un derecho de los ciudadanos, sino que es una obligación por parte del juez al momento de dictar sentencia, obligación que viene dada por la Constitución, la ley, la jurisprudencia constitucional y la de derechos humanos. Con lo cual, si un juez omite este deber estamos frente a una violación de los derechos constitucionales de los justiciables, y en cuyo caso la pregunta sería ¿es impugnabile esta decisión en tanto viola un derecho constitucional?.

24 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 146-14-SEP-CC dictada dentro del Caso No. 1773-11-EP, el 1 de octubre de 2014.

La duda planteada fue solventada, en su tiempo, por la Corte Constitucional, que de manera rotunda negó esta posibilidad, puesto que se tornaría un círculo inacabable de acciones extraordinarias de protección. Es por esta misma razón que resulta determinante e imprescindible que el juez examine los hechos, analice las vulneraciones de derechos, de ser el caso, y otorgue una verdadera y completa medida de reparación de los daños presentes con todos los mecanismos que pone a su disposición el Art. 18 de la LOGJCC, para de esta manera lograr que las garantías jurisdiccionales constitucionales cumplan con el ideal bajo el cual fueron concebidas.

IX. Conclusiones.-

- I. El juzgador constitucional al momento de dictar sentencia en un proceso de garantías constitucionales jurisdiccionales, de haber una violación de derechos, tiene la obligación de ordenar las medidas de reparación integral óptimas para resarcir el daño ocasionado, dichas medidas deberán guardar relación con los principios que la Corte Interamericana ha desarrollado sobre la reparación integral.
- II. La acción extraordinaria de protección está facultada para emitir como medio de reparación integral todo lo dispuesto en el Art. 18 de la LOGJCC, incluyendo la reparación económica y las disculpas públicas en los casos que la vulneración lo amerite, y bajo el principio de proporcionalidad en relación a la medida y el daño.
- III. La acción extraordinaria de protección no pretende ser una tercera instancia procesal, si no un mecanismo a través del cual se protejan los derechos de los justiciables dentro de los procesos jurisdiccionales. Por esta razón, la Corte Constitucional no debe caer en la tentación de resolver el conflicto subyacente, y sólo limitarse a analizar las violaciones a los derechos constitucionales en la sustanciación del proceso o en la motivación de la resolución.

BIBLIOGRAFÍA:

Libros:

Grijalva, A. (2009). , “*La Justicia Constitucional ¿Estado Constitucional de Derechos? Informe sobre Derechos Humanos Ecuador 2009*”. Ediciones Abya-Yala. Pág. 76

Grijalva, A. (2012), “*Acción Extraordinaria de Protección*”, en *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. Pág. 67

Montaña Pinto, J. (2012). “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”. *Apuntes de derecho procesal constitucional*. Tomo 2. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Pág. 107

Pazmiño Freire, P. (2013). “*La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista*”. en *Umbral Revista de Derecho Constitucional*. Número 3. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Pág. 28

Polo Cabezas, María Fernanda (2012). “La reparación integral en la justicia constitucional”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Quito, Ecuador : Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional . Pág. 74,69

Storini, C. (2010). “Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador”. En *Foro, Revista de Derecho*. UASB. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Pág. 106

Storini, C. y Navas, M. (2013). “La acción de protección en Ecuador realidad jurídica y social”. En *Corte Constitucional del Ecuador. Nuevo Derecho Constitucional* Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Pág. 153,154

Normativa nacional:

Constitución de la República del Ecuador 2008

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Normativa internacional:

Convención Interamericana de Derechos Humanos, publicada en el Registro Oficial No. 801 de 6 de agosto de 1984

Jurisprudencia nacional:

Corte Constitucional. Sentencia No. 028-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0173-10-EP. Publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 290 de 30 de septiembre de 2010

Corte Constitucional. Sentencia No. 135-14-SEP-CC dentro del Caso No. 1758-11-EP, el 17 de septiembre de 2014.

Corte Constitucional, Sentencia N° 146-14-SEP-CC dentro del Caso N° 1773-11-EP, el 1 de octubre de 2014

Corte Constitucional, Sentencia No 175-14-SEP-CC dentro del Caso N°. 1826-12-EP, el 15 de octubre de 2014

Jurisprudencia internacional:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 septiembre 2004. Serie C No. 114

LAS NORMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA “SUPLETORIEDAD” DEL DERECHO CIVIL. UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO MEXICANO.

Luis José Béjar Rivera

***Resumen:** Los fines que persiguen el Derecho Administrativo y el Derecho Civil son evidentemente distintos, por lo que recurrir a este último como norma supletoria del primero, propicia a romper la armonía del sistema ya que los operadores de justicia pueden perder de vista la finalidad que se persigue con dicho sistema y por tanto, perder de vista el por qué y para qué de los actos que están obligados a custodiar. Es necesario afirmar la autodeterminación del derecho administrativo como disciplina y como ciencia del derecho, para lo cual se debe terminar con la idea de recurrir al derecho privado para su aplicación final.*

Palabras clave: Derecho administrativo, Derecho civil, Derecho común, Supletoriedad, *Nomodinámica iusadministrativista*.

I. Introducción.-

Entrando en materia, hemos decidido plantear algunas breves consideraciones en relación a algunas de las fuentes del Derecho Administrativo, un tema siempre recurrente en el desarrollo de cualquier ciencia jurídica. Los principios, las reglas, la norma y la supletoriedad resultan temas no menores en la evolución de nuestra materia, así como en su aplicación de cara a los operadores jurídicos, máxime que estamos en constante cambio y evolución (no siempre de manera pausada y no siempre para bien), por lo que más allá de lo que disponga la norma positiva, la ciencia jurídica no está en la ley, sino en el objeto de la ley y el conocimiento jurídico detrás de ésta, como lo afirman Kelsen y Klug (1988). La norma vigente está limitada en un espacio y tiempo determinado, dictado por las circunstancias y decisiones políticas que llevan a un determinado contenido de la norma. Esa norma, independientemente de su origen, dentro de una ciencia, debe ser tasada a la luz de los fines que persigue, éste *telos* es lo que le da sentido y operatividad a la misma. De nada sirve una norma que no se cumplirá o bien, que la propia norma, en el afán de cumplirla conlleva a un Estado de *Normocracia* (Dromi, 2001) y no un Estado de Derecho, acordándonos así de la obra del profesor español Eduardo García de Enterría (2000): “Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas”¹.

¹ Señala Eduardo García de Enterría (2000) que una vez superado el soberbio mito rousseauniano del “reino de la ley”, primero por el abuso que se le dio en la legislación y segundo por la aparición

Así, nosotros planteamos la siguiente cuestión: entendiendo al Derecho Administrativo como lo hacía el profesor español Francisco González Navarro (1993), como un derecho para la libertad, y cuyo objeto es precisamente el bien común o interés general, según la denominación que se prefiera, está cimentado bajo un sistema de principios, reglas y normas que precisamente tienen que tener como finalidad alcanzar ese fin.

De esta manera, a nuestro juicio, las normas encuentran su fundamento en los principios rectores del Derecho Administrativo, y en virtud de los fines que nuestra ciencia persigue, así como los mecanismos que utiliza, resulta a nuestro juicio que la llamada supletoriedad del Derecho Civil al Derecho Administrativo, resulta por demás de inoperante, en muchas ocasiones, confusa para el operador jurídico, tomando en consideración que la dogmática que forma al Derecho Administrativo es completamente distinta a la perseguida por el Derecho Privado, por tanto, negamos que sea correcto hablar de la supletoriedad de las normas de derecho común al Derecho Administrativo.

II. Los principios rectores del Derecho Administrativo.-

Admitimos, como la han señalado diversos autores, que por principios del derecho se pueden aceptar una pluralidad de expresiones. Algunos los señalarían como fuente del Derecho; otros más, como elemento informador y transversal del ordenamiento jurídico-administrativo (nos inclinamos en gran medida por esta postura), o sin abandonar esta idea, le ponen el acento en su dimensión ética y su proyección sobre el plano de los valores (Rodríguez-Arana, 2010).

Los principios rectores del Derecho Administrativo rigen a la ciencia del Derecho Administrativo, más allá de la Ley. Estos principios, para Rodolfo Luis Vigo (2005) son:

[...] (un) derecho concentrando que no define ni hipótesis ni consecuencias [...] los “principios” resultan ser “mandatos de optimización” (Alexy) en tanto mandan la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los “principios” son derecho concentrado que puede expresar y justificar a diferentes “normas”.

de la Ley-medida, debiéndose, inspirados en el iusnaturalismo, una norma superior a la Ley. La Ley entonces pasa de ser un acto ordenador a ser un acto jurídico ordenado. Siendo el principio de legalidad un valor indiscutible para el Derecho Administrativo y el Estado de Derecho, la realidad legislativa, con las normas generales, las normas reglamentarias, las normas de acompañamiento, las normas de apoyo, sazonado por la facultad reglamentaria, nos lleva a pensar que lejos de facilitar el conocimiento, lo convierte en una hazaña esforzada, por lo tanto, nada queda de la excelencia de las leyes en la mitología rousseauiana.

Los principios constituyen una fuente ordenadora de la norma, a la vez que son el tamiz con el cual la misma será medida y aplicada, con valores superiores a ésta, como rectores mínimos de comportamiento en la actuación administrativa, con independencia de si están contenidos o no en la norma positiva.

En este sentido, Juan Carlos Cassagne (1988) nos dice que el principio sirve para dilucidar el sentido de una norma o dar razón de ella, e incluso generar nuevas formulaciones jurídicas. Algunos de ellos, en todo caso, no atienden a valores supralegales, pero si incardinan o inspiran a la actuación administrativa².

Los autores de Derecho Administrativo manejan una gran variedad de principios, según su visión y formación, así como la visión y realidad de Estado que tienen, así que difícilmente encontraremos consistencia plena entre estos, no obstante, siempre será posible encontrar varias coincidencias, por lo menos de cara a los valores que se tutelan con dichos principios, con independencia de su nomenclatura o peso específico que le den (Sarmiento, 2000). Los principios constituyen lo que los antiguos denominarían *Ius*, en contraposición a la norma positiva, *lex*.

Ahora bien, cuando se habla de principios rectores del Derecho Administrativo es importante señalar que el legislador, tanto en México como en otros países, a nuestro juicio, guiados por ese *intense legalism* que a inicios del siglo XX criticara el constitucionalista británico Albert Venn Dicey (1897), han optado, con el pretexto de salvaguardar el principio de legalidad, de positivizar a los principios, es decir, la invocación de principios se ha convertido en un recurso del legislador en la redacción de la ley. Pero estos principios en realidad no son principios, sino reglas. Así, los principios que "crea" el legislador son en realidad reglas, en cambio, los principios superan a las reglas: mientras que las reglas se interpretan, los principios se ponderan. He aquí su gran diferencia. (Vergara, 2010)

Los principios/reglas, como captura terminológica del legislador de una expresión que corresponde a la dogmática del Derecho Administrativo. En otras palabras, los principios/reglas (principios redactados como tal en la norma positiva) corresponden a la ley, mientras que los principios rectores corresponden a la ciencia del Derecho Administrativo (dogmática).

Los principios matizan y tamizan el cumplimiento de la finalidad de la ciencia del Derecho Administrativo; el *iter* que la compone, por utilizar la expresión

² Por ejemplo la generalidad de los servicios públicos o la celeridad y economía en el procedimiento administrativo no tienen un basamento supralegal, pero se entiende un estándar de comportamiento de la Administración Pública de cara al cumplimiento de su función. (Blanquer, 2006)

del profesor chileno Alejandro Vergara Blanco, es decir, la dogmática tiene su cimiento en tres ideas en torno a las cuales los principios serán operadores: la Administración Pública como sujeto y como función; la acción administrativa y el administrado.³

Esta dogmática, en el caso de México ha sido construida a partir de los modelos francés y español⁴, sin poder negar cierta influencia germánica tratándose de estructuras administrativas, o la influencia italiana en materia de procedimientos, se ve aderezada por nuestra realidad social y económica, así como por los aciertos y desaciertos legislativos en la exégesis de la legislación administrativa.

Aún cuando en todos los sistemas jurídico-administrativos del mundo encontramos como eje de su estudio a la Administración, la acción administrativa y el Administrado, también en cada sistema tiene sus importantes diferencias dictadas por su propia realidad, de tal forma que la dogmática específica de cada sistema dependerá de sus propias circunstancias; así el Derecho Administrativo de un país, resulta completamente distinto a otro, incluso de una misma región, aunque las obvias similitudes de instituciones jurídicas existen.

En este orden de ideas, los principios rectores del Derecho Administrativo, aunque universales como todos los principios, tendrán un desdoblamiento específico (mayor o menor intensidad) al ser utilizados por los operadores jurídicos de un sistema en concreto, pero al final del día, el objeto de aplicación de los principios, como lo señala el profesor español Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2010):

[...] la encarnación principal de la justicia en los principios nos permite seguir alimentando la esperanza de que el Derecho Administrativo siga

³ La Administración Pública, en sentido subjetivo, corresponde a la estructura o aparato administrativo que cumple la función administrativa; en sentido objetivo es la función administrativa; la acción administrativa cuenta con múltiples modalidades, siendo por excelencia el acto administrativo; también debemos incluir a los contratos administrativos y el concierto administrativo, así como los actos intraprocedimentales, la reglamentación y la expedición de normas de carácter general (derecho suave) y, la justicia administrativa; y por último, al sujeto pasivo de la relación jurídico-administrativa: El Administrado, quien en palabras de González Pérez es el: “[...] ‘particular público’, estos, el particular ‘en cuanto queda ligado, objetiva y subjetivamente, a los sujetos oficiales para algo de carácter público, y por un enlace en que interviene más o menos inmediatamente el Poder Público’, o dicho de manera más simple y más técnica, el particular en cuanto sujeto del Derecho Administrativo.” (Pérez, 2003).

⁴ Los grandes maestros mexicanos de los siglos XIX y principios del XX fueron formados por la doctrina francesa y la doctrina española.

siendo el dique de contención, por una parte, del poder incontrolado, del poder irracional, del poder que se sale de los cánones de la moderación y la templanza en cuyo marco se debe ejercer el poder en un Estado de Derecho [...] un Derecho Administrativo en el que las instituciones, categorías y conceptos reflejen la racionalidad, la objetividad y el sentido de servicio al interés general que de ellos se espera.

Los principios así, resultan ordenadores no solo de la norma, sino de la forma en que los operadores jurídicos (Administración, administrados y juzgadores) deben entender, aplicar e interpretar la normatividad administrativa, incluyendo a los principios/reglas, al caso concreto.

¿Cuáles son los principios rectores del Derecho Administrativo? Señalamos en el párrafo que antecede que los autores pueden o no tener coincidencias, tanto terminológicas como de cuáles principios son los rectores de nuestra ciencia. A nuestro juicio, y sin ser la intención de nuestra parte discutirlos en este punto, consideramos como principios (supralegales), los siguientes:

- a) Principio de subsidiariedad
- b) Principio de igualdad
- c) Principio de legalidad
- d) Principio de reserva de ley
- e) Principio de buena fe
- f) Principio de Garantía patrimonial
- g) Principio de tutela jurisdiccional y,
- h) Supraprincipio de proporcionalidad o justicia del caso concreto.

Todos ellos, como principios supralegales deben operar y operan para inspirar a la norma, sea emanada del legislador o surja de la esfera administrativa, pero tienen como función incardinar al sistema jurídico-administrativo a establecerse como lo decía González Navarro (1993), a ese derecho para la libertad.

III. La nomodinámica iusadministrativista.-

La actuación administrativa, como ya nos hemos pronunciado en otras ocasiones, debe servir a un fin, dicho fin consiste precisamente en ser instrumento para concretar o individualizar al interés general (Bejar, 2010). Ese objeto, debe estar presente en la norma administrativa habilitante, esto es que, el aparato administrativo tiene como objeto primordial servir al interés general y por tanto, la norma le confiere una serie de atribuciones necesarias para servir a dicho fin, matizado acorde a cada rama del despacho correspondiente.

A propósito de esto, señala Jesús Leguina Villa:

[...] la determinación de los fines públicos y de las necesidades colectivas que han de ser satisfechas por los aparatos administrativos es una decisión que corresponde en cada caso al legislador en cuanto depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral. La Administración, organización subordinada y vicarial, debe servir eficazmente a los intereses generales, y para ello cuenta con el arsenal de las potestades que el legislador pone en sus manos, pero no puede sustituir o modificar los objetivos o fines públicos que la ley le señala caso por caso. El interés público concreto, en razón del cual se justifica el ejercicio de cada potestad, resulta así indisponible para la Administración, de suerte que si ésta se aparta del fin cuyo cuidado se le encomienda, sustituyendo con su propia voluntad la opción teleológica realizada por el legislador, viene a colocarse en la posición constitucional de éste último, subvirtiendo el equilibrio de poderes y degradando la supremacía de la ley. La Administración puede sin duda colaborar con el legislador en la tarea de precisar los fines a alcanzar, si a ello es llamada por aquél, pero carece de poder para ignorarlos. (Chinchilla, 2004)

Así, los principios como inspiradores y ordenadores de la norma, permiten tanto al redactor de la norma, como a sus operadores jurídicos ver los patrones de comportamiento bajo los cuales el sistema jurídico-administrativo deberá operar, tanto a nivel colectivo como a nivel individual, de tal forma, que dichos principios se convierten en garantizadores de la justicia.

En este sentido, responsabilidad en principio, del legislador, de redactar una norma acorde a las necesidades reales de la colectividad, así como a las necesidades reales de la Administración Pública de conducirse acorde a su finalidad de interés general.

Estas necesidades también son mostradas, sin lugar a dudas, por la dogmática específica del Derecho Administrativo para cada Estado, de tal forma que, efectivamente sea acorde a su realidad.

Continuando, como lo señala Hans Kelsen (1995), la validez de una norma y la actuación que de ella se desprenda, debe emanar de un órgano autorizado y facultado expresamente para ello, partiendo de una norma superior, que se traduce en las disposiciones constitucionales, así como en las leyes emanadas del legislador, sean orgánicas, reglamentarias o generales; pero además de

esto, se establece todo un conjunto de normas, facultando directamente a la Administración Pública para expedirlas, siendo por excelencia el Reglamento, emanado de la facultad reglamentaria conferida constitucionalmente al Titular del Ejecutivo Federal, así como el resto de las normas surgidas de la Administración Pública y que nuestra legislación denomina actos administrativos de carácter general⁵. Todo esto representa un sistema dinámico normativo que aplicará tanto a las cuestiones colectivas como a la aplicación en casos concretos.

Esta *nomodinámica*, tratándose de un sistema de normas claramente establecidas por los autores, con sus alcances y reglas perfectamente definidas, permitirán entonces que el sistema funcione, o lo que es lo mismo, que se concrete la finalidad perseguida con las atribuciones otorgadas a la Administración para tutelar al interés general.

Debemos partir de una obviedad: la norma habilitante contiene en sí misma la finalidad que persigue, ahí es donde los principios, en conjunción con los fines propios del Estado, cobran vida como inspiradores de la norma; no obstante, sabemos por la experiencia que no siempre se logra; no es necesariamente cierto que el legislador es claro en su redacción, y que los operadores jurídicos poco pueden hacer para aplicar con sentido común una norma; de ahí, que la *nomodinámica* le permita a la Administración Pública, también expedir las normas jurídicas de carácter general y abstracto que le permitan explicitar y concretar la ejecución de una norma legislativa, tomando en consideración nuevamente los principios y valores que se pretenden tutelar con dicho conjunto de normas.

Esto, en toda justicia, no está exento de peligros, tal como lo señala Miguel López Olvera (2007): *"No es en los actos individuales donde la Administración despliega toda su arbitrariedad; es en la redacción de largos y pesados reglamentos, seudonormas generales que luego maliciosamente alega limitarse a cumplir, cuando ella misma los ha preparado y emitido."*

El sistema dinámico normativo que señalamos en estas líneas, funcionará siempre y cuando se haya establecido a la luz de los principios rectores de nuestra ciencia por una parte, y por la otra, que siempre esté presente la finalidad que se pretende tutelar con la expedición de las normas a aplicar en el caso concreto.

5 Cfr. Artículo 4º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA). México: 1994.

IV. El mito del Código Civil como Derecho Común o la innecesaria supletoriedad del derecho privado al Derecho Administrativo⁶.

Retomemos por un momento el punto anterior. La finalidad de la Administración Pública, como lo señala David Blanquer (2006): “[...] *la Administración Pública tiene múltiples funciones y potestades y su finalidad no es la realización del derecho sino la satisfacción del interés general.*”

Luego entonces, ¿esto que tiene que ver con la supletoriedad del Derecho Civil al Derecho Administrativo?

Si partimos de la base de que la finalidad de la Administración Pública es la satisfacción del interés general, por tanto, toda su *nomodinámica* tiene como basamento esta idea, poco abona al Derecho Administrativo una *nomodinámica* propia del Derecho que regula las relaciones entre particulares, aún ciertas relaciones entre un particular y la Administración Pública, cuando ésta actúa como un ente de derecho privado. Veamos por qué.

Señala el profesor chileno Alejandro Vergara Blanco (2010) que por supletoriedad como técnica de eficacia normativa consiste en:

[...] un método de integración normativa que opera integrando de un modo subsidiario el texto de las leyes de carácter general o común respecto de aquellas de carácter singular o de excepción (llamadas en la práctica, igualmente, leyes <<especiales>>); pero en este caso, no serían especiales de frente a otras de igual naturaleza especial, con las que se relacionan, sino serían especiales en relación a la de carácter general o común [...] se utiliza en aquellos casos en que la interpretación ofrecida por el jurista o por el juez ha resultado insuficiente para cubrir una laguna legal en el ordenamiento singular; en tal caso se recurre al ordenamiento legal general o común para extraer de él, la norma que pueda cubrir el vacío.

La supletoriedad como técnica, solo opera entre una norma general/supletoria y una norma especial/suplible. En todos los casos, será por disposición expresa de la norma suplible, por lo que se permite recurrir a esta técnica, tratándose de dos casos en concreto: a) ante la falta de disposición expresa en la norma especial y, b) cuando la norma especial sea insuficiente o mejor dicho, regula de forma insuficiente una determinada institución jurídica.

⁶ La denominación que hemos dado a este apartado, la tomamos de la obra del profesor chileno Alejandro Vergara Blanco, en quien nos hemos inspirado para redactar este trabajo.

La supletoriedad es un recurso legislativo común, basta con dar un vistazo a prácticamente todas las normas procesales en México, donde se señala que se aplicará de forma supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), aún más, de manera incompresible a nuestro gusto, el artículo 1 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA) establece que se trata de una norma aplicable a todos los actos, procedimientos y resoluciones de la Administración Pública centralizada y paraestatal, sin embargo, en el siguiente numeral señala que se trata de una norma supletoria a la legislación administrativa.

No se debe perder de vista que la LFPA es una ley marco⁷, es decir, su aplicación es transversal y no supletoria a las normas especiales, se trata del complemento procedimental de las leyes especiales, no de la norma que opera ante las lagunas. Es cierto que se ha dicho como una vieja máxima del Derecho que la norma especial deroga a la general, pero a nuestro juicio, la del procedimiento administrativo no es propiamente una norma general, sino marco, es decir, establece pautas mínimas de conducta ante materias coincidentes, es decir, las leyes especiales, máxime que en este caso regula a los procedimientos administrativos.

Pero en todo caso, independientemente de nuestra postura al respecto, no nos inquieta que se establezca a la LFPA como supletoria, sino que el propio artículo 2 establece que a su vez, será supletorio el CFPC. Esto significa que existe una norma supletoria a la norma supletoria, ¿es razonable acaso?

Con independencia de lo anterior, la supletoriedad que encontramos en varias leyes especiales en cuanto a la parte sustantiva es motivo de los cuestionamientos que aquí planteamos.

Por ejemplo, señala el artículo 11 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) que se aplicará de forma supletoria el Código Civil Federal (CCF), después la LFPA y en su defecto, el CFPC, lo que a nuestro juicio se puede entender en un sentido preferente. Idéntica redacción encontramos en el artículo 13 de la Ley de Obras Públicas y Servicios

⁷ La Ley marco o cuadro tiene como finalidad establecer las pautas generales sobre una determinada materia, dejando a la ley especial o a un legislador local (como sería el caso de las leyes generales) e incluso al Ejecutivo, vía facultad reglamentaria, la forma de ejecutar esa ley. En este sentido, hay una subordinación de las leyes especiales o de competencia local, respecto de la ley marco. Lo mismo vale decir para el reglamento. Señala Santamaría Pastor (2002) que: "[...] que la relación entre ley marco y normas autonómicas [...] es de subordinación neta y absoluta; la infracción por éstas de las normas de aquélla determina, obviamente, su nulidad."

Relacionados con las Mismas. También se aprecia la misma redacción en la Ley General de Bienes Nacionales (LGBN) en su artículo 5.

En la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, se establece en su artículo 19 que a falta de disposición expresa, se aplicarán supletoriamente los tratados internacionales, las leyes federales, los Códigos Civil y Penal federales⁸.

En otro sentido, en la Ley de Aguas Nacionales, en el artículo 29, señala que la autoridad del agua aplicará, en materia de servidumbres, las disposiciones relativas contenidas en el CCF, aunque aquí propiamente estamos hablando de una remisión a una ley que no puede ser aplicada al caso concreto, pues las servidumbres de paso se regulan por el Derecho Civil de cada Entidad Federativa, no por el CCF, de acuerdo a lo dispuesto por mandato constitucional.

La Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado establece en su numeral 9 que ésta es una norma supletoria a aquéllas que establezca un régimen especial de responsabilidad patrimonial, y a falta de disposición expresa, en este orden, serán aplicables la LFPA, el Código Fiscal de la Federación (CFF), el CCF y los principios generales del derecho. Nuevamente se trata de un aparente mandato de remisión, aunque la redacción del artículo especifica que se trata de un establecimiento de supletoriedad.

Estos son algunos ejemplos normativos que nos remiten al Derecho Civil como norma supletoria de leyes administrativas.

No pretendemos discutir la naturaleza del Derecho Civil como Derecho Común en el Derecho Privado, de tal forma que, como lo señalasen Alessandri, Somavrriva y Vodanovic (2005), es común:

[...] porque todas las relaciones jurídicas privadas de los hombres que no están disciplinadas por otra rama especial o autónoma del derecho, son regidas por el Derecho civil; y es común, en segundo lugar, porque sus principios o normas generales suplen las lagunas o vacíos de las demás ramas del derecho privado cuando ellas no aparecen inspiradas por principios singulares que contradigan a los del común.

Aceptar que el Derecho Civil es en verdad el Derecho Común de todas las leyes, sería tanto como establecer que se trata de un sistema jurídico cuyo único

⁸ En la redacción específica del citado numeral se dice que serán los Códigos Civil y Penal en materia común para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal. Esto recordando, operaba antes del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

centro y eje está constituido por el Derecho Civil. Nos parece inaceptable y de hecho, la proliferación de las leyes especiales propicia, ese abandono del Derecho Civil como eje del sistema, debido a la creación y aparición de los microsistemas dentro de un sistema jurídico, cuyo centro, sin lugar a dudas es ocupado por la Constitución (Irti, 1992).

Regresemos un poco a los apartados anteriores. Los principios rectores del Derecho Administrativo instrumentan la forma de garantizar los valores tutelados por el Derecho Público, en este caso, el Derecho Administrativo, que tiene como finalidad la consecución del interés general, y que a diferencia del Derecho Civil, donde el valor a tutelar es la igualdad entre las partes que intervienen en un negocio jurídico determinado, es evidente que sus objetivos como norma y como ciencia son completamente distintos.

Ahora bien, como lo señala acertadamente Vergara Blanco (2010):

Existió en el origen de las normas administrativas un aporte de instituciones y principios de Derecho Civil, con los ajustes del caso; pero hoy no cabe postular el <<trasvase>> directo de normas de naturaleza civil para integrar el orden normativo administrativo, en los casos en que éste ofrezca <<lagunas>>.

Ahora bien, sin entrar en el viejo debate de la dicotomía entre Derecho Público/ Derecho Privado, es una realidad que se sigue abordando hoy en día. Algunos para negar la separación, otros más para matizarla y otros tanto para reconocerla como una división tajante. El punto en común es que, siempre se debate o se menciona en mayor o menor medida.

Al final del día, estemos o no de acuerdo con dicha división entre el Derecho Público y el Derecho Privado, sea desde el *ius* o desde la *lex*, en cuanto a su finalidad u objeto, claramente podemos distinguir racionalidades distintas entre uno y otro (público y privado), de tal forma que a nuestro juicio es posible afirmar que, debido a los valores, principios y bienes que se tutelan entre ambas ramas, o mejor dicho, *summa divisio* de la ciencia jurídica, la posición unificadora entre ellas, al momento de llevarla a la aplicación en un caso concreto, no es posible lograrla. Se trata pues, de dos hemisferios del mismo fenómeno.

Vayamos un poco más adelante. Mientras que en el Derecho Público nos interesa sobre todas las cosas la legalidad o tipicidad de la actuación de la autoridad, en el Derecho Privado nos interesa la *lex inter partes*. En el primero de los casos, nos referimos siempre a la necesaria legalidad de la actuación

administrativa (el viejo aforismo de la autoridad sólo puede hacer aquello que la ley expresamente le faculta nos viene a la mente), mientras que en el segundo, será la voluntad de las partes la que se privilegia en la relación jurídica, siempre y cuando, no se atente contra ciertos valores que el legislador ha presentado como indisponibles.

A nuestro juicio, el problema radica en que muchas veces es más fácil para el legislador remitir a una norma preexistente, normalmente a la legislación civil (sustantiva o adjetiva), que procurar adentrarse en una redacción completa de una norma, esto en gran medida aderezado por el fantasma del Derecho Civil como Común a todo el sistema jurídico.

Al final del día, todos los operadores jurídicos, incluyendo al legislador como generador de la norma, debe tener en cuenta la finalidad que se persigue y por tanto, entender ese microcosmos dentro del sistema jurídico de un Estado, que genera un Derecho Público (Administrativo) y un Derecho Privado (Civil), que impide, en virtud del fin, confluir, y por tanto, resulta que en la invocación de normas de Derecho Privado en actos de la Administración Pública, no hace más que complejizar e interrumpir la *nomodinámica* administrativa.

V. Conclusiones.-

Sirvan estas breves líneas entonces para establecer en síntesis nuestras conclusiones, aunque somos muy conscientes de que bastarían bastantes más páginas para verdaderamente probar nuestra hipótesis.

El Derecho Administrativo como ciencia, encuentra su fundamento y sustrato en el fin que persigue, es decir, el interés general.

La forma en que se concreta dicho interés general, tanto en su dimensión colectiva como individual, es mediante la correcta aplicación de sus principios rectores, con completa independencia de su positivación, de tal forma, que el principio tiene un carácter de supralegal, y cuando el principio es incluido en una norma, se trata de una regla, por tanto, se convierte en un mandato de optimización para los operadores jurídico-administrativos.

Las normas de carácter administrativo, integradas por aquellas emanadas del Poder Legislativo, por los Reglamentos en ejercicio de la facultad constitucional del Titular del Ejecutivo Federal, así como por el resto de las normas administrativas de segunda categoría, llamadas por la legislación mexicana como actos administrativos de carácter general, integran todo un sistema

dinámico normativo o *nomodinámica* (utilizando la expresión kelseniana), que sirven precisamente para el cumplimiento de su finalidad.

En este mismo sentido, cuando el legislador o el normador administrativo deciden recurrir al Derecho Civil como Derecho Común, el cual atiende a valores completamente distintos a los tutelados por el Derecho Público/Derecho Administrativo, en realidad lo que propician es romper la armonía del sistema. Es decir, invocar normas de Derecho Privado en el Derecho Administrativo, puede llegar a provocar un rompimiento del sistema y que los operadores jurídicos (Administración y Juzgadores), pierdan de vista la finalidad que se persigue con dicho sistema y por tanto, perder de vista el por qué y para qué de los actos que están obligados a custodiar.

En pocas palabras, han pasado ya más de cien años desde el fallo *Blanco*, en términos generales reconocido como el origen formal del Derecho Administrativo, y a partir de éste, nuestra materia ha sufrido una evolución que nos lleva a afirmar la autodeterminación del derecho administrativo como disciplina y como ciencia del derecho, donde aún cuando consideramos que el *Ius* es uno, sí es posible aseverar que el Derecho Administrativo del siglo XXI ya está autointegrado y por tanto, debido a las razones expuestas aquí, resulta incorrecto seguir recurriendo al derecho privado para su aplicación final.

BIBLIOGRAFÍA:

- Alessandri, A. (2005). *Et. Al., Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile
- Balbín, C. (2007). *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley
- Béjar, L. (2010). *Derecho Administrativo. Perspectivas Contemporáneas*. México: Porrúa
- Béjar, L. (2010). *La finalidad del acto administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 69 y s.
- Blanquer, D. (2006). *Curso de Derecho Administrativo II, El fin y los medios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 232
- Blanquer, D. (2006). *Curso de Derecho Administrativo III. El fundamento y el control, Teoría y Práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 55-56
- Cassagne, J. (1988). *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 43
- Chinchilla, C. (2004). *La desviación de Poder* (2ª ed., actualizada y ampliada). Madrid: Thomson Civitas, 12
- Dicey, A. (s/d). *An introduction to the study of the law of the constitution*
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo* (9ª ed.). Buenos Aires: Ciudad Argentina, 171
- García de Enterría, E. (2000). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* (Reimp.). Madrid: Civitas, 29
- González, F. (1993). *Derecho administrativo español*. Pamplona: Eunsa, 1242
- González, J. (2003). *El Administrado*. Querétaro: Fundap, 32
- Kelsen, H. (1995) (Trad. Eduardo García Maynez), *Teoría General del Derecho y del Estado* (5ª reimp.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 129-134
- Kelsen, H. y Ulrich K. (1988). *Normas jurídicas y análisis lógico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 29 y s.
- López, M. (2007). *Tratado de la facultad reglamentaria*. México: Porrúa, 81

- Rodríguez, J. (2010). El Derecho Administrativo Global: un derecho principal. *Derecho Administrativo. Perspectivas Contemporáneas* (Luis José Béjar Rivera, Coord.). México: Porrúa, 73, 74
- Santamaría, J. (2002). *Principios de Derecho Administrativo. Volumen I* (4ª ed.), Madrid: Ceura, 266
- Sarmiento, J. (2000). *Los principios en el derecho administrativo*. Mendoza: Ediciones Diké Foro de Cuyo
- Venn, A. (1897). *An introduction to the study of the law of the constitution*
- Vergara, A. (2010). *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como "Derecho Común"*. Santiago de Chile: Abeledo-Perrot Legal Publishing, 25-27, 31
- Vigo, R. (2005). *De la ley al derecho* (2ª ed.). México: Porrúa, 4

¿HACKING A LA DEMOCRACIA?: ACERCAMIENTOS TEÓRICOS JURÍDICOS Y ADMINISTRATIVOS DEL USO CONFLICTIVO EN CUENTAS DE TWITTER ECUATORIANAS¹

Efrén Guerrero Salgado²

***Resumen:** Desde el año 2007 la administración oficialista de Alianza País (en adelante AP) ha generado una amplia reforma del Estado, que ha cambiado las estructuras de sociedad ecuatoriana con un uso intensivo de los medios de comunicación (De la Torre, 2013:43), entre ellos las redes sociales. Las plataformas de comunicación basadas en la filosofía de la web 2.0 (centrada en el contenido basado en el usuario, conocimiento creado por la red, y la convergencia de medios y plataformas -Villa, 2006: 38-46-), han sido utilizadas extensivamente por el Gobierno Nacional no únicamente como un mecanismo de recogida de información y de feedback por parte de los usuarios del sistema público, sino también como un puntal de una "batalla comunicativa", que desde el oficialismo plantea con el sector político de oposición (Correa, 2014: 15-16). En este texto se hará una evaluación de la existencia de mecanismos de intrusión a través de un modelo teórico, supuesto con el esquema clásico de Easton, introduciendo la variable del hacking como una ruptura del espacio supuesto en la caja negra (Easton, 1957). En segundo lugar, se confrontará este modelo frente al esquema legal ecuatoriano relacionado al tema. En tercer lugar se hará un análisis centrado en el comportamiento de los actores políticos entre sí mismos y con respecto a las prácticas de hackeo, con centralidad en la red social Twitter, mediante el social network analysis (Rodríguez, 1995). Esta herramienta ayuda a analizar la acción de hackeo o de intrusión en la estructura de la red en términos de resultado, que en esta indagación colabora para mostrar a) las afectaciones al derecho a la comunicación, y b) se establece un base cuali cuantitativa para mostrar que la percepción general de preferencia política, y confianza que se tiene en el mundo físico son afectados de forma patente dentro de la red. Finalmente se harán una serie de reflexiones respecto al papel de estas prácticas en el estado actual de la democracia.*

Palabras clave: Redes Sociales, Orden Público, Comunicación Política, Ecuador, Seguridad.

¹ Un texto con similares características se encuentra en preparación para el 2016 Congress of the Latin American Studies Association.

² Efrén Guerrero Salgado, Ph.D. Instituto Universitario Ortega y Gasset – Universidad Complutense de Madrid Profesor agregado, Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador. eeguerrero@puce.edu.ec.

1. Introducción.-

La República del Ecuador se encuentra en medio de un proceso político que ha desmantelado y reconstruido los mecanismos de la administración de la política y de la ejecución de la política pública (SENPLADES, 2013: 91). Desde el año 2007 la administración oficialista de Alianza País (en adelante AP) ha generado una amplia reforma del Estado, que ha cambiado las estructuras de sociedad ecuatoriana con un uso intensivo de los medios de comunicación (De la Torre, 2013:43), entre ellos las redes sociales. Las plataformas de comunicación basadas en la filosofía de la web 2.0 (centrada en el contenido basado en el usuario, conocimiento creado por la red, y la convergencia de medios y plataformas -Villa, 2006: 38-46-), han sido utilizadas extensivamente por el Gobierno Nacional no únicamente como un mecanismo de recogida de información y de feedback por parte de los usuarios del sistema público, sino también como un puntal de una “batalla comunicativa”, que desde el oficialismo plantea con el sector político de oposición (Correa, 2014: 15-16).

Al momento, la confrontación entre el Gobierno y actores de una oposición imprecisa, centrada en una serie de grupos de influencia sin una agenda común, ha centrado gran parte del año 2015, y ha tenido su confluencia en la Red. De hecho, una de las arenas públicas que se han utilizado para el enfrentamiento de posiciones específicas de la red. Esto ha provocado, a pesar de que las redes sociales no puedan ser materia de limitación en materia de comunicación pública, según la Ley Orgánica de Comunicación, un aumento de la conflictividad, manifestada en prohibiciones administrativas y mecanismos de bloqueo a contenidos (Freedom House, 2015).

Esta situación de conflictividad tiene una serie de caracteres nuevos: es un enfrentamiento entre el Estado y actores ascendientes que manejan sus liderazgos y capacidades de acción en escenarios líquidos (Bauman, 2012: 30-31). En segundo lugar, escapan a la soberanía tradicional del Estado, ya que no se tratan de comunidades organizadas, sino de estructuras evanescentes y descoordinadas de ciudadanos únicamente unidos por un rechazo a una política gubernamental; y finalmente nacen sin liderazgos organizados³. Este tipo de estructuras, aparentemente caóticas, contrastan con su capacidad de introducir datos en la esfera pública y de forzar a que su voz sin cabezas visibles sea aprovechada por actores políticos de oposición o para generar cambios en la conducta del gobierno. En este orden de cosas, la democracia ecuatoriana, que en sí misma es un sistema complejo, con varias estructuras capaces de convertirse en actores

³ Este escenario sucede en varios países alrededor del mundo. Véase (Mellor, 2014)

de veto, tradicionalmente polarizada y reactiva, y profundamente centrada en el caudillismo carismático, ha encontrado a la red social como un mecanismo de extensión de mensaje y de la generación de un marco de referencia para un relato o percepción de la situación del país que pudiera ser utilizada para la reconstrucción discursal de la realidad.

Sin embargo, frente a esta situación, la arena política ha visto el uso de técnicas de hacking, tanto entre el gobierno y los demás actores de oposición: durante los años 2014 y 2015, la identidad digital de actores estratégicos de gobierno y oposición se han visto afectados por actores que presuntamente rompen el acceso a cuentas, manipulan la información mostrada al público o manipula información para usarla posteriormente en los escenarios de confrontación social. Esta situación ha sido interpretada por los actores cercanos al oficialismo como una muestra de la existencia una acción coordinada de grupos contrarios para la desinformación y el caos (Telesur TV, 2015); mientras que desde la oposición política, esto se muestra como la evidencia de la existencia de un aparataje de seguimiento a nivel nacional que monitorea las actividades ciudadanas (Freedom House, 2015: 249-268).

En ese orden cosas, el problema surge por la naturaleza de a) el escenario de conflictividad: el ciberespacio o entorno digital como espacio de encuentro de actores públicos y privados en condiciones de horizontalidad b) la materia de conflictividad –ideas políticas enfrentadas– que son protegidas por la Constitución y la normatividad internacional; y c) la conflictividad en sí misma, ya que se construye en discursos y acciones tecnológicas que generan un escenario de petrificación normativa en escenarios de Internet. Este escenario pone al Estado Nacional y su administración pública en un dilema en la toma de decisiones: debe aceptar el uso de Internet como un medio de resolución de conflictos, y al mismo tiempo, acepta como base (al menos públicamente) la existencia de una red libre, abierta, y neutral.

El presente texto busca responder aportar en este dilema, analizando la respuesta legal y en forma de la política pública disponible respecto a la situación de la intrusión de terceros (gubernamentales o privados), que pudieran interferir dentro de la arena de comunicación. Se propone que en el aumento de situaciones de hackeo o de intrusión no autorizada en la identidad digital de una persona con un perfil público, se disminuye la calidad de la democracia en la forma de derechos humanos y debido proceso, y en tal razón un hackeo a las instituciones no repercute en una mayor transparencia o mejor uso de la información, sino en un micro minado del sistema democrático.

En tal razón, se hará una evaluación de la existencia de mecanismos de intrusión a través de un modelo teórico, supuesto con el esquema clásico de Easton, introduciendo la variable del hacking como una ruptura del espacio supuesto en la *caja negra* (Easton, 1957). En segundo lugar, se confrontará este modelo frente al esquema legal ecuatoriano relacionado al tema. En tercer lugar se hará un análisis centrado en el comportamiento de los actores políticos entre sí mismos y con respecto a las prácticas de hackeo, con centralidad en la red social Twitter, mediante el *social network analysis* (Rodríguez, 1995). Esta herramienta ayuda a analizar la acción de hackeo o de intrusión en la estructura de la red en términos de resultado, que en esta indagación colabora para mostrar a) las afectaciones al derecho a la comunicación, y b) se establece una base cuali cuantitativa para mostrar que la percepción general de preferencia política, y confianza que se tiene en el mundo físico son afectados de forma patente dentro de la red. Finalmente se harán una serie de reflexiones respecto al papel de estas prácticas en el estado actual de la democracia.

2. Modelo teórico: el hacking como una ruptura en los procesos de administración pública.-

En primer lugar es conveniente construir un modelo teórico que pueda ayudar a generar heurísticas que ayuden a explicar el presente caso. Esto se basará en las siguientes proposiciones previas:

- a. El Estado frente a la ciudadanía, especialmente los latinoamericanos, todavía adolecen de una acuciante falta de transparencia en su acción y su gestión, especialmente en relación a seguridad e inteligencia: La relación de los cuerpos de seguridad del Estado con la idea de una administración con información estratégica al alcance de todos los ciudadanos sigue siendo un tema con muchas reticencias y dificultades (Varas, 1990). En el caso ecuatoriano, el trabajo de los organismos de seguridad los últimos años ha sufrido una serie de cambios importantes, ya que su acción ha sido incluida de manera constante en los planes de desarrollo nacional y se han instituido planes de seguridad integral. En el mismo no se hace una referencia directa a la existencia de mecanismos de defensa cibernética, aunque se ha realizado una inversión importante al respecto por parte del gobierno nacional. (North, 2006)
- b. En tal razón el modelo de administración pública no se propone como un sistema abierto, sino cerrado, en la cual el ciudadano solicita un producto o servicio por parte del Estado y que es proceso por una

serie de subsistemas interiores. (Easton, 1957: 385-387) En el caso ecuatoriano, se ha potenciado la capacidad regulatoria y el tamaño del Estado, con lo que existen subsistemas (instituciones del Estado) capaces de cubrir todas las necesidades manifestadas en forma de derechos garantizados en la Constitución. No se debe olvidar que la esencia del sistema jurídico ecuatoriano se basa en derechos exigibles de forma directa al Estado.

- c. Dado que es un sistema cerrado, se propone el sistema de Easton (1957), cómo modelo básico de trabajo. La idea de la caja negra propuestas por el autor es la mejor manera de entender cómo funciona el Estado, especialmente el ecuatoriano, por dos razones: a) es un modelo de administración pública impermeabilizada a situaciones externas; y b) funciona de manera interna, y los ciudadanos no conocen –ni están obligados a conocer– el funcionamiento del Estado.
- d. El hacking, el “acceso no autorizado” o “superior a su nivel de acceso autorizado” a un sistema informático (Taylor, 2010: 403), se propone tanto como una práctica que dependiendo de su contexto, se encuentra totalmente autorizada. Al respecto, se debe tener en cuenta que ciertas prácticas de intrusión o entrada que sucedan desde el Estado se encontrarían legitimadas por actuar por parte de quien cuenta con la capacidad de *imperium* del Estado, mientras que las realizadas por un privado se encuentran previstas como un delito. En ese sentido, la soberanía estatal para realizar estas acciones de intrusión se basan en la existencia de un debido proceso y una serie de derechos ciudadanos de núcleo duro que se proponen como límites a la acción del Estado.
- e. El Estado ecuatoriano propone en su Agenda Política de Defensa la existencia de la “guerra cibernéticas” “como nuevo concepto político, pero también como nuevo esquema de seguridad.” Plantea que en el entorno global “las nuevas estrategias globales de defensa, la sospecha como política de Estado, y sobre todo, la vigilancia global, permanente, clandestina e indiscriminada, incluyendo el espionaje masificado, son algunas de las revelaciones de estos últimos tiempos que marcan también el nuevo contexto geopolítico internacional” (2014:20). Respecto a esto, el Plan de Seguridad Integral da la rectoría de la política de seguridad interna al Ministerio del Interior y su ejecución al a la Policía Nacional (Ministerio Coordinador de Seguridad de la

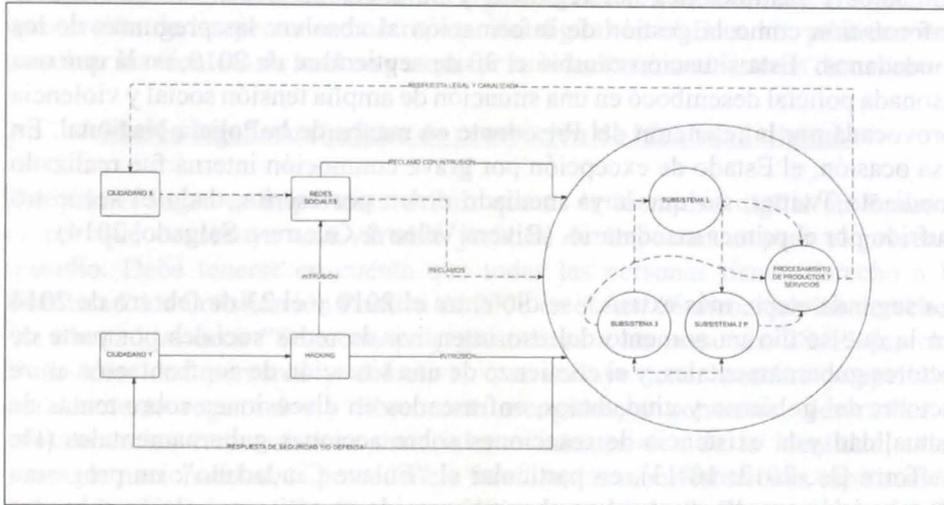
República del Ecuador, 2013), aunque la Ley de Seguridad del Estado (art. 18) establece que los cuerpos de inteligencia pueden tener fondos presupuestarios para proteger el orden público⁴.

- f. Para la gran mayoría de Estados en relación a la seguridad interior, el conflicto que surge es de carácter realista: Los estados tienen como prioridad el sostenimiento y sobrevivencia de sus estructuras, y por lo tanto la seguridad interna o externa, será la prioridad en las acciones del Estado (Morgenthau, 1948). En el caso ecuatoriano, se responde de una manera unificada, planteando el concepto de seguridad “integral” que unifica las prácticas de las instituciones estatales y coordina sus agendas en torno a objetivos políticos comunes (SENPLADES, 2013: 199-213).
- g. Entonces, las acciones de hackeo, considerando el valor de la información como capital para las acciones del Estado, son de importancia estratégica. Lo que hace una intrusión, en el hecho que pudiera establecerse y obtener información estratégica, es defender la superficie de la *caja negra* de Easton. La superficie opaca del Estado la constituyen las fuerzas y cuerpos de seguridad, que protegen al Estado, garante teórico de los derechos ciudadanos. Esto implica la protección del “orden público” como garantía del funcionamiento de la caja negra y sus mecanismos, y de la “defensa” como protección de intrusiones externas. Una intrusión y propagación de información que repercutan en el orden público y la defensa activarían entonces los aparatos del Estado y en consecuencia su sistema punitivo.

Esto lo podemos suponer en el siguiente modelo teórico. En el Estado “A” funciona un Estado, en el que existen dos usuarios: X y Y. X actúa como un ciudadano cualquiera, solicita productos y servicios al Estado, que son resueltos a través de su procesamiento dentro de la “caja negra”, y devueltos en forma de servicios o acciones que se ajustan al estándar de calidad previsto en la Constitución. Por otro lado, existe el caso del ciudadano Y, que decide obtener información para sus fines, legales o ilegales a través de mecanismos de hacking. Al hacerlo se logra romper la estructura de defensa y seguridad planteada por el Estado y la respuesta se dará mediante mecanismos legales, administrativos o punitivos. Todo esto puede verse en los siguientes gráficos, que explican los dos escenarios.

⁴ Registro Oficial N° 35, Suplemento, de 28 de septiembre de 2009

Ilustración 1.- Estructura comparativa de respuesta del Estado a ciudadanos.



Fuente: Elaboración propia, a partir de Easton (1957)

Este modelo, sin ser completo, muestra las siguientes interrogantes: en el caso de una intrusión hecha *desde* el Estado, que puede pasar? Lo que plantea el modelo de Easton es una ventaja: uno de los productos o servicios del Estado es la seguridad y la defensa, por lo que una acción del Estado se limitaría gracias a los derechos ciudadanos. Fuera de ese ámbito, lo que el hacking hace en la caja negra es interesante: hace visible los errores del funcionamiento interno del sistema, y hace que los ciudadanos adquieran información estratégica, para una serie de fines, que incluyen tanto desde el ejercicio de la resistencia como el robo de información a usuarios. La pregunta es si existe una posibilidad de diferenciar los alcances de cada una de estas prácticas. Esto depende de cada Estado y de cada gobierno y de su sistema legal, capaz de construir sistemas normativos con reglas de tipicidad penal claras. Dado que cada ordenamiento jurídico solucionará de diferente manera sus conflictos, la siguiente sección tratará el contexto del caso de estudio de este caso.

3. Uso de la red social Twitter como mecanismo de gobierno.-

En el caso ecuatoriano, se pueden distinguir tres periodos del comportamiento gubernamental y ciudadano en relación a las redes sociales y en particular con Twitter. La primera etapa puede definirse desde el enero del año 2007 y hasta el 30 de septiembre de 2010, en la que la relación del gobierno con las plataformas basadas en la web 2.0, era básicamente como mecanismos de comunicación

institucional: del presidente abrió una cuenta de Twitter, así como el resto de ministros e instituciones del régimen, y su funcionamiento incluía tanto la información como la gestión de información al absolver las preguntas de los ciudadanos. Esta situación cambió el 30 de septiembre de 2010, en la que una asonada policial desembocó en una situación de amplia tensión social y violencia provocada por la retención del Presidente en manos de la Policía Nacional. En esa ocasión, el Estado de excepción por grave conmoción interna fue realizado mediante Twitter, sin que haya mediado orden por escrita, dado el secuestro sufrido por el primer mandatario. (Rivera Velez & Guerrero Salgado, 2014)

La segunda etapa, más extensa, se dio entre el 2010 y el 23 de febrero de 2014 en la que se dio un aumento del uso intensivo de redes sociales por parte de actores gubernamentales, y el comienzo de una situación de confrontación entre actores del gobierno y ciudadanos, enfrascados en discusiones sobre temas de actualidad y la existencia de reacciones sobre acciones gubernamentales (De la Torre C. , 2013: 10-13), en particular el “Enlace Ciudadano”: un programa de televisión y radio semanal en el que el presidente emite su opinión sobre las situaciones de interés nacional.

La última etapa coincide con las elecciones de alcaldes y prefectos del año 2014, en la que Alianza País resulta derrotada en las 9 ciudades más importantes del país. Frente a este tema, la reacción política del oficialismo se manifiesta en asumir que la confrontación política de ese momento en adelante sería de tipo “comunicacional”, lo que manifestó en la entrada de mayores controles administrativos y legales a los actos de comunicación, la existencia (según organizaciones de la sociedad civil de oposición) de la existencia de a) grupos organizados de cuentas de Twitter creadas ex profeso para difamar a actores de la oposición, b) el bloqueo de cuentas mediante el uso de herramientas de copyright y c) la generación de plataformas previas de expansión de mensajes de apoyo al proceso político.

Con estos antecedentes, la academia plantea que todo este proceso responde a un tecnopopulismo (De la Torre, 2013), exacerbado gracias a la ayuda de los medios de comunicación incluidas las redes sociales; la existencia una politización del Estado del Derecho, que genera una tecnocracia que justifica la acción política a través de la ley; y en algunos casos, la existencia de una democracia delegativa (Mejía Acosta, 2011), en el que el aumento de la autorización sin límites del mandante al mandatario ha llevado a que el poder se centralice y el control horizontal del mismo se vea constreñido. Sector de la academia, esta situación es una muestra clara de lo sucedido: al aumentar la presión del Estado de derecho politizado las redes sociales lanza heurísticas que confirman una posición

de fortaleza del régimen, y sus críticas son minimizadas a través del mismo discurso de las redes sociales. En la siguiente sección se levantará el marco de protección de las personas con reputación digital en el Ecuador, para después analizar las técnicas de hackeo y explicar su relación con el sistema democrático

4. Marco legal ecuatoriano de protección de identidad digital.-

En primer lugar es importante definir qué es la identidad digital en Ecuador y por qué constituye una variable jurídica de importancia para el presente estudio. Debe tenerse en cuenta que todas las personas tienen derecho a la identidad. La Constitución Política de 2008 en el Art. 66 menciona los derechos de libertad, al decir “Se reconoce y garantizará a las personas: 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales”. Por otro, el art. 21 supone que las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; y en consecuencia, tener derecho a “la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas”. Además Esta norma está contenida en una serie de instrumentos internacionales⁵, obligatorios en el Ecuador por el art. 424 de la Constitución.

En ese orden de cosas, la identidad debe interpretarse no únicamente a nivel de lo establecido en la Constitución ecuatoriana, sino de forma *prohomine*, y por lo tanto extender su marco de acción para proteger todas las manifestaciones de esa identidad. Entonces, la identidad digital es las manifestaciones de “la vivencia de los ciudadanos en la red, que incluye las funciones de la identidad analógica, y las supera, debido a las nuevas posibilidades que ofrece”(Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, 2012). Esta identidad es esencialmente social y contextual, por lo que depende de la alteridad y del reconocimiento del otro; es decir que la identidad de una persona en la red depende de que los demás usuarios la reconozcan como tal. Este reconocimiento, dada la inexistencia de

⁵ Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 24.2; la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 18; la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, artículo 8; y la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 7 y 8.-, la protección de la familia -Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su artículo 9-

datos sólo puede hacerse mediante un mecanismo técnico que compruebe que un conjunto de datos personales se asocia a una persona en un marco digital, e incluye tanto el perfil del usuario en una plataforma, como los datos que alojan bajo ese perfil. (Sullivan, 2011)

En el caso ecuatoriano, no existe ningún elemento que demuestre la existencia de un concepto jurídico de identidad digital ni elementos que pudieran proteger de manera directa a los ciudadanos. A nivel penal, existen una serie de delitos que pudieran plantearse como adecuados para proteger los derechos de personas al respecto: Artículo 212 (Suplantación de identidad); Artículo 229 (Revelación ilegal de base de datos); Artículo 230 (Interceptación ilegal de datos); Artículo 232 (Ataque a la integridad de sistemas informáticos) y Artículo 234 (Acceso no consentido a un sistema informático, telemático o de telecomunicaciones), que establecen un sistema penal que a pesar de que tiene varios tipos penales que tratan el tema telemático, a excepción de la suplantación de identidad, que puede tratar de manera directa el abuso de la identidad digital.

5. Hacking a cuentas de Twitter gubernamentales y de oposición, análisis y caracteres.-

Este apartado mostrará cuáles son los mecanismos utilizados por gobierno y oposición para controlar el acceso a la identidad digital de sus respectivos adversarios. Esta información incluye no sólo mecanismos de índole técnica, sino organizativa y política que buscan la intrusión abusiva de actores dentro del sistema estatal. Estas documentaciones se explican a partir de los datos obtenidos de informes independientes relativos al tema en Ecuador. Es así que los mecanismos de hacking que presuntamente se pueden endilgar a gobierno y oposición son:

5.1. Gobierno.-

5.1.1. Sistemas de vigilancia y monitoreo no autorizado.-

El Estado ecuatoriano presuntamente un contrato desde el año 2013 para la Secretaría de Inteligencia (SENAIN) con la empresa italiana Hacking Team, para la construcción de un software de monitoreo tecnológico: “una solución que soporta investigaciones por medio de la interceptación activa y pasiva de los datos y la información de los dispositivos bajo investigación. De hecho, RCS crea, configura e instala agentes de software de forma anónima que recopilan datos e información y envían los resultados a la base de datos central para

decodificarlos y guardarlos”(Redacción Plan V, 2015). La supuesta existencia de este software fue negada por el Estado (Bravo, 2015).

5.1.2. Bloqueo de cuentas con restricciones de Derechos de Autor.-

Una empresa con base en Barcelona, Ares Rights, ha denunciado a usuarios individuales en varias redes sociales aduciendo que el uso de imágenes violaba derechos de autor. Lo hace asegurando ser la propietaria de fotos, logos y otro tipo de contenido (Freedom House, 2015: 255). En varias ocasiones, por ejemplo, ha actuado a nombre del canal estatal de televisión Ecuador TV (ECTV), de la antes mencionada SENAIN, con el uso de normas de derechos de autor. Esta actividad ha suspendido cuentas de twitter y eliminado blogs de varios usuarios anónimos.

5.1.3. Uso de hubs de información a favor.-

En el año 2015 se formó la web “Somos más” con el objetivo de generar una plataforma ciudadana de apoyo al proceso político. Fue presentada en el Enlace Ciudadano de sábado 24 de enero del 2015, para enfrentar lo que denominó “una campaña sistemática de desprestigio” en las redes sociales. En el portal, las personas que se registren recibirían contenidos de usuarios que participan en la ‘campaña de desprestigio’ para que puedan responderles “e identificar a estas personas para ver si es (son) tan jocosas cuando todo el mundo sepa quién es (...) Si ellos mandan un tuit, nosotros mandaremos 10 000”(Redacción el Comercio, 2015).

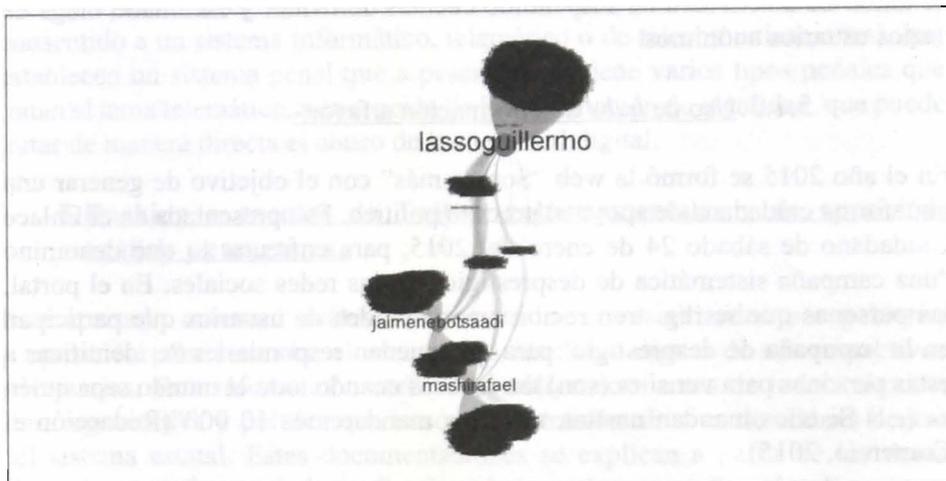
Esto puede ser analizado a través del levantamiento de información se hará una minería de datos a partir de un sistema probado en otros procesos investigativos relacionados con el tema (Spura & Guerrero, 2015):

- a. La información bruta de Twitter fue recogida mediante *NodeXL*, un software que funciona bajo la plataforma de la herramienta ofimática Microsoft Excel. Este sistema logra recoger la información de Twitter y genera una tabla en la cual se establece una matriz de entrada y salida. (Hansen, Shneiderman, & Smith, 2010)
- b. A partir de esa información, se puede hacer una representación gráfica de la red a con el software *Gephi* que a partir de los datos obtenidos, dibuje un gráfico en el que los usuarios son los nodos o actores de la red y las relaciones levantadas con ellos son las aristas o conexiones existentes entre ellos. (Bastian, Heymann, y Jacomy, 2009)

- c. Analizar los usuarios que constituyen actores de este *hub* de información y a partir de ello levantar datos de índole cuanti-cualitativa.

La primera red a analizar son las relaciones que se cuentan entre los tres líderes más importantes del país según últimas estadísticas, a través de sus cuentas personales de Twitter. Estos cuatro candidatos (Rafael Correa: @mashirafael; Guillermo Lasso: @LassoGuillermo; y Jaime Nebot Saadi: @jaimenebotsaadi), se levantan datos bajo una muestra de 18.000 tuits, levantando la relación entre los tres candidatos:

Ilustración 2.- Relación entre los candidatos @mashirafael, @lassoguillermo y @jaimebotsaadi



Fuente: Gráfico obtenido mediante *Gephi*, a través de proyección *Forced Atlas 2*.

En estas redes debe tenerse en cuenta que en torno a los tres candidatos hay una red de diferentes usuarios que no se conecta nada más que con los candidatos. En algunos de estos casos (aunque esto merece una indagación más profunda al respecto), se juntan una serie de elementos: poca interacción en twitter, pocos seguidores, y funcionamiento automatizados. Estos usuarios (*bots*) sirven como generadores de reputación web. Como se puede imaginar este tipo escenarios poco aporta a una discusión real, sino que la limita únicamente a una construcción artificial y no basada en calidad sino que en cantidad de *followers*.

5.1.4. Restricciones de tipo directo: Enlaces ciudadanos.-

Enlaces ciudadanos (cadenas de televisión y radio de “rendición de cuentas”) de los días sábados que, a la fecha, suman 456. En ellos se incluye un segmento

particular, denominado, “*la libertad de expresión ya es de todos*”, en el que el Presidente de la República valora y califica como “mentira comprobada” ciertas noticias, ridiculiza las opiniones de periodistas, rompe periódicos e incita a los asistentes y a la audiencia en general, a rechazar a los medios privados y sus periodistas⁶ y en algunos de estos a usuarios de Twitter. (Freedom House, 2015: 258)

5.2. Oposición.-

Según el gobierno, El Gobierno Nacional ha utilizado varios espacios para mostrar su visión particular de la comunicación en la que los medios de comunicación son “poderes fácticos”⁷ que representan a grupos de interés económico⁸ contrarios a la gestión pública del Ejecutivo que plantea a la información como un servicio público⁹. El error principal de la comunicación generado desde la oposición política ecuatoriana puede sintetizarse en el la ruptura de lazos débiles entre los actores y una concentración de actores en una sola conversación que evita el pluralismo y aumenta la confrontación.

Esto puede verse con el caso de *#contigojennifercoloma*. Este *hashtag* surge por la situación de una militante de Alianza País que mantuvo ciertas rencillas internas en el partido, y que fueron conocidas públicamente con este descriptor que servía como mecanismo de apoyo. Lo sucedido puede visibilizarse en la siguiente red:

6 Diario El Comercio: *Correa rompe un ejemplar de La Hora y llama a un boicot contra la prensa*. Sábado 26/05/2012: http://www.elcomercio.ec/politica/Correa-ejemplar-Hora-boicot-prensa_0_707329294.html con acceso el 18 de julio de 2013.

7 Los poderes fácticos según la ciencia política, son estructuras que se encuentran dentro de los regímenes de cambio y que representan a los intereses de estructuras cercanas al tradicional status quo. Cfr. Casar, María Amparo, “Poderes fácticos: una amenaza al espacio público”, en *¿Qué tan público es el espacio público en México?*, FCE, Conaculta y Universidad Veracruzana, México, 2010.

8 “Muchas veces los negocios dedicados a la comunicación además de formar monopolios y oligopolios de propiedad familiar, se encontraban íntimamente con otros intereses empresariales distintos a los de la comunicación” Rafael Correa Delgado. *Discurso Inaugural. Cumbre Para un Periodismo Responsable en los nuevos Tiempos*. Guayaquil, 19 de junio de 2013.

9 “No se trata de estatizar la información como algunos quieren hacerlo pensar, se trata de un derecho de un bien de connotación social (...) una sociedad moderna sin información colapsa, por eso se la define como servicio público, no se está vendiendo corbatas”, explicó Correa, durante el Enlace Ciudadano número 327, que se realizó en la localidad de San José de Minas, al norte de la capital. Agencia ANDES, Rafael Correa recordó que la información debe ser un bien a favor de la sociedad, disponible en <http://www.andes.info.ec/es/sociedad/rafael-correa-recuerdo-informacion-debe-ser-bien-favor-sociedad.html>, con acceso el 18 de julio de 2013.

oposición política que no incluye únicamente a políticos profesionales, sino a organizaciones de base y a ciudadanos individuales. Lo que si se puede probar es que todas las actividades descritas en este texto minan el sistema democrático, ya que eliminan la posibilidad de que los ciudadanos confíen en las instituciones y sean capaces de utilizar su poder horizontal en favor de un mejor ejercicio del poder. La política ecuatoriana, gracias al poder expansivo de las redes ha aumentado su espectacularidad pero disminuido su capacidad de crear pluralismos y gestiones de la realidad mediante el uso correcto de la información y el conocimiento. En conclusión, los actores políticos se encuentran *hackeando* el sistema democrático, reduciendo las capacidades de discernir las amenazas al aparato público.

Al no poder diferenciar las amenazas, el Estado hace que su sistema de seguridad tengan abierta la posibilidad de una peligrosa deriva, basada en la construcción de un derecho, unas prácticas sociales y un discurso dicotómico basado en un enemigo irreconocible y polisémico, capaz de ajustarse a medida las necesidades del grupo político de turno. Eso debe ser evitado en el diseño, ejecución y evaluación de la política pública, de tal manera que los ciudadanos y el Estado cuenten con seguridad jurídica en el dialogo social y con eso, una democracia más fuerte en sus fundamentos de calidad.

BIBLIOGRAFÍA:

- Bauman, Z. (2012). *Modernidad Líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica
- Bravo, D. (10 de julio de 2015). La Senain dice que no ha contratado a Hacking Team. *El Comercio*. Recuperado el 15 de diciembre de 2015
- Correa, R. (2014). Discurso Posesión de nuevas autoridades territoriales del Movimiento Alianza PAIS. (pág. 36). Quito: Alianza País
- De la Torre, C. (2013). El tecnopopulismo de Rafael Correa, ¿Es compatible el carisma con la tecnocracia? En E. C. Desnudo, *VV. AA.* (págs. 39-52). Quito: Montecristi Vive
- De la Torre, C., & Ortiz Lemos, A. (2015). Populist polarization and the slow death of democracy in Ecuador. *Democratization*, 1-21
- Easton, D. (1957). An Approach to the Analysis of Political Systems. *World Politics*, 9(3), 383-400
- Freedom House. (2015). *Freedom on the Net 2015*. Obtenido de <https://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTN%202015%20Full%20Report.pdf>
- Hansen, D., Shneiderman, B., & Smith, M. A. (2010). *Analyzing social media networks with NodeXL: Insights from a connected world*. Morgan Kaufmann: Burlington
- Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación. (2012). *Guía para usuarios: identidad digital y reputación online*. Madrid: Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Recuperado el 29 de diciembre de 2015, de <https://www.incibe.es/file/QeTWH8vXM1MtSH7Apl5n5Q>
- Mejía Acosta, A. (2011). ¿Revolución o delegación ciudadana? Democracia, gobierno y rendición de cuentas en el Ecuador. En D. delegativa, O'DONNELL, G.; IAZZETA, O.; QUIROGA, H. (coord.) (págs. 139-160). Buenos Aires: Prometeo Libros
- Mellor, N. (2014). Who Represents the Revolutionaries? Examples from the Egyptian Revolution 2011. *Mediterranean Politics*, 19(1), 82-98
- Ministerio Coordinador de Seguridad de la República del Ecuador. (2013). *Plan Integral de Seguridad y agendas 2014-2017*. Quito: MCS.
- Ministerio de Defensa, República del Ecuador. (2014). *Agenda Política de la Defensa*. Quito: Ministerio de Defensa Nacional

- Morgenthau, H. (1948). *Política entre las Naciones*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano
- North, L. (2006). Militares y Estado en Ecuador: ¿construcción militar y desmantelamiento civil. *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, , 85-95
- Redacción el Comercio. (24 de enero de 2015). Rafael Correa anuncia creación de sitio web Somos + para combatir supuesta 'campana de desprestigio' en redes. *El Comercio*. Obtenido de <http://www.elcomercio.com/actualidad/rafaelcorrea-web-redes-internet-crudoecuador.html>
- Redacción Plan V. (08 de julio de 2015). Los secretos del nuevo Proyecto Galileo. *Plan V*. Recuperado el 12 de diciembre de 2015, de <http://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/secretos-del-nuevo-proyecto-galileo/pagina/0/1>
- Rivera Velez, F., & Guerrero Salgado, G. (2014). Web 2.0 and National Security Strategies: Similarities Between and Perspectives on Spain and Ecuador. The Cases of #15M and #30S. (C. f. (CPI), Ed.) *American International Journal of Social Science*, 180-190
- Rodríguez, J. A. (1995). *Análisis estructural y de redes*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)
- SENPLADES. (2013). *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*. Quito, Ecuador: SENPLADES
- Spura, F., & Guerrero, E. (2015). Polarización política: análisis de la relación interpartidista en Twitter. Acercamiento al caso comparado España Ecuador. *XII congreso de AECPA Euskal Herriko Unibertsitate* - Universidad del País Vasco, (pág. 30). San Sebastian
- Sullivan, C. L. (2011). *Digital Identity - An Emergent Legal Concept*. Adelaide: Australia: University of Adelaide
- Taylor, P. (2010). Hackers: Cyberpunks or microserfs. *Information, Communication & Society*, 5(3), 336-356
- Telesur TV. (1 de enero de 2015). Correa denuncia ataque sistematizado contra su gobierno. *Telesur*. Recuperado el 29 de 12 de 2015
- Varas, A. (1990). Civil-Military Relations in a Democratic Framework". En L. Goodman, Mendelson, & J. (. J. Rial Roade, *The Military and Democracy, The Future of Civil-Military Relations in Latin América* (págs. 199-2018). Lexington Books: Canadá
- Villa, L. (2006). Web 2.0.: La gran experiencia universal. *Ábaco*, 2(48), 38-46

B.

**DERECHO CIVIL, COMERCIAL Y DE
COMPETENCIA**

ASPECTOS SOBRESALIENTES DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL ECUADOR

Diego Pérez Ordóñez¹ y Luis Marín Tobar²

Resumen: Ecuador cuenta desde 2012 con un inédito régimen de fusiones y adquisiciones, a cargo de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Este sistema, de reciente aplicación en el país, se caracteriza por ser preventivo, aplicable a casi todo tipo de concentraciones económicas, y sometido a dos umbrales: el primero de cuota de mercado y el segundo, atado a un índice monetario. En este artículo se describe las principales características de este sistema así como la experiencia de la autoridad en las más importantes transacciones.

Palabras clave: Operaciones de Concentración, Poder de Mercado, Derecho de Competencia, Fusiones.

El Ecuador es hoy una jurisdicción que cuenta con regulaciones para el control de concentraciones que requieren de notificación y aprobación previa antes del cierre de transacciones locales e internacionales con impacto en el país. Con relación a los tiempos que se deben observar, las normas estipulan un estrecho plazo de apenas ocho días calendario para presentar notificaciones desde la fecha en que se suscribe el acuerdo. En la práctica, esto ha determinado que muchas transacciones globales han sido presentadas para su aprobación en el Ecuador antes de haber sido presentadas a otros entes de control en el mundo.

La Ley Orgánica para Regulación y Control del Poder del Mercado (la “Ley”) - promulgada en octubre de 2011 - implementó el primer régimen de competencia en el país. Las notificaciones de concentración se presentan ante la Intendencia de Control de Concentraciones, autoridad investigativa de la Superintendencia

¹ Doctor en jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Completó un curso de microeconomía en la London School of Economics en 1990. Es socio de Pérez Bustamante & Ponce (y miembro de la práctica antimonopolio de la firma). Con relación a su actividad académica, es profesor de Derecho Constitucional (1999 al presente) en la Universidad San Francisco de Quito. dperez@pbplaw.com

² Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, posee una maestría en Estudios Legales Internacionales por el Centro de Leyes de la Universidad de Georgetown y un diploma de posgrado en Economía del Derecho de Competencia en el Kings' College de Londres. Es Asociado Senior en Pérez Bustamante & Ponce (y es también miembro de su unidad de Propiedad Intelectual y Antimonopolio). Trabajó como asociado internacional con el equipo de competencia de White & Case LLP en Bruselas durante 2013. lmartin@pbplaw.com.

de Control del Poder de Mercado (la “SCPM”) que debe emitir un informe con sus recomendaciones para que sea resuelto por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (la “Comisión”).

La Intendencia de Control de Concentraciones está a cargo de analizar las transacciones notificadas y de emitir informes que contienen un detallado análisis económico acerca del panorama competitivo, el potencial impacto de las transacciones sobre la actual y futura estructura competitiva del mercado, y recomendaciones a la Comisión, que incluyen la aprobación, aprobación condicionada al cumplimiento de condiciones, o la negativa de la transacción. El análisis y evaluación llevados a cabo por la Intendencia en todas las transacciones sujetas a su control reflejan un rigor y análisis a profundidad semejante a la Fase II de investigación por la Comisión Europea. La Comisión de Resolución de Primera Instancia – panel compuesto por tres miembros a cargo de la resolución – evalúa el informe de recomendaciones y emite una decisión final.

Todo acto que se considera una “*operación de concentración*” por la Ley se rige al régimen de control de concentraciones en el Ecuador. Pese a que existe un detalle de actos ejemplificativos dispuestos por el Art. 14 de la Ley, la noción de concentración es muy amplia, supeditando a cualquier acto que otorga **control** o **influencia substancial** en otra persona y que supera cualquiera de los dos umbrales alternativos puede estar sujeto a notificación obligatoria de control de concentraciones y a aprobación previa antes de su ejecución en el Ecuador. Aún en el caso de que las partes no tengan presencia comercial directa en el Ecuador, la regulación sobre control de concentraciones podría ser obligatoria, tomando en cuenta el *enfoque basado en efectos* que la Ley determina.

Las operaciones de concentración definidas por la Ley, entre otras, son las siguientes:

1. La fusión entre empresas u operadores económicos.
2. La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.
3. La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.
4. La vinculación mediante administración común.

5. Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.

El “Control”, tal como lo define el Reglamento a la Ley, es el que se ejerce sobre cualquier contrato, cualquier acto o – tomando en cuenta circunstancias de hecho o de derecho – cualquier circunstancia que dé la posibilidad de ejercer una influencia substancial o determinante sobre una empresa o sobre un operador económico. Este control puede ser conjunto o exclusivo.

Cuando se determina que mediante un acuerdo de concentración con impacto en el Ecuador se va a transferir el control de un operador, es recomendable efectuar una evaluación de los umbrales puesto que los dos umbrales alternativos podrían resultar en la obligatoriedad de notificación de la transacción. Estos dos umbrales son los siguientes:

- a) *Umbral económico*: Se aplica si el volumen de negocios de las partes en el Ecuador durante el año anterior a la transacción excede el monto fijado por la Junta de Regulación. La Junta de Regulación modificó los anteriores umbrales mediante Resolución No. 009 de 25 de septiembre de 2015. En la actualidad el umbral relacionado con el volumen de negocios es el siguiente:

TABLA 1:

Tipo	Remuneración Básica Unificada (RBU)	Valor
a. Concentraciones que involucran a instituciones financieras y a entidades que participan en la bolsa de valores	3'200.000	US\$ 1.171'200.000
b. Concentraciones que involucran a compañías de seguros y reaseguros	214.000	US\$ 78'324.000
c. Concentraciones que involucran a emprendimientos no contemplados en (a) y (b)	200.000	US\$ 73'200.000
<ul style="list-style-type: none"> - La remuneración básica unificada en el Ecuador para el año 2016 es US\$ 366. - La remuneración básica unificada cambia cada año. Por lo tanto, el monto en dólares arriba indicado cambiará de año en año. 		

- b) *Umbral para la participación en el mercado*: Se aplica a concentraciones en las que las partes adquirirán una participación en el mercado igual a, o mayor que, el 30% del mercado relevante en el Ecuador.

Cuando una transacción cumple con cualquiera de estos dos umbrales, esta requerirá la aprobación del ente regulador previo a su ejecución. La notificación se debe entregar dentro de ocho días calendario desde la fecha de “*conclusión del acuerdo*”. Generalmente, la conclusión del acuerdo tendrá lugar en la fecha en que los términos y condiciones generales de una transacción son decididos por las partes a través de una “*carta de intención*”, “*memorando de entendimiento*”, “*contrato de administración conjunta*” o “*acuerdo de compra de acciones*”. Sin embargo, el Reglamento a la Ley proporciona más pautas con relación al concepto de “*cierre*” y estipula que debe tener lugar en los momentos siguientes:

- a. *Fusiones*: Desde el momento en que por lo menos uno de los participantes en la junta de accionistas haya convenido en la fusión.
- b. *Cesión de los activos de un comerciante*: Desde el momento en que las entidades deciden la operación y determinan su forma, término y condiciones. En el caso de compañías, desde el momento en que la cesión es aprobada por la junta de accionistas.
- c. *Adquisición directa o indirecta de acciones, participaciones o certificados de endeudamiento*: Desde el momento en que los partícipes consienten en la operación que da lugar a la concentración y determinan la forma, término y condiciones para su cumplimiento. En el caso de compañías, desde el momento en que la adquisición es aprobada por la junta de accionistas.
- d. *Acuerdos de empresa conjunta y de administración*: Desde el momento en que los administradores han sido designados por la junta de accionistas.
- e. *Cualquier otro acto o acuerdo que otorga control o influencia determinante*: Desde el momento en que las partes consienten en la operación que da lugar a la concentración y determinan la forma, término y condiciones para su cumplimiento.

Las notificaciones de concentración deben ser presentadas por la parte adquirente, a menos que varios emprendimientos adquieran el control conjunto, en cuyo caso la notificación debe darse conjuntamente a través de un apoderado. El 9 de mayo de 2013 la Superintendencia emitió un formulario para notificaciones que debe ser llenado y utilizado obligatoriamente con todas las notificaciones de control de concentraciones. Los requisitos y los documentos accesorios

obligatorios son fijados por el Reglamento de la Ley y generalmente requieren información acerca de las entidades que notifican, la estructura del mercado, las barreras de ingreso, eficiencias, motivos principales para la transacción, entre otros. Los documentos anexos se relacionan principalmente con la existencia societaria de las partes de la transacción, sus estados financieros, un poder para representarlas en la notificación de concentración, una declaración jurada acerca de la veracidad de la información que se entrega.

Desde la fecha en que se admite la notificación a trámite como completa, la Superintendencia tiene sesenta días hábiles para aprobar, negar o imponer condiciones a la transacción. Ese periodo puede ser prorrogado por el ente regulador durante sesenta días adicionales, aunque todavía no está claro si este último período ha sido calculado en días calendario o en días hábiles. Frecuentemente sucede que la Intendencia emite uno o varios requerimientos de información antes de admitir a trámite como completa a una notificación. Por lo tanto, el inicio del plazo a menudo se demora por varias semanas después de la presentación original, o se suspende mientras se emiten nuevos requerimientos de información. En la práctica, la aprobación de una operación de concentración económica puede durar en promedio de cuatro a seis meses contados desde la fecha de presentación hasta que se emite una decisión de aprobación.

El Reglamento otorgó a la Superintendencia el derecho a determinar tasas oficiales por la evaluación de una notificación de concentración. El 9 de mayo de 2013 la Superintendencia publicó regulaciones que contienen los parámetros que habrán de usarse para determinar las tasas que se cobrarán por procesar cada notificación de concentración. Esas regulaciones establecen que dichas tasas será el valor más más alto resultante de aplicar los siguientes parámetros:

- a. 0,25% del impuesto a la renta (pagado en el anterior ejercicio fiscal en el Ecuador);
- b. 0,005% de las ventas (obtenido en el anterior ejercicio fiscal debido a sus actividades en el Ecuador);
- c. 0,01% de los activos en el Ecuador; o
- d. 0,05% del patrimonio en el Ecuador.

Aunque la regulación no especifica a cuáles cifras de los emprendimientos en cuestión se aplicarán estos parámetros, ha sido práctica reiterada de la Intendencia el aplicar esas cifras a las entidades combinadas en caso de fusiones, y a la entidad adquirida en el caso de adquisiciones.

A continuación se detalla un resumen de las operaciones que han sido notificadas al regulador de competencia en el Ecuador desde la promulgación de la Ley:

TABLA 2:

Operadores	Industria	Año
Nutreco/Gisis	Alimento para peces	2013
Metlife/Génesis	Seguros	2013
Veolia/Interagua	Servicios hídricos	2013
Arca/Toni	Alimentos y bebidas	2013
Cabcorp/Tesalia	Bebidas	2013
Promerica/Produbanco	Financieros	2013
Nestlé&Ecuajugos/Fronterra	Bebidas	2014
Aercap/Aig	Financiación de aviones	2014
Bimbo/Supan	Pan	2014
Hapag-Lloyd/Csav	Despachos por contenedores	2014
Indura/Swissgas	Gas industrial	2014
AT&T/Directv	Telecomunicaciones	2014
Banco del Pacifico/IECE	Financieros	2014
Lafarge/Unacem	Cemento	2014
Burlington/Chiquita	Producción de banano	2014
Hamburg Sud/Coni	Despachos por contenedores	2014
Hebei Iron&Steel/Ipac	Procesamiento de acero	2014
Corporación Favorita/Librimundi	Distribución de libros	2014
Ab Electrolux/General Electric	Artefactos domésticos	2014
Bayer/Merck	Productos para cuidado del consumidor	2014
Abbott/CFR Pharmaceuticals	Productos farmacéuticos	2014
Colonial/Seguros Oriente	Seguros	2014
Brundicorp/Fyffes	Bananas	2014
Conecel/Ecuadortelecom	Telecomunicaciones	2015
Imbauto/Vallejo Araujo	Distribución de vehículos	2015
Yura/EPCE	Cemento	2015
Nokia/Alcatel-Lucent	Telecomunicaciones	2015
Signa/ECarni	Productos cárnicos	2015
Casabaca/Autoconfianza	Distribución de vehículos	2015
Casaracra S.A./Unacem	Cemento	2015
Bolton Group S.R.L./Conservas Isabel	Producción de atún	2015
Marjoram Riverside/Quiport	Servicios de concesión aeroportuaria	2015
Halliburton/Baker Hughes	Servicios petroleros	2015

La Ley es severa respecto de la aplicación de multas por falta de notificación o la notificación tardía de transacciones sujetas a su control. El monto de las multas

dependerá del estado de la celebración de la transacción una vez que el ente regulador inicia una investigación respecto de la falta de notificación.

La notificación tardía (más allá del plazo de ocho días contados desde la celebración) se considera una infracción menor de la ley. La ejecución antes de la notificación o antes de la aprobación se considera una falta seria contra la ley. La celebración de actos o acuerdos antes de la notificación, o antes de la aprobación, se considera una falta muy seria contra la ley. Las infracciones menores están sujetas a un 8% del volumen de negocios anual en el Ecuador de las entidades combinadas durante el año anterior a la imposición de la multa, mientras que las faltas serias y muy serias están sujetas a un 10% y un 12% correspondientes al volumen de negocios anual, respectivamente.

Además de estas multas exorbitantes, y con el fin de restaurar el proceso competitivo, la autoridad también puede ordenar que se extinga o se liquide la transacción en caso de que los efectos de la transacción no notificada se consideren anticompetitivos. El tiempo que rige para que la autoridad conozca las transacciones no notificadas prescribe en cuatro años desde la fecha en que tiene conocimiento que una transacción sujeta a su control no fue notificada. Por ello, es prácticamente indefinido el riesgo de falta de notificación o de una ejecución anticipada de las operaciones.

BIBLIOGRAFÍA:

- Ley Orgánica para Regulación y Control del Poder del Mercado

FACTIBILIDAD DE FUSIÓN DE EMPRESAS QUE MANTIENEN CONTRATOS VIGENTES CON EL ESTADO ECUATORIANO.

Esteban Patricio Viteri Hidalgo¹

Resumen: *La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prohíbe la cesión de los derechos y obligaciones emanados de los contratos sujetos a dicha norma. Al ocurrir una fusión, por disposición de la Ley de Compañías y no como fin último, existe un traspaso de patrimonio entre las empresas que se someten a dicha fusión; en el referido traspaso también se traspasan los contratos públicos y privados. El referido traspaso es un acto consecuencial de la fusión que es un acto societario diferente y mucho más complejo que una cesión, y por tanto es absolutamente factible que empresas que mantengan contratos vigentes con el estado ecuatoriano se sometan a procesos de fusión, sean éstos por absorción o por creación.*

Palabras clave: Fusión por absorción, Fusión por creación.

¿Está prohibida la fusión de personas jurídicas que mantienen vigentes contratos suscritos con el estado ecuatoriano y que estén sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP)?

La legislación ecuatoriana de compañías ha previsto la posibilidad de dos formas de fusión, éstas son la fusión por absorción y la fusión por creación.

Es trascendental entender que la fusión por absorción es un negocio jurídico representado en una forma de asociación societaria que tiene como objetivo consolidar en una sola compañía previamente existente a dos o más de ellas.

En la fusión por absorción, el traspaso que existe del patrimonio de la sociedad o sociedades mercantiles absorbidas se da como un acto consecuencial del negocio jurídico, es decir, no se trata de una tradición o cesión de patrimonio, al contrario, es en estricto sentido jurídico un traspaso por disposición de la ley.

La importancia de conocer y entender las diferencias jurídicas entre dos conceptos totalmente distintos como son la fusión y la cesión, para efectos del presente

¹ Abogado por la Universidad de los Hemisferios (Quito-Ecuador), Abogado contratado en el estudio jurídico CORRAL ROSALES CARMIGNIANI PÉREZ. patricio.viterihidalgo@gmail.com.

artículo radica en determinar si la prohibición constante en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es aplicable a los actos societarios de fusión. Para explicar esta evidente diferencia entre los precitados actos jurídicos es necesario referirse a las normas pertinentes contenidas en el Código Civil, Ley de Compañías y en la mencionada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y distintas normas secundarias que reglamentaron la prohibición de cesión constante en esta última norma. Asimismo, se incluyen citas sobre pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades de la República de Colombia en los que expresamente se trata la diferencia entre fusión y cesión.

I. Antecedentes y fundamentos.-

1.- El 4 de agosto de 2008, en el Suplemento del Registro Oficial No. 395, se publica la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que señala en su artículo 78:

“Art. 78.- **Cesión de los contratos.**- El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato.”²

2.- Posteriormente, mediante Decreto Ejecutivo No. 1793, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 621 de 26 de junio de 2009, mismo que es reformado por el Decreto Ejecutivo 144 promulgado en el Registro Oficial No. 79 de 2 de julio de 2009, que en su parte pertinente señala:

“II. NOTIFICACIÓN Y AUTORIZACIÓN PARA LA CESIÓN DE ACCIONES, PARTICIPACIONES O CUALQUIER OTRA FORMA DE ASOCIACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA CONTRATISTA DEL ESTADO.

Para evitar la simulación jurídica de la cesión del contrato público, situación prohibida por el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se constituirá como causal de terminación unilateral y anticipadamente del contrato, prevista en ese instrumento, el que no se notifique a la entidad contratante la transferencia, cesión, enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación.

² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Suplemento Registro Oficial N° 621, 26 de junio de 2009

Además, será de causa para la terminación unilateral y anticipada del contrato, prevista en ese instrumento, la falta de autorización de la entidad contratante de la transferencia, cesión, capitalización, **fusión, absorción, transformación o cualquier otra forma de tradición de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital **de la persona jurídica o consorcio contratista del Estado.****

Las disposiciones de los numerales I y II de este artículo, que anteceden, no se aplicarán a las personas jurídicas cuyas acciones o participaciones se cotizan en las bolsas de valores nacionales o extranjeras.”³

3.- En igual sentido, la Resolución 037-2009 del Instituto Nacional de Contratación Pública (en adelante INCOP) establece:

“**Art. 2.-** Para efectos de observar la prohibición de cesión de contrato público, constante en el artículo 78 de la LOSNCP, toda entidad contratante, de manera obligatoria, incluirá en todo contrato, como causales de terminación unilateral y anticipada del mismo, las siguientes:

- “...Si el (CONTRATISTA) no notificare a la (ENTIDAD CONTRATANTE) acerca de la transferencia, cesión, enajenación de sus acciones, participaciones, o en general de cualquier cambio en su estructura de propiedad, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se produjo tal modificación...”.

- “...Si la (ENTIDAD CONTRATANTE), en función de aplicar lo establecido en el artículo 78 de la LOSNCP, no autoriza la transferencia, cesión, capitalización, **fusión, absorción**, transformación o cualquier forma de tradición de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación, que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital social del (CONTRATISTA)...”.

4

4.- Mediante oficio No. 13534 de 11 de junio de 2013, ante una consulta presentada por el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda –MIDUVI, el Procurador General del Estado emite pronunciamiento vinculante para la administración pública en los siguientes términos:

3 Decreto Ejecutivo N° 1793. Suplemento Registro Oficial 621, 26 de junio de 2009

4 Resolución INCOP 037-2009, 27 de noviembre de 2009

“1.- En atención a los términos de su primera consulta, al amparo del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1793 y su reforma introducida mediante Decreto Ejecutivo No. 144, se concluye que los contratistas del Estado deben notificar a la entidad contratante la transferencia, cesión, enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación, sea cual sea el porcentaje de capital transferido.

De igual manera, por disposición de los indicados Decretos Ejecutivos Nos. 1793 y 144, **en el caso de** transferencia, cesión, capitalización, **fusión, absorción**, transformación u otro mecanismo de tradición de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital **de la persona jurídica o consorcio contratista del Estado, los contratistas deben requerir autorización de la entidad contratante para que proceda la transferencia. La falta de autorización de la entidad contratante constituye causa para la terminación unilateral y anticipada del contrato, prevista en ese instrumento.**”⁵

5.- Por su parte, la Ley de Compañías señala:

“**Art. 338.- Trámite y efectos.-** Para la fusión de cualquier compañía en una compañía nueva se acordará primero la disolución y luego se procederá al traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva compañía.

Si la fusión hubiere de resultar de la absorción de una o más compañías por otra compañía existente, ésta adquirirá en la misma forma los patrimonios de la o de las compañías absorbidas, aumentando en su caso el capital social en la cuantía que proceda.

Los socios o accionistas de las compañías extinguidas participarán en la nueva compañía o en la compañía absorbente, según los casos, recibiendo un número de acciones o adquiriendo derecho de cuota de capital por un valor proporcional a sus respectivas participaciones en aquellas.

5 PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO. Oficio 13534. 11 de junio de 2013

Art. 341.- El acuerdo que permita la disolución de las compañías que se fusionan debe ser aprobado con igual número de votos que el requerido en los estatutos para la disolución voluntaria de la misma.

La compañía absorbente se hará cargo de pagar el pasivo de la absorbida y asumirá, por este hecho, las responsabilidades propias de un liquidador respecto a los acreedores de ésta.⁶

Lo resaltado y subrayado es mío.

II. Análisis.-

De las normas antes expuestas se deduce lo siguiente:

1.- La LOSNCP prohíbe la cesión de derechos y obligaciones emanados de los contratos sujetos a dicha norma.

2.- Posteriormente a la expedición de la LOSNCP, se emitieron los Decretos Ejecutivos No. 1793 y 144 y la Resolución INCOP 037, que han previsto la necesidad de autorización por parte de las entidades contratantes para que una persona jurídica con contratos en ejecución con el estado ecuatoriano proceda con actos tales como una fusión por absorción. El solo establecimiento de un requisito para que proceda la fusión por absorción de contratistas del Estado que mantienen contratos vigentes es evidencia que la normativa no equipara dos conceptos jurídicamente distintos, éstos son, por una parte la cesión de derechos y obligaciones de un contrato específico entre dos personas naturales o jurídicas completamente independientes, que se trata en estricto sensu de un acto que tiene como origen precisamente la voluntad del cedente de ceder a favor del cesionario determinados derechos emanados de un contrato, en este caso uno administrativo; y, por otra parte, la fusión por absorción, que se trata de un acto societario, que tiene como consecuencia el traspaso de activo, pasivo, patrimonio de las compañías fusionadas, y en este traspaso naturalmente se incluyen los contratos, pero no se trata de una transferencia de contratos como fin específico del acto societario, por lo que no puede considerarse una cesión de contratos en estricto sentido jurídico. Tan no es lo mismo fusión y cesión que las resoluciones INCOP aquí citadas incluso expresamente liberan del requisito de obtener la autorización antes mencionada a las personas jurídicas que cotizan en bolsa de valores y que por supuesto también pueden someterse a procesos de fusión.

3.- Al estar prevista la obligación de obtener una autorización para la fusión por absorción, es claro que la normativa posibilita que dicho acto societario sea

6 Codificación de la Ley de Compañías, Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999

factible de realizar por parte de una persona jurídica que mantiene contratos vigentes con el estado ecuatoriano. Caso contrario, estaríamos frente a una norma inaplicable, violentando el principio de interpretación eficaz de las normas, que obliga a que las normas tengan efectos y sean aplicadas a los casos pertinentes.

4.- No cabe lógica ni jurídicamente que se prevea la necesidad de autorización para un acto societario de fusión por absorción de un contratista del Estado con un contrato en ejecución si se va a interpretar dicho acto societario como una cesión que está prohibida por la LOSNCP. Esta interpretación equivaldría a crear un procedimiento de autorización que siempre terminaría en una negativa, lo que evidentemente es inoficioso y absurdo y como lo mencionado en el numeral anterior viola el principio de interpretación eficaz de las normas. Cabe recalcar que los Decretos Ejecutivos 1793, 144 y la Resolución INCOP 037 fueron actos emitidos después de publicada la LOSNCP.

Con el análisis que antecede, se determina que jurídicamente es absolutamente procedente que un contratista que mantiene vigentes y en ejecución contratos con el estado ecuatoriano pueda someterse a una fusión por absorción, sin que esto implique o pueda interpretarse como una cesión de derechos y obligaciones emanadas de contratos. Cabe mencionar que esta posibilidad no distingue si el contratista corresponde al absorbido o al absorbente, ya que siempre que no se encuentre domiciliado en paraísos fiscales y que no incurra en las inhabilidades especiales o generales previstas en la LOSNCP, es jurídicamente viable.

5. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades de la República de Colombia, en pronunciamiento N° 220 62689 de 12 de diciembre de 2002, ha dicho:

“Con toda atención se refiere el Despacho a las reflexiones elaboradas en los escritos radicados con los Nos. 2002-01-119094 y 2002-01-124417; en torno a los oficios 220-10481 de 2001 y 220-117228 de 2002, en los cuales se expuso ampliamente el criterio según el cual la fusión es un negocio jurídico sujeto a reglas propias que implican transmisión universal de derechos y obligaciones, que se sustrae de la aplicación de disposiciones de otras relaciones jurídicas.

Como preámbulo se considera pertinente citar la apreciación que sobre el particular, realizó el tratadista Gabino Pinzón:

“(…) Esta idea de la sucesión *in universum ius* – que ha sido ampliamente acogida entre los expositores del derecho comercial – sintetiza y explica, en forma relativamente clara, el principal efecto de la fusión, ya que la sociedad que subsiste o la que se forma, como único empresario de las distintas empresas fusionadas, se hace titular del patrimonio de cada una de las sociedades que se extinguen y, al mismo tiempo que recibe los activos, asume obligaciones sociales, dada la unidad jurídica de unos y otros en todo patrimonio, separado o autónomo. Pero esta idea no puede tener el sentido puramente pasivo de una sucesión en el patrimonio de cada una de las sociedades disueltas, sino que tiene especialmente el sentido dinámico y funcional de continuidad de la empresa o actividad de cada una de dichas sociedades. Porque la sucesión de que se habla no constituye el fin perseguido directamente con el acuerdo de fusión, puesto que la concentración de los patrimonios se produce precisamente como consecuencia de la concentración de las empresas a que ellos se encuentran vinculados.

De manera que no se trata de una simple sustitución de acreedores o de deudores, regida mecánicamente por las reglas de la subrogación o de la novación, ni se trata apenas de que la sociedad que subsiste o la que se constituye se haga cargo del activo y del pasivo de las compañías que se extinguen, para que asuma la posición y las responsabilidades de un liquidador. Lo que se persigue es que las empresas fusionadas continúen desarrollándose normalmente por la sociedad que, como único empresario, sustituye a las sociedades o empresarios anteriores, para que se produzca una verdadera sustitución de empresarios, esto es, para que la sociedad absorbente o la nueva ocupe jurídicamente la posición de la que desaparece y la suceda en todas las relaciones jurídicas creadas con ocasión del desarrollo de las empresas fusionadas”

“Esta sustitución de empresarios – que lleva implícito la idea de una sucesión en esa universalidad jurídica del patrimonio social de las compañías disueltas – es el fenómeno que ocurre en la vida de los negocios cuando se pacta y se realiza una de

las llamadas “fusiones de sociedades”. Y esa realidad objetiva es la que debe tenerse siempre en cuenta para analizar en sus proyecciones jurídicas esta clase de negocios, como ha tratado de hacerse – aunque sin una concepción exacta y sin una formulación técnica adecuada en el derecho laboral, al regular la “sustitución de patrones”. De manera que, como ya quedó indicado, no es una simple sustitución de empresarios, que no excluye estos fenómenos, pero que los subordina totalmente”⁷

El pronunciamiento transcrito evidencia claramente la diferencia entre los efectos jurídicos derivados de una cesión con los que se generan por una fusión, al indicar que esta última se trata de una suerte de sucesión en la que el fin último no es que se produzca una cesión de derechos y obligaciones sobre contratos, por ejemplo, sino que comprende una sucesión universal en la que todo un patrimonio pasa a otra compañía que bien puede ser creada, en el caso de fusión por creación, o a una absorbente, en el caso de fusión por absorción.

El análisis de las diferencias entre cesión y fusión es fundamental, ya que su desconocimiento e incorrecto entendimiento puede significar que se coarte el derecho de personas jurídicas contratistas del estado de fusionarse al considerar erróneamente que se trata de una cesión el acto jurídico de fusión.

En conclusión, la cesión de derechos y obligaciones derivadas de los contratos sometidos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es un acto absolutamente diferente al traspaso de patrimonio que se origina como consecuencia de una fusión, y, por tanto, la prohibición de cesión prevista en el artículo 78 *ibídem* es inaplicable a procesos de fusión de personas jurídicas mercantiles que mantengan vigentes contratos con el estado ecuatoriano.

⁷ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, pronunciamiento 220 62689, 12 de diciembre de 2002.

BIBLIOGRAFÍA:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Suplemento Registro Oficial N° 621, 26 de junio de 2009

Codificación de la Ley de Compañías, Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999

Decreto Ejecutivo N° 1793. Suplemento Registro Oficial 621, 26 de junio de 2009

Resolución INCOP 037-2009, 27 de noviembre de 2009

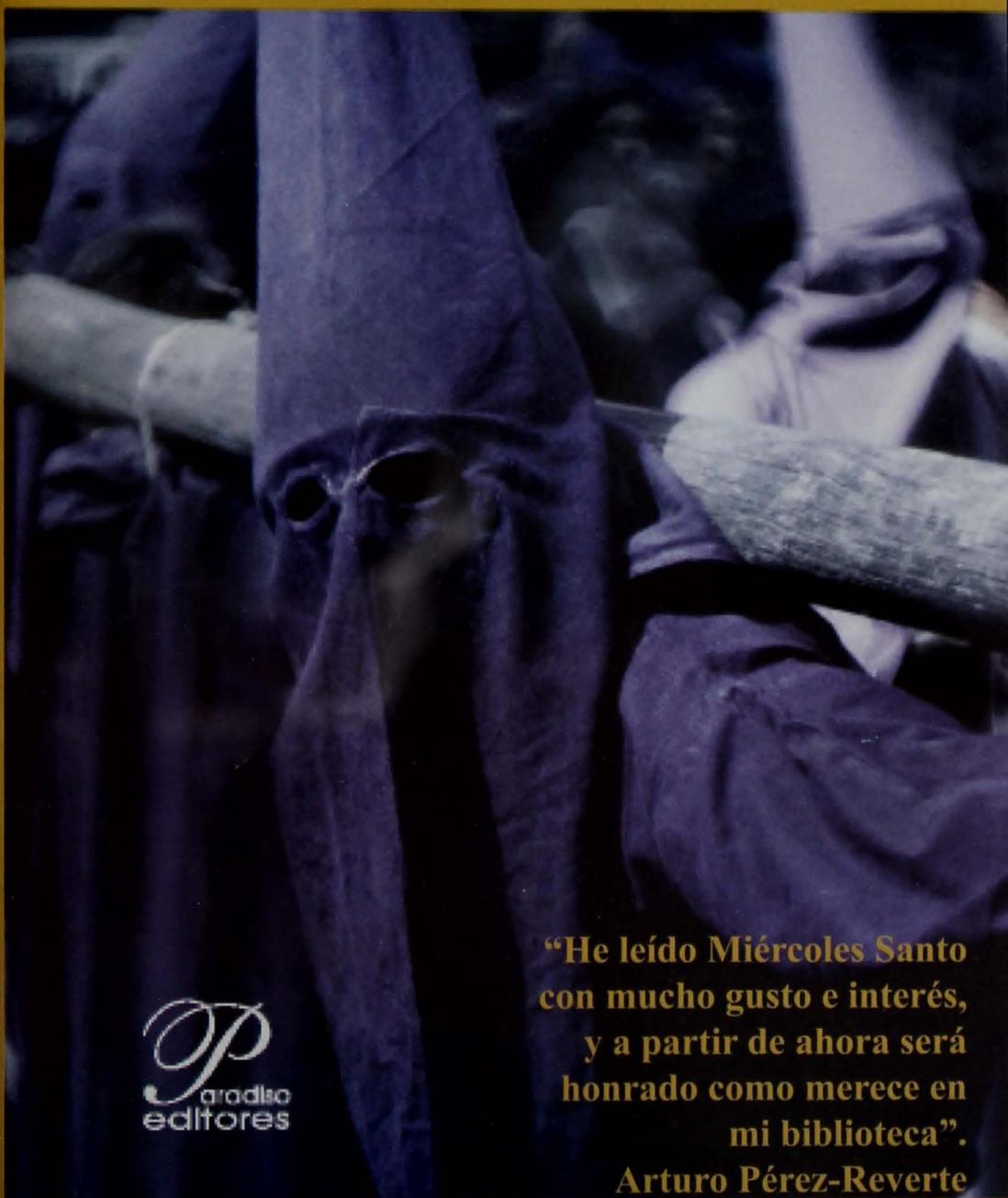
Procuraduría General Del Estado. Oficio 13534. 11 de junio de 2013

Superintendencia de Sociedades De La República de Colombia, pronunciamiento 220 62689, 12 de diciembre de 2002

Miércoles Santo

UN CASO DE NUÑO OLMOS

Íñigo Salvador



P
aradiso
editores

**“He leído Miércoles Santo
con mucho gusto e interés,
y a partir de ahora será
honrado como merece en
mi biblioteca”.**

Arturo Pérez-Reverte

DE VENTA EN LIBRERÍAS



Centro de Derechos Humanos PUCE



Andrade & Escobar
A b o g a d o s

QUITO: Av. 6 de Diciembre
N25-28 y Av. Colón Edif.
Antares, oficinas 902-904
Telf: 02- 250 2253 / 290 2137
Cel: 099 810 8465

GUAYAQUIL: Antepara 921
y Av. 9 de Octubre, Edif.
Carroussel, oficinas 102-103,
Telf: 04-232 0342
Cel: 099 810 8465

Twitter: @Drwandradee
Facebook: Andrade-Escobar Ab
wandrade@ae-abogados.com
www.ae-abogados.com

www.ae-abogados.com

SI LA NATURALEZA ES SUJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA, ¿LOS ANIMALES TIENEN VOZ? -UNA REFLEXIÓN HUMANA-

Sonia Merlyn Sacoto¹, María Daniela Camacho Chávez², Mishelle Estefanía Bermeo Vivar³

Resumen: *El presente artículo propone un análisis de la naturaleza como sujeto de derecho, reconocimiento otorgado por la Constitución de la República del año 2008. Al ser Ecuador el único país que otorga esta categoría a la naturaleza, nos interesa conocer las posibles posiciones que se podrían presentar con el tratamiento jurídico, social y cultural de la naturaleza como "sujeto", o si en realidad, esta categorización es meramente formal, sin plasmarse materialmente en el Derecho. En el intento por unir dos culturas: la occidental y ancestral, los asambleístas no se percataron de la compleja red de problemas que se gestaron a nivel jurídico. Por ello, mediante una investigación doctrinaria y casuística, planteamos diferentes puntos de vista sobre el tema para terminar enfocándonos en la protección jurídica, derivada de la normativa constitucional mencionada, hacia los animales.*

Palabras claves: Naturaleza, Sujeto de derecho, *Sumak Kawsay*, Derecho subjetivo.

"Venimos hace muchísimos años intentando llamar la atención a la humanidad, de que no es posible la humanidad si no tenemos una nueva relación con la Madre Naturaleza"
-Rigoberta Menchú-

I. Introducción.-

En el año 2008, la Asamblea Constituyente ecuatoriana decidió, en forma bastante sorpresiva, declarar titular de derechos a la Naturaleza⁴, convirtiéndose

1 Doctorado de cuarto Nivel PHD, Tesis en Derecho Civil con mención publicación, Pontificia Universidad Católica de Lima, 2011. Abogada y doctora de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador 1996. Profesora cátedra Sujetos del Derecho en la PUCE (1996-2015).

2 Estudiante en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Facultad de Jurisprudencia. Estudiante regular de la Facultad en Sede Quito – Ecuador.

3 Estudiante en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Facultad de Jurisprudencia. Estudiante regular de la Facultad en Sede Quito – Ecuador Estudiante de 19 años de edad. Graduada en el Colegio Militar "Eloy Alfaro".

4 En este trabajo usaremos las mayúsculas para la Naturaleza aunque la Constitución ecuatoriana no las utiliza aunque si para referirse a la Pacha Mama.

en la primera Norma Suprema a nivel mundial en legislar en este sentido. Es así como, desde entonces, el artículo 10 de la Constitución ecuatoriana prevé: “La naturaleza será titular de todos aquellos derechos que le reconozca la Constitución” y luego dedica todo un capítulo (Artículos 71-74) a enumerar dichos derechos.

Resulta interesante analizar cuáles fueron los criterios para realizar este cambio y las consecuencias jurídicas que ha tenido para la sociedad ecuatoriana la vigencia de la norma constitucional en poco más de un lustro, conforme lo realizamos a continuación.

II. Criterios para categorizar a la naturaleza como sujeto.-

Es evidente que la primera dificultad que enfrentó el jurista ecuatoriano en la Constituyente de Montecristi, fue entender el alcance de la noción de naturaleza. Así, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española reconoce cerca de veinte acepciones del término naturaleza, sin embargo, su uso más frecuente se refiere

“al conjunto de los seres vivos y a los fenómenos que se producen de manera natural. Se considera como entorno natural y lo integran: animales salvajes, rocas, bosques, playas, y en general todas las cosas que no han sido alteradas sustancialmente por el ser humano, o que persisten a pesar de la intervención humana”.

Pero, la Constitución ecuatoriana se encargó de delimitar el concepto, en el artículo 71, pues indica que: *La naturaleza, o Pachamama, lugar en donde se reproduce y desarrolla la vida ...*” (subrayado nuestro).

Es bien sabido que el conceptualizar implica riesgos, pues no siempre el definir equivale a precisar o aclarar sino por el contrario, se convierte en sinónimo de limitar, como precisamente es el caso con el citado artículo constitucional ecuatoriano, ya que entenderíamos que se excluye a los animales en general o que, dentro de la acepción, se incluye solo a las hembras de los animales, pues el útero es un lugar donde se reproduce y desarrolla la vida, que los machos no poseen.

No podemos dejar a un lado la importante referencia para esta delimitación que hicieron los Asambleístas ecuatorianos, al incluir el vocablo quichua “Pacha Mama”, que fue uno de los principales criterios, según el análisis de algunos

juristas y de los mismos assembleístas, para establecer a la Naturaleza como sujeto de la relación jurídica, pues se trató de incorporar la Cosmovisión Indígena Andina en el texto constitucional, y así “subsana la falta de convergencia entre la ciencia del mundo occidental y la sabiduría ancestral de los pueblos andinos”⁵, en concordancia con la noción del “*Sumak Kawsay*”, es:

“la vida en plenitud, es el resultado de la interacción, de la existencia humana y natural. Es decir, que el *Sumak Kawsay* es el estado de plenitud de toda la comunidad vital. Es la construcción permanente de todos los procesos vitales, en las que se manifiesta: la armonía, el equilibrio, interno y externo de toda la comunidad no solo humana, pero también natural (Macas, s.f.)”

Es tal su importancia que, como menciona Farith Simon, “se afirma que el *Sumak kawsay* (“buen vivir”) es considerado en la cultura andina un sistema de vida que contiene una serie de principios, normas o reglas que establecen un modelo económico, social, político de sociedad (Simon, 2013)”. En base a este “sistema de vida” podemos entender cómo para la cultura andina, la naturaleza es un todo en el cual fundamentan sus normas de convivencia y comportamiento. Entender al *Sumak Kawsay* como una forma de vida explica la armonía que buscan estos pueblos para llevar una vida sin agresiones contra su Madre Tierra y todo lo que la conforma.⁶

En efecto, la cosmovisión andina nos la muestra como una Diosa, por lo que la paridad ontológica con la misma desde esa perspectiva, es imposible. La importancia de la naturaleza para los pueblos andinos y el entender al ser humano como miembro de la *Pachamama*⁷ y seguidor del *Sumak Kawsay*,

5 Entrevista a Carlos Pilamunga, realizada por estudiantes: Ximena Espinoza, Estefanía Molina, Silvia Otavalo, Jose Emilio Vásconez, Santiago Salazar, Juan Manuel Baquero, bajo coordinación de Profesora Sonia Merlyn Sacoto para la Cátedra Sujetos del Derecho PUC. Abril 2009.

6 En una entrevista realizada por Fernanda Sánchez Jaramillo, para La Línea de Fuego, Alberto Acosta hace referencia al *Sumak Kawsay*: “FSJ: ¿Cómo surgieron los derechos de la naturaleza, en cuya formulación usted participó?”

AA: Los Derechos de la Naturaleza surgieron en una coyuntura específica. Desde el mundo indígena apareció con creciente fuerza una alternativa al desarrollo, el buen vivir o *Sumak Kawsay*. Esta es la columna vertebral de la propuesta de los Derechos de la Naturaleza, en tanto en el mundo indígena los seres humanos entienden perfectamente que forman parte de la Naturaleza y que ésta no está allí para ser privatizada, apropiada y menos destruida.” Sánchez, Fernanda, Entrevista al economista Alberto Acosta. “Las amenazas transnacionales, desatadas por el capital global, deben ser enfrentadas con luchas tanto locales como globales”.

7 Eduardo Gudynas menciona que “La perspectiva de la *Pachamama*, más allá de las diversas posiciones que hay en su interior, apunta hacia otra postura, donde se rompe esa dualidad, y el ser humano es parte del ambiente, y no puede ser entendido sin este contexto ecológico”

contrasta y, a la vez, aporta en gran medida a la visión occidental de la Tierra.⁸ Sin embargo, con la mirada ancestral de las culturas aborígenes andinas hacia la “*Pachamama*”, resulta inútil reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos pues se redundaría en dar esta categoría a un ser vivo como tal, quien definitivamente ya tiene derechos anteriores al propio ser humano, pues para el aborígen andino, se trata de nuestra Madre.

En nuestra opinión, si bien merece resaltarse la intención integradora del derecho aborígen al derecho occidental en esta corriente de pensamiento, ha resultado en la incrustación de una visión jurídica difícil de armonizar con el conjunto de la normativa ecuatoriana orientada hacia la visión occidental.

Más allá de la cosmovisión andina, el considerar a la naturaleza como sujeto de derechos nos enfrenta a un problema mayor, tanto a nivel jurídico como de natural satisfacción de necesidades humanas. Surgen preguntas tales como ¿Cuáles son los organismos vivientes que pueden, o no, ser utilizados por los humanos para fines de supervivencia? ¿Quién limita, o no, el espacio físico intangible por el sujeto “persona natural”, considerando que sería exclusivo del sujeto “naturaleza”?

En efecto, la Naturaleza se encuentra presente de manera evidente en tres niveles de nuestras vidas (De la Cruz, 2012): En primer lugar, como fuente de subsistencia, ya que nos brinda todas las necesidades que requerimos por el hecho de ser personas -agua, luz, alimentos, entre otros- ya que cumple cada día con ser el soporte de vida para todas las especies, incluida la humana⁹; en segundo término, como la casa de todos, si consideramos que la naturaleza ha estado con el hombre desde hace siglos y es gracias a ella que se iniciaron las construcciones de las primitivas viviendas con troncos de madera o paja hasta la mayoría de materiales de las construcciones contemporáneas¹⁰; y, en tercer lugar, como símbolo de lo trascendente, sobre todo religioso. “*El creyente es capaz de descubrir en ella las huellas del creador, como la grandeza, sabiduría,*

8 Nos recuerda esta cosmovisión a la que plantea la Película Avatar (2009, Cameron) como una concepción distinta del entorno, como un ser no solo vivo sino dador de vida, la Madre Naturaleza descubierta por un ser humano, donde el protagonista, Jake Sully desarrolla una íntima conexión con ella, quizás por ser más permeable a otros valores culturales por su condición de no científica.

9 Melo, M. Citado por Simon, F. (2013) *Iuris Dictio: Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?*.

10 Aunque esta “casa” lamentablemente, también haya sido susceptible de guerras y conflictos por temas territoriales: un ejemplo claro fue la Guerra del Cenepa en el caso ecuatoriano. Para mayor ilustración ver Historia de la Guerra del Cenepa en el blog de Israle Díaz a través del enlace: <http://diaz-israel.blogspot.com/>

belleza y poder. (De la Cruz, 2012)”. Así mismo nos lo hace notar el Papa Francisco, en su primera Encíclica, Laudato Si: “Los Obispos de Brasil han remarcado que toda la naturaleza, además de manifestar a Dios, es lugar de su presencia. En cada criatura habita su Espíritu vivificante que nos llama a una relación con Él”¹¹

Por ello, al incluir a la naturaleza como una nueva categoría de sujeto de derecho, resulta complicado determinar, para establecer una relación jurídica, qué alcance tiene la vulneración de derechos de este nuevo sujeto, por lo que conviene definir qué se entiende por sujeto de derecho. Según García Maynes, el sujeto de derecho es todo ente capaz de ser titular de derechos, facultades y deberes jurídicos (García, 1998), o sea, los titulares de situaciones jurídicas subjetivas.

Además, cualquier derecho subjetivo de un sujeto, no puede ser tutelado por la naturaleza misma y nos lleva a involucrar de manera necesaria al ser humano, creando un problema que será analizado a continuación.

III. Consecuencias jurídicas de la categorización.-

Al ser la naturaleza considerada un sujeto de derechos, nos vemos en la necesidad de crear un enorme sistema de control. Para ejemplificar esto plantearemos dos hipótesis: si somos propietarios de una casa y decidimos talar un pequeño árbol del jardín, hemos terminado por completo con la vida de un miembro de la naturaleza pero, ¿recibiré acaso una sanción?; por otra parte, si talamos muchos árboles de un bosque, la posibilidad de una sanción es inminente. ¿No vulneramos derechos en ambos casos? Sí, pero al momento de talar varios árboles en el bosque evitamos que otros sean partícipes del ornato, la purificación de aire y demás beneficios que estos producen, daño que es más visible para la sociedad en general; no así, si “solamente” talamos el árbol de nuestra casa, pues el beneficio que éste brindaba, influía de manera directa en nosotros mismos. Por lo tanto, giramos una vez más, en torno al sujeto como sinónimo de “ser humano individual o colectivamente considerado (Fernández, 2001)”, pues en ambos casos se estaría afectando a la naturaleza, pero la vulneración del derecho de las personas de disfrutar el medioambiente es diferente en ambos supuestos.

Reconocida la naturaleza como sujeto de derechos, existe la necesidad de una creación normativa en torno a los mismos. “La norma de derecho se transforma en proposición jurídica, la cual a su vez es la forma básica de la ley (Kelsen,

¹¹ Encíclica (18 de junio del 2015). Carta Encíclica Laudato Si del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común. – Párrafo 88. *News. Já.*

1934)”. La característica de una ley es su estructura, que nos permite acudir a la imputación, donde ante una condición jurídica existe una consecuencia jurídica; y, ante un hecho antijurídico existirá un acto coactivo. Así, los sujetos como titulares de este derecho objetivo plasmado en la ley, tenemos la facultad (derecho subjetivo) de exigir su cumplimiento y en caso de ser incumplido o vulnerado, exigir así mismo que se aplique la consecuencia jurídica establecida, pues “el poder de actuación que confiere la titularidad de un derecho subjetivo, mediante su ejercicio, debe servir para satisfacer los intereses del titular (S.N., 2013)”.¹²

En el caso de la naturaleza, al ser evidente su imposibilidad de ejercer esta facultad por sí misma, necesitaría del Estado para que controle el cumplimiento de las normas que amparan sus derechos. El problema es que, así como es continuo y diario el contacto de los humanos con la naturaleza, sería también tan continua y diaria la vulneración en mayor o menor medida de sus derechos. Frente a lo anteriormente indicado, para poder tener un control jurídico, el Estado debería implementar un sistema de dimensión tan grande que resulta casi unimaginable y así, cuando cualquier persona tale un árbol del jardín de su casa o tome algunas flores de un parque, exista quien sancione dicha acción por atentar contra los derechos de la naturaleza.

Por ello, al ser evidente la imposibilidad de la naturaleza de ejercer sus derechos por sí misma, resulta imperativa la intervención del Estado para que controle el cumplimiento de las normas que amparen dicho ejercicio. Sin embargo, esta normativa se fue pensando mientras aparecían procesos en que la naturaleza estaba involucrada, ya que en un inicio no se tenía claro ni siquiera quien la representaría ni a través de qué mecanismo podría ejercer sus derechos.

Además de la dificultad ante el ejercicio de los derechos, no es posible olvidar que la satisfacción de varias necesidades humanas vitales depende de la naturaleza. Al respecto, Alfred Schmidt menciona que “La naturaleza como material que se enfrenta a los hombres solo es material informe respecto de los fines de la actividad de éstos (Schmidt, 1976)”. La lectura de este enunciado puede parecer a simple vista consumista, por el cual “los hombres”, aparentamos ser partícipes de un completo exterminio contra la naturaleza si estos son nuestros fines. Pero ¿no es acaso esta misma la visión del artículo 74 de la Constitución ecuatoriana?, que paradójicamente indica:

Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan

¹² Ver información adicional en el siguiente enlace web: <http://teoria-del-derecho.blogspot.com/2011/09/el-ejercicio-de-los-derechos-y-sus.html#sthash.HQm73s4O.dpuf>

el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

Declarar a la Naturaleza sujeto de Derechos implica también comenzar a implementarla sin perder de vista nuestras humanas necesidades vitales, por lo que el compromiso va mucho más allá de un simple enunciado.

En realidad, no es una cuestión del mundo moderno pensar que la naturaleza es necesaria para los humanos, pues ha sido así desde los albores de la humanidad. Tal es su importancia para la vida humana que es fundamental cuidar de ésta para evitar su destrucción masiva e incontrolada, por lo que este fue indudablemente uno de los criterios sobre los que se basaron los Asambleístas, lograr la defensa eficaz del medio ambiente. Basta citar a Alberto Acosta, presidente de la Asamblea, quien afirmó:

“La ausencia del reconocimiento de que la Naturaleza es sujeto de derechos lleva a que, por ejemplo, los ambientalistas no sean considerados en tanto activistas luchando en defensa de derechos fundamentales, sino más bien como sabemos, en ocasiones se los tilda como “criminales que afectan los derechos de propiedad de otros, como “desadaptados”, incluso como fundamentalistas que impiden resolver los problemas de las grandes mayorías (Acosta, 2008)”.

Pero como se ha demostrado en estos años de vigencia de la Constitución, el criterio “utilitarista” de quienes fueron partidarios de la titularización de derechos de la naturaleza es erróneo, pues no se ha visto un cambio sustancial en la protección de la naturaleza en el Ecuador. Por el contrario, continúan desmoronándose montañas por la explotación de minerales, sigue derramándose petróleo en áreas naturales importantes, por mencionar algunos ejemplos.

Entonces, cuando se plantea, la idea de cambiar todo el sistema jurídico ecuatoriano y cambiar el estatus de la naturaleza de objeto -bien nacional público, ya que cualquier persona dentro del país la usufructúa de manera general y de manera gratuita- a sujeto de derechos, la finalidad de realizar este cambio consiste en dar una protección mucho más efectiva a la naturaleza sin que ésta sufra cualquier tipo de daño para que las generaciones que vienen sigan disfrutando de los beneficios de la naturaleza. De ahí que, el año 2011 fue un año clave, no precisamente por la acción estatal en estos temas, sino más bien por actos ciudadanos que desembocaron en importantes precedentes jurisprudenciales.

Lamentablemente, hasta la presente fecha solo podemos registrar cinco avances puntuales relacionados con esta necesaria normativa sobre los derechos de la naturaleza: En primer lugar, la aceptación de acción de protección contra la Gobernación de Loja en el caso del desvío del cauce del Río Vilcabamba; en segundo lugar el caso contra la minería ilegal llevado por la Defensoría Pública, el tercero, la solicitud de conformación de la primera judicatura para la naturaleza en Galápagos; el cuarto, la tipificación de crímenes contra la Naturaleza en el nuevo Código Penal, y finalmente la inclusión en el Código Orgánico General de los Procesos de 4 artículos relacionados con la representación de la naturaleza y el alcance efectivo del ejercicio de sus derechos.

IV. Dejando a un lado a la humanidad.-

En este sentido, conviene reflexionar si este replantearse completamente la categorización de la naturaleza, podría llevarnos a una exageración, pues el Estado intenta proteger a todos los sujetos de derecho, pero en este intento, al equiparar el estatus jurídico de la persona humana con la naturaleza, tal vez caeríamos en el error de dejar a un lado al ser humano. Un ejemplo de lo indicado podría ser en el Ecuador el ordenamiento jurídico vigente para la Región Insular de Galápagos.

En el citado Archipiélago, habitan según el Censo de Población del 2010, alrededor de veinte y cinco mil personas.¹³ En un lugar donde claramente coexiste la naturaleza y la población humana, ¿cuál es la situación actual? Para muchos residentes y turistas, el cuidado a la naturaleza hoy es prioridad, prestando cada vez menos atención al ser humano. Así, del censo realizado en el año 2010, se desprenden los siguientes datos: de un total de 7161 de viviendas censadas, solo 1916 reciben una red pública de alcantarillado como conexión de servicio higiénico y 5245 tienen otras formas,¹⁴ lo cual nos genera dudas en cuanto a la atención de servicios públicos básicos que el Estado debe promover para sus habitantes.

En una entrevista realizada a una guía turística del lugar, la señorita Erika Alexandra Bermeo Gómez, pudimos palpar algunas de las realidades a las que nos enfrentamos al equiparar dentro de la relación jurídica a la persona con la naturaleza. Preguntamos a la mencionada guía acerca de la proporción en cuanto a la inversión estatal en salud y educación de las personas, en comparación con

13 Para todos los datos completos dirigirse a la página <http://www.ecuadrencifras.gob.ec/wp-content/descargas/Manu-lateral/Resultados-provinciales/galapagos.pdf> que contiene el censo hecho en la Provincia de Galápagos en el 2010 por el INEC.

14 Ibidem

la salud y cuidado de los animales. Su respuesta fue muy clara: *“Definitivamente no es equitativa, en Galápagos se ha dado máxima importancia al cuidado de las especies, en cuanto a educación y salud la inversión ha sido mucho menor, el servicio es bastante deficiente y censurable.”*¹⁵ Respecto del tema, tenemos que entender que la educación va más allá de las aulas, y hoy en día el internet, por ejemplo, es una herramienta de suma importancia para la misma. En Galápagos solo el 18,3% de las viviendas tienen acceso al internet.¹⁶

Además, al tratar el tema de la atención brindada a las necesidades humanas, por la ubicación geográfica deben otorgarse mayores facilidades en cuanto a los servicios y la capacitación del personal que trabaja en los mismos; ante esto, preguntamos si nuestra entrevistada considera que hay cuidados excesivos para preservar a Galápagos, dejando a un lado ciertas necesidades humanas, ella respondió: *“lo que sí siento es que las personas que trabajan en los hospitales o en las escuelas sí necesitan ser más capacitadas”*.

Por otra parte, el personal que trabaja en las instituciones de servicio no recibe la capacitación necesaria, pues dichas charlas requerirían de una mayor logística en cuanto al traslado desde el continente hacia las Islas, entre otras carencias presupuestarias y económicas faltantes. No podemos dejar de mencionar que personas que necesitan tratamientos de salud específicos (por ejemplo, oncológicos) no tienen posibilidad de recibirlos en las Islas por criterios protectores con la naturaleza, ni tampoco tienen cupos o espacios reservados en los aviones para poder realizarse dichos tratamientos en el Continente, como si lo tienen las especies animales de las Islas.

Sin lugar a duda Galápagos es una joya natural y el Estado debe proteger la biosfera en el lugar. El cuestionamiento es si en realidad la naturaleza, al ser ahora un sujeto, debe tener más inversión y atención que la recibida por los seres humanos, sujetos también, peor aún en países en los que hay recursos económicos limitados y el dinero debe ser direccionado, estableciendo prioridades.

La pluriculturalidad es una característica relevante de nuestro país, la cual propone una mayor diversidad al momento de conceptualizar y opinar acerca de un mismo tema. El Derecho y los amplios campos que esta ciencia cubre no son una excepción. El considerar a la naturaleza como un sujeto de derechos es una propuesta que intenta dar lugar a una realidad de los pueblos ancestrales que

15 Erika Bermeo. (24 de marzo del 2015) Licenciada en Turismo. Entrevista realizada para el presente trabajo.

16 Para más información acerca de estos datos estadísticos, revisar: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/wp-content/descargas/Manu-lateral/Resultados-provinciales/galapagos.pdf>

son parte de dicha pluriculturalidad, pero no necesariamente cumple las condiciones al momento de establecer una relación jurídica. Es así que, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza nos lleva a una tarea sumamente difícil para poner en práctica la norma en torno a la relación jurídica y el sujeto, que es el protagonista de la misma.

Tal vez en el afán de lograrlo, debemos partir de una perspectiva realmente diferente a la que tradicionalmente ha imperado. Si el ser humano es un fin en sí mismo,¹⁷ independiente en su valoración intrínseca de cualquier valoración que le pueda dar cualquier otro ser, ¿podemos entender a la naturaleza y a los demás seres vivos de la misma manera que al ser humano, en condiciones de igualdad? Como indica Gudynas: “...existen atributos que son independientes de los seres humanos y permanecen aun en ausencia de éstos; en un mundo sin personas, las plantas y animales continuarán con su marcha evolutiva y estarán inmersos en sus contextos ecológicos”¹⁸.

En este sentido, es interesante mencionar la hipótesis Gaia, desarrollada por James Lovelock, quien afirma que el Planeta Tierra es un organismo vivo, que siente y sufre al igual que todos los elementos que la componemos, los terrícolas. Leonardo Boff, teólogo brasileño, “asume la posibilidad —señalada por Lovelock— de que la tierra se sacuda este producto molesto que somos los humanos y que siga su proceso de complejización dando lugar en unos millones de años (que son poco en su vida) a otro ser inteligente. Ante esta perspectiva y la necesidad de cooperación como regla de la supervivencia, considera que es el capitalismo —esencialmente competitivo— el principal obstáculo para la salvación de la humanidad en la Tierra y concluye que se impone un nuevo socialismo cooperador, identifica a la *Pachamama* con Gaia (Zaffaroni, 2012)”.

El mismo autor nos indica que son propiamente los ciclos vitales naturales los sujetos de derecho y nos recuerda que en la historia universal, en determinado momento ciertos grupos humanos (esclavos, niños, mujeres) no fueron considerados sujetos para luego reconocerles esta categoría aunque indica que puede resultar complicado construir una nueva ética diversa de la kantiana y del criterio antropocéntrico que impera en la legislación actual.

V. Los animales, ¿jurídicamente sin voz?.-

Teóricamente, la solución debería provenir de una ley que regule la vida de las personas en convivencia con la naturaleza, para así vivir en armonía; pero

¹⁷ Ética Kantiana

¹⁸ Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos. Más información: <http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/2012/05/Libro-Los-derechos-de-la-naturaleza-y-la-naturaleza-de-sus-derechos.pdf>.

la naturaleza, a diferencia del ser humano, no puede expresar sus deseos, ni derechos por sí misma y mucho peor cumplir obligaciones. Tal vez, lo ideal hubiera sido iniciar el cambio partiendo de ciertos grupos de animales (machos o hembras) que podrían considerarse sujetos de derecho y que, en la definición constitucional de naturaleza, se encuentran excluidos; seres vivos, que forman parte de una definición amplia de naturaleza, de la que el ser humano forma también parte.

No se debe olvidar que existen:

“estudios científicos demuestran que los animales, al igual que nosotros, son seres sensibles, dotados de inteligencia e importantes capacidades que les permiten buscar su bienestar. Sin embargo, existe un rezago tan profundo en la legislación ecuatoriana que considera a los animales meras cosas, objetos de uso y disposición del ser humano.”¹⁹

Recordemos además que la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) definió cinco libertades básicas para todos los animales, las cuales son 20: libres de hambre, sed y malnutrición; libres de miedo, ansiedad y angustia; libres de incomodidad física, frío, y calor; libres de dolor, lesión y enfermedad; y, libres para expresar su comportamiento natural.

Tomando en cuenta esta normativa internacional, ¿será entonces coherente brindar una mayor protección jurídica a los animales? Pues creemos que efectivamente sí. En épocas anteriores los medios de comunicación se llenaban de noticias sobre maltrato animal o reacciones agresivas de ciertos animales frente a las personas que pasaban por su hogar o avenida junto a testimonios que indicaban que estas reacciones animales eran causadas porque fueron molestados o agredidos por los propios seres humanos presuntamente víctimas. Después de muchas investigaciones, los especialistas en estos temas llegaron a la conclusión de que todo animal responde al estímulo de acuerdo al trato proporcionado por la o las personas que lo tenían bajo su cuidado. Así, se llegó a establecer que si los dueños no los alimentaban adecuadamente, no los cuidaban y/o los dejaban encerrados o atados con cadenas o cuerdas, es lógico que esos animales reaccionen de esa manera.²¹

¹⁹ Información adicional en la página de la Ley Orgánica de Bienestar Animal: <http://loba.cc/sitio/index.php/ley-organica-de-bienestar-animal>

²⁰ Ibidem.

²¹ Erika Bermeo. (24 de marzo del 2015) Licenciada en Turismo. Entrevista realizada para el presente trabajo.

Al respecto, la reciente normativa penal derivada del marco constitucional que venidos tratando ha facilitado que se hayan visibilizado a los animales dentro del sistema judicial. Para muestra, basta mencionar dos casos que han generado un amplio debate sobre el tema en el Ecuador: En primer lugar, la primera sentencia en favor de un perro pastor alemán llamado “Oso” que fue maltratado a golpes con el madero de una pala recibiendo golpes en la cabeza y en el cuello por lo que su cráneo se destrozó llegando a perder un ojo y, para evitarle mayores sufrimientos, su familia decidió practicar eutanasia. Karola Rosero, dueña de Oso (¿o más bien deberíamos emplear el término familiar?), decidió que este acto de violencia no debía quedar impune, por lo que interpuso una demanda por el delito de maltrato o muerte de mascotas tipificado en el artículo 249 del Código Orgánico Integral Penal, que indica: “toda persona que maltrate a un animal será sancionada con 50 a 100 horas de trabajo comunitario, o en el caso de que mate a un animal de compañía será privada de la libertad de tres a siete días.”. El delincuente, James C, fue condenado a reponer USD 500 más un 25% de un salario básico unificado y a cumplir cien horas de servicio comunitario. Si bien esta sentencia no especifica si Oso fue considerado o no sujeto de derechos, se observa que más allá de creer que solamente las personas humanas son aquellas que merecen justicia, la sociedad ecuatoriana poco a poco cambia de mentalidad en relación a los animales.

Igualmente, cabe mencionar el caso de la perra Atena, quien el veinte y ocho de febrero del 2015, en Quito, atacó a un niño de dos años y lo mató. Durante la investigación, se descubrió que la perra, de la especie pitbull, había sobrevivido encerrada en una terraza y se le habían cortado las orejas. De acuerdo a la ordenanza municipal O48 del Distrito Metropolitano de Quito, se “establece que si un perro atacó a un ser humano, causándole daños graves, este deberá ser sacrificado por las autoridades responsables. Esto ocurre luego de hacer una evaluación del comportamiento del animal. Se excluyen los perros que hayan atacado tras haber sido provocados, cuando hayan defendido a una persona o propiedad privada y cuando cuiden a sus crías (El Comercio, 2015)”. Grupos defensores de los derechos de los animales han logrado que a la perra se le haya proporcionado un defensor y se ha interpuesto una acción de protección en su favor, ante la Corte Constitucional.

De igual manera, actualmente en nuestro país, se tramita una ley que corrobora el valor de los animales para la sociedad ecuatoriana. Debido a la importancia que ha tomado en los últimos tiempos la prevención del maltrato animal, incluida la venta de animales como mascotas²², muchos activistas a favor del bienestar de

²² Así, la presidenta de Protección Animal Ecuador (PAE), Lorena Bellolio, indica que existe un gran número de cachorros que se venden en espacio público, los cuales no cuentan con una

los animales han considerado pertinente la regulación jurídica a través de una ley que no permita que se siga propagando.

El citado proyecto de ley está basado en cinco fundamentos: violencia interpersonal, temas de salud pública, derechos de la naturaleza, bienestar animal y buen vivir. El borrador que fue presentado el 30 de octubre del 2014 a la Asamblea Nacional. El 15 de marzo del 2015, se realizó la primera sesión de audiencias sobre el proyecto de Ley Orgánica de Bienestar Animal, LOBA, ante la Comisión de Biodiversidad de la Asamblea Nacional. Juventud Comunista del Ecuador y el Ministerio del Ambiente, apoyaron la idea de mantener la LOBA autónoma y no incluirla en el Código Orgánico del Ambiente, ya que es necesaria una ley que reconoce los derechos específicos de los animales. Las intervenciones por parte de organizaciones, grupos de ayuda y defensa animal, así como de los asambleístas Carlos Viteri y Soledad Buendía, parte de la comisión, fueron favorables al proyecto y concluyeron en la necesidad de una Ley Orgánica de Bienestar Animal.

Igualmente, los temas innovadores que contendría esta ley son algunas de las medidas que incluye, como las siguientes:

“Garantizar el bienestar de todos los animales y evitar el maltrato, regular espectáculos que involucren animales; regular el comercio de animales en espacios públicos y eliminar la exhibición de animales en vitrinas para la venta, controlar a los establecimientos de hospedaje de animal y realizar censos de animales; establecer obligaciones para los conductores que atropellen animales, así como fortalecer las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal (COIP) relativas al maltrato de animales; definir obligaciones de los titulares (dueños) de animales domésticos, y definir las obligaciones del Gobierno central y de los municipios; impulsar la adopción de animales de compañía y disponer la esterilización para perros y gatos en venta y en adopción; regular la vivisección (disección de animales vivos, con fines de estudios fisiológicos o investigaciones patológicas) y permitirla solo en casos muy específicos; definir medidas de protección para la fauna silvestre que habita en las urbes y fortalecer la legislación específica de vida silvestre; establecer incentivos que motiven el cumplimiento de la Ley y crear espacios ciudadanos que vigilen el cumplimiento de la Ley; establecer planes y programas educativos relacionados al bienestar animal, desde el Estado (Baquerizo, 2015)”

revisión médica e incluso muchas de las veces se los separa antes de su madre para venderlos más rápido. Acota que estas prácticas son consideradas como maltrato, crueldad y violencia.- Redacción Sociedad (Octubre 30 del 2014).

Aún no ha concluido el proceso de trámite de esta ley, por lo que no podemos señalar en este artículo su redacción final.

VI. Conclusiones.-

De todo lo citado en líneas anteriores, resulta obvio que se deben legislar estos temas, ya que los efectos recaen de manera directa en el bienestar y la seguridad de la ciudadanía ecuatoriana. Con el afán de lograrlo, debemos partir de una perspectiva diferente a la que tradicionalmente ha imperado, considerando a la naturaleza por su valor intrínseco al igual que al ser humano.

Concluimos que la vigente Constitución ecuatoriana, al abandonar el paradigma tradicional en cuanto a los sujetos de derecho, sigue “un camino largo que hasta puede resultar tortuoso (Zaffaroni, 2012)”, pues abordar esta nueva visión requiere que entendamos la igualdad esencial de todos los terrícolas²³, pero, ya que lo emprendimos, debemos continuar en forma decidida, sin titubear, coordinando todas las posibles aristas que pueda presentar la legislación secundaria, tomando en cuenta la satisfacción proporcional, controlada y respetuosa de las necesidades humanas, pues es el ser humano quien legisla, como acertadamente lo indica el Papa Francisco: “No se puede prescindir de la humanidad. No habrá una nueva relación con la naturaleza sin un nuevo ser humano”²⁴.

23 “Dado que todos habitamos La Tierra, todos somos considerados terrícolas. No hay sexismo, racismo ni especismo en el término terrícola y abarca a todos y cada uno de nosotros, de sangre caliente o fría, mamífero, vertebrado, ave, reptil, anfibio, pez o humano. Los humanos por lo tanto, no siendo la única especie sobre el planeta, comparten este mundo con millones de otras criaturas, dado que todas evolucionamos aquí juntas. Sin embargo, somos los humanos quienes tratamos de dominar La Tierra, a menudo tratando a otros seres como meros objetos. Esto es lo que quiere decir especismo... Si un ser sufre, no existe justificación para no tener en consideración ese sufrimiento. No importa la naturaleza del ser...” En documental *Earthlings* (Monson, 2005)

24 Encíclica (18 de junio del 2015). Carta Encíclica *Laudato Si* del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común.

BIBLIOGRAFÍA:

- Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. (s.f.). Recuperado el 23 de agosto de 2014, de <http://www.anla.gov.co/contenido/contenido.aspx?conID=8044&catID=1373>
- Alzamora, M. (1978). *“Introducción a la Ciencia del Derecho”*. Lima - Perú: Eoldi. Recuperado el 2 de septiembre del 2015 de: <http://derciviluigv.galeon.com/>
- Andarrios. (2010). “¿Qué es Naturaleza?”. Recuperado el 2 de septiembre del 2015 de: <http://blogsostenible.wordpress.com/2010/11/14/%C2%BFque-es-naturaleza/>
- Ávila, D. R. (17 de enero de 2014). Youtube. Mensaje de Apertura, Ética Tribunal. Recuperado el 23 de agosto de 2014 de: <https://www.youtube.com/watch?v=9am-NQ-4sTg>
- Ávila, R. (2010). *“El derecho de la Naturaleza: Fundamentos.”* Quito
- Cameron, J. (Dirección). (2009). Avatar [Película]
- CEDA (Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental), (s/f). Recuperado el 2 de septiembre del 2015 de: <http://www.ceda.org.ec/>
- Código Civil del Ecuador. (mayo de 2013). Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones
- Cruz, J. D. (26 de marzo de 2012). “Tegantai.” Recuperado el 23 de agosto de 2014 de: <http://www.agenciaecologista.info/editoriales/350--amar-la-naturaleza> (s.n.) (19 de abril del 2014) “Fiesta de la Pachamama se promociona en Cuenca.” *Diario El Comercio*. Recuperado el 2 de septiembre de: <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/ecuador/fiesta-de-pachamama-se-promociona.html>
- AGN (6 de abril del 2014) “Fiestas de la Pachamama Raymi inician el 26”, en Zamora Chinchipe. *Diario El Mercurio*. Recuperado el 2 de septiembre del 2015 de: http://www.elmercurio.com.ec/375854-fiestas-de-la-pachamama-raymi-inician-el-26-en-zamora-chinchipe/#.U_ua\fl5OSo
- “El Yasuní depende de ti.” (2013 de agosto de 19). Recuperado el 2014 de agosto de 23, de: <http://www.amazoniaporlavida.org/es/Noticias/arranca-explotacion-petrolera-del-yasuni-itt.html>
- Ferrajoli, L. (2007). “Los fundamentos de los derechos fundamentales.” Madrid – España: Trotta. En sitio: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Derechos_fundamentales_ferrajoli.pdf

- Galeano, E. (2009). “*La Naturaleza no es muda*” - Publicado en “Derechos de la Naturaleza, el futuro es ahora”. Quito – Ecuador: Abya-Yala
- Granda, D. (2007). “Evolución del Derecho Ambiental Internacional.” Publicado para revista judicial “derechoecuador.com” actualizado el 17 de julio del 2013, en sitio: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoambiental/2013/03/07/evolucion-del-derecho-ambiental-internacional>
- Gudynas, E. (2009). “*El Mandato Ecológico. Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*”. Quito – Ecuador: Abya-Yala
- Gudynas, E. (2009). “*Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales.*” Publicado en “Derechos de la Naturaleza, el futuro es ahora”. Quito – Ecuador: Abya-Yala
- Guerrero, S. (2011). “*La naturaleza como sujeto de derechos: el nuevo orden ambiental en el Ecuador, sus límites y limitaciones.*” Quito: Tesis de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
- Kelsen, H. (2011). “*Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*”. Primera edición de 1934. Madrid – España: Trotta
- Martínez, E. (2009). “*Los Derechos de la Naturaleza en los países amazónicos.*” Publicado en “Derechos de la Naturaleza, el futuro es ahora”. Quito – Ecuador: Abya-Yala
- Melo, M. (2009). “*Los Derechos de la Naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana.*” Publicado en “Derechos de la Naturaleza, el futuro es ahora”. Quito – Ecuador: Abya-Yala
- Narváez, Iván y María José. (2012). “*Derecho Ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político).*” Quito – Ecuador: Editorial Flacso
- Ramírez, P. (2012). “*La naturaleza como sujeto de derechos: Materialización de los derechos, mecanismos procesales y la incidencia social en el Ecuador.*” Quito: Tesis Flacso Maestría
- Sánchez, F. Entrevista al economista Alberto Acosta. (11 de noviembre del 2013) “Las amenazas transnacionales, desatadas por el capital global, deben ser enfrentadas con luchas tanto locales como globales”. Publicada en La Línea de Fuego. Recuperado el 2 de septiembre del 2015 de: <http://lalineadefuego.info/2013/11/11/entrevista-al-economista-alberto-acosta-las-amenazas-transnacionales-desatadas-por-el-capital-global-deben-ser-enfrentadas-con-luchas-tanto-locales-como-globales/>

- Senplades. (2012). "Plan Nacional del Buen Vivir." Recuperado el 2 de septiembre del 2015 de: http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Plan_Nacional_para_el_Buen_Vivir.pdf
- Schmidt, A. (1976). "El concepto de naturaleza en Marx". México: Siglo Veintiuno. Pág. 71
- Simons, F. (2013). "Derechos de la Naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?" *Iuris Dictio*. Págs. 9-38
- Unda, K. (2011) Obra teatral de "Cuentos de la Pachamama. Publicado para El Magallanews el 27 de abril del 2011. Recuperado el 2 de septiembre del 2015 de: <http://www.elmagallanews.cl/noticia/cultura/obra-teatral-de-cuentos-de-la-pachamama-hoy-en-el-insuco>
- Zaffaroni, E. (2011). "La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia." Publicado en: "Política, justicia y Constitución", Ávila, Luis Fernando, Corte Constitucional para el período de transición. Quito – Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Sitios Web:

- Armónicos de Conciencia. (s/f). Recuperado el 2 de septiembre del 2015 de: <http://armonicosdeconciencia.blogspot.com/2011/08/agosto-mes-de-la-pachamama-para-los.html>
- Canción a Pachamama. (s/f). Recuperado el 2 de septiembre del 2015 de: http://www.youtube.com/watch?v=M_VyyVtU9y4http://www.youtube.com/watch?v=M_VyyVtU9y4
- Corpodanza. (s/f). Recuperado el 2 de septiembre del 2015 de: <http://corpodanza.com/tradicion.php>
- Escuelas Oni. (s/f). Recuperado el 2 de septiembre del 2015 de: http://www.oni.escuelas.edu.ar/2003/ENTRE_RIOS/207/COSMOVISION.htm<http://www.viajeros.com/articulos/1486-dia-de-la-pachamama>
- Gudynas, E. (s/f). Recuperado el 2 de septiembre del 2015 de: <http://www.gudynas.com/publicaciones/articulosacademicos.htm>
- Diccionario de Mitos y Leyendas, Cuco. (s/f). Recuperado el 2 de septiembre del 2015 de: <http://www.cuco.com.ar/pachamama.htm>

EL “KNOCK FOR KNOCK”¹: LA CLÁUSULA DE INDEMNIDAD RECÍPROCA EN LOS CONTRATOS PETROLEROS²

Miguel Gustavo Almeida Oleas³

Resumen: *El presente artículo tiene como objetivo analizar la cláusula de indemnidad recíproca en los contratos petroleros “Knock for Knock” -una previsión contractual poco desarrollada y discutida en el medio legal ecuatoriano pero de gran aplicación nacional e internacional- para que los contratantes puedan asignar eficientemente los riesgos contractuales en la ejecución de las actividades hidrocarburíferas; misma que ha sido replanteada a nivel mundial a partir de eventos catastróficos como el de Macondo.*

A través de este artículo, elaborado en base a componentes de los métodos de investigación deductivo e inductivo, se explican aspectos generales de la industria hidrocarburífera y se señalan las ventajas que provee la inclusión de la cláusula Knock for Knock, que pasan desde consideraciones de orden económicas y legales, y que evidencian que esta cláusula es de suma utilidad en el desarrollo de las operaciones hidrocarburíferas en el Ecuador y fuera de él.

El estudio expone cómo ha sido abordada esta previsión en el ámbito internacional y cómo ha sido considerada en el ámbito contractual del Ecuador:

Palabras clave: Indemnidad, Responsabilidad, Riesgo, Industria Hidrocarburífera, Compañía Petrolera, Contratista.

1 La traducción literal quiere decir “Golpe por Golpe” y hace referencia a la cláusula de indemnidad recíproca, por la cual cada parte contratante debe mantener a salvo a la otra parte, de tal forma que cada parte del contrato será responsable de los daños a su personal, propiedad y otros (Middis, 2015).

2 Declaración: La presente obra es inédita, no infringe ningún derecho de terceros y cumple con los derechos de autor al amparo de lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual, publicada en el registro Oficial Suplemento No. 426 de 28 de diciembre de 2006, y en el Reglamento que contiene las bases de la convocatoria para la publicación de la edición No. 59 de la Revista Jurídica Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

3 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, concentra su práctica en el área del derecho civil, administrativo e hidrocarburífero. Se ha desempeñado como abogado de Pérez Bustamante & Ponce (Quito) asignado al consorcio petrolero Tecpetrol. Desde el año 2015 es abogado en la Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos del Ecuador PETROAMAZONAS EP dentro de Coordinación de Asuntos Corporativos y Contratos Especiales de la Gerencia Legal en Quito-Ecuador. Correo electrónico: gustavoalmeidaoleas4ao@gmail.com

I. Introducción.-

El martes 21 de mayo de 2015 se produjo uno de los mayores desastres medioambientales en los Estados Unidos. Se trató un derrame de aproximadamente 400.000 litros de petróleo en la costa sur del Estado de California. El derrame afectó unos 32 kilómetros al oeste de Santa Bárbara y causó que 95.000 litros de petróleo sean vertidos al mar. La compañía Plains All American Pipeline aseguró que se haría responsable por el suceso. (BBC Mundo, 2015)

...Dicho acontecimiento no es el primero ni el último, ni el que más secuelas ambientales y económicas habría causado en una industria de tan alto riesgo como es la petrolera. El lunes 20 de abril del 2015 se cumplieron cinco años desde que la plataforma petrolera offshore (fuera de costa) Deepwater Horizon, de propiedad de la compañía británica British Petroleum (BP), estalló durante su operación en la que extraía el crudo del yacimiento submarino Macondo, en el Golfo de México y donde 11 trabajadores murieron. Se estima que producto de dicho suceso se vertieron más de tres millones de barriles de crudo al mar. Este evento constituye el mayor derrame internacional de petróleo. (Welmaker Jr, 2010)

....Las reclamaciones por las indemnizaciones de aquel suceso no se hicieron esperar. La empresa British Petroleum indicó que habría pagado la astronómica cantidad de 27.000 millones de dólares de Estados Unidos de América, incluyendo los gastos de remediación y compensaciones a miles de personas y entidades que creyéndose afectadas solicitaron se les indemnice (Selser, 2015). Tan solo 8 meses antes del derrame en el Golfo de México, el 21 de agosto de 2009 en la costa noroeste de Australia tuvo lugar el mayor desastre en la industria petrolera de dicho país. Se trató de un derrame en el mar de Timor -aproximadamente 17.000 toneladas de petróleo comprometieron un área de 90 mil kilómetros cuadrados. La explosión (*blowout*) en la que se liberó de manera subrepticia gas y petróleo ocurrió en el yacimiento de petróleo Montara, a 250 kilómetros de las costas de Australia. El operador de la plataforma petrolera, una filial de la empresa tailandesa PTT Exploration & Production PIC, fue condenado a \$510.000 dólares australianos y enfrentó una reclamación compensatoria del gobierno de Indonesia por \$2.4 billones. (Egbochue, 2013)

Investigaciones realizadas llegaron a determinar que los derrames en Montara y en Macondo se produjeron, respectivamente, por una falla en la barrera submarina de cemento diseñada para evitar explosiones de petróleo y, por una falla en la barrera del revestimiento de producción (Egbochue, 2013). Dichas tareas fueron realizadas, respectivamente, por contratistas de British Petroleum

y de la filial de la empresa tailandesa PTT Exploration & Production PIC; sin embargo, a dichas contratistas no les correspondió sufragar las cuantiosas indemnizaciones que fueron impuestas a British Petroleum y a PTT Exploration & Production PIC. La razón es que los contratos entre dichas compañías y sus contratistas incluían la conocida cláusula de indemnidad recíproca, también conocida en inglés por el nombre de *Knock for Knock*.

Este artículo no pretende abordar las implicaciones intrínsecas de la responsabilidad civil extracontractual que se deriva de los eventos de derrame de petróleo, sino los efectos contractuales a partir de la denominada cláusula *Knock for Knock* o cláusula de Indemnidad Recíproca en los Contratos Petroleros; cláusula común en la relación contractual entre las compañías operadoras petroleras y sus contratistas de servicios petroleros.

II. La industria petrolera.-

La industria petrolera es altamente especializada y compleja; no en vano ha sido considerada como la segunda área en desarrollo tecnológico, tan solo a continuación de la industria aeroespacial (Viteri, 2006). Esta industria está segmentada de manera general en una serie de actividades hidrocarburíferas⁴ que pueden ser recogidas bajo las denominaciones de *upstream*, *midstream* y *downstream*.

Al *upstream* corresponden actividades de búsqueda de yacimientos de petróleo crudo y de gas natural, la perforación de pozos, y la operación de pozos para llevar el petróleo crudo y gas natural a la superficie del pozo. El sector del *midstream* de manera general incluye el transporte, almacenamiento del petróleo crudo; y, finalmente, el *downstream*, que incluye actividades de refinamiento del petróleo crudo, el procesamiento y purificación del gas natural, la comercialización y distribución de productos derivados del petróleo crudo y gas natural, hasta los consumidores finales con productos como gasolina, combustibles, lubricantes, etc. (Blackmer, s.f).

La operación de un campo petrolero, sea en tierra u off-shore, demanda de ingentes recursos económicos, tecnológicos, logísticos e instrumentales. Por ello, para comprender la dinámica propia de la industria, se debe tomar en

⁴ De conformidad con el segundo inciso del artículo 1 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas. "[l]as operaciones hidrocarburíferas comprenden las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos que incluyen las actividades de exploración, las actividades de perforación exploratoria y de desarrollo, y las actividades de transporte, almacenamiento, refinación, industrialización y producción de petróleo y gas natural." (Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, 2002)

consideración que en la gestión hidrocarburífera intervienen conjuntamente por un lado las compañías operadoras petroleras (sean éstas estatales o privadas) y por otro lado las compañías proveedoras de servicios petroleros; estas últimas encargadas de prestar un servicio determinado a las operadoras o de proveerla de bienes para su operación.

III. Aspecto generales de las compañías operadoras y las prestadoras de servicios petroleros.-

Las compañías operadoras a nivel mundial están distribuidas en dos grandes grupos: las privadas y las nacionales públicas. Para referirnos a algunos antecedentes de la compañías operadoras, para el año 2005 en la esfera mundial petrolera ya no estaban incluidas dentro de las 50 Petroleras Privadas más grandes (IOC's – International Oil Companies) Mobil, Texaco, ARCO, Amoco y Unocal, cinco de las llamadas “siete hermanas” que dominaron la industria petrolera luego de la II Guerra Mundial. Esto se debió en gran parte al crecimiento de las llamadas Compañías Petroleras Nacionales (NOC's – *National Oil Companies*) que abarcan aproximadamente el 77% de las reservas mundiales de petróleo y que, si se toma como base las reservas de petróleo y gas natural, ocupan 14 de las 20 posiciones para las compañías más grandes en la fase del *upstream*. Las compañías Aramco (Arabia Saudita), Gazprom (Rusia), NIOC (Irán), Pemex (México), Sonatrach (Algeria), INOC (Iraq), PetroChina (China), Kuwait Petroleum Corp. (Kuwait), Petrobras (Brasil), Petronas (Malaysia), Rosneft (Rusia), ADNOC (Abu Dhabi), Lukoil (Rusia), PDVSA (Venezuela) y NNPC (Nigeria), están en la actualidad dentro de las más importantes compañías productoras de petróleo y gas en el mundo. (Baker Institute Policy Report, 2007, p. 1)

Compañías extranjeras como Exxon Mobil Corporation, British Petroleum P.L.C., Chevron Corporation y The Royal Dutch Shell, figuran a partir de la posición 14 en el ranking referido. No obstante, estas IOC's, junto con Conoco Phillips -que forman ahora las denominadas “5 Grandes”- todavía manejan masivos flujos de capital. Para el año 2006, restando de la considerable producción de la OPEP, las “5 Grandes” produjeron el 20% de la producción total de petróleo (Jaffe & Soligo, 2007). En este punto debe hacerse mención a que en la actualidad a las IOC's les corresponde desarrollar las reservas de hidrocarburos más complicadas, mientras que a las NOC's mantienen para ellas las reservas de hidrocarburos más viables, de flujo natural, con lo cual se evidencia el alto riesgo que asumen las IOC's en su negocio.

Lo que tienen en común todas las compañías operadoras a las que nos hemos referido anteriormente es que a éstas, por medio de instrumentos suscritos con los titulares de los recursos hidrocarburíferos de cada nación, se les habilita para que puedan gestionar u operar, y consecuentemente realizar operaciones hidrocarburíferas, en una determinada área donde se ubican, o se espera ubicar, hidrocarburos extraíbles. En definitiva, lo que va a caracterizar a una compañía operadora es que esta será quien tendrá bajo su control el manejo del reservorio, que es la formación geológica donde se almacenan los hidrocarburos (Schlumberger, 2015). Estas compañías podrán realizar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, producción de petróleo y gas natural, actividades de transporte, almacenamiento, refinación e industrialización. (Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, 2002)⁵

Por su parte, las compañías prestadoras de servicios petroleros son aquellas cuyo objeto es la provisión de bienes y prestación de servicios necesarios para las operadoras; es decir para las actividades hidrocarburíferas, especialmente, para la exploración y explotación de yacimientos, incluyendo principalmente la construcción y producción de pozos de petróleo. Esta actividad incluye una serie de etapas que van desde los estudios de sísmica y geología, hasta la perforación del pozo y extracción del crudo desde su yacimiento (Viteri, 2006, pág. 11). Como ejemplo de las más importantes compañías prestadoras de servicios petroleros, y con presencia también en el Ecuador, tenemos a las compañías Schlumberger, Halliburton, Baker Hughes⁶, Weatherford, etc.

La participación en la gestión hidrocarburífera entre las compañías operadoras y las prestadoras de servicios petroleros o contratistas tiene su razón de ser. Para comenzar, en el ámbito económico toda compañía requiere de la contratación de proveedores para que le proporcionen servicios y/o bienes de los que no dispone y que son necesarios para desplegar su actividad económica. En el ámbito hidrocarburífero dicha realidad tampoco es una excepción. Las compañías operadoras requieren de proveedores y contratistas para poder

5 Estas actividades son tomadas como referencia en relación a lo que dispone el artículo 1 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas (2002), que establece: "Objetivo: La finalidad de este reglamento es regular y controlarlas operaciones hidrocarburíferas. *Las operaciones hidrocarburíferas comprenden las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos que incluyen las actividades de exploración, las actividades de perforación exploratoria y de desarrollo, y las actividades de transporte, almacenamiento, refinación, industrialización y producción de petróleo y gas natural.*"

6 El 17 de noviembre de 2014, las compañías Halliburton y Baker Hughes anunciaron públicamente su decisión de fusionarse a nivel global. Actualmente continúa en proceso de aprobación de los respectivos entes en los Estados Unidos y a nivel internacional (Agence France Presse, 2014).

realizar precisamente la operación de un campo petrolero. De allí la existencia de las prestadoras de servicios petroleros. Si bien hay compañías operadoras que también mantienen una línea de servicios integrados para el desarrollo completo de su operación, la intervención de las compañías de servicios petroleros no ha dejado de ser una parte importante de la gestión del negocio hidrocarburífero.

IV. Las compañías operadoras al amparo de la normativa ecuatoriana

En el Ecuador, la compañía operadora más grande es una (NOC), la empresa pública Petroamazonas EP (Petroamazonas EP, s.f)⁷. Otras compañías, igualmente operadoras en el Ecuador, pero con una menor operación, son, entre otras, las privadas: Repsol, Tecpecuador, Agip, Andes Petroleum. En el Ecuador, las compañías operadoras deben cumplir con las obligaciones que dispone la Ley de Hidrocarburos (1978) - especialmente, pero sin limitarse, al artículo 31- y la normativa infra legal y están sujetas al control de la Secretaría de Hidrocarburos y de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH).

El marco normativo ecuatoriano que regula este sector se encuentra en el artículo 313 de la Constitución (2008), que establece que el área hidrocarburífera en el Ecuador es estratégica y que por su trascendencia e influencia económica, social y ambiental, el Estado se reserva de manera prioritaria el derecho de administrarlo, regularlo, controlarlo y gestionarlo. Para el efecto la norma constitucional dispuso en su artículo 315 que las empresas públicas sean las encargadas de la gestión integral de los sectores estratégicos. Excepcionalmente, el artículo 316 de la Carta Magna ha habilitado al Estado a delegar a la iniciativa privada la participación en los sectores estratégicos, bajo las condiciones que establezca la ley respectiva que regule cada sector. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La Ley de Hidrocarburos (1978) es la norma que regula el sector estratégico de la materia. Esta norma, en concordancia con lo que dispone la Constitución, determina en su artículo 2 que el Estado explorará y explotará los yacimientos en forma directa a través de las Empresas Públicas de Hidrocarburos.

V. Sobre la contratista prestadora de servicios petroleros en el Ecuador

El primer antecedente de un contrato de prestación de servicios petroleros se lo puede encontrar, como hace mención Santiago Viteri (2006, pág. 12) en

⁷ Petroamazonas EP es la empresa pública encargada de la exploración y producción de hidrocarburos a cuyo cargo tiene la operación de 20 Bloques del mapa catastral ecuatoriano. La producción petrolera en el año 2014 ascendió a los 361.072 barriles diarios de petróleo (Petroamazonas EP, s.f).

los registros históricos de la Dirección General de Minas y Petróleos. Se trata del registro electrónico obtenido en el pozo Ancón No. 317, por la compañía Schlumberger Well Surveying Co. el 7 de noviembre de 1934 (Viteri, 2006, pág. 13). Como se ha indicado, las compañías prestadoras de servicios petroleros proveen de servicios y/o bienes a las compañías operadoras. Siendo hoy en día la empresa pública Petroamazonas EP el mayor operador del Ecuador, sus actividades requieren necesariamente de la participación de las compañías prestadoras de servicios petroleros. Para el efecto esta necesidad ha sido recogida en el artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos (1978) que dispone que las obras o servicios específicos que las empresas públicas creadas para el efecto⁸ tengan que realizar, podrán hacerlo por sí mismas o celebrando contratos de obras o de servicios, dando preferencia, en igualdad de condiciones, a las empresas nacionales. Complementando esta previsión normativa para la contratación de servicios petroleros, la Ley de Hidrocarburos (1978) determina que:

Art. 17.- Los contratos de obras o servicios específicos a que se refiere el inciso segundo del Art. 2 son aquéllos en que personas jurídicas se comprometen a ejecutar para la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana CEPE⁹, obras, trabajos o servicios específicos, aportando la tecnología, los capitales y los equipos o maquinarias necesarias para el cumplimiento de las obligaciones contraídas a cambio de un precio o remuneración en dinero, cuya cuantía y forma de pago será convenida entre las partes conforme a la Ley.

VI. Consideraciones de la Cláusula *Knock for Knock*

Una vez que ha sido explicado el rol de los actores de la industria hidrocarburífera (operador y contratista de servicios petroleros) tanto a nivel nacional como

8 De conformidad con el artículo 24 de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno, "en las referencias hechas a Petroecuador, como operadora estatal, se entenderá que se refiere a las empresas públicas que se crean para el efecto." (Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno, 2010). Adicionalmente, Petroamazonas EP asumió todos los derechos y obligaciones que se generen en virtud de licencias, autorizaciones, concesiones, contratos y demás actos que se encuentren en vigor, en trámite o en ejecución por parte de las áreas administrativas de la Gerencia de Exploración y Producción, Gerencia de Gas Natural y de la Coordinación de Aviación de EP Petroecuador (Decreto Ejecutivo No.1351-A, 2013).

9 De acuerdo al Art. 24 de la Ley Especial de Petroecuador y sus filiales, las atribuciones y facultades que la Ley confería a la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, CEPE, fue sustituida por Petroecuador, y se entendían a las empresas filiales que se crearen para atender las actividades respectivas. (Ley Especial de Petroecuador y sus filiales, 1989)

internacional, procederemos a explicar los alcances y efectos de la cláusula de indemnidad recíproca o comúnmente llamada en inglés *Knock for Knock*, de frecuente aplicación en el ámbito internacional.

La cláusula *Knock for Knock* hace referencia al régimen de asignación de responsabilidad por eventos ocurridos durante la operación hidrocarburífera. Esta asignación de responsabilidades ha sido llevada típicamente bajo contratos estándar de la industria internacional suscritos entre las compañías operadoras y las contratistas de servicios petroleros. (Viteri, 2006)

Bajo esta cláusula, el operador mantendrá indemne (a salvo) a la contratista de servicios petroleros frente a cualquier reclamo respecto de la (i) muerte o daño al personal del operador, (ii) pérdida o daño a la propiedad del operador; y, (iii) contaminación emanada de las propiedades del operador. Todo esto incluso cuando la contratista con su negligencia o incumplimiento, sea del contrato o de los deberes estatutarios, hubiera contribuido o provocado la muerte, daños personales, pérdida del equipo, daños y contaminación en cuestión. En reciprocidad, la contratista le otorga la misma indemnidad respecto de daños a su personal, bienes y contaminación emanada de sus bienes, en favor del operador. (Egbochue, 2013)

Este beneficio recíproco suele ser extendido a favor del grupo corporativo de cada parte, lo cual incluye a sus afiliados, contratistas y subcontratistas. Incluso, ha sido práctica común de la industria hidrocarburífera que la indemnidad también alcance a los costos legales razonables en los que hubiera tenido que incurrir uno de los contratantes. De tal forma se asegura que cada parte contratante y sus afiliadas estén protegidas por la indemnidad recíproca que la otra parte deberá otorgar. (Egbochue, 2013)

En lo referente a la responsabilidad frente a terceros (que no incluyen los afiliados y contratistas de cada parte), existen dos posiciones que pueden ser contenidas en los contratos modelo de servicios: (i) el operador asume la responsabilidad por las pérdidas o daños sufridas por terceros que se deriven incluso de la negligencia o incumplimiento del contrato por parte de la contratista (Cameron, 2012, p. 208); y, (ii) ninguna parte es responsable por la otra si los daños personales o la pérdida a la propiedad concierne a una tercera parte, fueron causados por la negligencia o incumplimiento de un deber. Sin embargo, suele colocarse un límite a la responsabilidad (usualmente limitada a una suma específica de dinero). Dicho límite no se coloca en favor del operador. (Cameron, 2012)

Es decir, la cláusula *Knock for Knock* se trata de un acuerdo recíproco por el cual cada Parte conviene con la otra Parte que será responsable de sus trabajadores, bienes, y contaminación provocada, debiendo mantener indemne a la otra por cualquier responsabilidad –salvo riesgos catastróficos- frente a daños y pérdidas causadas a su personal, bienes y los de sus contratistas. De manera general el régimen de asignación de responsabilidades e indemnidades está incorporado en contratos de servicio modelo como aquellos de LOGIC10 del Reino Unido o de la AIPN (Asociación de Negociadores Internaciones de Petróleo), cada uno con sus particularidades. (Egbochue, 2013)

VII. Justificación de la Cláusula *Knock for Knock*

Se debe partir de que la cláusula de indemnidad recíproca es propia de la industria hidrocarburífera y de manera general se ha presentado como una alternativa eficaz frente a las circunstancias propias de esta industria. Si se considerara otra alternativa, que por ejemplo esté basada en la culpa a efectos de determinar responsabilidades y las correspondientes indemnizaciones, podría no ser práctica en vista de las complejidades y demoras que podría provocarse por el tiempo mismo de resolución de las controversias y las afectaciones a la operación petrolera y con ello a la producción. Por ejemplo, si tuvieran que realizarse constataciones en sitio del taladro de perforación, lo que impediría que se lo emplee para su objeto; demoras que conllevan incurrir en más costos operativos.

Adicionalmente, frente a una mayor exposición de riesgos, los contratistas y subcontratistas deberían obtener seguros para mitigar dichas eventualidades. Esto provocaría que los costos de los servicios se eleven considerablemente. Tomando en consideración que en varias jurisdicciones cada parte contratante ya está obligada a contratar seguros sobre daños corporales de su personal o incluso por su fallecimiento y por daños a la propiedad de dicha parte, es favorable que se evite una duplicación en la contratación de seguros, más aún si cada parte contratante puede establecer la conducción de los riesgos con sus respectivos contratistas (Cameron, 2012).

10 Las Condiciones Generales de los Contratos para Servicios (On- y Off-shore) según el Contrato Modelo de LOGIC establece en la cláusula 19.3 que: “...the COMPANY shall save, indemnify, defend and hold harmless the CONTRACTOR GROUP from and against any claim of whatsoever nature arising from pollution emanating from the reservoir or from the property of the COMPANY GROUP arising from, relating to or in connection with the performance or non-performance of the CONTRACT”; en la cláusula 19.5: “All exclusions and indemnities given under this clause ... shall apply irrespective of cause and notwithstanding the negligence or breach of duty (whether statutory or otherwise) of the indemnified party or any other entity or party and shall apply irrespective of any claim in tort, under contract or otherwise in law.” (UK Offshore Oil & Gas Industry LOGIC, 2003).

VIII. Límites en el alcance del *Knock for Knock*

La regla de indemnidad recíproca, por la cual cada parte asume para sí misma los riesgos de la actividad hidrocarburífera en su personal, bienes y los de sus contratistas, y con ello le mantiene a salvo de cualquier reclamo a la otra parte, incluso si ha mediado negligencia o incumplimiento de esta segunda, no suele ser extensible a la totalidad de las operaciones o derivadas de éstas (Cameron, 2012). Existen circunstancias cuyos efectos deberán ser asumidos por la operadora, sin perjuicio de que la responsable haya sido la contratista.

Tradicionalmente, las operadoras han asumido el riesgo por medio de la contratación de aseguramiento¹¹, en el entendimiento de que dichos riesgos pueden ser superados por las considerables recompensas del éxito de la exploración y producción petrolera. La estructura del riesgo toma en consideración el hecho de que el operador es quien decide el programa de diseño del pozo y está encargado de la ejecución de dicho programa al realizar las actividades de operación en el área de actividades donde se encuentra el pozo. Además deberá asegurarse de la integridad de las barreras en cada paso del programa; elegirá de entre los productos y servicios ofrecidos por la contratista y es también quien ante cualquier situación crítica decidirá si prosigue, para, modificar los planes o abandonar el pozo dadas las condiciones presentadas. Adicionalmente, el operador selecciona el taladro de perforación y el preventor de explosiones a ser empleado. Toda vez que el pozo pertenece al operador y un pozo no exitoso impactará su negocio, por lo tanto será quien tomará las decisiones finales (Cameron, 2012.).

Lo anterior nos lleva a considerar que es la operadora quien es contractualmente responsable de la dirección y el control de la operación; por lo que la contratista sólo sigue las instrucciones de la primera. La contratista no conoce las particularidades físicas ni geológicas de zona donde se perfora. Debido a la naturaleza de las operaciones de la contratista, su personal no puede hacer una evaluación de riesgo de todos los acontecimientos externos antes de convenir a prestar sus servicios, por lo tanto confía en la información suministrada por la operadora (Viteri, 2006).

¹¹ Conforme lo señala Egbochue (2013, pág. 9) de la Firma Legal Herbert Smith Freehills, las pólizas de seguros podrían no cubrir negligencia grave o penalidades civiles o criminales, de tal forma que la parte quien presta la indemnidad sería el obligado principal de indemnizar a la beneficiaria de dicha indemnidad, y la aseguradora tendría la obligación subsidiaria de hacerlo, la cual posteriormente, se vería subrogada en los derechos.

En adición a lo anterior, también se debe tomar en consideración para que sea la operadora quien asuma ciertos riesgos de la actividad hidrocarburífera, que el negocio de ésta se basa en el principio de "alto riesgo- altas ganancias", ya que ésta suele obtener una rentabilidad económica sustancial por la venta de la producción del pozo que explota. Esta rentabilidad no se puede comparar con los ingresos más limitados que percibe la contratista por la provisión de sus servicios. (Viteri, 2006)

IX. La Responsabilidad por riesgos catastróficos, daño emergente y lucro cesante.

Bajo los argumentos descritos en el párrafo anterior, los eventos por riesgos catastróficos suelen ser asumidos para sí misma por la operadora. Por lo tanto, ésta deberá mantener indemne a la contratista frente a reclamos, pérdidas, daños, costos, gastos y responsabilidades relativas al personal y a la propiedad de sus contratistas, subcontratistas y terceros que resulten de explosiones, pérdida de control del pozo, incendios, filtraciones, contaminación, pérdidas o daños al pozo y al reservorio, pérdida de la producción del reservorio, daño a la formación geológica, pérdida o daño de equipos que se encuentren dentro del pozo, entre otras. Todo lo anterior, incluso si mediare negligencia o incumplimiento del contrato por parte de la contratista. (Cameron, 2012)

Contratos modelo de la industria hidrocarburífera como el de LOGIC (UK Offshore Oil & Gas Industry LOGIC, 2003) y el de la AIPN (AIPN, 2002) establecen que cada Parte mantendrá indemne a la otra Parte por cualquier pérdida consecuencial (Egbochue, 2013). Se trata de una regla general que por la cual en los contratos de servicios petroleros se establece que ninguna de las Partes deberá ser responsable de ningún daño punitivo, secundario, consecuente, daños indirectos o especiales, ni por pérdida alguna de ganancias o interrupciones de negocios. Estas pérdidas son inestimables y para la contratista representaría costos que probablemente se encontrarán fuera de toda proporción con los montos que razonablemente pudiera cobrar por sus servicios. Es también práctica habitual dentro del negocio que las proveedoras de Servicios Petroleros no sean responsables por las pérdidas emergente o consecuenciales, tales como el tiempo perdido de taladro, pérdida de producción y pérdida de contratos. (Viteri, 2006)

X. Consideraciones de la Cláusula *Knock for Knock* a partir de los eventos catastróficos en Macondo.-

Como se hizo mención al inicio de este artículo, el desastre en la plataforma petrolera de Macondo en el Golfo de México, provocó que la operadora British Petroleum (BP) enfrentara cientos de demandas de presuntos perjudicados por el evento. Cabe recordar que la plataforma de perforación era de propiedad de la compañía Transocean, la cual fue provista a BP, como operadora y como parte del joint-venture que formó con las compañías Anadarko y Mitsui. La compañía Halliburton era la contratista encargada de la cementación y la compañía Cameron fue la que diseñó el preventor de reventones. (Egbochue, 2013)

Investigaciones determinaron que la causa central del suceso se debió a una falla en la barrera de cemento en el *casing* de producción, es decir, una deficiencia en la construcción. A raíz de estos sucesos BP interpuso millonarias demandas contra sus contratistas, argumentado que algunas responsabilidades debían ser compartidas con éstas, y que por lo tanto no podría aplicarse la cláusula *Knock for Knock* que estaba inmersa dentro de los contratos que BP había suscrito. Dichos contratos incluían además indemnidades frente a multas y penalidades.

La Corte del Distrito de Louisiana, quien asumió la competencia para resolver el caso, sostuvo respecto del caso *BP/Transocean* que el orden público no prohíbe que una Parte pueda beneficiarse de una indemnidad de su propia negligencia grave. Sin embargo, la Corte también comentó que por cuanto el objeto de las penalidades civiles es castigar, como los daños punitivos, y disuadir de una conducta, el orden público sí prohíbe una indemnidad contractual frente a dichas penalidades. La Corte también sostuvo que podría ser posible que el incumplimiento de una obligación fundamental del contrato pudiera invalidar la cláusula de indemnidad. (Egbochue, 2013)

La Corte consideró además que Transocean no era responsable por reclamos de daños compensatorios invocadas por terceros provocados por el derrame de petróleo, aún si fuere atribuible a negligencia grave (Cameron, 2012). No obstante, comentó que la indemnidad no se extendía a daños punitivos por los cuales Transocean podría ser responsable, así como tampoco frente a penalidades civiles impuestas por el gobierno de Estados Unidos; sanciones que podrían ascender a miles de millones de dólares.

De la misma manera, en el caso *BP/Halliburton* la misma Corte rechazó la idea de que un operador pudiera compartir los costos de un evento catastrófico

con sus contratistas de servicios; esto sin perjuicio de los daños punitivos y penalidades civiles a ser impuestas, donde la práctica tradicional había sido que la operadora también asumiera dichas indemnizaciones. (Egbochue, 2013)

A partir del evento en Macondo se ha revisado a nivel mundial la práctica contractual de las indemnidades *Knock for Knock*. En muchos casos se ha buscado que contractualmente se definan palabras como la negligencia, la negligencia grave y el dolo. También se ha pretendido replantear que es no es aconsejable que una Parte contratante esté dispuesta a absolver las consecuencias de la negligencia de la otra Parte contratante. Adicionalmente, este evento ha tenido sus repercusiones en la industria aseguradora que, para los contratistas, casi la totalidad de los seguros de responsabilidad contractual excluyen riesgos de reventones o de contaminación por debajo de la superficie o por debajo de la boca del pozo; sobre todo por los altos costos que representaría para la industria aseguradora y toda vez que riesgos de tal tipo son vistos como riesgo de las operadoras. (Egbochue, 2013)

XI. La Cláusula *Knock for Knock* en la contratación petrolera ecuatoriana.-

Se debe hacer mención de algunas particularidades propias de la legislación ecuatoriana que la diferencia de otras, sobre todo, de aquellas pertenecientes al sistema de *common law*, donde ha tenido un gran desarrollo la industria hidrocarburífera, que ha venido aplicando el *Knock for Knock* en los contratos petroleros.

Una nota característica de esta cláusula es que la indemnidad ha sido extendida incluso en favor de la otra Parte que podría haber actuado con negligencia grave. Nótese que de acuerdo al artículo 29 del Código Civil ecuatoriano (2005), la negligencia grave (también culpa grave o culpa lata) es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo, el cual, a su vez consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

Nuestra legislación determina de manera expresa en el artículo 1481 (Código Civil, 2005) que la condonación del dolo futuro no es válida; por lo tanto constituye objeto ilícito la inclusión de cláusulas que pretendan otorgar una

indemnidad a la Parte que ha actuado con este grado de culpa¹². Como lo determina el Código Civil (2005) en su artículo 2229, el principio general será que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona deberá ser reparado por la persona que lo provocó.

El alcance de la responsabilidad referida anteriormente debe tomar en consideración que, a menos que se haya pactado lo contrario, si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios¹³ que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento. (Código Civil, 2005, Art. 1574)

La industria petrolera ecuatoriana, como tantas otras, debe compaginarse con los estándares internacionales que se manejan en los contratos petroleros a nivel mundial, en lo que su legislación le permita. Los antecedentes que se derivaron de casos como el comentado de la plataforma de Macondo en el Golfo de México y otros, han contribuido a que el sector hidrocarburífero nacional contemple y adapte provisiones contractuales de aceptación general dentro de la industria. Por ello, en la práctica contractual en el Ecuador las indemnidades generales que se han previsto en los contratos petroleros que las operadoras suscriben con sus contratistas de servicios informan de una modificada cláusula *Knock for Knock* -algo distinta de la clásica que hemos estudiado- en la que, entre otras, toma en consideración la culpabilidad - y el grado de ésta- que puede tener una de las partes en la ejecución de sus prestaciones a efectos de atribuirle responsabilidad y puede establecer hasta un valor específico la responsabilidad de una de las Partes por daños catastróficos.

En ese sentido, a manera ejemplificativa para fines didácticos y sin que se ofrezca garantía de la conveniencia o constituya opinión del autor, las Partes (operadora y contratista) podrían acordar lo siguiente:

12 Al efecto dispone: "*Art. 1481.- El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale.*" (Código Civil, 2005)

13 El Art. 90 de La Ley de Hidrocarburos determina en cuanto a las indemnizaciones materiales a ser cubiertas, que "*Las indemnizaciones que se deban pagar por los perjuicios ocasionados en terrenos, cultivos, edificios u otros bienes, con motivo de la exploración o el desarrollo de la explotación petrolera, o de cualquier otra fase de las industrias de hidrocarburos, serán fijadas por peritos designados por las partes. En caso de desacuerdo, el Ministro del Ramo nombrará un dirimente.*" (Ley de Hidrocarburos, 1978)

Indemnidad personal, por la cual salvo culpa grave o dolo de la otra Parte, cada Parte será responsable, y deberá mantener indemne a la otra Parte, respecto de toda pérdida, perjuicio y/o penalidad, derivado de cualquier acción, procedimiento y/o reclamo de cualquier naturaleza que iniciare cualquier funcionario, empleado o agente de dicha Parte y/o sus subcontratistas (excluyendo, en el caso de la operadora, a la contratista), incluyendo sin limitación reclamos de naturaleza laboral derivados de incumplimientos de las obligaciones legales y/o convencionales debidas a dicho funcionario, empleado o agente y reclamos vinculados a la muerte, enfermedad y/o daño a la persona y/o a los bienes de dicho funcionario, empleado o agente.

Indemnidad material, por la cual sujeto a las garantías previstas en el contrato, salvo culpa grave o dolo de la otra Parte, cada Parte será responsable, y deberá mantener indemne a la otra Parte respecto de toda pérdida, perjuicio, penalidad, acción, procedimiento y/o reclamo de cualquier naturaleza, derivado de la pérdida, el deterioro y/o el daño a los equipos, facilidades, maquinaria y demás bienes de propiedad de dicha Parte y/o sus subcontratistas (excluyendo, en el caso de la operadora, a la contratista).

Indemnidad por daños provocados a terceros, donde se conviene que salvo culpa grave o dolo de la otra Parte, cada Parte será responsable, y deberá mantener indemne a la otra Parte respecto de toda pérdida, perjuicio, penalidad, acción, procedimiento, y/o reclamo de cualquier naturaleza, derivado de la muerte, enfermedad y/o daño a la persona y/o a sus bienes que sufiere cualquier tercero (es decir, cualquier persona que no sean las Partes, sus subcontratistas, y sus respectivos funcionarios, empleados o agentes), como resultado de las actividades ejecutadas por dicha Parte y/o sus subcontratistas (excluyendo, en el caso de la operadora, a la contratista).

Indemnidad por Daños Ambientales Preexistentes, por lo cual la operadora deberá mantener indemne a la contratista de cualquier pérdida, perjuicio, penalidad, acción, procedimiento, y/o reclamo de daños ambientales preexistentes. Dicha indemnidad no implica reconocimiento por parte de la operadora de haber originado y/o causado dichos daños ambientales preexistentes; por lo que deja a salvo los derechos de la operadora bajo el ordenamiento jurídico interno y el derecho internacional, en relación a daños ambientales preexistentes respecto a cualquier tercero distinto a una de las Partes.

En ese mismo sentido, la contratista deberá mantener indemne a la operadora en relación con los daños ambientales que le fueren directamente imputables a la contratista y/o sus Subcontratistas. La operadora deberá mantener indemne a la contratista en relación con los daños ambientales que le fueran directamente imputables a la operadora y/o sus subcontratistas (excluyendo a la contratista).

Indemnidad por daños a Yacimientos, a través de la cual no obstante cualquier disposición en contrario en el contrato, salvo culpa grave o dolo de la contratista y/o sus subcontratistas, la contratista y/o sus subcontratistas no serán responsables por, y la operadora deberá mantener indemne a la contratista respecto de, daños a los yacimientos de petróleo.

Indemnidad por Daños Catastróficos, donde sujeto a lo previsto en las indemnidades personal y material del Contrato, y salvo culpa grave o dolo de la contratista y/o sus subcontratistas, la contratista solo será responsable por daños catastróficos (daño o contaminación de cualquier pozo fuera de control que se origine bajo la superficie) causados por la contratista y/o sus subcontratistas por *un valor máximo específico*. Sujeto a lo previsto en las indemnidades personal y material, y salvo culpa grave o dolo de la contratista y/o sus subcontratistas, la operadora deberá mantener indemne a la contratista respecto de daños catastróficos por encima del límite de responsabilidad por daños catastróficos.

Indemnidad por Daños por Disposición de Residuos y Desechos, por la cual la contratista será responsable frente a la operadora por el manejo de residuos y desechos conforme lo determine la cláusula respectiva del contrato. La operadora deberá mantener indemne a la contratista con respecto de toda pérdida, perjuicio y/o penalidad, derivado de cualquier acción, procedimiento y/o reclamo de cualquier naturaleza relativo a la disposición final de los residuos y desechos que la contratista realice conforme lo previsto en la cláusula respectiva del contrato.

Indemnidad por Daños Indirectos y Consecuenciales, por la cual ninguna Parte será responsable por daños y perjuicios indirectos, consecuenciales, lucro cesante, pérdida de oportunidad de negocio, pérdida de producción o pérdida de reservas.

Como se ha visto, entonces, de manera general las indemnidades anotadas anteriormente para contratos petroleros de este tipo en el Ecuador informan que cada Parte será responsable y deberá mantener indemne a la otra Parte respecto

de los perjuicios (entre otros) ocurridos a su personal y bienes (y los de los contratistas de cada Parte), sin que importe si aquellos daños y/o pérdidas fueron causados por la otra Parte. Solo en caso que esta segunda haya procedido con culpa grave o dolo, y producto de esto haya provocado aquellos perjuicios, estará obligada a asumir la responsabilidad por el personal y propiedad de la primera.

En cuanto a los daños a terceros, se ha recogido la postura por la cual cada Parte será responsable por los daños que causen a terceros, excepto en caso de culpa grave o dolo provocado por la otra Parte. Asimismo, cada Parte responderá por los daños ambientales que provoquen.

Respecto de daños catastróficos, se ha optado por el criterio de que la contratista responderá por los daños que ésta ocasione hasta por un valor determinado, donde la operadora estará llamada a responder por el resto del valor. Solo en caso que la contratista haya obrado con culpa grave o dolo, la contratista deberá responder por la totalidad de los daños provocados. En caso que la contratista dañe el yacimiento, la operadora la mantendrá indemne, a menos que la contratista haya procedido con culpa grave o dolo.

Se deberá tomar en consideración que con el objeto de delimitar de una mejor manera las indemnidades y responsabilidades a cargo de cada Parte, el instrumento contractual deberá definir de manera específica el alcance de los términos empleados para cada indemnidad, de tal forma que se mitiguen eventuales interpretaciones subjetivas al momento de invocar la cláusula *Knock for Knock*.

XII. Conclusión

A manera de conclusión de este trabajo se ha evidenciado que la industria hidrocarburífera a nivel mundial ha demostrado notables avances en aspectos tecnológicos y contractuales. Desastres catastróficos como los comentados han puesto en evidencia las ventajas y desventajas de las previsiones normativas que deben regular a las partes que intervienen en un contrato petrolero. La cláusula *Knock for Knock*, es de suma utilidad en el desarrollo de las operaciones hidrocarburíferas en el plano internacional y nacional, y ha permitido considerar un régimen contractual para asignar las responsabilidades entre los actores que intervienen en la industria y, de acuerdo a las circunstancias, se ha replanteado de tal forma que está acorde con la dinámica propia del sector petrolero nacional e internacional.

BIBLIOGRAFÍA:

- Agence France Presse. (17 de noviembre de 2014). El Nuevo Herald. Recuperado el 15 de septiembre de 2015, de *Halliburton y Baker Hughes se fusionan*: <http://www.elnuevoherald.com/noticias/finanzas/article3987431.html>
- AIPN. (2002). AIPN & PESA. Recuperado el 10 de noviembre de 2015, de *International Model Well Services Contract*: <http://aipn.org/documents/attachments/TOCWellServicesContract.pdf>
- Baker Institute Policy Report. (2007). *The Changing Role of National Oil Companies in International Energy Markets*. Baker Institute Policy Report del James A. Baker III Institute for Public Policy of Rice University, 1-20.
- BBC Mundo. (21 de Mayo de 2015). BBC Mundo. Recuperado el 21 de octubre de 2015, de *Emergencia medioambiental en California por derrame de petróleo*: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150520_california_emergencia_derrame_petroleo_ep
- Blackmer. (s.f). Blackmer. Recuperado el 29 de octubre de 2015, de *Defining Upstream Oil & Gas*: <http://www.psgdover.com/es/oil-and-gas/oil-gas-market-overview/oil-gas-upstream>
- Cameron, P. (2012). Liability for Catastrophic Risk in the oil and Gas Industry. *International Energy Law Review*; 6ta Publicación., 207-219.
- Egbochue, C. (2013). Reviewing 'Knock for Knock' indemnities following the Macondo Well blowout. *Construction Law International*, Volume 7, 7-14.
- Jaffe, A. M., & Soligo, R. (2007). The International Oil Companies. Baker Institute Policy Report del James A. Baker III Institute for Public Policy of Rice University, 1-48.
- Middis, T. (7 de mayo de 2015). Lexology. Recuperado el 16 de septiembre de 2015, de *Knock for knock indemnities – are they appropriate for on-shore infrastructure projects?*: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b7a42a37-1757-4683-aa9f-dbe8e25aa940>
- Petroamazonas EP. (s.f). *Petroamazonas EP*. Recuperado el 2 de diciembre de 2015, de Operaciones: <http://www.petroamazonas.gob.ec/operaciones/>
- Schlumberger. (2015). Schlumberger. Recuperado el 5 de Noviembre de 2015, de *Oilfield Glossary*: <http://www.glossary.oilfield.slb.com/es/Terms/t/reservoir.aspx>

- Selser, I. (21 de abril de 2015). Firmas. Recuperado el 7 de octubre de 2015, de *A cinco años del desastre de BP en el Golfo de México*: http://www.milenio.com/firmas/irene_selser/irene_selser-danos_colaterales_18_503529713.html
- UK Offshore Oil & Gas Industry LOGIC. (octubre de 2003). UK Offshore Oil & Gas Industry LOGIC. Recuperado el 3 de noviembre de 2015, de *General Condition of Contract for Services (On and Off-shore)*: <http://www.logic-oil.com/sites/default/files/documents/Services%20Onshore%20and%20Offshore%20Edition%202.pdf>
- Welmaker Jr, B. H. (noviembre de 2010). Baker& Mckenzie. Recuperado el 28 de octubre de 2015, de *Deepwater Horizon BP Well Blowout Contractual Indemnities/Statutory Liability/Effect on US Gulf of Mexico Oil and Gas Industry*: http://www.bakermckenzie.com/files/publication/f58d28ed-6be3-41b5-8448-41d7b571b5cd/presentation/publicationattachment/d913c4dc-bb22-4568-93b7-ed46bd96cb29/pn_tokyo_liabilitydeepwaterhorizondisasterbpwell_nov10.pdf

PARTICIPATION OF EMPLOYEES IN THE SUPERVISORY BOARD OF THE COMPANIES: THE GERMAN EXPERIENCE

Ab. Alberto Vivanco Aguirre¹

***Abstract:** This paper aims to show the evolution and current implementation of worker participation in the supervisory board of companies, analyzing the German jurisdiction, which, in conjunction with the Swedish experience, over the years have become pioneers in the subject. Based upon the experience of the mentioned jurisdictions, it is possible to draw conclusions regarding the viability, relevance and benefits that a system could have. A system in which private company workers have access to higher management positions which in the past was out of reach. Furthermore, this paper displays the natural contrast that exists between the rules that protect workers and their rights against the company law which aims to regulate the economic activity of companies.*

Keywords: Corporation, Workers, Participation, Supervisory board, Europe.

1. Introduction

Participation of employees in a company refers to a variety of institutional forms in which they seek to achieve the cooperation of workers, either through representatives or directly. This empowers workers to be part of the decision-making process, by collaborating directly through directive organs located at the economic level of a company or the management board. However, the forms of participation attribute to employees economic and financial character rights on capital investment fund, in the benefits of the company.

Furthermore, more recent participatory experiences aim to involve more employees in an organization to implement roles and tasks, either individually or through structured groups. The common note to all forms of employee participation in a company is the starting statement that economic-productive activity and the organization of labor groups generate interest to both parties of the labor relation.

¹ Magister en International Business Law (LLM) 2014-2015 por la Université Catholique de Lyon, Francia, Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (2013). Abogado en libre ejercicio y asesor legal en materia legal bancaria, corporativa y tributaria. avivanco@gpa-lawyers.com

The participation of workers in decision making in a company is relatively new for several legislations, except for Germany or Sweden where a process of implementation has led them to “democratization of work”. Despite this, there are strong positions against this practice arguing that it is unthinkable that workers reach leadership positions and decision making inside a company, positions which have been reserved to shareholders (or their representatives).

The main goal of this paper is to expose the historical, legal and practical framework of employee participation in corporate governance, making an approach especially in German jurisdiction. In the past, this participation has been named “co-determination” referring to employee consultation and participation (in certain cases) in company decisions at both establishment and company/group level within private sector companies, particularly in Germany. This co-determination concept has a long historical dating back originally to the 1920s and is today regulated by a number of detailed laws.

2. Historical background

2. 1. The earliest forms of labor participation

The first relevant experience of employee participation in a company is found in Germany with the establishment of worker committees in 1891. Employees were democratically elected amongst them and employers had the obligation of hearing them in matters of organization within the company structure. A law followed this first attempt in December 5, 1916, which constituted committees of workers and employees in all companies with more than fifty employees, to cooperate with the employer and foster harmony in the company.

The Constitution of the Weimar Republic (Page, 1919) will include an extensive provision (section 165) in which the formation of a workers councils in enterprises designed to ensure the defense of social interests and economic rights of employees and workers, as well as other forms of macro-participation (Lamas, 1989). With such constitutional arise the Works Council Act of 1920 (Betriebsrätegesetz), began a collaboration in the business community that accentuated sign legislation where introduced after World War II on co-management and works councils.

In 1908 France established Consultants Working Councils by law. In addition, conciliation functions were allocated in 1917. The experience of Russia, during the gestation of the Revolution, through a decree in November 14, 1917, established factory committees, workshop and representatives of village

communities to monitor production. It established a minimum of production, determined the selling price of products and so on; these measures will have been completed by nationalizing the big and small industries in 1919.

In 1906 in Italy some internal committees in factories were constituted, whose control functions would be enhanced with the workers' councils created by the workers of Turin later on between 1915 and 1920.

South American countries on the other hand, reached a small development, due to employer's hostility and the suspicion of unions that were seemingly undermined its independence with collective bargaining. This reflected the passive attitude of workers and the limited political participation that existed in many countries. However, a survey in the Chamber of Deputies of Argentina, made in 1920-21, showed that some companies operated with boards of chiefs, workers, and seniority that advised the management. but participation projects had difficulties to be implemented due to the immaturity of the parties.

2.2. European experience after World War II

At the end of the Second World War a climate of solidarity that transcends social classes is recorded in many European countries. As a paradigmatic example in 1951 in the Federal Republic of Germany, co-management in the steel and mining sector in the corporate structure, through the election of representatives in the supervisory board with equal representation, formalized a shared management that was imposed by the allied administration in the immediate postwar period (MCGAUGHEY E, 2014).

In other countries were established, by law, bodies of mixed participation or just unique to workers, which accessed to hold a unitary representation of staff; bodies with functions of consultation and cooperation between labor and management, to boost productivity and help create a climate of understanding and solidarity needed for reconstruction of national economies.

This model corresponds to councils established in West Germany and France in 1945, in Belgium in 1948, and within a short period of time in Austria, Denmark, Sweden as well as the Joint Productions committees of Great Britain. However, with the exception of West Germany, these participatory bodies were losing weight in subsequent years. They exercised a real influence on the life of the enterprise, having no power of decision making and be at the mercy of its advisory functions the discretionary application of the employer, so their role became modest in some cases and in others almost decorative.

Following the social and labor conflicts of the last two years of the sixties in France and Italy, events that had an impact and a catalytic effect on other European countries. Led to a remodeling of the instruments of employee representation within an organization, accentuating the union composition of existing and creating sometimes a parallel organ of labor representation. (Piñero, 1981)

2.3. New trends at the end of the XXth century

A new form of participation started inside enterprises themselves and not on institutional arrangements imperatively imposed by legislation as an expression of a political-social purpose of distribution of power.

During this period, the factors that have induced new forms of participation in favor of developing labor relations are essentially: technological innovations, changes in production structures and in markets, which have dominated the valuation of the qualitative aspects of work and the need for greater internal flexibility in work organization. These circumstances have determined, the internationalization of competition. By crating the need to seek and affirm the sense of belonging to a company and a high degree of trust and cooperation of workers through most appropriate forms of participation to benefit companies and their staff.

2.4. Balance of the pros and cons of the employee board representation in Sweden

It is not my intention to explain all the particularities of the board of employee's representation system in Sweden. Never the less I think it is imperative that in order to understand this concept more clearly we take look at the statistics that show the level of satisfaction this system had in the Swedish company directors. Over all, the Swedish system is based on negotiation. According to the provisions of the Act on Co-determination revised in 1978 the employer has the duty to negotiate with employees about changes that might affect the employees directly. Despite this, negotiations have some limits, for example according to the doctrine of the Swedish Labor Court each collective agreement normally includes a provision guaranteeing the employer his prerogative to run the enterprise and to give orders to employees.

A recent survey regarding the attitude of managing directors and chairmen of the board towards the employee board representation involving 737 people provides the following results:

TABLE 1

BALANCING OF PROS AND CONS FOR THE ENTERPRISE OF EMPLOYEE BOARD REPRESENTATION		
Very positive	19 %	23 %
Rather positive	42 %	46 %
Equally positive as negative	30 %	26 %
Rather negative	8 %	5 %
Very negative	1 %	-

The results indicate that the majority is in favor of or very in favor of employee board.

Representation. It also indicates that a large minority is indifferent whereas very few are against it. Some of the reasons are given in the next chart:

TABLE 2

EXPERIENCES OF MANAGING DIRECTORS AND CHAIRMEN OF EMPLOYEE BOARD REPRESENTATION		
Concept	Managing directors	Chairmen
They contribute to a positive climate of co-operation	64 %	61%
Board decisions are better received by employees	59 %	65 %
The implementation of hard decisions is improved	47 %	55 %
There is an increased risk of information leaks	40 %	37 %
Too many irrelevant issues are brought forth	17 %	17 %
Decision-making becomes more cumbersome	12 %	13 %
Risk of antagonism in the board	7 %	6 %

3. Co-determination model in Germany

The German model of co-determination gives employees unique participatory rights in the decision making process of companies. As we noted above this is

the result of a long and rather eventful history of representation of employee's interests.

3. 1. Objectives of the co-determination

At this point, I would like to highlight the objectives and purposes that correspond to the implementation of co-determination. It should be noted that the success and compliance with them is the result of a historical negotiation process between the parties involved and the regulatory and legal recognition of it, which does not always reflect their real application. The essayist Michel Heiner (2007) exposed as main objectives the following:

- 3.1.1. Equality of Capital and Labor: co-determination is seen as an instrument to rebalance the unequal powers between labor and capital. This corresponds to a general worldwide-accepted ideology in which the human being is before the capital and no vice versa like in a feudalist system.
- 3.1.2. Democratization of the Economy: also in the economic sphere, conflicts should not be solved by power, but by discourse. This discourse (right to say and to vote) has to be guaranteed to all the parties and participants without discrimination.
- 3.1.3. Social Development: co-determination is an instrument to improve the working and living conditions of the majority of the population: workers and employees, taking as a starting point that production activities are a social interest.
- 3.1.4. Control of Economic Power: the economic power of companies is in need of control. After the massive co-operation between big capital and the Nazi regime, this was a common view in the Germany of the 50ies.
- 3.1.5. Co-operation between labor and capital: co-determination allows for a flexible non-bureaucratic, efficient and peaceful organization of production. In times of increased economic pressures, this is of particular importance. Strike days in Germany have been significantly below OECD average. Between 1991 and 2000, there were about 9 strike days per 1000 employees a year in Germany – compared to about 31 strike days in Belgium, 51 in the US and 169 in Denmark.

3. 2. Regulation of co-determination

The framework of German labor politics has three levels of regulation: 1) the legislator conditions, 2) collective bargaining rights, and 3) co-determination level.

3.2.1. The legislator: as in most countries that have separation of powers the Legislature is responsible to define minimal conditions for employees. For example: protection from dismissal, blocking of arbitrary dismissals, maximum working hours, minimum vacation, safety of the workplace, compulsory social insurances, freedom of association, etc. In Germany there is no legislation on wages, but due to the power of trade unions, minimum wage legislation is currently discussed.

3.2.2. Collective bargaining rights: Besides legislation, we find trade unions and employers bargain over wage rates, working hours, days of vacation, amongst others noted above. In the past, the result of this struggle consisted mainly in industry wide collective agreements.

3.2.3. Co-determination: in Germany consist in a two-levelled system.

3. 3. Levels of co-determination

It is important to mention that the level of co-determination applicable in each case depends on the size of the company or establishment, which is measured and determine only by the number of workers it maintained.

3.3.1. The works council (Betriebsrat)

In every establishment with more than five employees, employees are entitled to set up a “works council”. Employees themselves elect members of the “works council” which has to be created by their own initiative. The number of works council member`s increases proportional to the number of employees. For example if there are five employees there is one works council member and if there are fifty employees, there are five works council members. If there were to be more than a thousand employees, there will have to be 15 works council members. Law prescribes that employers have to bear the costs of the works council. Moreover, the term for a works council is four years and in order

to support the independence of the works council, its members enjoy special protection, for example from dismissal. In several small establishments, the right to have one's interests represented by a works council is not exercised. In big companies, the case is the opposite.

Despite the main objectives of co-determination mentioned above, the principal idea in the realization of works councils is not the democratization of the work, but the protection of employees. Consequently, the strongest rights of the works council, concern social matters and rights while human resources and economic planning are weaker.

Works council have the following rights: (a) Rights concerning social matters: rights demanding mandatory agreements on the establishment of Saturday as a regular working day, a change of working hours, or on the installation of check in-out clocks. Additional benefits like a factory canteen or a kinder garden can be agreed also. (b) Rights concerning human resources: right to object to the downgrading of a wage or to oppose dismissals. (c) Rights concerning economic planning: These rights are typically informational. In greater establishments with more than a hundred employees, there is even a special finance committee (*Wirtschaftsausschuss*), which informs representatives of employees. The works council appoints the members of the finance committee and the finance committee meets on a monthly basis and has the right to consult and access relevant documents about the economic situation of the organization. Additionally, they can ask for information about economic planning that has an effect on employees. In case of disagreement² between the employer and the works council, there is a settlement procedure: both parties can set up a conciliation committee (*Einigungsstelle*), equally representing each side. An independent chairperson, who has to be accepted by both parties, heads the conciliation committee. If no agreement is reached within the conciliation committee, the parties go before the Labor Court.

3.3.2. Co-determination in the supervisory board (*Aufsichtsrat*)

In large companies with more than five hundred employees, employees are represented in the supervisory board of the company in addition to their representation in the "works council". In contrast to the one-tier management system of Anglo-Saxon companies, German companies have a two-tier

² In this part we assume the disagreement of the finance committee with the administration of the company is about the information given, for example if it is accurate, complete or real. We don't think the finance committee has the power and authority to disagree or challenge a decision of the managers but only to ask the complete information and documentation of those decisions.

management system³ with an executive management board and a non-executive supervisory board. The “works council” elects the representatives of employees in the supervisory board. Representatives of employees do not have to be employed in the company and are often external unionists. The term of office is four years and the representatives of employees are full members of the supervisory board. The number of representatives of employees varies between 1 and 21, depending on the size of the company. The proportion of the representatives of employees also depends on the size of the company. For example, it will be one third in companies with more than five hundred employees and parity in companies with more than two thousand employees. Despite this, there are exceptional cases like the coal, iron and steel industry, where with more than a thousand employees are sufficient for parity representation. In cases of disagreement between management and employee’s representatives, it is the chairperson⁴ who has the tie-breaking vote. In practice, the vote of the chairperson has little relevance since there is a culture of consensus in supervisory boards. Since employees dislike crucial votes, management representatives try to avoid them and search for compromise, instead.

4. Analysis and conclusions

Firstly it is important to emphasize the relationship that has existed between the commercial and corporate law with the labor law. From the beginning, the different forms of partnership with productive or industrial purposes required the labor to meet its objectives. It is clear that this relationship has grown over time with the evolution of labor rights and mandatory compliance that have been observed by the management representative and owners of commercial companies. Professor John Armour (2009) maintains that one of the objectives of corporate law is to allow entrepreneurs to transact easily through the medium of the corporate entity, and just thus lowers the costs of conducting business. Many argue that this goal often is reduced or limited by mandatory rules prescribed by the labor law; therefore, in this paper I show the process of applicability of such a delicate issue as is the representation of... in the directory of a company.

This paper has focused on showing the operation of co-determination in Germany as a tangible example of a great process of implementing labor rights and corporate governance reorganization of a company. Up to date, countries

³ Under the two-tier system, the board of directors and the supervisory board exist side by side. The board of directors conducts the day-to-day management of the company, while the supervisory board conducts supervisory functions. The board of directors exercises its rights and performs its duties as an independent body.

⁴ Principals are entitled to determine the chairperson of the supervisory board.

of the European region continue with this trend in order to ensure labor representation on company decisions. It is true that the implementation of co-determination depends greatly on the historical context and labor culture of each jurisdiction. In countries like the United States of America or Latin American countries the implementation of this system seems to be very difficult. Professor Hansmann clearly described the American version of the directive board when he says that "the board of a corporation is Elected-At least in substantial part-by the firm's shareholders. The obvious use of this approach is to help assure that the board remains responsive to the interests of the firm's owners, who bear the costs and benefits of the firm's decisions and whose interests. As discussed, the concept of two-tier directory in Germany goes far beyond the safeguard of the shareholders' interests, but also ensures the representation and therefore the concerns of workers as well.

It has been demonstrated that through co-determination a collision between the organization of the company regulated by corporate law and the guarantee of rights imposed by labor law occurs. Besides this collision, it is interesting that the cohabitation exists between them to fulfill their objectives and ensure minority rights. Within this analysis, a clear relationship can generally exist between the private and social laws.

Regarding co-determination in Germany, and its practical effects, I can say that the representation at board level (supervisory board) is reserved for large companies and does not necessarily mean loss of control (to the owners or shareholders) in the administration of it. As I explained above co-determination is only the third degree of representation, which is applicable only to large companies. Nowadays, these large companies in Germany do not exceed one thousand employees.

In addition, I believe that the precision that characterizes German law corresponds to the need for a qualified business management maturity and a market knowledge in order to implement these measures. Moreover, the maturity must also exist in employee's representatives in the supervisory board, because the directory must focus not only on defending their union rights but also on guarding the productive activity of the company, this is what generates employment and jobs in the first place.

It should be noted that often co-determination is not determined exclusively by law, but depends very much on national culture and the conventions of reaching agreement. A further example is Sweden, which has no statutory system of works councils and no parity representation on board level, but to rather strong culture of consensual decision-making process.

In that sense, co-determination implements the ideology to give priority to human resources rather than the capital. In order to do that the representatives of the board must be clear that the correct placement of capital and investment help to keep people in activity and generates employment. These representatives beyond the union that they may represent cannot fail to fulfill its functions under the bylaws, the corporate purpose of the company and the law, otherwise there would be civil and criminal liability.

Finally, we can say that the progress of workers associations from the French Revolution⁵ to the present days have made a major impact on the corporate governance of commercial companies. The representation system introduced in this work, although it is a landmark precedent for defending labor rights, it is not present in all trading companies and therefore does not apply to the vast majority of industrial relations (SMBs). Clearly there is still much room for progress in terms of democratization of labor, but the co-determination mechanism gives the answer to a lot of historic impunity in this area of law. I would like to finish by asking my readers this question:

May the next great achievement of workers associations be the legal recognition of the right to acquire significant percentages of shares in the commercial companies in which they take part?

⁵ "In the years before the French Revolution in Lyon, emblematic city of manufacturing silk fabrics, and in 1744 an uprising of workers takes place. In 1786, strikes of the same workers are repressed by the army and form associations were prohibited" (Ianni, 2013).

BIBLIOGRAPHY:

- Armour J, and others, (2009) *The Essential Elements of Corporate Law: What is Corporate Law? Discussion Paper No. 643 7/2009* Harvard Law School Cambridge, MA 02138
- Cozian M, Deboissy F, Viandier A, *Droit des Sociétés*, 27e edition, chapter 2 Les Prises de participation. p753
- Heiner M., (2007), *Co-determination in Germany: The recent Debate*, Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt
- Ianni V. (2013). *La Revolución Francesa*. Argentina: Omegalfa.
- McGaughey E. (2014). *The Codetermination Bargains: The History of German Corporate and Labour Law*. London: London School of Economics and Political Science. P. 32
- Page R. (2011). *Co-determination in Germany - A beginners guide*. Dusseldorf Germany: Arbeitspapier. P.7
- Rivero Lamas J. (1987). *Participación de los Trabajadores en la empresa*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza. P. 258
- Rodríguez Piñero M. (1981). *La representación de los trabajadores en la empresa*. Madrid: ACARL. P. 15

C.

**DERECHO PENAL, JUSTICIA
TRANSICIONAL Y DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO**

EL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN ARGENTINA (1983-2015) UN MODELO A SEGUIR

Pablo Eduardo Slavin¹

***Resumen:** El objetivo de este trabajo es analizar cómo Argentina llevó adelante el proceso de transición desde una dictadura cívico militar (1976/1983), que asoló al país dejando tras su paso miles de desaparecidos, hacia una democracia que, con todos sus defectos y falencias, lleva más de treinta años ininterrumpidos. El análisis del caso argentino constituye un modelo para todos aquellos países que hayan atravesado situaciones similares y busquen la restauración de un modelo de vida democrático con plena vigencia de los Derechos Humanos. Argentina se ha transformado en un ejemplo y una guía a seguir en la materia, habiendo cumplido con un alto grado de eficacia con los objetivos de memoria, verdad y justicia, esenciales en todo proceso de justicia transicional que se precie de tal.*

Para ello comenzaremos desarrollando la concepción de justicia transicional, su importancia y efectos. Luego nos centraremos, mediante el empleo de una metodología crítica dialéctica, en la evaluación del proceso seguido por la Argentina, sus diferentes etapas; para finalmente esbozar algunos interrogantes y desafíos que hoy se presentan.

Palabras Clave: Dictadura, Derechos Humanos, Argentina, Democracia.

Introducción.-

El objetivo de este trabajo es analizar cómo Argentina llevó adelante el proceso de transición desde una dictadura cívico militar (1976/1983) que asoló al país dejando tras su paso miles de desaparecidos, hacia una democracia que, con todos sus defectos y falencias, lleva más de treinta años ininterrumpidos. El análisis del *caso argentino* constituye un *modelo* para todos aquellos países que hayan atravesado situaciones similares y busquen la restauración de un modelo

¹ Magister en Ciencia y Filosofía Política por la UNMDP, Doctor en Derecho por la UNMDP, Profesor Titular Ordinario Exclusivo de Derecho Político, Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Director del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales, Director del CIDDH Alicia Moreau todos de la Facultad de Derecho de la UNMDP., Director del Grupo de Investigación 'Pensamiento Crítico', Investigador Categoría II., Docente de grado y postgrado. Ha brindado conferencias y cursos en el extranjero, en países como Brasil, Uruguay, España, Francia, Alemania, Japón, Rusia. Filiación Institucional: Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP).Facultad de Derecho, Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos 'Alicia Moreau' (CIDDH Alicia Moreau)

de vida democrático con plena vigencia de los Derechos Humanos. Argentina se ha transformado en un ejemplo y una guía a seguir en la materia, habiendo cumplido con un alto grado de eficacia con los objetivos de *memoria, verdad y justicia*, esenciales en todo proceso de justicia transicional que se precie de tal. Para ello comenzaremos desarrollando la concepción de justicia transicional, su importancia y efectos. Luego nos centraremos, mediante el empleo de una metodología crítica dialéctica, en la evaluación del proceso seguido por la Argentina, sus diferentes etapas; para finalmente esbozar algunos interrogantes y desafíos que hoy se presentan.

Justicia Transicional y Derechos Humanos.-

La recuperación del modelo de vida democrático en aquellos países que se han visto sometidos por gobiernos autoritarios, o que han sufrido períodos de violencia y restricción de las libertades fundamentales, requiere la adopción de una serie de medidas jurídicas excepcionales.

La *justicia transicional* es una noción de justicia ligada a períodos de cambios políticos que surgen con posterioridad a situaciones de conflicto armado o de regímenes autoritarios, cuando transitan hacia la paz y la democracia. En ese momento surge el planteo de si es posible ‘pasar de página’ sin aplicar sanciones y mecanismos básicos de justicia. El período de transición se realiza a través de un proceso que en ningún caso debería servir de excusa para la impunidad, el olvido o el perdón; ni tampoco una alternativa a la verdad o a la justicia.

Así lo ha entendido la ONU a través del Informe elaborado por Diane Orentlicher, experta independiente, encargada de actualizar el *Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad* -del 8 de febrero de 2005-, al afirmar en dicho Documento que

“La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones.”

La *justicia de transición* puede ayudar a la reconstrucción de la sociedad de muchas maneras, cerrando el ciclo de impunidad e instaurando y reforzando una cultura democrática; pero también debe enfrentar serios desafíos.

Nuestra *hipótesis central* es que sólo una política de *justicia transicional* que cumpla con los objetivos de 1) promover iniciativas para cumplir integralmente con el *derecho* a la verdad y el correlativo *deber de memoria*; 2) permitir el juzgamiento de los autores de crímenes de *lesa humanidad*; 3) lograr la reparación de las víctimas; y 4) habilitar reformas institucionales que permitan la gobernabilidad democrática; está en condiciones de establecer una democracia con verdadera *justicia* y basada en el respeto integral a los *derechos humanos*. Estamos convencidos que los países sin *memoria* corren mayores riesgos de repetir los errores del pasado.

Pero los efectos de un buen proceso de justicia transicional -como el seguido por la Argentina- no se agotan en el propio país, sino que se extienden positivamente hacia toda la región. Así lo evalúa la especialista en justicia transicional y derechos humanos de la Universidad de Harvard, Kathryn Sikkink, (2013) quien realiza un muy interesante estudio de campo, según el cual

"Los resultados del análisis cuantitativo demuestran que los países de transición en los cuales ha habido juicios por delitos de lesa humanidad son menos represivos que otros países en donde no se ha abierto ninguna causa. (...) Los estudios cuantitativos ponen de manifiesto que los países que llevan más años realizando juicios después de la transición son menos represivos que los países en los cuales hace menos tiempo que se llevan a cabo los procesos judiciales. Además, los países que tienen más vecinos con procesos de transición son menos represivos, lo que puede indicar que el impacto de los juicios en los países fronterizos provoca una disminución de la represión de un país. (...)

Los juicios son uno de los factores que pueden contribuir al cambio cultural y a la implementación de normas relativas a los derechos humanos por parte de funcionarios de alto rango."

Todas esas medidas, pertenecientes al Derecho Internacional contemporáneo, así como las prácticas y mecanismos estatales e internacionales aplicados en experiencias similares, permiten situar el debate como una cuestión no sólo histórica, sino también de *justicia y derechos humanos*.

El pasaje desde un régimen autoritario -como el que asoló a nuestro país entre los años 1976 y 1983- hacia uno democrático constituye un proceso muy complejo. ¿Qué hacer con los crímenes cometidos: juzgar u olvidar en pos de garantizar una supuesta *paz social*? ¿Qué actitud adoptar con los responsables de esos crímenes: castigar o perdonar? Y si se decide por el juzgamiento, ¿se debe

enjuiciar sólo a los militares que ejercieron el poder, o debe también investigarse y juzgarse la responsabilidad de los sectores *civiles* implicados? ¿Es posible sentar las bases de una *democracia* sobre una *sociedad tan fragmentada*? ¿Quién debe asumir la responsabilidad de recuperar la *memoria del pasado*: el nuevo *Estado* o las organizaciones provenientes de la *sociedad civil*?

Estos son sólo algunos de los interrogantes a los que debió dar respuesta la Argentina. Como es entendible, el camino transitado tuvo avances y retrocesos. Sin embargo, transcurridos más de treinta años de democracia, estamos convencidos que los resultados hasta hoy obtenidos han sido por demás positivos.

El caso argentino: Una transición de ruptura.-

A la hora de describir y comparar distintos procesos de justicia transicional, los autores señalan dos tipos diferentes de transiciones desde la dictadura a la democracia: *pactadas* o de *ruptura*.

Entre las transiciones *pactadas* se incluyen casos tan diferentes como los de Uruguay, España y Sudáfrica. Se trata de países en los cuales el fin del régimen autoritario se produce en un contexto en el cual las autoridades salientes siguen conservando una muy importante cuota de poder, lo que les permite establecer las condiciones para garantizar su *impunidad* en la transición, ello bajo amenaza de frustrar la misma.

El caso argentino es caracterizado como una transición de *ruptura*. Allí el gobierno Militar debió abandonar el Estado tras la derrota en la Guerra de Malvinas (junio de 1982), y por ello careció de la oportunidad para negociar su salida. Sin embargo, la creación por el presidente electo Raúl Alfonsín de una *Comisión de la Verdad* y el enjuiciamiento de los principales responsables de un Estado Terrorista que, si bien en retirada, aún seguía conservando todo su poder de fuego, constituyen una conquista invaluable, y la base de sustento que nos permite hoy pensar en seguir profundizando las investigaciones en la búsqueda de más y mejor justicia y verdad. Esto también nos obliga a ser muy cautos a la hora de calificar o criticar la forma en que la *vía judicial* fue implementada en esa primera etapa. Debemos situarnos en el momento histórico en que se llevaron adelante esos juicios, recordar las constantes amenazas de alzamientos militares y nuevo quiebre de la democracia al que el Gobierno fue sometido, así como el asedio por parte de los principales medios de comunicación, la Iglesia Católica y los factores económicos de poder. Todos ellos exigiendo *amnistía, perdón y olvido*. Fue una *transición de ruptura*, sí, pero no como la alcanzada

por las potencias vencedoras tras la Segunda Guerra Mundial. Una Ruptura sin las armas, y con un poder político democrático en plena construcción.

La Dictadura Militar.-

Al igual que muchos países del Cono Sur, durante la década de 1970 Argentina fue víctima del *Plan Cóndor*, organizado por los Estados Unidos de Norteamérica para coordinar el accionar represivo de las fuerzas militares en América del Sur. Los grupos de tareas de Chile, Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay² efectuaban operativos conjuntos que incluían *secuestros*, *torturas*, traslados de detenidos de un país a otro, etc.

Bajo un discurso que insistía en la necesidad de '*acabar con el terrorismo, el caos, y el peligro del comunismo*', una feroz dictadura cívico-militar se apoderó de la Argentina entre 1976 y 1983. Miles de desaparecidos, y la eliminación de las más elementales libertades civiles, fueron el saldo de esos años. Como se pudo establecer con posterioridad, no se trató de *hechos aislados*, sino que fueron parte de un plan sistemático: campos de concentración, secuestros y torturas, asesinatos, apropiación de niños recién nacidos, usurpación de propiedades muebles e inmuebles, desapoderamiento de empresas y de acciones, destrucción del movimiento sindical, etc..

La política de *desaparición de personas* fue funcional para la instauración de un nuevo *modelo económico*: con el gobierno militar las políticas *neoliberales* pudieron hacer su irrupción en nuestro país.

Como muy bien lo explica la pensadora canadiense Naomi Klein (2007),

"En uno de sus ensayos más influyentes, (Milton) Friedman articuló el núcleo de la panacea táctica del capitalismo contemporáneo, lo que yo denomino doctrina del Shock. Observó que <<sólo una crisis -real o percibida- da lugar a un cambio verdadero. Cuando esa crisis tiene lugar, las acciones que se llevan a cabo dependen de las ideas que flotan en el ambiente. Creo que ésa ha de ser nuestra función básica: desarrollar alternativas a las políticas existentes, para mantenerlas vivas y activas hasta que lo políticamente imposible se vuelve políticamente inevitable>>. Algunas personas almacenan latas y agua en caso de desastres o terremotos; los discípulos de Friedman almacenan un montón de ideas de libre mercado. Y una vez desatada la crisis, el

² Las últimas investigaciones acerca del funcionamiento del '*Plan Cóndor*' incluyen también la participación de las Fuerzas Armadas de Colombia y Venezuela.

profesor de la Universidad de Chicago estaba convencido de que era de la mayor importancia actuar con rapidez, para imponer los cambios rápida e irreversiblemente, antes de que la sociedad afectada volviera a instalarse en la <<tiranía del statu quo>>. Estimaba que <<una nueva administración disfruta de seis a nueve meses para poner en marcha cambios legislativos importantes; si no aprovecha la oportunidad de actuar durante ese periodo concreto, no volverá a disfrutar de ocasión igual>>. (...)

Milton Friedman aprendió lo importante que era aprovechar una crisis o estado de shock a gran escala durante la década de los setenta, cuando fue asesor del dictador general Augusto Pinochet.

Es así como en Argentina, sin solución de continuidad, se pasó de un modelo de economía cerrada, que protegía una industria nacional notoriamente deficiente y dependiente del Estado, a una apertura indiscriminada de los mercados que generó la destrucción de esa industria, la que no estaba en condiciones de competir con los productos importados que ingresaban sin ningún tipo de recaudo. Un dólar fijo, garantizado por el Estado, permitió que los sectores ligados al *capital financiero* obtuvieran ganancias millonarias a costa del aparato productivo local, privado de fondos disponibles. Una nueva *Ley de Inversiones Extranjeras*, dictada en agosto de 1976, fue la que permitió eliminar el control a los flujos financieros y asegurar los negocios al sector. El panorama negativo para la industria local se completó con la *Reforma Financiera* de 1977, que desreguló el crédito, así como el ingreso y salida de capitales, y liberó la tasa de interés -que subió muy por encima del nivel internacional-.

Afirma el premio nobel de economía Joseph Stiglitz (2003) que

“...durante toda la década de los setenta, los países de América Latina habían sucumbido a las insistentes tentaciones de tomar prestados los petrodólares que los países productores de petróleo tenían guardados en bancos de Estados Unidos y Europa. De este modo contrajeron deudas por millardos de dólares. La deuda latinoamericana con bancos comerciales aumentó a un ritmo acumulativo anual del 20 por ciento, es decir, mucho más rápidamente de lo que crecía el PBI de estos países, de manera que hacia 1981 el total de aquélla ascendía al 40 por ciento del PBI. Nada tenía de asombroso, pues, que cuando en 1981 la Reserva Federal estadounidense elevó los tipos de interés a un nivel sin precedentes, las naciones latinoamericanas tuvieran dificultades para hacer frente a sus obligaciones. Un país tras otro entró en la morosidad entre 1981 y 1983.”

En el caso de Argentina, la *deuda externa* contraída en esos años pasó de 7.875 millones de dólares a fines de 1975, a más de 45.000 millones de dólares al asumir el gobierno democrático de Alfonsín en diciembre de 1983. Ese proceso de *endeudamiento*, gran parte del cual consistió en la '*estatización*' de deuda privada, constituyó una *operación delictiva* -según se estableciera en un histórico fallo sobre la Deuda Externa, dictado el 13 de julio de 2000 en autos '*Olmos, Alejandro c/Martínez de Hoz y otros s/defraudación*'-.

Coincidimos con el análisis de Naomi Klein (2007) y su interpretación sobre la importancia de la doctrina del shock para entender la relación necesaria entre dictadura y política económica liberal (o neoliberal). Ella afirma que:

"A la luz de esta doctrina, los últimos treinta y cinco años adquieren un aspecto singular y muy distinto del que nos han contado. Algunas de las violaciones de derechos humanos más despreciables de este siglo, que hasta ahora se consideraban actos de sadismo fruto de regímenes antidemocráticos, fueron de hecho un intento deliberado de aterrorizar al pueblo, y se articularon activamente para preparar el terreno e introducir las <<reformas>> radicales que habrían de traer ese ansiado libre mercado. En la Argentina en los años setenta, la sistemática política de <<desapariciones>> que la Junta llevó a cabo, eliminando a más de treinta mil personas, la mayoría de los cuales activistas de izquierda, fue parte esencial de la reforma de la economía que sufrió el país, con la imposición de las recetas de la Escuela de Chicago: lo mismo sucedió en Chile, donde el terror fue cómplice del mismo tipo de metamorfosis económica."

Otra prueba de ello es cómo, a menos de una semana de haber tomado el poder estatal, el General Videla designó Ministro de Economía a José Alfredo Martínez de Hoz³, perteneciente a la oligarquía terrateniente local, y estrechamente ligado a la banca extranjera y al *Chase Manhattan Bank*, de David Rockefeller. El *plan económico* incluyó una inmediata devaluación de la moneda (cercana al 80%), rebaja de las retenciones a las exportaciones, congelamiento de salarios y liberación de precios, lo que provocó una '*caída del salario real*' y una enorme

3 José Alfredo Martínez de Hoz (1925/2013). En 1984 fue acusado del secuestro de los empresarios Federico Gutheim y de su hijo. Sobreseido primero por la Cámara Federal Penal, fue luego favorecido por el *indulto* dictado por el presidente Menem bajo decreto 2745/1990. Tras la declaración de *nulidad* de los indultos, Martínez de Hoz fue nuevamente sometido a juicio, al considerar a los secuestros como parte de los *delitos de lesa humanidad* cometidos por el Proceso Militar. Desde el 4 de mayo de 2010, y hasta su muerte, permaneció con prisión preventiva domiciliaria.

pérdida del poder adquisitivo de la clase trabajadora. Estas medidas lograron reducir la participación del salario en el PBI, el que descendió del 43 al 25% entre 1975 y 1977.

La represión se hizo notar muy duramente sobre la clase obrera, contando los militares para ello -en muchos casos- con la activa complicidad de la patronal⁴. Según datos del informe citado, **más del 67% de los 30.000 ‘desaparecidos’ son trabajadores.**

A modo de balance podemos señalar que en el decenio 1974-1983 la industria argentina se contrajo, cayendo más de un 10% el volumen físico de la producción, y reduciéndose el salario real de los trabajadores en un 18%; se produjo el cierre de más de 20 mil establecimientos fabriles, y el PBI industrial retrocedió del 28% al 22%.

Como ya anticipamos, la derrota en la *Guerra de Malvinas*, en junio de 1982, precipitó el derrumbe del *proceso militar* (denominación con la que se conoce al régimen dictatorial en la Argentina).

De manera similar al franquismo en España, y como luego hicieran los gobiernos militares salientes de Uruguay, Chile y Brasil, antes de abandonar el poder los militares argentinos dictaron una *Ley de Autoamnistía* mediante la cual pretendían evitar todo tipo de juzgamiento, y ‘*dar un cierre al pasado*’. Los principales medios de comunicación, y hasta el partido peronista, defendieron la ‘validez jurídica’ de la norma que decretaba la autoamnistía. El Episcopado Católico de la Argentina dio también su pleno apoyo a estas medidas mediante la celebración de un ‘servicio de reconciliación’. En este sentido, Monseñor Antonio José Plaza, Obispo de La Plata, declaraba el 19 de agosto de 1983 que

“Las leyes de amnistía en toda la tradición del mundo, nunca fueron cosa mala, es algo que aquietta los espíritus. Esto no debe tornarse para nosotros como los encuentros de Nüremberg, para ir a buscar y matar gente, cometiendo un montón de irregularidades y llevarse al pobre Eichmann”. (Muleiro, 2012)

El regreso a la Democracia.-

A diferencia de su principal contrincante (el representante del peronismo Ítalo Luder), el candidato del ala izquierda del Partido Radical, y a la postre vencedor

⁴ Es esta una cuestión que actualmente es objeto de investigación y se encuentra bajo juzgamiento por la Justicia argentina.

en las elecciones celebradas en octubre de 1983, Raúl Alfonsín, se comprometió a derogar la Ley de Autoamnistía y a juzgar a los máximos responsables de la dictadura. Y esa derogación fue la primera Ley dictada por el nuevo Congreso.

Otra medida fundante adoptada por el presidente Alfonsín a poco de asumir el gobierno, fue la creación -mediante el Decreto 187/1983- de la *Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP)*, encargada de investigar y recibir denuncias, así como pruebas sobre hechos relacionados con delitos y crímenes cometidos durante el período 1976/1983, y que estaba integrada por personalidades de nuestro país pertenecientes a distintos sectores de la cultura, la política y la justicia. Como resultado de esa investigación se pudo determinar con precisión la cifra de 8.961 *desaparecidos*, entre los más de 30.000 que dejó el denominado *Proceso Militar*. Se estableció el *modus operandi* de las fuerzas armadas; la existencia de los vuelos de la muerte (mediante los cuales los *detenidos-desaparecidos* eran arrojados vivos al Río de la Plata); el secuestro y apropiación de menores; se identificaron 365 *centros clandestinos* de detención y tortura; etc. Toda la información recopilada fue remitida a la Justicia, y publicada en septiembre de 1984 en un libro que llevó el título '*Nunca Más*'. Su contenido no sólo fue considerado una valiosa prueba en el *Juicio a las Juntas*, sino que implicó un paso fundamental e *irreversible* en el camino hacia la *Verdad* y la recuperación de la *Memoria*.

La *CONADEP* constituyó, así, la primer *Comisión de la Verdad* en el mundo.

También un acto gubernamental de gran trascendencia fue la creación de la Subsecretaría de *Derechos Humanos* -mediante decreto presidencial N° 3090-, que intentó por esa vía darle continuidad a las tareas realizadas por la *CONADEP*.

Estamos convencidos que entre los muchos logros de la transición democrática argentina, hay uno que sobresale por su importancia como precedente, no sólo a nivel latinoamericano sino también mundial, y es el famoso *Juicio a las Juntas Militares*. Hoy tal vez sea difícil tener una cabal dimensión de lo que tales procesos judiciales significaron. Por primera vez en la historia de nuestro país, quienes habían sido responsables desde su función de gobierno de cometer crímenes atroces -considerados de *lesa humanidad*-, eran juzgados por el nuevo Estado Democrático de Derecho, y ello con el más absoluto respeto de las reglas del *debido proceso*.

Es así como en Argentina, un gobierno *recién nacido*, que no contaba con el control pleno sobre sus fuerzas militares, llevó a juicio y logró más condenas que las obtenidas por el conjunto de los ejércitos vencedores de los Estados

Unidos de Norteamérica, Francia, el Reino Unido y la URSS tras la Segunda Guerra Mundial, en el famoso juicio de Nüremberg.

El *Juicio a las Juntas*, caratulado como causa 13/84, se inició el 22 de abril de 1985 y tuvo una duración de ocho meses. Dejó un saldo de cinco Comandantes en Jefe condenados, al tiempo que la sentencia ordenó proceder al “... enjuiciamiento de los oficiales superiores que ocuparon los comandos de zona y sub-zona de defensa, durante la lucha contra la subversión, y de todos aquellos que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones”. Pero los avances en materia de derechos humanos logrados bajo el gobierno de Raúl Alfonsín no culminaron allí. Importantes normas internacionales fueron incorporadas a la legislación argentina, lo que tendría un impacto jurídico muy importante en los años subsiguientes. Por Ley 23.054 se ratificó la *Convención Americana de Derechos Humanos* (agosto de 1984). En el año 1986 se ratificaron el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (por Ley 23.313), el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Ley 23.313), y la *Convención sobre la Tortura y otros Tratos Inhumanos, Crueles o Degradantes* (aprobada por Ley 23.338 en ese año, y ratificada en junio 1987).

Las citadas conquistas fueron consolidadas con la reforma constitucional de 1994, en que estas y otras normas internacionales de derechos humanos quedaron incorporadas a nuestro plexo constitucional.

Los primeros contratiempos.-

El enjuiciamiento y la posterior condena a prisión perpetua de los principales responsables del genocidio, hicieron que desde los sectores de la *derecha* tradicional (que en Argentina siempre contó con el apoyo de la máxima jerarquía de la Iglesia Católica) Alfonsín fuese objeto de continuos ataques y amenazas, acusándolo de ser responsable de una ‘*campana de persecución contra los militares*’ (?). La continuidad de los juicios (que no se agotó en el Juicio a las Juntas) agudizó las tensiones con sectores militares, y las amenazas contra el Gobierno democrático se hicieron cada vez más fuertes.

En ese contexto se produjo en diciembre de 1986 la sanción de la ley 23.492, conocida como de Punto Final. La misma disponía un plazo de sesenta (60) días para someter a proceso a los posibles implicados por crímenes cometidos durante la dictadura militar. Se pensaba que con esta medida, en poco tiempo, se terminarían las citaciones a militares⁵, y con ello las amenazas de desestabilización que se cernían sobre el gobierno democrático.

5 Los cuadros medios (oficiales y suboficiales) recibían citaciones por parte de la justicia, y su respuesta era la reticencia o negativa a presentarse, y el consiguiente ‘*acuartelamiento*’ de los mismos.

Pero eso no fue suficiente. En abril de 1987, durante la *Semana Santa*, y a poco de que se hubieran iniciado las actuaciones judiciales contra oficiales de la Escuela de Mecánica de la Armada y el I° Cuerpo de Ejército (que habían funcionado durante el proceso militar como importantes *centros clandestinos* de detención y tortura), se produjo el primer *levantamiento carapintada*⁶. La intención era impedir la presentación judicial de los militares sometidos a proceso acusados de la comisión de delitos contra los *derechos humanos*. La respuesta fue inmediata, y la sociedad civil salió masivamente a las calles para apoyar al gobierno de Alfonsín. Se produjeron manifestaciones y concentraciones populares en las principales plazas del país.

Si bien el levantamiento fue sofocado, el gobierno democrático debió ceder nuevamente a las presiones militares, y sancionó en junio de ese año la Ley 23.521, denominada *Ley de obediencia debida*. Con esta medida se accedió al reclamo de separar entre aquellos considerados *responsables directos* de los crímenes, y los militares de rango intermedio e inferior, de quienes se presumía que sólo habrían '*cumplido órdenes*'.

Pese a estas importantes '*concesiones*', las amenazas sobre el gobierno de Alfonsín no se detuvieron. En enero y diciembre de 1988, se produjeron nuevos levantamientos militares. Afortunadamente, las *fuerzas leales* al gobierno democrático lograron imponerse en ambos casos.

La etapa del supuesto '*olvido y perdón*'.-

La llegada del peronista Carlos Menem a la presidencia, en el año 1989, marcó una nueva etapa y un enorme retroceso en materia de juzgamiento por *crímenes de lesa humanidad*.

Bajo la excusa de lograr una supuesta reconciliación nacional, y respondiendo a la presión de influyentes sectores de poder (grupos económicos concentrados, Iglesia Católica), el 7 de octubre de 1989, el presidente recién asumido decretó un primer indulto que incluyó a 164 carapintadas, 39 oficiales condenados por delitos cometidos durante el proceso militar, así como a los altos mandos encontrados culpables de negligencia durante la Guerra de Malvinas.

Estos masivos indultos no impidieron un nuevo –y último– alzamiento *carapintada*, que se produjo los primeros días de diciembre de 1990. El saldo

6 Se trataba de fuerzas militares que en sus levantamientos procedieron a pintarse sus rostros como si estuvieran camuflados para el combate. De allí el nombre con el que fueron identificados por la prensa argentina.

fue de trece muertos y más de doscientos heridos. Pocos días más tarde, el 30 de diciembre de 1990, Menem completó el proceso de indultos, concediendo estos -y con ello la libertad- a los miembros de la *Junta Militar* (Jorge Videla, Emilio Eduardo Massera, Roberto Viola), y a otros cientos de militares y civiles, varios de los cuales habían sido condenados a prisión perpetua. Los *indultos* decretados por Menem incluyeron no sólo a todos aquellos militares que habían sido condenados por *crímenes de lesa humanidad*, sino también a las cúpulas guerrilleras sentenciadas bajo el gobierno de Alfonsín, y a más de 400 militares que aún seguían sometidos a proceso, es decir, 'sin condenas firmes'.

La década de los noventa del siglo XX fue, para la Argentina, una etapa de enormes retrocesos en materia de derechos humanos. La implementación de una política neoliberal -que llevó burlescamente a Stiglitz a calificar a nuestro país como 'el mejor alumno del Fondo Monetario Internacional'- hizo estragos en la sociedad. Miles de empresas debieron cerrar sus establecimientos, la tasa de desempleo superó el 25% y el sub-empleo alcanzó cifras similares. El proceso de privatización de las principales empresas estatales fue acompañado de una enorme corrupción y de un exorbitante aumento de la deuda externa, la que ya para entonces era una 'espada de Damocles' sobre el Estado argentino. La exclusión y la pobreza afectaban a cientos de miles de personas, generando un profundo quiebre en la sociedad argentina. En 1989, y tras nuevas elecciones democráticas, el menemismo dejó su lugar al gobierno de la 'alianza', integrado principalmente por representantes del Partido Radical, aunque del ala 'derecha' del mismo. El nuevo presidente, Fernando De La Rúa, mantuvo los lineamientos de la *política económica neoliberal* implementada por el menemismo, agudizando con ello la crisis social. Este peligroso coctel de pobreza, desocupación, exclusión, destrucción del aparato industrial, endeudamiento externo, etc., terminó por hacer eclosión en diciembre de 2001, cuando la gente salió a las calles bajo el grito '*que se vayan todos*' (referido a la clase política) exigiendo profundos cambios.

Pese a lo relatado, durante la aciaga década de los '90 hay algunas cuestiones que merecen ser rescatadas. En primer lugar la reforma constitucional del año 1994. Si bien el principal motivo de la misma era posibilitar la reelección presidencial (vedada por la Constitución entonces vigente en la Argentina), como el presidente Menem no contaba en el Congreso de la Nación con los votos necesarios para llamar a una Convención Constituyente, se vio obligado a negociar con la oposición radical (encabezada por el ex presidente Alfonsín). Merced al Pacto⁷ alcanzado entre ambas fuerzas políticas se logró la inclusión

⁷ El acuerdo alcanzado entre Alfonsín y Menem fue conocido como el *Pacto de Olivos*, nombre dado por el lugar donde se celebró el encuentro entre ambos.

en la nueva Carta Magna de toda una serie de derechos realmente muy valiosos para el futuro. Entre ellos ocupa un lugar central la reforma del inciso 22 del artículo 75, merced al cual adquirieron raigambre constitucional una serie de *Declaraciones, Pactos y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*. Estas normas, al ser incorporadas expresamente a la Constitución Nacional, quedaron en un plano superior al de la legislación interna, la que debió desde entonces *adecuarse* a estos nuevos instrumentos. El artículo 75 fue una de las vías empleada para iniciar el camino de la recuperación de los derechos humanos a partir del año 2003.

El segundo aspecto central es que la política del *olvido* y el *perdón*, instaurada por el gobierno menemista, lejos estuvo de obtener los resultados que sus impulsores *auguraban*. La década de 1990 puede ser considerada como la de la *impunidad*; pero sin duda *no la del silencio*.

A pesar de las trabas legales existentes, la sociedad argentina siguió exigiendo conocer su pasado. Ello dio origen, a partir del año 1995, a diversos reclamos por parte de víctimas y familiares ante Tribunales extranjeros, única vía posible ante la vigencia en la Argentina de las leyes de *Obediencia Debida y Punto Final*.

A comienzos de ese año, el ex capitán de corbeta Adolfo Scilingo realizó una nota en la que, ante el periodista argentino Horacio Verbitsky⁸, *confesó* y brindó detalles de los denominados '*vuelos de la muerte*'. Scilingo explicó pormenorizadamente los diferentes procedimientos empleados en la ESMA (Escuela de Mecánica de la Armada), el aval de la máxima jerarquía de la Iglesia Católica para el empleo de estos métodos de exterminio ('*por ser más humanitarios*'), la cantidad de '*vuelos semanales*' realizados, etc. Estas declaraciones permitieron que el colectivo Asociación Pro Derechos Humanos – Madrid, junto a *Izquierda Unida* y algunos particulares, presentara una denuncia ante la Audiencia Nacional de España, basada en la vigencia del principio de *jurisdicción internacional* frente a la comisión de *crímenes de lesa humanidad*. El juez español Baltasar Garzón tomó intervención ante las denuncias, y la *Audiencia Nacional* de España, en junio de 1996, declaró la competencia de la jurisdicción española sobre supuestos delitos de *genocidio, tortura y terrorismo*, lo que fue ratificado por el Tribunal Supremo de ese país.

A la *confesión* de Scilingo le siguió, a fines del mes de abril de 1995, la del ex agente de Inteligencia del Ejército Ricardo Oliveros, quien

⁸ Periodista e investigador. Columnista del Diario *Página 12*. Actualmente es Director del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), uno de los organismos defensores de los derechos humanos más importantes de la Argentina.

aportó detalles ante la Audiencia Nacional de Madrid sobre los crímenes cometidos durante la dictadura en la ciudad de Mar del Plata.

Estos constituyen prácticamente los únicos casos de *confesión* efectuados por miembros de las fuerzas que usurparon el poder, quienes sellaron un pacto de silencio que se ha mantenido vigente hasta nuestros días. Los implicados en el *Proceso Militar* se han negado sistemáticamente a brindar información o listas con el nombre de los desaparecidos, de los niños apropiados, el destino de cuerpos, etc..

Simultáneamente a estos reclamos internacionales, en Argentina se produjo la apertura de los llamados *Juicios de la Verdad*. Cerrada por entonces la posibilidad del juzgamiento, estos procesos iniciados ante la justicia federal buscaban recuperar un derecho humano esencial: el *derecho a la memoria*.

En este sentido, en su presentación ante la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal* en Abril de 1995, Emilio Mignone⁹ (1995) sostuvo que:

*"...el derecho a la Verdad es el derecho a obtener respuestas del Estado (...) es la facultad de todo individuo a exigirle a este que informe a los familiares de las víctimas acerca del paradero de sus seres queridos. Es el derecho a obtener una respuesta final que detalle las circunstancias de la desaparición, detención y muerte de las víctimas. El derecho a la Verdad incluye el derecho a saber dónde están los cuerpos de los desaparecidos y es por ello un elemento del derecho a la justicia."*¹⁰

Merced a ello se iniciaron nuevas investigaciones y se tomó declaración a cientos de testigos con el objetivo de esclarecer el circuito y destino de cada secuestrado, el modus operandi, los implicados civiles, y todo aquello vinculado con un período nefasto para nuestro país que incluyó no sólo los años de la dictadura (1976/1983), sino los que la precedieron y en los cuales se gestó esa metodología de persecución y eliminación sistemática de personas.

En forma paralela, las Asociaciones *Madres y Abuelas de Plaza de Mayo*, junto a la de Hijos, creada en el año 1996, profundizaron su lucha en la búsqueda por recuperar a los cientos de hijos de desaparecidos que, se conocía, habían

⁹ Emilio Mignone, junto a Carmen Lapacó, fueron dos de los fundadores del CELS, y quienes inauguraron la estrategia de iniciar los *Juicios de la Verdad*.

¹⁰ Ver *Derechos humanos en Argentina*. Informe 2012 del CELS; Siglo XXI Editores; pág. 31.

sido apropiados por los militares durante el proceso¹¹. Se trataba de delitos no alcanzados por los indultos decretados por el presidente Menem, ni por las leyes de *Obediencia Debida* y *Punto Final*.

A partir de entonces, la justicia argentina debió dar respuesta a una nueva serie de reclamos que apuntaban a tres aspectos diferentes:

- 1) el juzgamiento y encarcelamiento de aquellos acusados de apropiación de niños durante la dictadura;
- 2) la implementación de políticas de reparación hacia las víctimas;
- 3) las demandas internacionales de juzgamiento a torturadores argentinos.

Otros logros destacables de esos años en materia de derechos humanos fueron la eliminación del servicio militar obligatorio; la indemnización de presos políticos y familiares de las víctimas de desaparición forzada; la creación del *Banco de datos* genéticos -esencial para el reconocimiento de niños apropiados-; y la aceptación de una nueva figura legal conocida como '*ausencia por desaparición forzada*'.

Para el año 2000, muchos altos mandos militares y miembros de las fuerzas de seguridad se hallaban detenidos y sometidos a proceso por el delito de apropiación de menores.

El fin de la impunidad: enderezando el rumbo.-

Ante la defección evidenciada por la clase política gobernante, y el silencio cómplice de vastos sectores del poder judicial, fue la acción de los grupos y organismos de Derechos Humanos (DH), la que permitió lograr los avances citados y mantener encendida la esperanza de alcanzar *memoria, verdad y justicia*.

En materia judicial, el punto de inflexión se dio en el mes de marzo de 2001, cuando el juez Gabriel Cavallo, en la causa 'Simón, Julio Héctor y otros'¹².

¹¹ Gracias a la labor fecunda de estas asociaciones -*Madres, Abuelas e Hijos*-, hasta el mes de Diciembre de 2015 han logrado recuperar su identidad 119 hijos de desaparecidos que habían sido ilegalmente apropiados. El día 5 de agosto de 2014 recuperó su identidad el nieto de la Presidenta de la Fundación Abuelas de Plaza de Mayo, Estela de Carlotto, tal vez unos de los máximos símbolos de la lucha por los Derechos Humanos en nuestro país.

¹² La causa 'Simón' se inició con una querrela presentada en el año 2000 por el CELS. En ella se reclamaba por la apropiación de una beba de ocho meses -Claudia Poblete-, pero a la vez por el secuestro y desaparición de sus padres -José Poblete y Gertrudis Hlaczik-, delito considerado necesario para la posterior comisión de la apropiación de la menor.

declaró inválidas, inconstitucionales y nulas las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Ese mismo año, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ratificó el fallo. Es importante tener presente que el fallo Simón fue dictado en forma casi simultánea con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos vs Perú, que constituye uno de los más importantes precedentes internacionales en la materia. Allí expresamente se establece que

“Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

(...) Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.”

Tras el colapso político generado por la *crisis económico-social de diciembre de 2001*, que dejó un saldo de cinco (5) presidentes sucesivos en pocas semanas, se produjo el llamado anticipado a elecciones y el acceso de Néstor Kirchner a la primera magistratura del país. Como presidente, Kirchner asumió como propias las banderas de *memoria, verdad y justicia*. Bajo su impulso, el 2 de septiembre del año 2003 el Congreso de la Nación Argentina sancionó la Ley 25.779, que declaró la nulidad insanable de las leyes de Obediencia Debida, de Punto Final, y también los decretos que disponían los indultos. Sólo unas semanas antes, el Congreso había aprobado y otorgado rango constitucional a la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad*.

Ese mismo año se estableció en la ESMA (Escuela de Mecánica de la Armada) el *Museo de la Memoria*, cumpliéndose así con un viejo anhelo de los organismos de derechos humanos.

En agosto de 2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), ya con su nueva composición¹³, dictó sentencia en la Causa 259 caratulada '*Arancibia Clavel, Enrique s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros*'. Allí se resolvió un tema central en referencia a la NO vigencia del instituto de la prescripción en materia penal frente a *crímenes de lesa humanidad*, y constituye otro de los precedentes fundamentales en nuestra materia.

Todos estos avances en la lucha por la justicia continuaron consolidándose cuando en el año 2005 la CSJN dictó sentencia en la citada causa *Simón*, confirmando finalmente la invalidez e inconstitucionalidad de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Al año siguiente la Corte Suprema abriría definitivamente la posibilidad del pleno juzgamiento al declarar la inconstitucionalidad de los indultos decretados desde el año 1989.

A partir de entonces comenzó la reapertura de los juicios contra militares y civiles implicados en crímenes de *lesa humanidad*.

En esta nueva etapa de juzgamiento se decidió, en muchos departamentos judiciales, un diseño de acumulación de expedientes. Ello implica unificar en un solo y mismo expediente judicial, causas con conexidad de víctimas y victimarios. Esas megacausas son identificadas por la zona, lugar o el Centro Clandestino de Detención en que se cometieron los crímenes. Tal los casos de las *Megacausas ESMA, Mendoza-Juicio a los jueces, San Rafael, Santa Fe, La Perla* y otras. La estrategia implementada tiene varios aspectos muy positivos. En primer lugar, ayuda a disminuir el desgaste psicofísico de testigos, víctimas y familiares, los que no se ven en la necesidad de reproducir sus declaraciones en Tribunales 'cientos de veces'. Se intenta evitar que aquellos que han sufrido el horror del terrorismo de Estado tengan que estar periódicamente obligados a brindar testimonio en una multiplicidad de juicios, y con ello 'revivir esos hechos'. Se gana asimismo en celeridad, y se logra una mayor economía procesal, al reunir en grandes juicios todos los hechos, pruebas, etc. El acortamiento de los tiempos judiciales deviene vital, sobre todo ante el juzgamiento de hechos ocurridos hace más de treinta años, a sabiendas que el transcurso del tiempo trae aparejado la desaparición física de numerosos testigos -y pruebas-, así como de víctimas y victimarios, y todo ello sin haberse podido alcanzar la necesaria justicia.

13 Bajo el Gobierno del Presidente Menem, la CSJN había visto alterada su composición a través del aumento del número de sus miembros y la designación como jueces de 'amigos del poder'. Bajo el gobierno de Kirchner se efectuó una importante reforma para democratizar el ingreso al máximo Tribunal, y se logró la designación de destacados juristas que le devolvieron a la CSJN su respeto y reconocimiento general.

Finalmente, los *megajuicios* ofrecen una *visión totalizadora* del terrorismo de *Estado*, y permiten entender los crímenes cometidos como parte de un *Plan Sistemático*, cuestión mucho más dificultosa cuando la mirada se centra sólo sobre actos individuales.

Y esto se vincula en forma directa con uno de los aspectos que considero más importantes de la etapa iniciada a partir del año 2003: el cambio en la forma de analizar lo sucedido en nuestro país. Con el transcurso del tiempo, las investigaciones llevadas adelante fueron aportando nuevos datos; otras *complicidades* y *responsables* salen a la luz, y la visión total del proceso vivido va cambiando. Hoy ya no caracterizamos al gobierno surgido el 24 de marzo de 1976 como resultado de un simple *golpe militar*, sino que lo comprendemos como producto de un elaborado y planificado *golpe cívico-empresario-militar-eclesiástico*, en el que el factor económico ocupó un lugar central. La responsabilidad de ciertos grupos empresarios, sindicales, eclesiásticos y del poder judicial en la comisión de delitos de lesa humanidad, es objeto de una especial investigación. Y en ésta línea avanzan los juicios que se llevan adelante en los tribunales de nuestro país.

Otro aspecto a destacar, es que los procesos judiciales que, en distintas etapas, se han llevado adelante en la Argentina, constituyen un paradigma en cuanto al respeto del *principio del debido proceso*. Los acusados han gozado de las más amplias facultades para ejercer su defensa -como lo prueban las múltiples declaraciones judiciales de *no culpabilidad*-, situación de la que lamentablemente carecieron sus víctimas.

Según el informe de seguimiento de juicios que elabora periódicamente la *Procuraduría de Crímenes de Lesa Humanidad*, al 30 de septiembre de 2015 se registraban 514 causas, en las que 2166 imputados se encuentran o fueron investigados. Asimismo, existen otras 224 causas que fueron acumuladas a expedientes principales (en algunos casos *megacausas*) en distintas instancias de la investigación. Un total de 679 personas se hallan imputadas con sentencia (622 condenados y 57 absueltos); 883 personas se encuentran con procesamiento, 113 con falta de mérito, 11 con sobreseimiento y 196 personas indagadas e imputadas cuya situación procesal no se ha resuelto aún. Por último, existen 57 prófugos y 227 imputados que fallecieron impunes. En 147 causas ya se ha dictado sentencia, y 45 de ellas ya poseen *sentencia firme*, con la confirmación de la condena de 95 imputados.

De igual modo, al momento de escribir estas líneas ya son 118 los niños apropiados en cautiverio que han recuperado su identidad.

A modo de Conclusión.-

Un solo camino: Profundizar la justicia y el conocimiento de la verdad

Estamos convencidos que si lo que se pretende es refundar un Estado Democrático de Derecho basado en el respeto de los *Derechos Humanos* en su más amplio sentido, no es posible aceptar la amnistía de aquellos que han cometido *crímenes de lesa humanidad*. Y ello no sólo por una cuestión estrictamente jurídica, que implica el cumplimiento de una ya pacífica legislación internacional y nacional -en el caso argentino- en la materia, sino sobre todo por una razón política y pedagógica. Si queremos realmente evitar que estos hechos atroces se repitan, debe quedar muy claro que quienes pretendan llevarlos a cabo serán perseguidos en todo tiempo y lugar, juzgados con pleno respeto a la ley, y en caso de ser considerados culpables, castigados. Que no habrá posibilidad alguna de amnistías ni perdones. Que no se aceptarán chantajes de ningún tipo.

Esta fue la idea con que el primer gobierno democrático concibió la transición, y así lo cuenta el propio Alfonsín (2004) en sus memorias:

“Había que evitar que se repitiese este ciclo histórico de la impunidad y sentar el precedente de que a partir de 1983 no se tolerarían nunca más episodios al margen de la ley. Estaba convencido de que todo proceso de transición democrática debía intentar un objetivo prioritario y excluyente: prevenir la comisión futura de violaciones a los derechos humanos. (...)

Nuestro objetivo no podía ser el juicio y la condena a todos los que de una u otra manera habían vulnerado los derechos humanos, porque esto era irrealizable, sino alcanzar un castigo ejemplificador que previniera la reiteración de hechos similares en el futuro. Necesitábamos dejar una impronta en la conciencia colectiva en el sentido de que no había ningún grupo, por poderoso que fuera, que estuviera por encima de la ley y que pudiera sacrificar al ser humano en función de logros supuestamente valiosos.”

Creemos que vale la pena recordar cómo, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, el nuevo gobierno laborista inglés, responsable junto a Francia y los Estados Unidos de llevar adelante la reconstrucción democrática de Alemania, enfrentó ese desafío. Para lograrlo era necesario comprender qué fue lo que había hecho posible la llegada del nazismo al poder, y qué garantías deberían establecerse para que algo similar no volviera a ocurrir.

El diagnóstico fue el siguiente: la crisis económica había hecho que la burguesía se abroquelase en defensa de sus intereses y apoyara el acceso de Hitler al poder. Los grandes capitalistas, viendo amenazados sus privilegios, decidieron abandonar el modelo *liberal democrático* y se volvieron defensores de un régimen *totalitario* que prometía poner fin a la *lucha de clases* y garantizar el modo de producción capitalista.

Ante ese diagnóstico, la propuesta del laborismo inglés fue profundizar el modelo democrático. Establecer la democracia no sólo para el campo político, sino extenderla al económico. Así implementaron en la *nueva Alemania* el sistema de cogestión laboral. Desde entonces, el manejo de la empresa (nos referimos a las que tienen un número importante de trabajadores) quedó en manos de una organización tripartita igualitaria integrada por representantes del capital, de los trabajadores y del Estado. La participación en las ganancias, la planificación del futuro empresarial, todo quedó sujeto a la decisión democrática de los propios interesados.

Esa, creemos nosotros, es la experiencia a tomar en cuenta a la hora de avanzar en la construcción de un Estado Democrático de Derecho que proteja los derechos humanos, y no soluciones como las implementadas en España o Sudáfrica, por citar ejemplos conocidos por todos.

Según ha manifestado el Presidente de la CSJN, Ricardo Lorenzetti, los juicios a los represores constituyen un *cuestión consolidada*, y forman parte del '*contrato social*' de los argentinos. Sin embargo no podemos ni queremos contentarnos con ello. Es importante continuar con las investigaciones destinadas a conocer y entender primero, para poder juzgar y castigar después, en caso de corresponder, a todos aquellos que de un modo u otro hicieron posible la masiva violación de derechos fundamentales en ese período tan triste de nuestra historia.

Es necesario identificar y juzgar a los responsables económicos que -durante la dictadura- tuvieron un activo involucramiento en la comisión de actos criminales con el objetivo de obtener beneficios económicos, hacer negocios, quedarse con empresas, etc.. Esas son algunas de las *Cuentas Pendiente* que señalan Horacio Verbitsky y Juan Pablo Bohoslavsky (2013) en un trabajo de lectura insoslayable en la materia. En esta línea, el informe elaborado por Oficina de Derechos Humanos creada por la *Comisión Nacional de Valores* en el año 2012 comenzó a dar luz sobre un área de vital relevancia: los negocios y tramas del sistema financiero.

Entendemos que el grado de avance actualmente alcanzado por la justicia transicional en nuestro país no nos permite dejar fuera del análisis el aspecto de la dimensión económica.

Otro paso importante en el camino planteado es la reciente creación de la '*Comisión Bicameral de la Verdad, la Memoria, la justicia, la Reparación y el Fortalecimiento de las instituciones de la Democracia*'.

Sin embargo la tarea tampoco debe agotarse allí.

El debate debe centrarse no sólo en el juzgamiento de los crímenes del pasado, sino que resulta imprescindible discutir los problemas que en materia de derechos humanos enfrentamos hoy en día. Cómo lograr hacer efectivos los derechos civiles y políticos, pero también los *derechos económicos, sociales y culturales*. La distribución del ingreso, la erradicación de la pobreza, la inclusión social, la urbanización de las villas de emergencia, la (re)construcción del *derecho a la ciudad*, deben ser temas centrales de nuestra agenda política.

Luchemos por que así sea.

BIBLIOGRAFÍA:

- Alfonsín, R. (2004); *Memoria Política. Transición a la Democracia y Derechos Humanos*; Fondo de Cultura Económica; Argentina; 2013; págs. 36/45
- Klein, N (2007); *La Doctrina del Shock. El auge del Capitalismo del Desastre*. Editorial Paidós; España; pág. 27/8
- Citado por Vicente Muleiro (2012); 1976. *El Golpe Civil*; Grupo Editorial Planeta; Bs.As., Argentina; pág. 46
- Sikkink, K. (2013); *La Cascada de la Justicia. Cómo los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política*; Editorial Gedisa; Argentina; págs. 42/3
- Stiglitz, J. (2003); *Los Felices '90. La semilla de la destrucción*; Ed. Santillana; Argentina; pág. 77
- Verbitsky, Horacio y Bohoslavsky, J. P. -Editores- (2013); *Cuentas Pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura*; Siglo XXI editores; Argentina

LA PERSONA JURÍDICA EN LA DOCTRINA LEGISLATIVA ECUATORIANA DE LA CULPABILIDAD

Camilo Moreno-Piedrahíta H.¹

Resumen: *Se examinan las contradicciones entre la definición legal de culpabilidad del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador (COIP) y la naturaleza de las personas jurídicas, a fin de demostrar hasta qué punto les resultan aplicables las consecuencias jurídicas allí previstas. Todo esto siguiendo los principios establecidos por el propio COIP; de este modo, se aplicará la filosofía del Derecho penal (philosophie du droit pénal) o crítica de la coherencia de la norma penal conforme su contemplación intrasistémica (su ser fenomenológico). Siguiendo este método se llega a la conclusión de que el régimen ecuatoriano de responsabilidad penal de las personas jurídicas solo puede aplicarse muy limitadamente, de la forma en que fue concebido en el COIP. Se demostrará la necesidad de una reforma urgente de varios artículos que paulatinamente son comentados.*

Palabras clave: Personas jurídicas, Culpabilidad, Ecuador.

1. Introducción. Síntomas de la crisis del sistema de imputación.-

No he cometido un error. Sí, es una *contraditio in terminis* hablar de una «doctrina legislativa»; y no solo eso, también es científicamente desdeñable. Como lo advierte Lizst (1896):

“Solo los conceptos descubiertos por la Ciencia, y, por consiguiente, puestos en la corriente vivificadora de las discusiones científicas, son capaces de impedir la enervación de la jurisdicción, lo cual acontecería irremediablemente si la Legislación llegase en algún tiempo a formular sin vacíos la teoría del delito.”

Sin embargo, esta lapidaria y más que centenaria verdad, fue inadvertida por el legislador ecuatoriano.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (sede Quito), actualmente se encuentra Doctorando en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Granada, España y realiza una estancia de investigación gracias a la hospitalidad del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* en Freiburg i. Br. (Alemania), mphecamilo@hotmail.com.

Uno tras otro y aún otro más: así va definiendo el COIP los conceptos jurídico-penales, incluso si se lo lee sucintamente. Nada parece escapársele. Pues bien, esa es la ley que tenemos y debemos intentar aplicar justamente. La doctrina oficialmente establecida por quien no le corresponde aquél oficio, no impide a los penalistas liberales buscar alguna solución en los aspectos problemáticos.

Precisamente ese es el fin de este breve comentario. Intentaré buscar una alternativa para hacer responsables penalmente a las personas jurídicas, dentro de los estrechos márgenes bio-psicológicos de la doctrina sobre la culpabilidad que legislativamente se ha incorporado en el Ecuador. Y es que el sistema de imputación a la persona jurídica en nuestro país se encuentra en estado crítico: era de esperar que al introducir un sujeto de naturaleza distinta al tradicional, en el articulado se evitasen las definiciones que aluden únicamente a uno de ellos; más aún cuando se trata de la culpabilidad. Por ello, debió omitirse el concepto del art. 34 del COIP.

Aquél del art. 27 acerca de la culpa, afortunadamente no ofrece reparos, pues la infracción del deber de cuidado se juzga normativamente (Bustos, 2007). El que para el dolo trae el art. 26 (esa breve y molesta evocación a la pandectística²) tampoco, si se entiende que la voluntad jurídicamente no requiere ser individual. No obstante, para esto habría que relegar la teoría de la ficción por la igualmente vieja e inaceptable teoría de la realidad. Así, habría que entender que la persona jurídica tiene también pensamiento y entendimiento propios, es decir, posee el cerebro y la voluntad necesarios para realizar un juicio crítico. La metafísica a la cual esta aplicación de la teoría del órgano conduciría mediante la atribución de sus actos y pensamientos, ha sido cuestionada desde hace ya mucho tiempo en la dogmática penal (Jiménez de Asúa, 1947). Gierke, pese a su pretendido realismo, verdaderamente desarrolló una teoría más ficticia que la propia teoría de la ficción. (Ferrara, 2006)

En todo caso, pese a que esto parece ser fácil a primera vista, resulta imposible al examinar los límites bio-psicológicos del art. 34. Allí se contiene un concepto de culpabilidad inaplicable a la persona jurídica, al cual se encuentran sometidos el dolo y la culpa por suponer «indicios» de la existencia de aquella obra por la cual se reprocha al sujeto capaz de ser culpable³. Es decir, ambos conceptos deberían entenderse en clave bio-psicológica, de forma adecuada para el sujeto que allí se describe es pasible de serlo. Ésta es la problemática que describiré y sobre cuyas soluciones me referiré en este artículo.

2 Véase el paralelo con el art. 29 del Código civil considerando que *injuria* en Roma significó daño.

3 Es decir aceptando que los elementos subjetivos del hecho -imputabilidad, conocimiento (cognoscibilidad) o exigibilidad- son indicios de un defecto de fidelidad al ordenamiento jurídico. Cf. Jakobs, 2003, p. 76.

Las dos opciones que surgen enseguida, muy pronto se muestran inviables.

No podría salvarse la inaplicabilidad de esos criterios necesarios para la imputación subjetiva, transponiendo a la persona jurídica el juicio de culpabilidad realizado sobre el órgano (o aquellos sujetos de la abundantísima lista del art. 49 COIP) conforme se ha sugerido en otros países (Quintero, 2010 y Zugaldía, 2013).

Llevar a este extremo la doctrina del hecho de conexión no solo supondría un régimen de responsabilidad penal objetiva (González, 2008 y Bacigalupo, 2013), sino que resulta impensable en los países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En él se requiere comprobar la realización del ilícito y reprochar la culpabilidad en quien recae la pena, de forma mediata; el art. 5.3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos lo dice claramente: «La pena no puede trascender de la persona del delincuente». Si solo delinque quien realiza un injusto culpablemente (es una perogrullada), la pena de la persona jurídica supone su propio reproche de culpabilidad.

Ahora, tampoco por estar referida *esa* definición de culpabilidad únicamente a la persona natural, podría buscarse *otra* doctrinariamente adecuada a la naturaleza de la persona jurídica. Pese a haber tenido acogida en la hermanada dogmática penal española (Zugaldía, 2003 y Bacigalupo, 2013) nuestra ley impide que se adopte la doctrina de la culpabilidad por defecto de organización (sin embargo: Araujo, 2014 (1), pp. 155-156. *Ibidem*, 2014 (2), p.487); y, pese a que una concepción normativa de la culpabilidad que distinga entre dolo y culpa según la mayor o menor probabilidad de lesión o peligros del bien jurídico sería la más adecuada (acertadamente: García, 2014, pp. 435-436)⁴, permanece aquél escollo del art. 34. Y es que allí se pone como presupuesto de la culpabilidad la normalidad bio-psicológica del encausado, haciendo que toda imputación subjetiva deba ser necesariamente individual.

Si consideramos los principios extraídos del propio COIP, si es que sin escapar del positivismo propio del Derecho penal examinamos sus normas tal y como existen según la ley aunque yendo más allá de la simple lectura párrafo por párrafo para lograr un entendimiento «en ‘philosophant’», conforme la metodología seguida en este artículo, solo se puede arribar a esas conclusiones.

4 Zúñiga, (2007), p. 86 y ss., hubo hecho el mismo análisis en la dogmática española.

Este método sirve para demostrar los vicios ocultos que la introducción de un nuevo sujeto en legislaciones tradicionalmente individualistas pueden suponer (así, Conte, p.110)⁵.

Y es que el COIP trae un sistema de imputación objetiva y subjetiva común tanto para las personas jurídicas como para las naturales. El título I del libro I hace referencia a la «infracción penal en general»; enseguida dentro del capítulo I de aquél título se contiene una serie sucesiva de secciones que la describen; los capítulos que le siguen más tarde describen su ejecución, la participación en ella y las circunstancias que la rodean; y, finalmente, coda de aquél mismo título I del libro I, vendrá el quinto y último capítulo a referirse a la «Responsabilidad penal de las personas jurídicas». Por lo tanto, esta regulación se halla inmersa en los principios comunes para todas infracciones penales reguladas en el COIP; vale decir para ser claro: el ilícito y la culpabilidad de las personas jurídicas se sujetan a las reglas allí descritas, pues el legislador entendió que comparten características comunes a los de los demás sujetos. Así, la culpabilidad de las personas jurídicas dentro del régimen penal ecuatoriano, ha sido sometida también a los rígidos márgenes bio-psicológicos impuestos por la definición del art. 34 del COIP.

Es imposible ver en el epígrafe del título I del libro I la descripción compendiada de algunos rasgos del ilícito y culpabilidad (sus generalidades), frente a la cual se incluye otra sobre el ilícito y culpabilidad específicos de la persona jurídica que excepciona para este caso los principios allí descritos. Es decir, no cabe hacer aquello que resulta posible con la excepción expuesta por el art. 38 del COIP respecto de quienes no tengan 18 años de edad. Esos sujetos sí están sometidos a un régimen distinto al de los demás; vale decir para ser exactos, a principios distintos al Derecho penal común... a un Derecho penal especial.

Aunque el ejemplo es un poco tosco (pues no alude a la culpabilidad), puede tenerse en cuenta acerca de cómo la ubicación de los epígrafes del COIP puede dar lugar al sometimiento a distintos principios a un mismo ilícito, aquél resultante de la contraposición del título I del libro I con el título IV del mismo libro. Entonces sí cabe hablar de una descripción de ciertos rasgos sobre la «infracción penal en general», frente a los rasgos específicos de las «infracciones en particular». Por eso entonces sí sería imposible aplicar los principios derivados de un régimen a otro: así, no podría entenderse que la

⁵ En Francia ha permitido criticar seriamente en el trabajo citado uno de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas más seguidos a nivel mundial.

agravante de parentesco del 142.2 es una más de las enumerada en el 47, siendo aplicable a todos los delitos de la parte especial⁶.

Para que la existencia de ese régimen especial fuese posible, debería haberse incluido el capítulo V, del título I del libro I, como título II del libro I. Es decir: contrapuesto al título que trata sobre la «Infracción en general», debería haberse colocado otro sobre la «Infracción de la persona jurídica». Incluso podría haberse utilizado el mismo epígrafe actual, para hablar sobre su responsabilidad excepcionando de los principios comunes tanto el ilícito como la culpabilidad. Pero no, no fue así. Si quisiéramos ser indulgentes con el legislador forzándonos a entender que allí hay un régimen especial, vulneraríamos el principio de legalidad afectando el derecho al debido proceso de la persona jurídica. Los márgenes rígidos de los epígrafes de un código no lo permiten.

¿Cómo podría solucionarse este problema? Para abordarlo debo explicar primero cuál es la doctrina legislativa ecuatoriana de la culpabilidad.

2. La culpabilidad en el COIP.-

El legislador adoptó en el COIP la dogmática penal reinante desde 1930 en el espacio hispanohablante (véase: Bacigalupo, 2005, p. XVI). Con mayor precisión: la «concepción jurídica española de la culpabilidad» (véase: De Rivacoba, 1975, pássim), que la así llamada Escuela penal española en el exilio legó al pensamiento americano⁷. Lo característico de esta concepción inaugurada por *Jiménez de Asúa*, es el sometimiento del reproche de culpabilidad al prerrequisito de la valoración sobre la normalidad bio-psicológica del sujeto. Con esto él quiso conciliar los postulados de la Escuela clásica con los del Positivismo empírico, del cual mostraba seria admiración. Y es que aunque para aquélla no habría tenido sentido indagar en esos campos, puesto que sostenía que el hombre determina libremente su voluntad, según el eclecticismo inspirado en la segunda Escuela al que se atuvo *v. Lizst* (maestro del docto español que le siguió) sí se lo debía hacer. Para establecer la responsabilidad se debía buscar las causas del acto antisocial, y conforme los positivistas italianos éstas pertenecían al mundo natural porque refirieron el Derecho penal a la Antropología, Medicina o Sociología.

6 Lo cual es por cierto una falencia del legislador dada la declaración del art. 67 de la Constitución. Era de esperar que ese «núcleo fundamental de la sociedad» sea tutelado con mayor rigor. Dado que esa circunstancia también puede atenuar la responsabilidad, era de esperar que el legislador siga el buen ejemplo del art. 23 del Código penal español.

7 Pese a que ésta es idéntica en autores como Bettiol, la influencia española es evidente. El prestigio que tuvo y tiene en nuestra academia Jiménez de Asúa no nos permite pensar en otra forma de adopción.

Así, es evidente entonces porqué se producía una exclusión de la persona jurídica de aquél concepto dogmático. Por eso, aunque resulte útil a la teoría del delito, una vez incorporado este nuevo sujeto al Derecho penal ecuatoriano debe ser examinado.

El que sea aconsejable o no incorporar la imputabilidad entendida en clave bio-psicológica como un presupuesto de la culpabilidad, ha sido debatido con muy buenos argumentos en la dogmática penal desde hace mucho. Acerca de esto no puedo referirme aquí, aunque sería lo más adecuado. En todo caso, sobre el que sea ineludible mantener ese presupuesto, sí me corresponde referirme brevisísimamente.

Debo advertir antes que nada que los finalistas también han sometido a la culpabilidad ese presupuesto a la culpabilidad; sin embargo, lo han hecho incorporando además el requisito de la no exigibilidad de la conducta. De esta forma, el art. 34 del COIP no parece responder a la pretendida inspiración finalista-welseliana que le ha sido endilgada, sino que más bien resultaría ser el mantenimiento de aquella doctrina que hubo dominado América. Con esto no pretendo criticar esa falta de fidelidad pues evidentemente ese requisito pertenece conforme la dogmática penal actual a la valoración de la existencia de un riesgo jurídica y socialmente permitido.

En todo caso, quiero destacar que si bien el combate de una doctrina basada en el pensamiento hispanoamericano de los años 1930 sería sencillo ante la incorporación de las personas jurídicas, su análisis requiere de una mayor profundidad. Y es que los finalistas han arribado a la inclusión de ese parámetro en el juicio de culpabilidad, partiendo de una concepción normativa de la misma. Dado el prestigio que tiene en el pensamiento penal, la interrogante planteada debe responderse desde aquí. Entonces: ¿realmente es ineludible mantener el presupuesto de la normalidad bio-psicológica dentro de una concepción normativa de la culpabilidad?

Es verdad que esta concepción también conduce a presuponerla, a pesar de haber librado a la culpabilidad de la valoración de elementos psicológicos. Y es que, como se asegura, solo podría reprocharse al sujeto por no haber configurado su conducta conforme la norma si es que no lo ha hecho mediante su voluntad, siendo la culpabilidad bajo esta concepción una «reprochabilidad por la configuración de la voluntad» (Donna, 1974). Sin embargo, ese sometimiento general a este presupuesto bio-psicológico del reproche de culpabilidad, solo sería obligatorio si es que el humano individualmente concebido fuese el único destinatario de las normas. Es decir, la normalidad bio-psicológica debería ser

valorada siempre, solo la persona natural fuese exclusivamente la destinataria de las normas penales. Este es el único modo en que el reproche por la configuración de la voluntad de una forma contraria a la supuesta por las normas, requeriría siempre la valoración de la voluntad humana individualmente considerada. Solo entonces en la norma se habría considerado exclusivamente las capacidades del individuo en su afán de motivarle. Aquello podría concluirse tan solo en tanto la voluntad jurídicamente presupuesta fuese siempre la del individuo; no obstante, el Derecho nos demuestra con claridad que esto no es así.

La explicación del por qué esto es así no la puedo dar en este corto espacio; se requeriría deconstruir una construcción mental legada a través de los años en los penalistas. En todo caso, esa tarea pendiente de la ciencia ante la decidida incorporación de los legisladores de un nuevo sujeto del Derecho penal, debería tener una respuesta afirmativa. De otra forma, todo ese movimiento mundial de reforma que ha incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, caería. Esto, claro está, siempre que sigamos confiando en la científicidad del Derecho. Por eso permítaseme dar por supuesto que lo dicho es efectivamente de ese modo, sin otra prueba más que la de la aceptación rampante de esta institución jurídica, lo cual, debo aceptarlo, no impide que nos encontremos simplemente ante una amplia difusión internacional de un error (Jakobs, 2002)⁸. Así, probado el hecho de que el legislador ecuatoriano no estaba obligado a esa definición (máxime por la incorporación de un sujeto distinto al tradicional), veamos brevísimamente cómo lo ha hecho de acuerdo a las disposiciones del Código.

a. Imputabilidad en el COIP.-

Hay tres supuestos de inimputabilidad: (1) el trastorno mental, (2) la embriaguez y (3) la niñez y adolescencia. Pero pese a que esos son los casos en los que se excluiría la culpabilidad, dando lugar a la imposibilidad de aplicar la pena, dentro de ellos se prevén ciertos casos en los que dichos inimputables son punidos. De este modo el COIP llega a gravísimas contradicciones consigo mismo.

¿Por qué se pune reducidamente al que delinquirió sin estar privado totalmente del conocimiento de la antijuridicidad, mientras se encontraba embriagado por caso fortuito? y asimismo ¿por qué al que lo estuvo por motivos sociales, tanto si tenía una conciencia de la antijuridicidad completa cuando parcial, se

⁸ Es innegable que un hecho universalmente aceptado, no se convierte por ello en verdad, de tal forma que el muy utilizado argumento de la *communis opinio doctorum* en Derecho, puede llegar a ser simplemente la prueba de la incursión mayoritaria en un error. No hay duda de que en este aspecto el conocimiento jurídico no escapa al relativismo.

pune íntegramente en el art. 37.3? La causa del desconocimiento parcial de la antijuridicidad, sería en el último caso la incuria del propio autor, mientras en el otro la existencia de un riesgo inevitable. Entonces, ¿por qué se culpa y por qué se pune?, ¿cómo podría entenderse en estos términos, que el COIP exige la evitación del riesgo de desconocimiento de la antijuridicidad, si se inculpa también en aquellos casos en que esto resulta imposible? Y es que esta sería la única forma en que podría comprenderse la inculpación y punición de quien se embriaga socialmente; la embriaguez fortuita, en todo caso, es totalmente ajena a la visión finalista que se pregonó seguir, pues ésta supone el dominio del hombre sobre el mundo natural.

¿Cómo podría haberse determinado responsablemente conforme un conocimiento de antijuridicidad parcial aquél que se encontraba fortuitamente en ese estado? ¿Por qué puede exigírsele que lo haga, y por tanto, cómo puede reprochársele porque no lo hizo?

También se llega a serias discordancias. Y es que es sabido que la medida de seguridad es una consecuencia jurídica supletoria de la pena. Así como ésta presupone culpabilidad, aquélla supone peligrosidad post-delictiva de quien no puede ser culpado. Sin embargo, pese a la existencia de *tres* supuestos de inimputabilidad, el COIP prevé dicha consecuencia solo respecto a *uno* de ellos: el trastorno mental (arts. 36, 76, 342.b, 588).

La única *medida de seguridad*⁹ es el internamiento en hospital psiquiátrico; jamás se prevé alguna respecto a las personas jurídicas.

Y eso no es todo. El supuesto de semi-imputabilidad del art. 36 se prevé con márgenes tan escuetos, que la aplicación de la medida de internamiento en hospital psiquiátrico del art. 76 en forma conjunta a una pena, tan solo podría lograrse vulnerando el principio de legalidad. La doctrina es contundente en afirmar que para satisfacer sus exigencias debe existir una definición clara y precisa (taxativa) del estado peligroso que da lugar a la imposición de la medida de seguridad. Por eso hace mucho que se propuso el latinajo *nullus status periculosus sine previa lege* (Romeo, 1986). La falta de determinación

9 Este uso singular de la frase en el epígrafe del capítulo IV, título II del libro I, en contraposición con su uso plural en otros pasajes (el epígrafe del título II del libro I, el art. 588 y la Disposición transitoria vigésimo primera), es una muestra de la gran incoherencia sistémica de nuestro Código. Las plumas que intervinieron ya en el debate, no parecen haberse puesto de acuerdo, pues en el art. 31 del Anteproyecto del COIP sí constaban otras vinculadas al resto de supuestos de inimputabilidad.

de ese único estado peligroso es superlativa. Medite el lector tan solo en lo siguiente: ¿qué persona y en qué caso «se encuentra disminuida en su capacidad de comprender la licitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esa comprensión»? ¿Se encuentra comprendido únicamente aquél que lo esté en esa situación por causa de trastorno mental? ¿Podría estar comprendido además aquél que tiene una alteración congénita o desde su infancia en su percepción, al igual que prevé el art. 20.3 del Código penal español? ¿Considera que sí lo está o no? ¿Acaso sus dudas no demuestran que el legislador no determinó ese estado peligro conforme se lo exigida el principio de taxatividad?

Entonces, si le resulta aplicable la medida de seguridad solo a quien tiene un trastorno mental grave y no puede punirse al niño o adolescente infractor, la imputabilidad en los términos del COIP solo puede entenderse en clave bio-psicológica. Además, debería entenderse como una normalidad bio-psicológica entendida con parámetros superlativos, pues tampoco al que levemente carece de ella (el semi-imputable del art. 36) le podría ser aplicada una medida de seguridad.

b. «Conocimiento de la antijuridicidad».-

Por si queda dudas acerca de cuál es el sujeto que se tuvo en cuenta en el art. 34, debe tomarse en cuenta el siguiente elemento de su definición de culpabilidad. A la imputabilidad se suma con una conjunción copulativa el conocimiento de la antijuridicidad. Así queda totalmente remarcado que el sujeto aludido es el que tiene cualidades bio-psicológicas que le hayan permitido satisfacer lo uno y lo otro en su actuación. En todo caso, surge enseguida la interrogante sobre si es posible acudir a la metafísica gierkiana para poder comprender que el conocimiento requerido también puede ser referido a la persona jurídica. Esto por cuanto en la dogmática también se lo valora en términos de probabilidad.

i. ¿Es conocimiento posible o real? -

La punición del que delinque por embriaguez no fortuita o social y el semi-imputable, en todo caso, abre la puerta a que se considere que el legislador no valora la existencia real del conocimiento de la antijuridicidad. Podría entenderse que se incluye una valoración de su probabilidad sujeta a unos parámetros radicalmente exigentes, pues en forma paradójica éstos serían más rigurosos que los que supondrían una valoración del conocimiento real. Sin embargo esto resulta casi imposible ya que expresamente se exige un informe psiquiátrico, psicológico y social en el COIP, para valorar la duración de la

medida de seguridad. Queda claro que el conocimiento de la antijuridicidad que se ha exigido es el real; de este modo, nuevamente puedo afirmar que en este aspecto el COIP no es precisamente finalista, ya que esta corriente llevó al extremo la concepción normativa de la culpabilidad. En todo caso, aún cuando se juzgue que el conocimiento de la antijuridicidad requerido es el probable, persistiría aquél requisito de la normalidad bio-psicológica.

Así, jamás reprochársele una culpabilidad propia a la persona jurídica, según la forma en que lo requiere el COIP. Sin embargo, esto no quiere decir que la legislación resulte inútil debiendo ser considerada (pese a la regulación del art. 49 y 50) penalmente irresponsable. Acudiendo a la teoría de la ficción podría considerarse en todo caso que la persona jurídica no es culpable, es decir, que es inimputable por cuanto carece de las cualidades bio-psicológicas que el COIP supone para la culpabilidad. El argumento principal sería entonces que ella no puede poseerlas en tanto es una ficción.

ii. ¿Exculparía entonces el error de prohibición?.-

Paradójicamente criticaron la inclusión de una regla que lo permitiese, aquellos adalides ecuatorianos del finalismo, y esto pese a que sus argumentos contradecían precisamente aquella definición de la culpabilidad del art. 34. Existe la presunción jurídica de que las personas conocen el Derecho, mantuvieron, el error de prohibición por tanto no puede exculpar. Pero puesto que con el *error iuris nocet* precisamente se busca justificar la pena en aquellos casos en que efectivamente no existió el conocimiento de la antijuridicidad, bajo la presunción de que de hecho existe en todos los seres humanos, no tiene sentido que se lo prevea como presupuesto de la pena, es decir, como elemento de la culpabilidad.

Deberían haberse opuesto también a la definición del art. 34; penalmente, debieron haber propugnado siguiendo esos argumentos, existe una responsabilidad por el resultado.

En todo caso, quien correctamente entendió que la exculpación del error de prohibición no es sino un corolario de la definición del art. 34, dijo que pese a que el legislador había aceptado esta propuesta incoherente podía utilizarse esa regla para introducirlo. Y es verdad. Incluso, para el pesar de quienes se opusieron a la regla, cabe hacerlo en más supuestos que los que se quiso prever. Una de las críticas que se dirigieron a la concepción de la culpabilidad que exige el conocimiento de antijuridicidad como requisito, es que si la voluntad por

la que se reprocha debe haber sido consciente, no cabe reprochar aunque el conocimiento hubiese sido evitable, precisamente por el hecho de que en tal caso no hubo dicha conciencia. Entonces, en esos términos, no sería inculpable ni el error de prohibición inevitable ni el evitable.

3. Una solución provisional y problemática.-

Eludido así el juicio de culpabilidad, no se acabarían los problemas. Esta opción, que es la única que me parece plausible, haría por sí misma inaplicables la multa, la prohibición definitiva de contratar con el Estado, la disolución, la realización de actividades en beneficio de la comunidad y la clausura definitiva del local. Todas ellas tienen contenido retributivo que conceptualmente solo se concilia con la naturaleza doctrinalmente asignada a la pena. Dado su posible contenido preventivo que la haría entendible como una consecuencia jurídica enderezada contra una peligrosidad post-delictual de la persona jurídica, la prohibición temporal de contratar con el Estado y la clausura temporal de sus locales y establecimientos serían entonces las únicas que resultarían aplicables. Estas deberían tener la misma duración que el estado peligroso de la persona jurídica; aquí deberíamos acudir a principios constitucionales para fundamentar ese aserto: un tiempo mayor supondría una medida que excede el principio de proporcionalidad, vulnerando innecesariamente los derechos fundamentales de la persona jurídica.

Así impuestas deberían durar mientras ella adopta las medidas de auto-organización que modifiquen su estado peligroso, pues la regulación no prevé ningún tipo de intervención estatal dirigida a este propósito. El art. 49 debería ser entendido como el tipo de estado peligroso de las personas jurídicas que permite esa medida de seguridad, a fin de dejar a salvo el principio de legalidad.

El alcance preventivo de esa medida sería de ese modo muy limitado. Sería simplemente una advertencia que aparta a la persona jurídica del comercio jurídico con una mayor o menor amplitud ;Vete arrepentido al rincón y enmiéndate! Sería una medida ajena a la lógica del COIP. Si respecto a una medida cautelar el art. 550.3 permite nombrar un interventor de un ente público de control competente, llegaríamos al punto de que el COIP es riguroso con la persona jurídica de la que únicamente se sospecha, y flexible con aquella que la verdad procesal demostró es peligrosa.

Y eso no sería lo peor de esta única solución. No se prevé en el COIP una regulación para las clausuras y prohibición de contratar con el Estado temporales.

El único límite de tiempo se encuentra en el art. 242: hasta que cancele los valores referidos en ese tipo. Dicho límite se prevé sólo respecto de ese delito específico, sin que sea posible que se entienda en forma general que la medida de seguridad dura lo que tarde la reparación. El principio de legalidad lo impide, ya que eso implicaría una *analogía in malam partem*.

En suma, las personas jurídicas, si queremos aplicar con todas las garantías nuestro código garantista, sólo podrían ser susceptibles de una medida de seguridad por el delito de retención ilegal de aportación a la seguridad social. Solo esto; no más, ni menos.

4. Conclusión.-

La crisis del novel sistema de imputación de las personas jurídicas en el Ecuador es la de un sistema con eficacia limitada. Las expectativas del lector del COIP al encontrar incluido una institución directamente dirigida a lograr justicia social, se frustran tan pronto cuando se analiza el articulado. Y lo peor de todo es que esto sucede aún con una revisión somera, lo cual demuestra evidentemente que no se hubo meditado profundamente acerca de los requerimientos de su introducción. Así como un extranjero la persona jurídica resulta extrañada de las disposiciones que no la tomaron en cuenta.

Lamento mucho no incluir una propuesta de *lege ferenda*. Sé que esa debería ser la coda de este trabajo para que tenga afán constructivo (como en realidad lo tiene); el breve espacio que ocupan estas líneas me impide desarrollarla. Lo único que puedo sugerir por lo pronto es la inmediata reforma de los artículos que he demostrado son problemáticos. Téngase lo dicho como una invitación a la reflexión sobre los puntos expuestos, a todos aquellos que confían que los fines sociales perseguidos por la responsabilidad penal de las personas jurídicas hacen de ella la reconquista más justa del Derecho penal moderno.

BIBLIOGRAFÍA:

- Araujo, P. (2014), *Consultor Penal-COIP*, Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones
- Araujo, P. (2014), *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador: La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Orgánico Integral Penal*, Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones
- Bacigalupo, E. (2005). Estudio preliminar. La teoría jurídica del delito de Jiménez de Asúa o el «nacimiento de la dogmática penal hispanoamericana», en: Jiménez De Asúa, L., *La teoría jurídica del delito*, Madrid-España: Dykinson
- Bacigalupo, S. (2013), El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos, en: VVAA, *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas* (pp. 67-101), Zugaldía, J. Marín de Espinosa, E. (coords.), Navarra-España: Aranzadi
- Bustos, J. (2007), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: *Ibidem, Obras completas, Control social y otros cambios* (pp. 533-539), t. II, 2ª edición, Santiago-chile: Ediciones jurídicas de Santiago
- Conte, P. (2001), La responsabilité penale des personnes morales au regard de la philosophie du droit penal, en: VVAA, *La personnes juridique dans la philosophie du droit pénal* (pp. 109-120), Paris-Francia: Editions Pantheon Assas
- De Rivacoba, M. (1975), *La concepción jurídica española de la culpabilidad*, Nuevo Pensamiento Penal, 4
- Donna, E. (1974), *La crisis del pensamiento penal y su superación*, Nuevo Pensamiento Penal, 3
- Ferrara, F. (2006), *Teoría de la personalidad jurídica*, Ovejero, Eduardo (trad.), Granada-España: Comares
- García, R. (2014), *Código Orgánico Integral Penal comentado*, t. I, Lima-Perú: Ara
- González, P. (2008, julio), Zugaldía Espinar, José Miguel: 'La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones', 2008, *Cuadernos de Política Criminal*, 96

- Jakobs, G. (2003), *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 1ª ed., Madrid-España, Civitas
- Jiménez De Asúa, L. (1947), La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *Revista jurídica argentina La ley*, 48, pp. 1041-1050
- Quintero, G. (2013), *Parte general del Derecho penal*, 4ª edición, Navarra-España: Aranzadi
- Romeo, C. (1986), *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Barcelona-España: Bosch
- Tzitzis, S. (1996), *La philosophie pénale*, Paris-Francia : Presses Universitaires de France
- V. Liszt, F. (1986) «Prólogo», en: Legislación penal comparada, Posada, Adolfo (trad.), Madrid-España: *Revista de Medicina y Cirugías Prácticas*, p. XXIV
- Zugaldía, J. (2003), Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica, *Cuadernos de Política Criminal*, 81
- Zugaldía, J. (2013), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Valencia-España: Tirant lo Blanch
- Zúñiga, L. (2007). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación, en: VVAA. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*. GARCÍA, M. (dir.), Madrid-España: CGPJ

LAS DEROGACIONES HUMANITARIAS A LOS BLOQUEOS Y A LOS EMBARGOS: LA PROBLEMÁTICA DE LA PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL Y EL RESPETO DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS ECONÓMICAS

Miguel Ortiz-Haro¹

Resumen: *Las derogaciones humanitarias a las medidas coercitivas económicas forman parte de un conjunto de dispositivos para proteger a la población civil. Este artículo tiene por objetivo demostrar cómo este mecanismo humanitario se convirtió en la respuesta habitual para mitigar los efectos negativos de los bloqueos y los embargos; así como también analizar si el mismo tuvo los resultados esperados y permitió evitar la degradación de las condiciones de vida de las poblaciones. Para estos fines se realizará un análisis sobre diferentes derogaciones implementadas, y sobre las teorías y enfoques ligados a este tema. Además se analizará la manera en la que el Derecho Internacional Humanitario limitó el alcance de las medidas expuestas obligando a las partes implicadas a permitir el paso de bienes y servicios humanitarios. Lamentablemente, y pese al desarrollo de estas derogaciones, este instrumento no logró salvaguardar la vida de los civiles en razón de su inadaptación a contextos particulares y a causa del mal uso que se hizo del mismo. Al final, se considera que mientras estas medidas sean amplias y dirigidas indiscriminadamente a toda la población, no se podrá disminuir la mortalidad causada por su aplicación, y otra manera de implementar sanciones debería ser propuesta.*

Palabras clave: Derogaciones humanitarias, Bloqueos, Embargos, Derecho internacional humanitario, Medidas coercitivas económicas, Protección de la población civil, Sanciones económicas.

Introducción.-

“Acogiéndose a las ‘exenciones humanitarias’, algunos bienes humanitarios necesarios pueden salvar la barrera de la sanciones. Uno de los principales

¹ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, y Máster en Relaciones Internacionales con mención en Seguridad Internacional y Defensa por la Universidad Jean Moulin de Lyon, Francia. Actualmente cursa un Máster en Relaciones Internacionales con mención en Experticia Internacional en el mismo establecimiento de educación superior. Sus campos de estudio son el Derecho Internacional Humanitario, Derecho de la Seguridad Internacional, estudios estratégicos y geopolíticos, estudios de guerra, y teoría y gestión de crisis internacionales. miguel.ortizharo@gmail.com

ejemplos de esto es el programa 'petróleo a cambio de alimentos' en el Iraq. Sin embargo, esta política adolece de muchos problemas. [...], las exenciones por motivos humanitarios no pueden compensar de ninguna manera los daños causados por las sanciones económicas generales. [...] la doctrina de las 'exenciones humanitarias' se reduce a un intento fútil de mitigar desastres. En lugar de intentar reflotar los restos del naufragio de las sanciones económicas generales mediante 'exenciones humanitarias', debería darse toda una nueva orientación a las sanciones''².

Los bloqueos y embargos económicos han sido utilizados desde el siglo XVII con el fin de estrangular la economía de un enemigo y en consecuencia disminuir su capacidad de continuar con los esfuerzos de guerra en caso de conflictos bélicos; o también, con la finalidad de obligar a una parte a obedecer las exigencias de otra. Desde 1945, y en razón de la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la guerra, la violencia dejó de ser un tema militar para pasar al campo de la economía. De esta manera, tanto los Estados como las Organizaciones Intergubernamentales (OIG) comenzaron a adoptar y a utilizar medidas coercitivas económicas que, según se creía en ese entonces, permitirían salvar vidas al no hacer uso de la fuerza armada. De hecho, varios autores consideran que estas medidas constituyen una “opción intermedia entre la condena verbal y la intervención armada”. (Shaygan, 2008)

Desde 1990, luego de la caída del muro de Berlín y con el colapso de la Unión Soviética, las medidas coercitivas económicas³ multilaterales, así como las unilaterales, se multiplicaron y fueron adoptadas en contra de aquellos Estados que atentaban contra la paz y la seguridad internacional o que actuaban en violación de una norma del derecho internacional⁴. De esta manera el arma

2 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Consecuencias negativas de las sanciones económicas para el disfrute de los derechos humanos”, E/CN.4/Sub.2/2000/33, 21 junio 2000, §52-53.

3 En este estudio se hablará de “medidas coercitivas económicas” para hacer referencia tanto a las medidas no-militares – es decir las sanciones económicas multilaterales y específicamente los embargos económicos; como a las medidas militares – es decir las acciones coercitivas navales unilaterales o multilaterales y específicamente los bloqueos navales.

4 Desde 1990 varias sanciones económicas fueron adoptadas en base al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas: Iraq (1990), la ex-Yugoslavia (1992), Libia (1992), Somalia (1992), Haití (1993), Ruanda (1994), Liberia (1992, 2001 y 2003), Unita/Angola (1993 y 1997), Sudán (1996, 2004), Sierra Leona (1997), Talibanes/Afganistán (1999), Eritrea (2000), Etiopía (2000), Congo (2003), Costa de Marfil (2004), Corea del norte (2006), Irán (2006), entre otros. Con respecto a los bloqueos navales se puede mencionar los bloqueos de las costas de Libano y de Gaza por Israel en 2006 y 2009 respectivamente, además del reciente bloqueo de las costas de Yemen por la coalición Árabe con Arabia Saudita a la cabeza.

económica desplazó a las intervenciones militares y se erigió como *“la forma ordinaria de reacción a las amenazas contra la paz”* (CUMIN, 2014-2015). La adopción de sanciones económicas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) fue el fruto del final de la Guerra fría; y por lo tanto el final de la parálisis dentro de esta instancia internacional en razón del uso indiscriminado del poder de veto por parte de las cinco potencias titulares de esta prerrogativa.

Los bloqueos y los embargos forman parte de las sanciones económicas. Éstas pueden ser definidas como *“toda acción adoptada por un Estado o un organismo internacional con la intención de prevenir o frustrar la actividad económica de un país con el fin de condenar o de influenciar sus acciones y su política”* (Lachaux, Lacorne, & Lamoreux, 1987). Los embargos multilaterales, es decir aquellos adoptados por el CSNU, han sido los más frecuentes desde la década de los 90 y por esta razón serán tratados en este artículo. Un embargo es una medida que implica *“la prohibición de exportar hacia uno o más países”* (DUBOIS, 1967). Su finalidad es de suspender de manera total o parcial las exportaciones de bienes o servicios hacia un Estado. El bloqueo⁵, a diferencia de los embargos, es un método de guerra naval y se define como *“una operación militar para evitar que los buques de todas las naciones, tanto enemigos como neutrales, entren o salgan de puertos específicos o zonas costeras pertenecientes a, ocupadas por, o bajo el control de, una nación enemiga”*. (US Naval War College)

La diferencia entre estas dos medidas coercitivas económicas reside en que el bloqueo implica el recurso a la fuerza militar y constituye una táctica de guerra naval, mientras que el embargo constituye una medida coercitiva no militar. De esta manera, los bloqueos en ocasiones son utilizados para asegurar el respeto y la eficacia de los embargos. Ferrand considera en este contexto que *“entre el embargo y el bloqueo existe la diferencia que separa una medida coercitiva de una agresión calificada”* (Ferrand, 2004). Del mismo modo, Cumin explica que *“el bloqueo es normalmente un concepto de tiempo de guerra naval; pero puede ser extendido [...] a tiempo de paz si sirve a garantizar el respeto de un embargo. El embargo es normalmente un concepto de tiempo de paz que se refiere a la suspensión de las ventas efectuadas por vía marítima, aérea o terrestre; pero este concepto puede extenderse a tiempo de guerra cuando se lo identifica con un bloqueo”* (Cumin, Pensé stratégique, 2014-2015). De esta manera, es posible comprobar que la confusión semántica de estos dos

⁵ En este artículo, el término “bloqueo” se refiere al método de guerra naval que prohíbe la entrada y la salida de buques comerciales y militares a destinación, o proveniente, de un puerto o litoral de un Estado enemigo bloqueado. Este término no incluye la restricción de transporte terrestre o cualquier otra forma de aislamiento económico y político de un Estado. Se tratará entonces de los “bloqueos navales”.

términos, así como su uso generalizado para designar las sanciones económicas en general, exige una clarificación terminológica para comprender de mejor manera la aplicación de medidas coercitivas económicas.

Los bloqueos y embargos, que en el inicio fueron considerados como una herramienta más “humana” que la guerra, se convertirían rápidamente en el blanco de las críticas y contestaciones de varios sectores a nivel internacional. Estas medidas coercitivas se transformaron en una manera no solo de ejercer presión sobre gobiernos que infringían las normas internacionales sino también en un instrumento de las potencias internacionales para alcanzar objetivos políticos. Sin embargo, éstas fueron criticadas, no por el hecho de constituir un instrumento de presión sino por los efectos que tenían sobre la población civil. Los bloqueos y los embargos, que fueron pensados para evitar una operación militar y proteger a los civiles, no tuvieron los resultados esperados y en lugar de impactar en los gobiernos, fue la población civil la afectada por estas medidas. Esta última resultó ser la víctima principal de la aplicación de estas medidas coercitivas económicas que resultaron ser un instrumento desproporcionado.

Con la adopción y la aplicación de los bloqueos y los embargos, la situación humanitaria de los civiles se vio afectada. Las condiciones de subsistencia de las poblaciones se degradaron y por esta razón la problemática de la protección de los civiles apareció y se convirtió en el desafío y la preocupación principal de las potencias que adoptaron e implementaron este tipo de medidas. En consecuencia de lo expuesto, se buscaba atenuar el impacto de estas medidas en la población civil y por esta razón se imaginó un mecanismo que sea capaz de responder a las necesidades básicas de los civiles, y al mismo tiempo que respete las medidas coercitivas económicas y asegure su eficacia. Este mecanismo fue llamado “derogaciones humanitarias”.

Las derogaciones fueron adoptadas desde el primer régimen de sanciones impuesto en 1968 contra Rodesia del Sur⁶. Desde esta fecha, este tipo de atenuaciones humanitarias fueron previstas en todas las resoluciones del CSNU en las que se adoptaban medidas coercitivas económicas. Ellas permitirían limitar el alcance de las medidas coercitivas económicas. Por consiguiente, las derogaciones humanitarias pueden ser definidas como las exenciones y las excepciones a los bloqueos y a los embargos, adoptadas por razones humanitarias y cuyo objetivo principal es la disminución de los efectos negativos de estas medidas sobre la población civil. Por lo tanto, se trata de responder a las necesidades básicas y vitales de los civiles dotándoles de bienes y servicios de primera necesidad.

⁶ Rodesia del Sur fue una colonia británica que existió entre 1888 y 1980. Al desaparecer dio origen a la República de Zimbabue.

Estas derogaciones nacieron como una respuesta frente a la necesidad de “humanizar” los regímenes de sanciones y de esta manera proteger a los grupos más vulnerables de la población de un país sometido a un bloqueo o un embargo. En este contexto, autores como Bettati consideran que desde los años 1990 “*la nueva definición de las exenciones humanitarias es primordial [...] las prohibiciones [de exportar hacia un país sancionado] no se aplican a) a los suministros destinados estrictamente para fines médicos ni a los alimentos; b) a todo producto de base y a los bienes esencialmente humanitarios*”. (Bettati, 1996)

Por lo tanto, cabe preguntarse: ¿De qué manera el mecanismo de las derogaciones humanitarias se convirtió, por su aplicación constante, en la solución habitual a los problemas y a las crisis humanitarias ocasionadas por la aplicación de los bloqueos y de los embargos? Así como también, cabe reflexionar si las derogaciones humanitarias permiten realmente disminuir los efectos desastrosos de estas medidas coercitivas económicas para proteger a la población civil.

La protección de los civiles en el centro del debate sobre las derogaciones humanitarias.-

El Derecho Internacional Humanitario en el contexto de la aplicación de medidas coercitivas económicas.-

Las derogaciones humanitarias muestran que el Derecho Internacional Humanitario (DIH) se encargó de limitar el alcance de los bloqueos y los embargos con el objetivo de reducir su impacto sobre los civiles. El DIH constituye una rama del Derecho Internacional que se encarga de limitar y regular los conflictos armados. Por esta razón, nació la inquietud de si este derecho podía aplicarse a los regímenes de sanciones y regular su desarrollo cuando éstos sean adoptados en tiempo de paz y fuera de todo contexto bélico.

Las medidas coercitivas económicas pueden ser adoptadas tanto en tiempo de guerra como de paz. En tiempo de guerra es lógico que el DIH se aplique, sin embargo en ausencia de conflictos armados varios autores consideran que el DIH se aplica por transposición a este tipo de medidas coercitivas ya que éstas tienen los mismos efectos de una guerra sobre los civiles. La doctrina parece tener una postura unánime con respecto a este tema. Así por ejemplo, Davidson considera que el *ius in bello* se aplica a este tipo de medidas porque estas se asemejan a una forma tradicional y a una estrategia de guerra (Davidson, 2003). De la misma manera, Shaygan explica que “*para que las reglas y principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario sean aplicables a la*

sanciones económicas, es necesario considerar, por analogía, estas medidas como un 'ataque' o 'método de combate' " (Shaygan, 2008). Otros autores como WEISS consideran también que *"desde el momento en que las sanciones son impuestas como un sustituto al uso de la fuerza armada, los principios generales del Derecho Internacional Humanitario deben aplicarse a fortiori"* (Weiss, 1999). Todas estas posiciones doctrinales muestran que el DIH debe aplicarse por analogía a las medidas coercitivas económicas adoptadas en tiempo de paz, es decir a los embargos.

En lo que concierne a los bloqueos navales, los cuales son tratados en este artículo, constituyen un método de guerra naval y por lo tanto el DIH se aplica automáticamente. Las principales convenciones que se aplican para la protección de civiles si un bloqueo es implementado son: la cuarta Convención de Ginebra de 1949, los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra de 1949 adoptados en 1977; así como también los manuales de conducción de operaciones militares adoptados por los estados mayores de cada país. No obstante, existe la posibilidad de que un bloqueo naval sea adoptado en tiempo de paz para garantizar el respeto de un embargo y por lo tanto se podría pensar que el DIH se aplicaría por analogía como en el caso de los embargos.

El DIH establece ciertos principios que nacieron en la teoría de la "Guerra justa"⁷ y cuyo objetivo es limitar los efectos de la guerra sobre las poblaciones civiles. Winkler explica que *"tomando seriamente en cuenta los principios de la Guerra justa, es posible elaborar estrategias para las sanciones económicas basadas en normas éticas internacionales existentes"* (Winkler, 1999). Estos principios exigen que cuando las medidas coercitivas económicas sean adoptadas por parte de ciertas potencias – Estados u OIG –, éstas tomen en cuenta la inmunidad y protección civil. Estos principios de DIH consuetudinario, así como también, los principios y reglas de DIH convencional, *"proporcionan algunas sugerencias sobre qué criterios deberían ser aplicados a la hora de prever las derogaciones humanitarias a las sanciones"*. (Conlon, 1996)

En primer lugar, los principios de DIH consuetudinario son tres: el principio de distinción entre civiles y combatientes, el principio de proporcionalidad y el principio de necesidad. Éstos deben ser tomados en cuenta cuando se apliquen los embargos y los bloqueos, y por lo tanto van a permitir la adopción y el desarrollo de las derogaciones humanitarias. Así por ejemplo, en aplicación del principio de distinción entre civiles y combatientes, se debe tomar en cuenta que la ejecución de las medidas coercitivas económicas debe ser dirigida hacia la

⁷ Teoría desarrollada por San Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Hugo Grocio.

fuerza política y militar del país en cuestión y no hacia los civiles. De la misma manera, el principio de proporcionalidad aplicado a las sanciones económicas exige que los bloqueos y los embargos sean proporcionales al objetivo que se busca alcanzar y que no sean desproporcionados o excesivos. Si analizamos lo expuesto, se puede concluir que las derogaciones humanitarias son adoptadas justamente para respetar estos principios. Estas atenuaciones permiten por lo tanto, proteger a los civiles asegurándoles bienes esenciales a su supervivencia; así como también, aplicar una proporcionalidad a estas medidas para que ciertos bienes y servicios puedan acceder, en cantidades limitadas, al país sancionado.

Más allá de la aplicación de estos principios básicos del DIH a las sanciones y su compatibilidad con las derogaciones humanitarias, es necesario indicar que existen reglas específicas del DIH convencional que se aplican a los embargos, y más aún a los bloqueos cuando éstos son utilizados como un método de guerra.

La primera regla específica del DIH que se aplica a las medidas coercitivas, y que constituye una de las reglas primordiales para la implementación de las derogaciones humanitarias, es la prohibición de hacer padecer hambre – o el uso de la hambruna – como método de guerra. La norma 53 del estudio titulado “Derecho Internacional Humanitario consuetudinario” del Comité Internacional de la Cruz Roja, así como también en términos similares el párrafo 1 del artículo 54 del Protocolo adicional I a las convenciones de Ginebra de 1949 adoptado en 1977 (PA1), indican que *“queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a la población civil”* (Henckaerts & Doswald-Beck, 2007). Es importante notar la formulación de la frase y en especial lo que indica “como método de guerra”. Esto significa, según Pilloud, cuando el hambre constituye *“un arma para destruir o debilitar la población civil”* (Pilloud, 1986). Es por esta formulación que nace el principal problema al aplicar esta norma a los bloqueos⁸ y a los embargos ya que la hambruna está prohibida solo si es producida de manera intencional y deliberada.

Cuando se implementan bloqueos o embargos, la hambruna aparece como un efecto negativo o no deseado. Ésta viene a ser un efecto colateral no intencional, y si nos apegamos a la norma descrita, la hambruna no sería ilegal ya que no

⁸ Es importante mencionar que en el caso de los bloqueos navales el Manual de San Remo explicita el tema de la hambruna. Este último especifica en su artículo 102 que *“Está prohibido declarar o establecer un bloqueo si: a) éste tiene como única finalidad hacer padecer hambre a la población civil o privarle de otros bienes esenciales para su supervivencia”*. Manual de San Remo de 1994. Como se explicará más adelante, la formulación “única finalidad” permite que la hambruna no sea considerada como ilegal si se produce como efecto secundario de la aplicación del bloqueo. Según FARRANT, “la formulación ‘única finalidad’ aparece como un umbral muy lejano para alcanzar”. (FARRANT, 2013, pág. 89)

aparece como un acto deliberado y por consiguiente sería autorizada. Shaygan explica con respecto a este tema que *“hay que tener en cuenta que la razón de ser del principio de prohibición de utilizar la hambruna es proteger los civiles en todas las circunstancias y sin importar el origen de la misma”* (Shaygan, 2008). Es por esta razón que las derogaciones humanitarias intervienen para poder asegurar a la población los bienes elementales y vitales a su supervivencia, y de esta manera responder a sus necesidades básicas. Las derogaciones se basan entonces en la norma de la prohibición del uso de la hambruna contra los civiles para garantizar la protección de los mismos mediante el envío de alimentos, suministros médicos y otros bienes de primera necesidad.

Las derogaciones permiten a la población civil de aprovisionarse en productos para su nutrición, pero también en herramientas y piezas de sustitución para maquinaria agrícola y de recolección que son esenciales para la producción alimentaria y por lo tanto para evitar que la hambruna aparezca. Del mismo modo, permiten el abastecimiento en alimentos, mismas que deben realizarse en cantidades suficientes, ya que de lo contrario la hambruna puede producirse tal como lo indica Dormann, que considera que *“el sentido habitual de la palabra ‘hambruna’ no solamente cubre el sentido estricto de matar de hambre por la privación de agua y alimentos, sino también el sentido general de privar o de proporcionar en cantidades insuficientes los bienes esenciales o indispensables para la supervivencia”*. (Dormann, 2001)

Además de esta norma se debe adicionar la obligación de proporcionar bienes humanitarios indispensables a la supervivencia de la población. El paso libre y sin obstáculos de este tipo de bienes debe respetarse cuando se aplican los bloqueos y los embargos. Del mismo modo, se prohíbe la destrucción de los mismos los cuales comprende los alimentos, víveres, vestimentas, medicamentos, las instalaciones y reservas de agua potable, las infraestructuras de irrigación, entre otros. La lista de estos bienes no es exhaustiva y se los define en cada caso. Por esta razón *“es difícil y peligroso especificar siempre los objetos indispensables a la supervivencia de la población civil, porque estos pueden variar considerablemente con respecto a las zonas geográficas, las costumbres de las poblaciones, etc.”* (Mirimanoff-Chilikine, 1972). La práctica en materia de derogaciones humanitarias, que será expuesta más adelante, nos muestra que los objetos considerados como “indispensables” en una zona o en una cultura específica, no lo son en otra y por esta razón las derogaciones deben adaptarse a contextos particulares.

Por todo lo expuesto, no cabe duda que el DIH establece límites al libre ejercicio e implementación de medidas coercitivas económicas y hace que el aspecto

humanitario sea tomado en cuenta en la aplicación de bloqueos y embargos. Con respecto a esto, Conlon explica que el DIH *“ayuda a clarificar ciertos parámetros para distinguir y reconocer los bienes y las actividades humanitarias que pueden ser derogadas”* (Conlon, 1996.). Por lo tanto, esta rama del Derecho Internacional nos permitirá saber los contornos que no deben ser sobrepasados para respetar la inmunidad de los civiles.

La teoría de las derogaciones humanitarias.-

Las derogaciones humanitarias son un mecanismo cuyo objetivo principal es el disminuir el impacto de las medidas coercitivas económicas sobre la población civil. Lo que se intenta con este instrumento humanitario es atenuar los efectos negativos de los bloqueos y los embargos sobre las partes vulnerables de la población y por lo tanto evitar que una crisis humanitaria se produzca. A través de estas derogaciones, se excluye del alcance y de la aplicación de estas medidas coercitivas a los bienes y servicios considerados como humanitarios y necesarios para cubrir las necesidades básicas de la población. De este modo se busca aliviar el sufrimiento de los civiles y al mismo tiempo evitar la degradación excesiva⁹ de sus condiciones de vida. Este mecanismo permite entonces, a las potencias que adoptaron estas medidas coercitivas, de autorizar el paso libre y sin obstáculos de todo bien o servicio necesario para la supervivencia civil. Por esta razón SHAYGAN explica que *“el dispositivo de las derogaciones humanitarias y las modalidades según las cuales ellas son tratadas en la práctica aparecen como una medicación entre las consideraciones de seguridad internacional y aquellas de orden humanitario que tienen como objetivo proteger los derechos fundamentales de la población del Estado sancionado”*. (Shaygan, 2008).

El principal problema que surge al momento de la adopción de las derogaciones humanitarias es el de saber qué bienes y servicios pueden y deben ser excluidos de la aplicación de las medidas coercitivas económicas. Por lo que se ha mencionado hasta ahora en este artículo, se podría imaginar que los elementos que forman parte de estas derogaciones son aquellos considerados como “humanitarios” o “esenciales e indispensables a la supervivencia de la población civil” o de “primera necesidad”. Pero, más allá de los diferentes adjetivos o fórmulas que se usen para cualificar a los bienes o servicios que forman parte

⁹ Utilizamos la fórmula “evitar la degradación excesiva” ya que es innegable e indiscutible que una degradación, así sea mínima, se presentará cuando se apliquen los bloqueos y los embargos. Es difícil evitar todo impacto negativo de estas medidas sobre los civiles ya que sus efectos sobre la población son inherentes a su aplicación. Cumín explica con respecto a este tema que *“el impacto sobre las condiciones de vida de las poblaciones (rarefacción de la oferta de bienes o servicios, alza de precios) [es] parte integrante de la coerción infligida”*. (Cumín, 2014)

de estas derogaciones, ha sido posible constatar, a lo largo de la aplicación de este dispositivo humanitario, que la cualificación dentro del campo de lo “humanitario” se ha extendido sobre la base de criterios geográficos, culturales y hasta religiosos. Es por esta razón que varios autores consideran que “*no existe una definición generalmente aceptada de lo que debe ser considerado como humanitario*” (Minear, 1998). En este artículo se considera como humanitario todo bien, servicio o ayuda que permita calmar, mitigar o disminuir el sufrimiento y los impactos negativos de las medidas coercitivas económicas sobre la población civil y por lo tanto asegurar su bienestar.

Es necesario sin embargo analizar las categorías que forman parte de lo que se considera como “humanitario”, ya que solo los bienes y servicios considerados como tal son exentos de la aplicación de estas medidas coercitivas y por lo tanto autorizados a ser importados. El término “derogaciones humanitarias” engloba tanto las exenciones¹⁰ como las excepciones humanitarias¹¹, dentro de las cuales se pueden clasificar tres categorías de bienes y servicios humanitarios. La primera categoría son los bienes humanitarios “por naturaleza”, dentro de la cual se encuentran los alimentos, los suministros para uso médico, los materiales de información y de enseñanza, los productos de higiene y de limpieza, los materiales utilizados en la agricultura, los alimentos para los animales, las semillas, los productos necesarios para alimentar de energía los lugares de stock de alimentos y medicamentos, los productos necesarios para la purificación, saneamiento y tratamiento de aguas residuales, entre otros. Estos bienes permiten garantizar a los civiles un mínimo vital para su supervivencia, y los medicamentos y alimentos serán excluidos siempre de la aplicación de las medidas coercitivas económicas.

La segunda categoría es la de los bienes humanitarios “por destinación” e incluye “*los productos destinados a permitir el funcionamiento de las instituciones consideradas como indispensables a la supervivencia de la población: hospitales,*

10 Las exenciones humanitarias incluyen los bienes o actividades que son excluidos desde el principio de la aplicación de los bloqueos o embargos. Estas medidas coercitivas no se aplican a estos elementos y se considera que no requieren, salvo decisión contraria, ninguna autorización del órgano competente (Comités de sanciones instituidos por el CSNU por ejemplo) para ser enviados y expedidos al país bajo estas medidas. La exclusión de estos bienes o actividades es establecida expresamente en la resolución o decisión de adopción de medidas coercitivas económicas.

11 Las excepciones humanitarias incluyen bienes y actividades que no son excluidos desde el principio de la aplicación de los bloqueos y embargos, y por lo tanto son prohibidos. Sin embargo, estos elementos pueden obtener un salvoconducto de la parte de las potencias sancionadoras y ser autorizados, de forma específica y tomando en cuenta cada caso, por razones humanitarias. El envío de estos bienes hacia el país sancionado requiere obligatoriamente una autorización y aprobación previas.

hospicios, escuelas, universidades, instituciones de beneficencia" (Bettati, 1996). Dentro de esta categoría encontramos los materiales de construcción, las piezas de recambio o repuesto utilizadas en aparatos médicos y de agricultura, así como también productos energéticos como el petróleo a condición que sean utilizados para hacer funcionar las estructuras e instituciones humanitarias y que éstas cumplan con sus misiones. El envío de estos productos está sumiso a la aprobación de los órganos encargados y la mayoría de veces está sometido a ciertas condiciones estrictas para evitar su mal uso, su malversación o su abuso. Estos bienes son prohibidos y la autorización que se obtiene para su envío es temporal, dentro de ciertos límites establecidos y sobre todo se debe explicitar de manera clara y precisa los beneficiarios, la finalidad de los productos y también su uso preciso. Usualmente estos productos son autorizados solo si una organización humanitaria internacional se hace cargo de su envío, control y distribución a la población afectada. Generalmente la exportación de estos productos es autorizada cuando una agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se encarga de todo el proceso.

La tercera categoría es la de "todos los otros bienes" e incluye todos los productos y servicios que no son indispensables a la supervivencia de la población y por lo tanto no son considerados como bienes humanitarios o de primera necesidad para los civiles.

Las listas de bienes expuestos en estas categorías no son exhaustivas y las derogaciones humanitarias dependen en gran parte del enfoque que se adopte para aprobarlas.

Los enfoques teóricos de las derogaciones humanitarias.-

Para poder adoptar derogaciones humanitarias que sean eficaces es necesario un enfoque que permita responder a las necesidades de los civiles, el problema es que hasta la fecha no existe un enfoque único y genérico que deba aplicarse cuando se adoptan estas derogaciones. Pero, sin duda, la preocupación por proteger la población civil de una mejor manera dio lugar a la creación de varias formas de contemplar las atenuaciones por motivos humanitarios, todo esto debido a que "*las diferentes situaciones de los civiles crean la necesidad de adoptar enfoques adaptados*" (Minear, 1998) a cada situación particular de las poblaciones así como también a cada régimen de aplicación de los bloqueos y embargos. Esto permitirá dar una solución más óptima a cada una de las situaciones adaptando las derogaciones a un contexto particular, y permitirá tener un margen de maniobra amplio sin ser sometidos a un enfoque genérico que obligue a adoptar la misma posición con respecto a derogaciones anteriores.

Autores como Weiss, López, Minear y Cortright convergen en la idea de que tres enfoques pueden ser aplicados. El primero es el de las derogaciones específicas a las instituciones. Esta opción permite atribuir a las organizaciones humanitarias internacionales o agencias especializadas, una derogación general para importar los bienes y productos que les permitan llevar a cabo sus misiones humanitarias. Esto facilitaría el trabajo de estos organismos haciéndoles ganar tiempo y por lo tanto podrían responder rápidamente a las necesidades de los civiles sin pasar por largos procedimientos de aprobación de las derogaciones. Un estudio realizado en 1995 recomendaba que *“las instituciones afiliadas a las Naciones Unidas, cuando actúan en virtud de su mandato de asistencia humanitaria, no deberían someterse a un régimen de sanciones”* (Von Braunmuhl & Kulesa, 1995). Por tanto, lo que se propone es una derogación institucional que permita superar todo obstáculo ligado a procedimientos administrativos de autorización de envíos humanitarios.

El segundo enfoque es el de las derogaciones específicas a los bienes. Desde esta perspectiva todo producto, mercancía o bien que permita responder a las necesidades vitales de la población civil debe ser excluido completamente de la aplicación de los bloqueos y embargos. Regularmente los bienes humanitarios “por naturaleza” que entran en este enfoque, y específicamente los alimentos y suministros médicos, no deben ser comprendidos en las medidas coercitivas económicas. Además las peticiones para el envío de bienes de uso dual o “por destinación” son controladas y analizadas minuciosamente. Las exportaciones de estos bienes necesitan una autorización previa.

El tercer y último enfoque es el de las derogaciones específicas a los países. Esta óptica *“toma en cuenta la naturaleza idiosincrática de cada crisis y conserva el control sobre el tipo y la cantidad de derogaciones”* (Weiss, 1999). En este sentido las derogaciones serían adaptadas a la situación de un país, de una cultura o de una religión para responder de mejor manera a un contexto particular. Dentro de esta opción y con la práctica desarrollada en el tema de derogaciones humanitarias es posible darse cuenta que ciertos bienes o alimentos que son considerados como primordiales y necesarios para un país, pueden ser considerados como de lujo en otros países. Por esta razón, los órganos encargados de la adopción, implementación y control de estas derogaciones pueden autorizar o prohibir el envío de estos bienes dependiendo del contexto. Así por ejemplo, en ciertas situaciones – como en la aplicación del embargo a la ex-Yugoslavia –el envío de ciertos productos como el vodka, el chocolate, los cigarrillos y el vino fue autorizado porque los mismos *“respondían a necesidades humanitarias esenciales”*¹², mientras que estos mismos bienes, dentro de otro contexto y en un país diferente, habrían

12 S/RES/760 (1992), 18 de junio de 1992.

sido considerados como de lujo y por lo tanto su envío habría sido rechazado. Esta perspectiva trata de tener en cuenta las costumbres regionales y culturales de las poblaciones para de esta manera adaptar las derogaciones con el fin de dar una mejor respuesta a las necesidades de los civiles. Además se indica que un control periódico de las derogaciones es necesario con la finalidad de examinar si la cualificación de los bienes como “humanitarios” continúa vigente con el paso de un cierto periodo de tiempo.

Estos enfoques nos muestran que las derogaciones humanitarias, al menos en el ámbito teórico, fueron el objeto de debates y discusiones que buscaban hacer de este mecanismo una respuesta más eficaz y coherente a las necesidades básicas de las poblaciones civiles, sin embargo estas derogaciones van más allá de lo teórico y es dentro del ámbito práctico en el que se desarrollaron gracias al trabajo de los Comités de sanciones de Naciones Unidas o de los órganos nacionales encargados de implementar las medidas coercitivas económicas – esto último en el caso de los bloqueos navales aplicados por ciertos países como Israel.

El desarrollo, mejoramiento y límites de las derogaciones humanitarias como producto de la praxis y el uso continuo de este mecanismo.-

La práctica desarrollada por los Comités de sanciones del CSNU.-

El mecanismo de las derogaciones humanitarias se desarrolló por la práctica de los Comités de sanciones, instituidos especialmente al adoptarse un embargo. Este dispositivo humanitario nos permite constatar que “*el poder de imponer sanciones [del CSNU] no es ilimitado*”¹³. El CSNU está obligado a proteger a los civiles y debe hacer primar las cuestiones humanitarias sobre aquellas de seguridad internacional. Ferrand explica que “*en la decisión para adoptar un embargo, se podría suponer que hay un conflicto de normas que el Consejo de Seguridad intenta eludir con la exención de ciertos productos de las restricciones impuestas como los productos farmacéuticos, los alimentos, los suministros y material médico destinados a aliviar el sufrimiento de los civiles*” (Shaygan, 2008). Para tener en cuenta todas estas cuestiones humanitarias, el CSNU se dotó de órganos conocidos como “Comités de sanciones” a los cuales se les atribuyó la misión de velar por el respeto y la implementación de las medidas coercitivas económicas. Es justamente la práctica de estos últimos en materia de

13 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, “Consecuencias negativas de las sanciones económicas para el disfrute de los derechos humanos”, E/CN.4 Sub.2/2000/33, 21 junio 2000, §18.

derogaciones humanitarias que hizo que este mecanismo mejore y evolucione con el pasar de los años.

Los comités de sanciones, encargados de la aprobación y la gestión de las derogaciones humanitarias, desarrollaron varios procedimientos de aprobación de estas derogaciones. El primer procedimiento es el de “notificación” en el cual no se necesita ninguna autorización previa para el envío de bienes humanitarios – ya que estos no están prohibidos –, pero se debe notificar al órgano competente sobre estos envíos para controlar que los productos expedidos sean conformes a la cualificación de bienes “humanitarios” y que éstos entren en la categoría exenta por el CSNU. El objetivo de este procedimiento es de *“proporcionar un control mínimo sobre la definición de estos bienes”*. (Conlon, 1996)

El segundo procedimiento es el de la “aprobación tácita” en el cual se debe obtener una autorización del Comité de sanciones para poder realizar los envíos de bienes humanitarios. Generalmente se necesita esta autorización cuando se intenta enviar bienes humanitarios “por destinación”, de uso dual o que siendo de uso civil exista la sospecha de que serían desviados de su destinatario final. Toda solicitud de envío de estos bienes que pase por este procedimiento debe incluir toda la información necesaria, clara y completa para que los Comités de sanciones la analicen. Esta información incluye los bienes humanitarios a ser enviados, la cantidad, su destinación y destinatario final, qué agencias u organizaciones se harán cargo tanto del envío, la recepción y la distribución. Los Comités pueden además pedir toda información complementaria que crean necesaria para aprobar estos envíos. Al final de este procedimiento las solicitudes pueden ser aprobadas o pueden ser objeto de objeciones por la parte de los Estados miembros los Comités de sanciones¹⁴. Las objeciones pueden ser levantadas si un nuevo control de información se realiza y si el Comité considera que la misma es clara, precisa y veraz, y sobre todo que existen las garantías necesarias para que los bienes cumplan una misión humanitaria. Estos procedimientos deben tener cuenta el enfoque seleccionado entre los tres expuestos anteriormente.

Además de los procedimientos, otro elemento desarrollado por estos Comités fue su poder de interpretación tanto de las derogaciones, de las resoluciones, como de lo que se consideraría como “humanitario”. De esta manera los Comités tienen un margen de maniobra que les permite adaptar las derogaciones a situaciones concretas como se ha explicado en líneas anteriores. Esto ayuda a que los civiles sean atendidos con respecto a sus necesidades reales. Shaygan

¹⁴ Los comités de sanciones están conformados por los países que forman parte del CSNU cuando las medidas coercitivas económicas son adoptadas o implementadas.

indica que *“diversos elementos como las particularidades de una crisis dentro de un país sancionado, la cultura y la religión, pueden ser tomados en cuenta dentro de la interpretación [...] y entonces dentro de la designación para cada caso de los productos que pueden ser considerados como de primera necesidad”* (Shaygan, 2008). En el ejemplo expuesto de la ex-Yugoslavia se debe hacer énfasis que los productos considerados como humanitarios no hubieran sido considerados como tales en el embargo impuesto a Iraq en razón de la diferencia de costumbres regionales y culturales. De esta manera, y dado que los Comités de sanciones no están obligados a acatar o respetar las derogaciones adoptadas por otros Comités anteriores, *“este modo de operación tiene la ventaja de tomar en cuenta las diferencias regionales y culturales”* (Conlon, 1996).

Este poder de interpretación puede ser utilizado de manera estricta o larga, y muchas veces ciertos bienes que podríamos pensar que no deberían ser considerados como humanitarios han sido aprobados como tales. Es el caso de los materiales técnicos para uso de los medios de comunicación al momento de la aplicación del embargo contra Iraq¹⁵. Otras veces, la interpretación restrictiva de bienes para uso médico ha negado la posibilidad de exportar productos como la anestesia, que fue considerada como un producto de uso dual y por consiguiente su envío fue rechazado.

Por todo lo expuesto es posible verificar que la definición de las derogaciones humanitarias depende en gran medida de los órganos encargados de su aprobación y gestión, y que *“pueden ser objeto de interpretaciones extensibles con respecto a las definiciones tradicionales iniciales”* (Bettati, 1996). Esto nos muestra que existe una tendencia para expandir la definición de los bienes humanitarios, y al mismo tiempo que existe la voluntad de restringir el alcance de las derogaciones humanitarias para hacer las medidas coercitivas económicas más eficaces y coherentes. Este poder de interpretación de los Comités de sanciones permite evitar que los Estados auto-califiquen los bienes a ser exportados hacia el país sancionado y por lo tanto que no existan abusos del mecanismo humanitario. A pesar de todo lo indicado, ciertos autores consideran que *“la clasificación de los productos de uso humanitario dentro de la categoría de exenciones o excepciones humanitarias no ha sido siempre significativo”* (Tehindrazanarivelo, 2005).

Lamentablemente, pese a que los Comités de sanciones han intentado proteger de mejor manera las poblaciones, y al mismo tiempo garantizar el respeto de los bloqueos o embargos, muchos abusos del mecanismo han ocurrido, minando de esta manera la eficacia de las medidas coercitivas económicas.

¹⁵ El embargo iraquí tuvo lugar entre agosto de 1990 y mayo del 2003.

La instrumentalización y abuso de las derogaciones humanitarias.-

El mecanismo de las derogaciones humanitarias debe responder a necesidades básicas y reales de las poblaciones civiles. Estas derogaciones deben ser proporcionales a los efectos negativos de las medidas coercitivas económicas sobre la población civil; es decir, que a medidas coercitivas amplias y generales que causen un sufrimiento excesivo a los civiles se tendrá que aplicar derogaciones amplias y que permitan el abastecimiento de bienes humanitarios en cantidades necesarias para cubrir las necesidades de la población. El problema nace cuando las derogaciones humanitarias son tan extensas que la eficacia de las medidas coercitivas económicas es cuestionada. Es por esto que se debe buscar un equilibrio entre la eficacia de estas medidas y la protección de los civiles.

Varios abusos de este dispositivo se han presentado a lo largo de la aplicación de las derogaciones humanitarias, como por ejemplo la autorización y el envío excesivo y exagerado de productos humanitarios. Según CONLON *“las derogaciones excesivas o inapropiadas amenazan con minar la integridad de un régimen de sanciones”* (CONLON, 1996). Otro abuso y manipulación del mecanismo es la sustitución de la lista adjunta a las resoluciones de bienes autorizados por una lista de productos diferentes a los aprobados, esto se debió a la falta de precisión de las autorizaciones que muchas veces no especificaban las cantidades o los nombres de los productos a ser exportados así como también al hecho de que estas listas no estaban incluidas en la resolución como tal.

Estas listas y las autorizaciones de envío de bienes humanitarios fueron muchas veces vendidas y comercializadas con el fin de introducir contrabando de guerra o productos que sean vendidos en el mercado negro, de este modo las derogaciones fueron instrumentalizadas por mafias para beneficiarse de la lógica humanitaria y convertirla en una lógica comercial. Además, los Estados sancionados también instrumentalizaron este mecanismo para poder procurarse de productos para las élites y clase gobernante. Las potencias sancionadoras también hicieron un mal uso de este mecanismo para poder ingerir en los asuntos internos del país sancionado, como por ejemplo en Iraq con el envío de 50 000 dólares americanos para crear un Instituto de políticas públicas. Esto demuestra la manipulación de la lógica humanitaria a favor de una lógica de “injerencia democrática” (Bettati, 1996) ya que este envío *“estaba destinado más a reforzar las libertades fundamentales que a aliviar el sufrimiento físico o moral”* (Bettati, 1996) de los civiles.

Del mismo modo se acusó a las potencias que adoptaron los bloqueos y embargos no solamente de impedir el desarrollo del país sancionado con la

aprobación de derogaciones estrictas sino también de utilizarlas para mantener estas medidas coercitivas por periodos de tiempo largos. Al aprobar el envío de bienes humanitarios, estas potencias argumentaban que el bloqueo o embargo no afectaba a los civiles y que a estos se les aseguraba un mínimo vital para garantizar su supervivencia. De esta manera estas medidas podían continuar aplicándose en razón de su supuesta "humanización". Por esta razón Bettati explica que el embargo "*nunca fue tan nefasto que desde que se lo hizo más humanitario*" (Bettati, 1998).

Conclusión.-

Es innegable e indiscutible que el mecanismo de derogaciones humanitarias ha permitido mejorar las condiciones de vida de las poblaciones de los países sancionados. No obstante, se debe mencionar que falta mucho por hacer en materia humanitaria cuando un bloqueo o embargo es implementado. Este mecanismo se ha visto afectado por los abusos continuos de todas las partes implicadas y al mismo tiempo se ha modificado su lógica "humanitaria" para obtener y alcanzar objetivos diferentes a los originales.

Resulta difícil concebir que a pesar de los intentos por proteger a los civiles, éstos continúen a ser los más afectados por la aplicación de medidas coercitivas económicas y que los gobiernos o dirigentes responsables continúen a gozar de privilegios y sean los menos perjudicados.

Es inconcebible pensar que a pesar de los años y las experiencias nefastas vividas en razón de la aplicación de estas medidas coercitivas, éstas sigan siendo aplicadas sin tener en cuenta la inmunidad de los civiles y sobretodo que no se haya desarrollado un dispositivo de sanción más consecuente y adaptado al contexto mundial actual.

Más allá de prever atenuaciones humanitarias a las sanciones se debería desarrollar sanciones que impacten solamente a los dirigentes, o a los sectores militares y políticos del país en cuestión. De esta manera se evitaría el sufrimiento indebido y excesivo de los civiles cuando los bloqueos y los embargos son aplicados. Por esta razón, son las sanciones inteligentes (*Smart sanctions/targeted sanctions*) que tendrían que aplicarse en caso de que un país tenga que ser sancionado y de esta manera podría evitarse no solo las crisis humanitarias sino también que los civiles, parte inocente de la población, tengan que pagar por los actos de sus dirigentes quienes de manera irresponsable intentan defender intereses políticos de ciertas clases dominantes y ajenos al interés nacional a través de la violación de normas internacionales.

BIBLIOGRAFÍA:

Documentos:

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, (2000) "Consecuencias negativas de las sanciones económicas para el disfrute de los derechos humanos". 33

Cumin D. (2014-2015) *Pensée stratégique*, Licence 2 Droit-Science politique mention Science politique, Université Jean Moulin Lyon III, Semestre 3, année. 253, 254

Report of an Independent Working Group established by the independent inquiry committee, (2005) *The impact of the Oil-for-Food Programme on the Iraqi People*

Von Braunmuhl C. et Kulesa, (1995) Manfred, *The impact of UN sanctions on humanitarian assistance activities*, Report on a Study Commissioned by the United Nations Department of Humanitarian Affairs, Berlin, December

Libros:

Bennouna M., (2004) *Les sanctions économiques des Nations Unies*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers

Centre D'Étude et de Recherche De Droit International et de Relations Internationales, (2002) *Les sanctions économiques en droit international: 2000*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers

Cortright D. (2000) *The sanctions decade: assessing UN strategies in the 1990's*, Colorado

Gill T. et Fleck D., (2010) *The handbook of the international law of military operations*, Oxford, United Kingdom

Gowlland-Debbas V. (2001), *United Nations sanctions and international law*, The Hague, Kluwer Law International

Henckaerts J. y Doswald-Beck L., (2007) *Derecho internacional humanitario consuetudinario*. Volumen 1: *Normas*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja. 207

- Labbé M. (1994) *L'arme économique dans les relations internationales*, Paris, Presses universitaires de France
- Lachaux C., Lacorne D. et Lamoureux C. (1987). *De l'arme économique*, Paris, Fondation pour les études de défense nationale, 251
- Lemeilleur L. (1999), *Le pouvoir de sanctions économiques du conseil de sécurité*, Lille, ANRT.
- Mehdi R. (2000), *Les Nations Unies et les sanctions: quelle efficacité ?*, Paris, A. Pedone
- Pilloud C. (1986), *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers. 671
- Shaygan F. (2008), *La compatibilité des sanctions économiques du Conseil de sécurité avec les droits de l'homme et le droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2, 116, 148, 289, 74, 336
- Tehindrazanarivelo D. (2005) *Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires: assistance aux victimes et voies juridiques de prévention*, Paris, Presses universitaires de France. 180
- Weiss T. (1997), *Political gain and civilian pain: humanitarian impacts of economic sanctions*, Lanham, Rowman & Littlefield. 250, 504

Artículos:

- Bettati M., "La dérogation humanitaire aux sanctions internationales" in université de nice-sophia antipolis et institut du droit de la paix et du développement, *Mélanges en l'honneur du doyen Paul Isoart*, Paris, Pedone, 1996. 194, 195, 197, 196, 196, 194
- Bettati M. (1998) "L'embargo filtrant: une solution efficace?", in action contre la faim, *Géopolitique de la faim: quand la faim est une arme*, Paris, France, Presses Universitaires de France
- Charvin R. (1996) "Les mesures d'embargo : la part du Droit", *Revue Belge de Droit international*, vol. n°1
- Colonomo A. (2001) "Injustes Sanctions: les constructions internationales de la dénonciation des embargos et l'escalade de la vertu abolitionniste", *Questions de Recherche*, vol. 1, novembre

- Conlon P. (1996) "The Humanitarian Mitigation of UN Sanctions", *German Yearbook of International Law*, vol. 39. 250, 251, 257, 259, 276
- Davidson E. (2003) "Legal Boundaries to UN sanctions", *The international Journal of Human Rights*, vol. 7. 37
- Damrosch L. (1993) "The civilian impact of economic sanctions", in DAMROSCH L. (dir.), *Enforcing restraint : Collective intervention in internal conflicts*, New York, Council on Foreign Relations Press
- Dormann K. (2001) "Preparatory Commission for the International Criminal Court: The elements of war crimes. Part II: Other serious violations of the laws and customs applicable in international and non international armed conflicts", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol.83. 475-476
- Dubouis L. (1967) "L'embargo dans la pratique contemporaine", *Annuaire français de droit international*, vol. 13, n° 1. 101
- Espaliú Berdud C. (2010) « L'impact de l'interdiction d'utiliser la famine comme méthode de combat contre la population civile dans le cadre du droit applicable aux conflits armés en mer » in Matheson, Michael et Momtaz, Djamchid, *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers
- Farrant J. (2013) "The Gaza flotilla incident and the modern Law of Blockade", *Naval War College Review*, vol. 66, n°3
- Ferrand B. (2004) "Quels fondements juridiques aux embargos et blocus aux confins des XXe et XXIe siècles", *Guerres mondiales et conflits contemporains*, no 214
- Gasser H. (1996) "Collective Economic Sanctions and International Humanitarian law: An enforcement measure under the United Nations Charter and the rights of civilians to immunity: An unavoidable clash of policy goals?", *HJIL*, vol. 56
- Kolliopoulos A. (2004) "Les comités des sanctions de l'Organisation des Nations Unies" in SICILIANOS, Linos-Alexandre et Laura Picchio Forlati, dir. *Les sanctions économiques en droit international*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers
- Laucci C. (2000) "Sanction internationales et aide humanitaire : quelle compatibilité ?", in Rostane Mehdi, *Les Nations Unies et les sanctions: quelle efficacité ?*, Paris, A. Pedone

- Minear L. (1998) "Toward more humane and effective sanctions management: enhancing the capacity of the United Nations system", *Occasional Papers*, vol. 31. 55, 56
- Mirimanoff-Chilikine J. (1972) "Protection de la population et des personnes civiles contre les dangers résultant des opérations militaires", *Revue belge de droit international*, vol. n°1. 105
- Somavia J. (1997) "The humanitarian responsibilities of the United Nations Security Council: Ensuring the security of the people". *Development in Practice*, vol. 7, n°4
- US Naval War College, (2014) *The commander's handbook on the law of naval operations*, <https://www.usnwc.edu/getattachment/a9b8e92d-2c8d-4779-9925-0defea93325c/>.
- Von Sponeck H. (2002) "Sanctions and Humanitarian Exemptions: a practitioner's commentary", *European Journal of International Law*, vol. 13
- Weiss T. (1999) "Sanctions as a Foreign Policy Tool: Weighing Humanitarian Impulses", *Journal of Peace Research*, vol. 36, n° 5
- Wiles P. (1988) "Savoir Sanctionner ". *Politique Internationale*, n°38. Hiver
- Winkler A. (1999) "Just Sanctions ". *Human Rights Quarterly*, vol. 21. 135

Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del
Ecuador

Consejo Editorial:
Mikaella Andrade Rodríguez
Jaime Dousdebés Costa
Carlos Varela Arias

ARTICULISTAS

Miguel Almeida Oleas
Giovanni Battista Ratti
Luis José Béjar Rivera
Jaime Dousdebés Costa
Efrén Guerrero Salgado
Alberto Vivanco Aguirre
Sonia Merlyn Sacoto
Mario Moncayo Altamirano
Camilo Moreno-Piedrahíta
David Ortiz Custodio

Miguel ORTIZ-HARO
Xavier Palacios Abad
Diego Pérez Ordóñez
Esteban Polo Pazmiño
Luis Prieto Sanchís
Salim Zaidán
Pablo Eduardo Slavin
Emilio Suárez Salazar
Carlos Varela Arias
Patricio Viteri Hidalgo



Albán Bedón Macías & Asoc.
Estudio Jurídico

DURINI & GUERRERO
ABOGADOS



Centro de
Derechos Humanos
PUCE