

Nº 24, DIC. 2019

E-ISSN 2528-7834

Iuris Dictio

*Dossier:
Perspectivas contemporáneas
del derecho de competencia*

Iuris Dictio

Director editorial

Diego Falconí Trávez

Coordinador editorial

Efraín Caravantes

Comité científico

Catalina Botero (Universidad de los Andes, Colombia), Paolo Carozza (Notre Dame University, Estados Unidos), Larry Catá Backer (Penn State Law, Estados Unidos), Fabián Corral Burbano de Lara (Academia Ecuatoriana de la Lengua, Ecuador), Alejandro Guzmán (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile), Andrés Jakab (Instituto de Estudios Jurídicos de la Academia Húngara de las Ciencias, Hungría), Esther Torrellas (Universidad de Salamanca, España), Peter Van den Bossche (Maastricht University, Holanda), Virginia Zambrano (Universidad de Salerno, Italia).

Comité editorial

Marena Briones, Eddy de la Guerra, Johanna Fröhlich, Andrés Felipe López Latorre, Andrés Martínez, Álvaro Paúl, José Gustavo Prieto, Daniela Salazar.

Asistentes editoriales

María Gabriela Andrade, Analía Andrade, Marco Antonio Benavides, Aura Chiriboga, Sebastián Correa, Josselyn Espinosa, María Paula Marroquín.

Diseñadora

Mayra Overney-Falconí

Webmaster

Jaime Páez

Maquetador

Krushenka Bayas

Traductora

Megan Edwards

Revisores pares de este número

Patricia Alvear, Xavier Andrade, Toalí Bayancla, Ana María Calero, Daniel Castelo, Andrés Chong Qui Toris, Diego Corral Coronel, Ricardo Crespo, Andrés Donoso, Martín Flores, Zoya Galarza, Rubén Méndez, Ricardo Montalvo, Marco Morales A., Gonzalo Muñoz, Esteban Pérez, Pablo Piedra, Miguel Ángel Puente, Fabián Pozo, Álvaro Román, Johanna Romero García, Andrés Rubio, Camila Sánchez, Felipe Serrano, Richard Tepper, Mayra Lucía Tirira Rubio, José Urizar, Daniel Véjar Sánchez, Ana Cristina Vera Sánchez, Paula Vernimmen, María Isabel Zurita

Licencia legal: Reconocimiento- NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.



LC: KHK 10 .I97 CDD: 340.05

Iuris Dictio [Publicación Periódica] / Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Año 1, No 1 (ene 2000), Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2000-v. Semestral –junio-diciembre

ISSN: 1390-6402 e-ISSN: 2528-7834 1. Jurisprudencia – Ecuador – Publicaciones seriadas. 2. Interpretación del Derecho .

Publicaciones seriadas I. Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia

E-mail: revistaiurisdicdio@usfq.edu.ec

Página web: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicdio>

POLÍTICA DE PUBLICACIÓN

Iuris Dictio es una publicación arbitrada que se orienta al estudio del Derecho. Su objetivo es difundir investigaciones originales y recientes que contribuyan al análisis y discusión del complejo fenómeno jurídico.

Con el objetivo de que el debate se difunda de modo extenso, periódico y en el marco de una academia internacional socialmente responsable, *Iuris Dictio* se publica de manera semestral y todos sus artículos son de libre acceso y circulación.

La revista fue fundada en 1998 y está adscrita al Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Se basa en la filosofía de Artes Liberales y, en tal virtud, acoge a especialistas de diversas instituciones y experiencias académicas como parte de su equipo editorial.

En su afán de entender al mundo contemporáneo, la revista intenta que cada uno de sus números conjugue el análisis generalista del Derecho con la especialización requerida por determinados temas jurídicos, a través de la publicación de artículos y reseñas innovadores y de calidad por parte de personas interesadas en el quehacer académico.

Iuris Dictio se orienta a un público especialista en el Derecho. No obstante, la sección de Entrevistas busca tener un alcance más divulgativo que apunta a que personas que no necesariamente conocen a profundidad el derecho puedan acercarse al quehacer jurídico.

1. Política de secciones

Iuris Dictio posee tres secciones: monográfico, miscelánea y reseñas.

Monográfico

La sección monográfica o dossier tiene como objetivo reunir un conjunto de artículos, cuyas contribuciones supongan una aportación original, en torno a un tema especializado para el Derecho. Los artículos para el dossier son enviados a la revista en respuesta a una convocatoria que ha sido previamente anunciada y que rige entre los 8 y 12 meses, periodo en el cual las personas interesadas envían sus trabajos para su evaluación. Los artículos a enviarse pueden ser de cuatro tipos: a) análisis teóricos o doctrinales; b) análisis de normativas nacionales o internacionales; c) comentarios jurisprudenciales; d) análisis comparatistas.

La sección monográfica es coordinada por un/a especialista en el área. Todos los artículos deben ajustarse a los criterios del Manual de estilo de la revista y responder a las Normas de Publicación. Asimismo, todos los artículos enviados deben ser inéditos y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20 mil y 40 mil caracteres (sin espacios).

Miscelánea

La sección miscelánea está compuesta por artículos doctrinales, reseñas legislativas, comentarios jurisprudenciales de temática libre y análisis comparatistas del derecho, siempre que se correspondan con el ámbito de la revista. Serán descartados del proceso de evaluación todos aquellos artículos que no cumplan con las Normas de Publicación y el Manual de estilo de la revista. Los artículos enviados a esta sección deben ser originales y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20 mil y 40 mil caracteres (sin espacios).

Reseñas

La sección de reseñas está destinada a la revisión de las novedades editoriales en el ámbito del derecho. Los libros reseñados deben tener una fecha de publicación de no más de 2 años, respecto del año de publicación del número de la revista. La extensión de las reseñas no debe superar las 3 mil palabras y deben ser originales e inéditas.

Entrevistas

Esta sección está destinada a la recoger entrevistas realizadas a juristas o bien a especialistas de otras áreas, que a pesar de no ser del área del derecho, realicen un aporte al complejo fenómeno jurídico en la contemporaneidad. La entrevista debe ser original e inédita y debe plantearse como un diálogo con preguntas y respuestas. Su extensión no deberá superar las 7 mil palabras.

2. Proceso de revisión por pares

Los artículos recibidos, sin excepción, serán sometidos a un primer proceso de evaluación por parte de las personas que componen el Comité Editorial, cuya función es avalar que los artículos cumplen con los parámetros mínimos de calidad exigidos por *Iuris Dictio*; o bien rechazarlos. Los/as autores/as serán notificados/as de la aceptación preliminar o denegación de sus artículos en los seis meses luego del cierre de la convocatoria, contando desde el día de recepción del texto.

Posteriormente, cada artículo que pase este filtro inicial será examinado a ciegas por dos evaluadores/as externos/as especialistas en la materia, quienes podrán decidir publicar el artículo, publicarlo con correcciones o no publicarlo. En caso de no haber acuerdo entre ambos/as, se enviará el artículo a un/a tercer/a evaluador/a que tendrá voto dirimente. Una vez tomada la decisión, se enviará de vuelta el artículo a su autor/a para que realice las correcciones pertinentes de acuerdo a estrictos tiempos que garantizan la publicación semestral de la revista.

Las reseñas no estarán sujetas a la evaluación por pares.

3. Frecuencia de publicación

La publicación de la revista es semestral, teniendo una edición en junio y otra en diciembre. Para cumplir con estas fechas, un estricto calendario rige los tiempos operacionales de la revista y por ello se notificará con tiempo a los/as autores/as tanto la recepción como la evaluación y posible revisión de los artículos.

4. Política de acceso abierto

Todo el contenido de la revista está publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Al ser una publicación online que se difunde bajo la plataforma OJS (Open Journal Systems), intenta garantizar la transparencia de sus procesos y la gratuidad de sus aportaciones. No obstante, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito tiene la potestad de impresión de ciertos ejemplares para el uso en bibliotecas y otros espacios distintos al ciberespacio.

5. Envíos Online

Toda la comunicación de la revista, incluidos los envíos, se realizan en el ciberespacio a través de la plataforma OJS que cuenta con las funciones de identificación y registro de usuarios/as. La información se encuentra en el siguiente enlace:

<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicio/index>

El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas de ésta.

6. Normas para autores/as

- Los artículos deben ser originales y no haber sido publicados con anterioridad. Los/as autores/as deberán identificarse e indicar su afiliación y de no tenerla deberán poner “Investigador/a independiente”.
- Los artículos podrán estar escritos en castellano o inglés, las dos lenguas oficiales de la revista.
- Los artículos deberán tener una extensión comprendida entre 20 mil y 40 mil caracteres (sin espacios).
- Además, incluirán al principio un resumen de hasta 750 caracteres (sin espacios, aproximadamente 10 líneas) en castellano y en inglés. Las palabras clave (un máximo de seis) también deben presentarse en ambos idiomas.

7. Derechos de autoría

El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas aplicables para el efecto. Si no se indica lo contrario, los textos de la revista se publican bajo licencia Creative Commons.

8. Edición de la revista

El Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito es el órgano desde donde nace y se asienta esta publicación. No obstante, tanto el Equipo Editorial está compuesto por diferentes personas que se encuentran en diversas universidades y locaciones. Es, precisamente, ese carácter internacional el que intenta trazar puentes entre tradiciones académicas y diversas experiencias editoriales y educativas.

9. Tiempo de publicación

Juris Dictio publica los artículos, reseñas y entrevistas que han sido colgadas en nuestra plataforma web siguiendo las directrices establecidas en un promedio de seis meses. Este plazo (que incluye la revisión por parte de pares ciegos, el dictamen de publicación, la reformulación por parte del autor del escrito, la edición, la maquetación y la revisión final del texto maquetado por parte del autor) requiere el compromiso de envío puntual y preciso de los textos por parte de las personas autoras. En casos extraordinarios que no se atuviesen a los tiempos de la revista la publicación del texto final podría tardar un año.

10. Declaración ética sobre publicación y malas prácticas

La Universidad San Francisco de Quito (USFQ) se compromete a promover una conducta ética en la publicación de sus revistas científicas y toma como referencia los principios publicados por el Committee on Publication Ethics (COPE) en el Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors (<http://publicationethics.org>).

ÍNDICE

DOSSIER

Presentación del dossier. Una agenda de investigación para el derecho de competencia y consumidores Presentation of the dossier. A research agenda for competition law and consumers ALBERTO BROWN LAVALLE / OSWALDO SANTOS DÁVALOS / MARIO NAVARRETE SERRANO	13
La defensa del consumidor en el Ecuador. De espaldas a los principios internacionales de protección Consumer Defense in Ecuador. Against to International Protection Principles PAOLA CAMPAÑA TERÁN	17
La transformación jurídica en una economía digital: el caso Uber Transformation in a digital economy: the Uber case ROSSANA LIZETH TORRES RIVERA	33
Mercado de plataformas: la competencia desleal en la era de la economía colaborativa Platform market: unfair competition in the age of the collaborative economy FERNANDO BAJAÑA TOVAR / PAÚL GONZÁLEZ MORÁN	43
Enriquecimiento injustificado por actos de competencia desleal: Continuidad y divergencia en el derecho privado Unjustified Enrichment Through Unfair Competition: Continuity and Divergence in Private Law ALBERTO BROWN LAVALLE / PABLO LETELIER CIBIÉ	61
Umbral de cuota de mercado: ¿Es compatible con el derecho a la seguridad jurídica? Market share threshold: Is it compatible with the right to legal certainty? JORGE VINICIO DUQUE SAGUAY/ MAURICIO ESTEBAN VÁSQUEZ ANDRADE	75

MISCELÁNEA

Femicidio: una investigación con perspectiva de género Femicide: A research from a gender perspective GLADIS PROAÑO REYES	93
---	----

De la Contraloría hacia un Tribunal de Cuentas From the Comptroller General's Office to a Court of Auditors CARLOS MARCELO NÚÑEZ PÉREZ	111
--	-----

Los servicios públicos en Cuba. Especial referencia a la salud Public services in Cuba. Special reference to health KENIA NUÑEZ TORRES	129
--	-----

ENTREVISTAS

Entrevista a Carlos Ayala Corao. Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; denuncia a los instrumentos del SIDH y libertad de expresión en la era moderna Interview with Carlos Ayala Corao Challenges to the Interamerican Human Rights System; threats to IHRS treaties and freedom of speech in the modern era SEBASTIÁN CORREA	141
---	-----

Entrevista a Marlene Wayar. Las personas travestis estamos viviendo una situación que es de flagrante injusticia Interview with Marlene Wayar. We, transvestites are experiencing a situation of blatant injustice DIEGO FALCONÍ TRÁVEZ	157
---	-----

RESEÑAS

El concebido ante el Derecho. Sonia Merlyn Sacoto (2018). Editorial Jurídica Cevallos: Quito JOHANNA EGAS VELASCO	167
--	-----

Iuris Dictio

Nº 24, DIC. 2019

ISSN 2528-7834

E-ISSN 2528-7834

Dossier:

*Perspectivas contemporáneas
del derecho de competencia*



PRESENTACIÓN DEL DOSSIER. UNA AGENDA DE INVESTIGACIÓN
 PARA EL DERECHO DE COMPETENCIA Y CONSUMIDORES
 Presentation of the dossier. A research agenda for competition law and consumers

ALBERTO BROWN LAVALLE
 Universidad de Edimburgo, Reino Unido

MARIO NAVARRETE SERRANO
 Universidad San Francisco de Quito, Ecuador

OSWALDO SANTOS DÁVALOS
 Universidad San Francisco de Quito, Ecuador

Han transcurrido casi ocho años desde que empezó a funcionar el sistema de regulación de competencia ecuatoriano. Uno de los objetivos de este número especial de seis artículos dedicados al tema es examinar —aunque sea parcialmente— el camino recorrido hasta ahora, aunque también interesa mirar el futuro. Asimismo, aunque el derecho de protección de consumidores tomó su forma actual en el año 2000, toda una nueva área de la disciplina, la protección de datos personales presentará importantes desafíos.

Quizás la forma más útil de contribuir al desarrollo del derecho de competencia y consumo, y facilitar las necesarias reformas legislativas que vendrán, consiste en plantear una serie de ideas que podrían dar forma a una agenda de investigación. Dicha agenda no es sino una invitación a la academia ecuatoriana y latinoamericana a buscar soluciones innovadoras a los problemas planteados por la sociedad de mercado moderna.

En este sentido, los principales temas a discutir son los siguientes: la delimitación de los objetivos del sistema de regulación de competencia y diseño institucional, protección de consumidores y datos personales, la competencia desleal, las conductas anticompetitivas y el control de concentraciones; sin perjuicio de que estas temáticas se encuentren estrechamente conectadas. En definitiva, más que brindar respuestas en el limitado espacio que tenemos, queremos plantear preguntas que posibiliten continuar con la discusión de estos temas.

El eterno debate sobre los objetivos del derecho de competencia (Ezrachi / Stucke, 2017) está indisolublemente conectado con el diseño de las instituciones creadas para su aplicación eficiente (Hodgson, 2011). Debemos preguntarnos si luego de la familiarización del público ecuatoriano con las nociones básicas de la regulación de competencia, ¿será necesario reducir el alcance de la competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (la “Superintendencia”) para que pueda enfocarse en aquellas conductas de mayor impacto adverso para los consumidores?

Comparando el sistema ecuatoriano con otros equivalentes a nivel mundial, es sin duda anómalo que cerca del 40% de casos analizados por esta entidad pública correspondan a casos de competencia desleal¹. No porque sea inherentemente negativo que la Superintendencia conozca estos casos —en tanto afecten el interés general— sino porque el sistema de justicia civil podría perfectamente cumplir este papel, logrando así una importante racionalización de recursos humanos y financieros. En el resto del mundo, no es siquiera controversial que las agencias

¹ Información tomada de El Universo (2018).

de competencia deban enfocarse en la lucha contra los cárteles, el control de concentraciones anticompetitivas y los casos más evidentes de monopolización, en ese orden. Sobre la reforma del sistema de control de concentraciones, se debe buscar la reducción exponencial del tiempo de análisis de operaciones de concentración notificado que —en su mayoría— no tendrían efectos adversos en el mercado.

En opinión de una de las principales autoridades en la disciplina, debemos empezar por reconocer que:

el derecho de competencia no puede salvar al mundo. [...] debemos plantearnos objetivos modestos [...] En su trabajo diario, la mayoría de las autoridades de competencia [...] creen que están haciendo lo posible para asegurar el funcionamiento del proceso competitivo, previniendo solamente las más graves distorsiones de la competencia, y solamente así contribuyendo con el bienestar de los consumidores (Faull, 1998).

En adición, parece insólito que la totalidad de las decisiones de la Superintendencia no estén en el dominio público, para que puedan ser debidamente estudiadas y criticadas.

¿En qué forma y medida convergen los objetivos de las normas de consumo, protección de datos y competencia? (Graef / van Alesnoy, 2016) ¿Debería haber una estructura de coordinación de las tres materias, quizás en la forma de un regulador común? Todo esto, considerando que el derecho de protección de consumidores —que incluye la protección de datos personales— y el derecho de competencia modernos se encuentran enfocados en el fomento del bienestar del consumidor (Waller, 2004). Este es un término complejo, tenemos por un lado su significado puramente microeconómico —que de por sí es disputado— y su significado más amplio y coloquial, nos referimos al segundo a pesar de la íntima relación entre ambos. En cualquier caso, como advertimos, el objeto de este artículo introductorio de este dossier no es la discusión sustantiva de ningún concepto jurídico en particular.

Precisamente, Paola Campaña presenta en el artículo que abre el dossier un análisis enfocado en la evolución del régimen inaugurado por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en el año 2000, y el importante impacto de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de este año en el tratamiento procesal de las controversias sobre consumo. La autora plantea una serie de críticas importantes que nos recuerdan la importancia de evitar reformas legislativas sin una visión global del sistema jurídico.

Después, en materia de competencia desleal tenemos dos artículos que tratan sobre el efecto de esta normativa sobre la economía colaborativa, con énfasis en los servicios de intermediación de transporte. Rossana Torres contribuye con un comentario sobre el importante caso C-434/15, en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidió que las actividades de la compañía californiana no se hallaban cubiertas por la Directiva 2000/31/ CE sobre comercio electrónico. Por otro lado, Fernando Bajaña y Paúl González desarrollan un análisis sobre el concepto mismo de la economía colaborativa y la colisión de los servicios que se prestan mediante esta innovación con ciertas instituciones más tradicionales del ordenamiento jurídico.

Una tercera contribución sobre competencia desleal escrita por Alberto Brown y Pablo Letelier aborda la relación entre la acción civil de enriquecimiento injustificado y los actos de competencia desleal. El artículo se enfoca en la acción de enriquecimiento especial que surgió en España a raíz de la promulgación de la Ley de Competencia Desleal de 1991, considerando la tensión generada —y los importantes debates— en la doctrina civil sobre la pluralidad de posibles aplicaciones de dicha institución. Un tema que no se trata directamente, pero que está en el trasfondo, es la importante distinción entre la acción civil de resarcimiento meramente accesoria

de infracciones administrativas respecto a aquellas “verdaderas” (Lehaire, 2016), acciones civiles por competencia desleal, tanto aquilianas como de enriquecimiento injustificado.

Con respecto al régimen de control de concentraciones económicas, Jorge Vinicio Duque y Mauricio Esteban Vásquez analizan el régimen previsto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, según el cual la obligación de notificar una operación de concentración depende de las cuotas de mercado de los operadores involucrados. Los autores explican por qué ese régimen se puede prestar a subjetividades y puede llegar a vulnerar el derecho a la seguridad jurídica. Proponen, en su lugar, introducir criterios objetivos que eliminen esa subjetividad y den mayor certeza a los administrados.

A pesar de que en este dossier no contamos con contribuciones relacionadas con las prácticas restrictivas y los mecanismos para combatir cárteles, en su oportunidad será necesario analizar los esfuerzos realizados por la autoridad para modernizar su normativa sobre los programas de delación y los compromisos de cese. Los actuales personeros de la Superintendencia parecen haber sido receptivos a las críticas presentadas por el manejo de los programas de delación en años anteriores, y se muestran comprometidos con no repetir experiencias, como las del caso *Kimberly Clark*². Además, es claro el afán de la Superintendencia de modernizar su régimen de compromisos de cese con el fin de que no constituya una herramienta que mine los incentivos generados por los programas de clemencia.

Para concluir, cuando estamos cerca de cumplir la primera década desde que entró en vigencia la normativa doméstica sobre competencia económica, los temas mencionados en este dossier resultan oportunos al determinar el camino que debe tomar el derecho de competencia en los años que vendrán. Deberá decidirse cuál es la medida en la que se permitirá que los objetivos del derecho de consumo influyan en la agenda de la autoridad de competencia y, también, de qué manera la Superintendencia organizará sus prioridades.

¿Continuará en su afán de perseguir prácticas desleales o, como han hecho otras agencias más experimentadas, priorizará las actividades de detección y sanción de cárteles? Parte de la tarea corresponderá al legislador: ¿modernizará el régimen de concentraciones económicas o preferirá mantener el actual, a pesar de las evidentes fallas que presenta? Como indicamos, más que brindar respuestas en el limitado espacio que tenemos, quisimos plantear algunas de las preguntas que marcarán el destino del derecho de competencia. Nos corresponde a todos —a la autoridad, al foro y a la academia— velar porque las respuestas que se den sean adecuadas.

Referencias bibliográficas

- Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina (2018). *Kimberly Clark vs. SCPM/SGCAN: La saga continúa..(rá)*. <https://lalibrecompetencia.com/2019/04/17/kimberly-clark-vs-scpm-sgcan-la-saga-continua-ra/>
- El Universo (2018). Réplica: De Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Cartas al director. 11 de marzo de 2018: <https://www.eluniverso.com/opinion/2018/03/11/nota/6660412/replica-superintendencia-control-poder-mercado>
- Ezrachi, A. / Stucke, M. E. (2017). The fight over antitrust's soul. *Journal of European Competition Law & Practice* 9 (1).

² Ver por ejemplo “*Kimberly Clark vs. SCPM/SGCAN: La saga continúa..(rá)*” (Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina, 2018).

- Jonathan Faull. (1998). In C.D. Ehlermann y L.L. Laudati (Eds.). *European Competition Law Annual 1997: The Objectives of Competition Policy* (pp. 503–512). London: Hart Publishing.
- Graef, I. / van Alesenoy, B. (2016). Data protection through the lens of competition law: will Germany lead the way? *Media Policy Blog*.
- Hodgson, G. M. (2011). What are institutions? *CS*, (8), 17-53.
- Lehaire, B. (2016). L'action en concurrence déloyale et les recours indemnitaires canadiens en matière de concurrence: quel dialogue en droit civil québécois? *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 46 (3), 507-543.
- Waller, S. W. (2004). In Search of Economic Justice: Considering Competition and Consumer Protection Law. *Loy. U. Chi. LJ*, 36, 631.

LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN EL ECUADOR. DE ESPALDAS A LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN

Consumer Defense in Ecuador. Against International Protection Principles

PAOLA CAMPAÑA TERÁN¹
Investigadora independiente, Ecuador

Resumen

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, publicada en el año 2000, ha sido la norma que, desde esa fecha hasta la actualidad, ha establecido el marco de protección de los consumidores en el Ecuador. Con la elevación de estos derechos a categoría constitucional, se vislumbraba un norte para su defensa. Sin embargo, la norma, que consagra los derechos y sanciona las infracciones, no responde a los principios y directrices internacionales de la materia. Pese a su reconocimiento constitucional, el tratamiento judicial es cada día más conflictivo. Con la última reforma, introducida por la promulgación de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, publicada el 6 de mayo del 2019, se elimina el trámite especial que contemplaba la norma, provocando nuevos retos procesales que deberán ser resueltos por los jueces competentes y que alejan más al país de los estándares internacionales.

Palabras clave

Derechos del consumidor, principios, estándares internacionales, protección.

Summary

The Organic Law for Consumer Defense, which was enacted in the year 2000, and has been in force until the present day, establishes a framework for consumer rights protection in Ecuador. By enshrining such rights in the constitution, there appeared to be a strong basis for their defense. However, the law that ensures rights and penalizes infractions does not reflect international principles and guidelines on the subject matter. Despite being recognized in the constitution, more and more conflicts are generated on these issues with each passing day. Since the last reform that was introduced through the Organic Law of the Ombudsman, which was enacted on May 6, 2019, eliminates the special procedure that had been detailed in the law. This leads to new procedural challenges that must be resolved by competent judges, thereby separating the country even further from international standards.

Keywords

Consumer rights, principles, international standards, protection.

1. Introducción

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 39/248, del 16 de abril de 1985,

¹Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Máster en Ciencias Políticas de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Sede Ecuador. Máster en Estado de Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Jueza de Contravenciones y Jueza de Garantías Penales de 2012 a la actualidad. Correo electrónico: paola.campana.pc@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3864-6646>



aprobó las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, las mismas que fueron ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su Resolución 1999/7, del 26 de julio de 1999, y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 70/186, del 22 de diciembre del 2015. Estas constituyen un conjunto de principios que deben incorporar las legislaciones de los países miembros para la defensa de los derechos de los consumidores, el marco institucional sugerido y los mecanismos de compensación que permitan una eficaz intervención.

La protección de los derechos de los consumidores en el Ecuador se encuentra consagrada en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (en adelante LODC), la misma que, inicialmente, dispuso el conocimiento de los procesos relacionados con la materia en primera instancia a los comisarios de policía y en segunda instancia a los jueces penales.

Con la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), en el año 2009, se incorporan los jueces de contravenciones, estableciéndose en el artículo 231 de dicho cuerpo normativo la competencia para el juzgamiento de las infracciones a la LODC a estos juzgadores, en primera instancia, y manteniendo en segunda instancia a los jueces de garantías penales como los encargados de su tramitación en el artículo 225. Pese a que el COFJ ya establece en el 2009 la creación de los juzgados de contravenciones, estos se implementan y empiezan a funcionar en el año 2011.

Actualmente, las competencias de jueces de garantías penales, jueces de garantías penitenciarias y jueces de contravenciones, se encuentran otorgadas a los jueces de garantías penales, unificándose en juzgadores de la misma materia y nivel, la tramitación de las infracciones por LODC y apelación. Con la última reforma introducida por la promulgación de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (en adelante LODP) se reforma el Artículo 81 y se derogan los Artículos 82, 83, 84 y 94 de la precitada norma, con lo que se elimina el trámite especial de sustanciación que mantenía la legislación, lo que genera nuevos retos procesales que analizaremos en líneas posteriores.

2. Naturaleza jurídica de la Defensa del Consumidor

La LODC regula las relaciones que se presentan entre proveedores y usuarios. Incorporó en su articulado: principios generales aplicables a la materia, derechos y obligaciones de consumidores, responsabilidades y obligaciones de los proveedores, protección para los consumidores y usuarios relativos a la publicidad, servicios públicos domiciliarios, protección contractual, información básica comercial, control de calidad. Además, incorporó un catálogo de tipos infraccionales sujetos a sanciones, para las cuales se estableció un procedimiento especial de juzgamiento.

Su naturaleza jurídica ha sido discutida, tratando de definir si era civil o penal, ya que tanto los actos de interposición, como la competencia de los jueces correspondía al ámbito penal². Sin embargo, la supletoriedad normativa corresponde al ámbito civil, conforme lo dispone el Art. 95³, que aún se mantiene en vigencia.

Tomando como marco la doctrina producida al respecto, existen varias corrientes que le dan distinta naturaleza. En un inicio, se la estudió como un apéndice del derecho civil, dentro del ámbito del derecho privado (Rusconi, 2016, p. 30). Para otro sector de la doctrina, forma parte del derecho de la competencia y, está, por tanto, relacionada con el Derecho Comercial (Farina, 2009, p. 3).

² Art. 84.- Juzgamiento de Infracciones.- Son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la presente Ley, en primera instancia, el Juez de Contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción.

El juzgamiento de las infracciones previstas en esta Ley se iniciará mediante denuncia, acusación particular o excitativa fiscal [...]

³ Art. 95.- Supletoriedad.- En todo lo no previsto en esta Ley, en lo relativo al Procedimiento para el juzgamiento de las infracciones aquí determinadas, se estará a lo que dispone el Código de Procedimiento Civil.

Con la masificación del consumo y la evolución de los mecanismos comerciales, que ha brindado esta era de tecnología y consumismo, los retos que ha enfrentado la sociedad han producido transformaciones profundas, en la periodicidad, modo, agilidad y multiplicidad de las relaciones de consumo, que han llevado a comprender el derecho del consumidor como una rama autónoma e independiente de cualquier otra rama del derecho.

[...] El derecho del consumidor ha generado en la ciencia jurídica, una importante cantidad de cambios trascendentales [...] Sin embargo, en una evolución que sorprendió a propios y extraños, esta disciplina ha extendido sus implicancias a límites impensados. Incluso ha desbordado los contenidos propios del derecho privado para incidir y nutrirse en buena medida de los contenidos del derecho público, y sus principios han influenciado tanto en el derecho sustancial como el derecho formal [...] (Rusconi, 2016, p.30).

Mientras se generan esas discusiones que dan trascendencia al derecho del consumidor en otras legislaciones, que ha producido cambios sumamente importantes en materia de protección contractual⁴ y derecho de daños, en el Ecuador se mantienen las discusiones sobre si es de naturaleza penal-contravencional o civil-comercial, por los dilemas procesales que fueron evidenciados al inicio de este acápite. Si bien la vocación de la LODC es principalmente sancionatoria, estas confusiones también se han presentado por el carácter punitivista de los juzgadores que mantienen competencia para su juzgamiento y que pertenecen al área penal. Pese a esto, no puede escapar de la vista que las relaciones entre proveedores y usuarios nacen de relaciones contractuales mercantiles y las infracciones reguladas por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor constituyen infracciones de índole contractual.

La fuerza incontenible de la realidad ha ido forjando una materia eminentemente pragmática, que se ha valido de los instrumentos jurídicos clásicos, modernizando y readecuando sus contenidos de modo de dotarlos de una renovada utilidad para la vida cotidiana del hombre moderno. Este empirismo fundante del derecho del consumidor le ha servido a la vez, de núcleo y motor de expansión [...] Los principios del derecho del consumidor, han adquirido la suficiente madurez para conservarse como tales, es decir, como valores perennes en derredor de los cuales se encuentran soluciones a una realidad que por naturaleza es mutable y compleja [...] (Rusconi, 2016, p.30).

Si partimos de estos conceptos, fue clara la intención del legislador ecuatoriano de considerar a la materia de defensa del consumidor como una materia propia y especial. Se creó una norma independiente y separada, brindándole preeminencia sobre las

⁴ Exponentes como Florencia Marotta Wurgler y Avery Katz han generado importantes debates, en torno principalmente a la protección contractual de los consumidores.

[...] Because standardization, like other types of mass production, lowers the per-unit cost of contracting, competitive firms as well as monopolists have an incentive to use it. Indeed, standardized contracts are widely used in many industries conservatives and liberal economists would agree are workably competitive. Even the fact that competitive firms offer similar terms is no evidence of collusion [...], since such a congruence would be also observed in perfectly competitive markets [...] (Katz, 1997, p. 2).

[...] Other scholars disagree with the view that standard terms depend on competitive conditions. In particular, some suggest that standard terms may be efficient even under monopoly. These authors point out that a product's standard terms are just one of many attributes of a product and can be viewed as a dimension of a product quality. And A. Michael Spence shows that a profit-maximizing monopolist will offer whatever product quality is preferred by the marginal consumer (the consumer who is just willing to pay the ongoing price), since that level maximizes her willingness to pay for the product. Thus as long as the preferences for the marginal consumer are the same as those of the average consumer, even a monopolist will offer optimal terms, albeit at a supra-competitive price [...] (Marotta-Wurgler, 2008, p. 448).

demás⁵, que contemplaba un catálogo infraccional y un procedimiento propio de juzgamiento. Con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), no se incorporó las infracciones contenidas en la LODC, dentro de las contravenciones. Tampoco se incluyó reformas con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), y actualmente, aunque se le ha dejado sin un trámite propio de sustanciación, tampoco se la ha derogado completamente.

El derecho del consumidor ha nacido en una época privilegiada, en la cual el debate en torno a la naturaleza, los conceptos la clasificación, la ubicación, los principios y las teorías de las principales instituciones jurídicas, que tanto esfuerzo demandó a nuestros maestros se encuentra prácticamente agotado... El derecho del consumidor presenta todos los presupuestos de autonomía: la amplitud de la materia, a punto de merecer un estudio particularizado; la especialidad de principios, teorías e instrumentos [...] y un método propio, esto es el empleo de procesos especiales de interpretación de su formulación y problemática [...] (Rusconi, 2016, p. 31).

3. La normativa actual y su adecuación a los principios de protección internacional de defensa del consumidor

Las sociedades a partir de la segunda mitad del siglo XX han pasado de ser elitistas en el campo del consumo, a generalistas, en donde el consumo es el estilo de vida del común de la vida cotidiana, lo que por un lado afecta las relaciones de producción y consecuentemente el trabajo, y por otro transforma a ese estilo de vida en un conjunto de sujetos consumistas y usuarios quienes compiten en desventaja contra quienes producen y suministran bienes y servicios que adquieren o utilizan [...] (Falcon, 2014, p.17).

Partiendo de estas desigualdades en las relaciones de consumo, para la defensa del consumidor, Naciones Unidas ha planteado principios y directrices a ser implementadas por los Estados para garantizar una protección adecuada y real de los derechos de las personas usuarias y consumidoras, que han sido desarrolladas y recogidas por legislaciones de varios países. En cuanto a la protección que brinda la LODC, podemos notar que la norma incorporó varias de las Directrices de Naciones Unidas para la protección del consumidor.

Los principios que se recogen son: el trato justo y equitativo; protección en cuanto a prácticas discriminatorias o engañosas; protección frente a conductas que entrañen riesgos a los consumidores; facilitar información veraz, exacta y no capciosa; acceso a mecanismos de reclamación por parte de las empresas, e interpretación a favor del consumidor, la mayoría de estos consagrados como derechos.

Los principios que no se han recogido son: protección respecto a prácticas que perjudiquen a consumidores en situación de vulnerabilidad y desventaja; educación y sensibilización por parte de las empresas y la protección de la privacidad del consumidor, aunque puedan identificarse mecanismos de protección a través de garantías jurisdiccionales, estos no han sido protegidos por la norma materia de análisis. Los temas de privacidad de los consumidores no han sido tratados en el país y son un mecanismo protectivo que incide directamente en otros derechos y constituye un interés de los consumidores, como lo han demostrado los estudios empíricos.

⁵ El Art. 1 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor dispone: “Ámbito y Objeto.- Las disposiciones de la presente Ley son de orden público de interés social, sus normas por tratarse de una Ley de carácter orgánico, prevalecerán sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias. En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor.”

A number of survey and experimental studies reveal that consumers value information privacy, yet also appear to have difficulty understanding the costs associated with giving away private information.¹⁹ Consumers are reluctant to share information with third parties in a variety of contexts and believe that the information on their mobile phones is private.²⁰ Laboratory experiments have shown that in some settings consumers are willing to pay to protect their private information from being disclosed.²¹ Yet these results are susceptible to context and framing.²² Another study found that consumers believe that when firms adopt privacy policies their information is more likely to be protected.²³ A concern is that consumers' misperceptions and misunderstanding will dilute firms' incentives to protect private information and may increase the need for regulation [...] (Marotta-Wurgler, 2015, p. 7).

La discusión sobre este tema ha sido de activación reciente, frente a la filtración masiva de información personal de ciudadanos ecuatorianos, que en este momento ha impulsado las alertas sobre las medidas de protección locales, las mismas que no han sido suficientes para controlar la situación y que a criterio de Florencia Marotta-Wurgler, deben incorporar un control sobre el uso, recopilación, con quién es compartida, quién tiene acceso, quién controla, medidas de seguridad y medidas de protección. (Marotta-Wurgler, 2015, p.4)

Las directrices se han implementado en el país a través de la LODC y otras normas no integradas a esta, normas de registros sanitarios para la garantía de la inocuidad de los bienes a ofertarse; la comunicación de los riesgos; políticas de protección frente a defectos graves y el retiro y reemplazo de dichos productos; prácticas comerciales; protección frente a trato abusivo; normas relativas a la competencia leal; adoptado a través de otras organizaciones y cuerpos normativos, protección frente abusos; formación de organizaciones de consumidores; normas de calidad para los bienes y servicios recogidas en otros cuerpos normativos y mecanismos de compensación.

La aplicación de medios alternativos a la solución de conflictos, como la conciliación y la transacción que son aplicados con las consideraciones anteriormente expuestas, también permiten un retorno a la armonía social y brindan una respuesta rápida por parte de la administración de justicia a la solución de estos conflictos.

El reconocimiento de acción popular para denunciar las infracciones, contemplado en el Artículo 88 de la LODC, lastimosamente no ha sido utilizado. En cuanto a la adopción de mecanismos que promuevan procesos justos, rápidos, poco costosos y accesibles, las últimas reformas nos enfrentan a un panorama desalentador que será analizado en el próximo acápite.

Las directrices que no se han implementado en el país a través de la LODC están relacionadas con la creación de un órgano rector en materia de consumidores que promueva el establecimiento de políticas nacionales de protección. Si bien la LODC ha otorgado ciertas competencias de protección de los consumidores a la Defensoría del Pueblo, estas son limitadas y no existe un órgano que promueva política pública en relación a la materia. La protección de los intereses económicos se ha regulado de forma incompleta. La generación de sistemas de distribución de bienes y servicios esenciales se ha regulado en cuanto a los servicios públicos como el agua y la energía eléctrica, pero aun de forma insuficiente. Tampoco se recoge la generación de políticas de consumo sostenible.

4. Las reformas introducidas por la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y los retos procesales que plantea

“La eficacia de las medidas de protección al consumidor no sólo depende del reconocimiento de los derechos, sino y especialmente de los medios eficaces y adecuados para afirmarlos” (Miller y Harvey, 1985, p. 290).

La LODC establecía un procedimiento propio, recogido en el Artículo 84⁶, actualmente derogado, el mismo que era escueto, especial y sumario, con tiempos de tramitación reducidos, una sola audiencia de juzgamiento, en la que debían practicarse las pruebas, con la posibilidad de suspensión de la audiencia por un tiempo reducido hasta que se practicaran pericias, concluyendo con una resolución apelable, la misma que causaba ejecutoria.

Ante las limitaciones que generaba la norma se fueron adoptando criterios judiciales unificados para facilitar su implementación. La norma establecía que las acciones iniciaran mediante denuncia, acusación particular o excitativa fiscal⁷. Atendiendo las normas contempladas en el COIP se disponía cumplir con las exigencias de contenido establecidas en los Artículos 430 (denuncia) y 434 (acusación particular). Adicionalmente, existe el reconocimiento que se encuentra contemplado en los Artículos 433 (acusación particular) y 425 (denuncia) y se advertía a quien reconoce las consecuencias respecto de la presentación de denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas.

Una vez cumplidos los requisitos indicados, se daba el trámite del Artículo 84, calificación de la denuncia y orden de citación al presunto infractor, y una vez citado se señalaba la audiencia, la misma que debía convocarse en un plazo no superior a diez días contados a partir de la fecha de notificación con la convocatoria.

La audiencia iniciaba con la contestación a la denuncia o acusación particular, conforme lo señalaba la norma. Sin embargo, como costumbre judicial y en observancia del Artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador y el Artículo 111 del COFJ, previo a la instalación de la audiencia de juicio, se llamaba a una fase conciliatoria, amparada esta en las normas antedichas y el COGEP en el Artículo 233. También se aceptaba la presentación de transacción conforme lo establecido en el Artículo 235 del mismo cuerpo normativo.

Si las partes arribaban a una conciliación, el proceso terminaba con la aprobación de los acuerdos mediante sentencia. Si no era posible, se sustanciaba la audiencia de juicio, con la contestación de la denuncia o acusación particular, el anuncio y solicitud de pruebas, la emisión del auto interlocutorio relativo a la prueba y su práctica en la audiencia de juicio. Por no tener una regulación establecida en la Ley para estas actuaciones, las mismas se evacuaban al tenor de la normativa civil determinada como supletoria.

Durante la audiencia se contemplaba una causal de suspensión, con un plazo de hasta quince días, para la práctica de pericias, plazo que podría ampliarse hasta 30 días si las pericias debieran practicarse en el extranjero, luego de lo cual la audiencia era convocada a reinstalación al tenor del Artículo 85⁸. Al final de la audiencia, pese a que no se encuentra contemplado en la norma, se ha mantenido la práctica procesal, de escuchar alegatos de cierre de las partes procesales, a fin de que puedan concluir sus intervenciones. Diría que la costumbre provenía

⁶ Art. 84.- Juzgamiento de Infracciones.- Son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la presente Ley, en primera instancia, el Juez de Contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción.

El juzgamiento de las infracciones previstas en esta Ley se iniciará mediante denuncia, acusación particular o excitativa fiscal. Propuesta la denuncia y una vez citado el acusado, el Juez señalará día y hora para la audiencia oral de juzgamiento, la misma que deberá llevarse a cabo dentro del plazo de diez días contados a partir de la fecha de la notificación. Dicha audiencia iniciará con la contestación del acusado. A esta audiencia concurrirán las partes con todas las pruebas de las que se crean asistidos, previéndoles que se procederá en rebeldía.

Se dispondrá que las partes presenten sus pruebas, luego de lo cual se dictará sentencia en la misma audiencia, de ser posible, caso contrario, se lo hará dentro del plazo perentorio de tres días.

Si el consumidor anexa a su denuncia el informe emitido por la Defensoría del Pueblo, se considerará su contenido de conformidad a lo dispuesto en la presente Ley.

⁷ Figura jurídica ya inexistente en el ordenamiento nacional.

⁸ Nótese que el Artículo 85 no fue derogado, pero resultaría inaplicable actualmente.

de la experiencia que el campo penal provee a los jueces sustanciadores. Finalmente, la norma señalaba que la sentencia se emitirá en la audiencia de ser posible o en su defecto en el plazo perentorio de tres días.

El procedimiento de sustanciación para la apelación no se encuentra contemplado. El Artículo 86⁹ únicamente establece la competencia para su conocimiento a los jueces de garantías penales y el plazo para su interposición que es el término de tres días, después de notificarse el fallo. Por ello, para su sustanciación se recogen las normas contempladas en el COGEP Artículo 256 a 264. Respecto de la sentencia de segunda instancia la norma señala que esta causaba ejecutoria.

Por su parte el Artículo 87 de la norma disponía la obligación de condenar al pago de daños y perjuicios en sentencias condenatorias. Con la promulgación del COIP, y ante la consulta sobre la inteligencia de las normas relativas a la sustanciación de los daños y perjuicios de este tipo de procesos realizada por los jueces de contravenciones, procesos que con el Código de Procedimiento Penal debían sustanciarse a través de un proceso verbal sumario separado, con fecha 9 de junio del 2016, mediante oficio número 516-AJ-PCN-2015, el Director de Asesoría Jurídica de la Corte Nacional de Justicia, emite informe acerca de las dudas enviadas a la Corte Nacional de Justicia por los Jueces de Contravenciones, que no es de naturaleza vinculante, pero que aclara las dudas y señala que, en vista de que el Código de Procedimiento Penal ha sido derogado y con él se ha derogado la competencia para tramitar juicios de daños y perjuicios desprendidos de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, los jueces deberán aplicar lo dispuesto en los Artículos 622 numeral 6¹⁰ y 78¹¹ del Código Orgánico Integral Penal, ordenando en la misma sentencia la reparación integral.

Dicha interpretación se aleja de la supletoriedad natural de la norma, pero permitió una amplia protección al consumidor para la reparación de sus derechos, ya que la reparación penal no se refiere únicamente al reconocimiento de daños y perjuicios, sino que contempla mecanismos de restitución de los derechos, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición, todas ellas aplicables al caso según el informe de la Corte Nacional. Adicionalmente, esto se realizaba en un solo proceso acortando tiempos y costos.

⁹ Art. 86.- Recurso de Apelación. De la sentencia que dicte el juez de contravenciones se podrá interponer el recurso de apelación dentro del término de tres días, contados a partir de la notificación con el fallo. Dicho recurso será presentado ante el juez de contravenciones quien lo remitirá al respectivo juez de lo penal. La sentencia que dicte el juez de lo penal, causará ejecutoria.

¹⁰ Art. 622.- Requisitos de la sentencia.- La sentencia escrita, deberá contener: [...] 6. La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda.

¹¹ Art. 78. Mecanismos de reparación integral. Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son:

1. La restitución: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad así como al restablecimiento de los derechos políticos.
2. La rehabilitación: se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica, así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines.
3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.
4. Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica.
5. Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género.

Una de las Directrices de Naciones Unidas para la protección del consumidor establece que los Estados miembros deben fomentar la creación de “d. Mecanismos justos, asequibles y rápidos de solución de controversias y compensación” (Naciones Unidas, 2016, p. 10).

Pese a las limitaciones que podía presentar la normativa, se había creado un procedimiento especial, para la sustanciación de procesos de defensa del consumidor, que era justo, asequible y ágil. Este procedimiento ha sido derogado por la LODP, lo que nos enfrenta a un dilema procesal que debe resolverse.

El derecho genérico a la justicia, por tratarse de un derecho de prestación (no de una libertad, ejercitable sin más y directamente desde la Constitución), sólo puede ejercerse por los cauces que el poder legislativo establezca, o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal. Hallándose constituido desde el ordenamiento jurídico constitucional, por una parte, como derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con todas las garantías, y por otra, como derecho humano, al proceso debido internacionalmente positivizado, presenta un contenido complejo que se descompone en un conjunto de derechos específicos a su vez portadores de un determinado contenido esencial (Carranza y Rossi, 2009, p.321).

En principio, la LODC no ha sido derogada en su totalidad, por lo que sigue manteniendo los elementos con los que fue creada y principalmente un catálogo de tipos infraccionales sujetos a sanciones. Actualmente con la derogatoria del Artículo 84, el procedimiento es inexistente, aunque se han quedado normas procedimentales como el Artículo 85¹² que regula la suspensión de la audiencia, el Artículo 86¹³ que establece la apelación, el Artículo 87 referente a los daños y perjuicios, y el Artículo 88 que concede acción popular para la denuncia de estas infracciones.

Esto determina que, aunque no haya procedimiento, siguen existiendo las infracciones en ella, y deben juzgarse. La competencia para su sustanciación si bien estaba contenida en el Artículo 84 ya derogado, también se encuentra contemplada en los Artículos 231 numeral 3¹⁴ y 225 numeral 7¹⁵ del Código Orgánico de la Función Judicial.

En este punto es necesario realizar un ejercicio de interpretación básico de las normas. Frente a la derogación de una norma solo existen dos posibilidades: la derogación expresa y la derogación tácita. Ni las infracciones contempladas en la LODC, ni la competencia otorgada por el COFJ han sido derogadas de forma expresa. En cuanto a la derogación tácita, se presenta cuando las normas de un cuerpo normativo no pueden conciliarse con las establecidas en uno

¹² “Art. 85.- Intervención de Peritos. Si para el establecimiento de los hechos fuere necesaria, a criterio del juez, la intervención de peritos o se requiere informes técnicos, se suspenderá la audiencia solo para este objeto y se concederá el plazo de hasta quince días para la presentación de los mismos, al vencimiento del cual, previo señalamiento de día y hora, se reanudará la audiencia y se procederá en la forma en que se indica en el artículo anterior.

Si el peritaje o informe técnico, a criterio del juez tuviere que practicarse en el exterior, el plazo antes señalado podrá extenderse hasta por treinta días.”

¹³ “Art. 86.- Recurso de Apelación. De la sentencia que dicte el juez de contravenciones se podrá interponer el recurso de apelación dentro del término de tres días, contados a partir de la notificación con el fallo. Dicho recurso será presentado ante el juez de contravenciones quien lo remitirá al respectivo juez de lo penal. La sentencia que dicte el juez de lo penal, causará ejecutoria.”

¹⁴ “Art. 231.- Competencia de las juezas y los jueces de contravenciones.- En cada distrito habrá el número de juezas y jueces de contravenciones que fije el Consejo de la Judicatura, con la determinación de la localidad de su residencia y de la circunscripción territorial en la que tengan competencia. En caso de no establecerse esta determinación, se entenderá que es cantonal. Serán competentes para: [...] 3. Conocer las infracciones a las normas de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor (...)”

¹⁵ “Art. 225.- Competencia.- Las y los jueces de garantías penales, además de las competencias atribuidas en el Código Orgánico Integral Penal, son competentes para: (...) 7. Conocer y resolver los recursos de apelación que se formulen contra las sentencias dictadas por las juezas y jueces de contravenciones en el juzgamiento de infracciones contra la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (...)”

posterior, es decir que se requiere que exista una antinomia. En la LODP, se deroga el Artículo 84, pero no se otorga la competencia en sede judicial a ninguna otra autoridad. Es más, al reformarse el Artículo 81¹⁶, se reconoce la existencia de mecanismos judiciales y administrativos. Por lo tanto, al no existir antinomias, son los jueces de garantías penales a quienes les está otorgada la competencia y, en consecuencia, deben sustanciar estos procesos.

Al no existir un procedimiento especial, se debe acudir a la norma supletoria: el Artículo 95 de la LODC, que establece que en lo no contemplado en la norma se estará a lo previsto en el COGEP. Por lo tanto, son las normas procesales civiles las que deben aplicarse. “Sin el proceso, carece el derecho de la posibilidad de ser aplicado a quienes pretenden desconocerlo” (Carranza y Rossi, 2009, p. 324).

El Artículo 289¹⁷ del COGEP establece que se tramitarán por procedimiento ordinario todas aquellas reclamaciones que no tengan previsto un trámite especial, de manera que la sustanciación debería realizarse a través de un procedimiento ordinario civil. Esta solución no parecería complicada, pero ¿se ajusta a los lineamientos que se han creado para la materia?, ¿el procedimiento ordinario será efectivo para reclamaciones que en un 50% son de ínfima cuantía?, ¿los consumidores acudirán a la sede judicial con estas nuevas reglas del juego? “[...] la mayor parte de las veces estas transacciones desestiman al consumidor a entablar una demanda, en razón del alto costo del litigio [...]” (Klein, 2013, p. 276).

Las directrices internacionales de Naciones Unidas han planteado: “[...] Los Estados miembros deben facilitar a los consumidores el acceso a vías de recurso que no supongan costos o demoras ni impongan cargas excesivas para el valor económico en juego [...]” (Naciones Unidas, 2016, p.15). Aparte de las dificultades que los jueces puedan presentar por su inexperiencia en procedimiento civil, que será superable con algo de capacitación y entrenamiento. Forencia Marotta-Wrurgler al analizar las cláusulas de jurisdicción cerrada en contratos estandarizados, ha llegado a la conclusión de que los mecanismos de litigación pueden corregir las imperfecciones del mercado si permiten el acceso a mecanismos de solución de controversias que no desincentiven a los consumidores a presentar sus reclamaciones. (Marotta-Wurgler, 2006, p.2 y 21). El margen de exclusión de la administración de justicia por el nuevo procedimiento puede ampliarse debido a los costos y barreras que han sido ampliamente estudiadas por la doctrina:

Existen en la sociedad ecuatoriana, condiciones socialmente construidas que limitan o pueden limitar a determinadas personas o colectividades el acceso a la justicia y generar, por ende, un círculo vicioso de la exclusión social (se está excluido como algo natural). A su vez, los medios para romper esta exclusión generan más exclusión (Ávila, 2008, p. 202).

Adicionalmente, los estándares innovadores que presenta la regulación en la materia son de difícil aplicación en procedimientos cuya formalidad es extrema como el procedimiento ordinario civil, y que permite varios incidentes procesales, reconveniones, acumulación de pretensiones, etc.

¹⁶ “Artículo 81. Facultad de la Defensoría del Pueblo. Es facultad de la Defensoría del Pueblo, conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, establecidos en la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales de los cuales forme parte nuestro país, la presente ley, así como las demás leyes conexas.

En el procedimiento señalado en el inciso anterior, la Defensoría del Pueblo podrá promover la utilización de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, como la mediación, siempre que dicho conflicto no se refiera a una infracción penal. Dichos procedimientos deberán observar el principio de celeridad.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el consumidor podrá acudir, en cualquier tiempo, a la instancia judicial o administrativa que corresponda.”

¹⁷ “Art. 289.- Procedencia. Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación.”

[...] es bueno dejar sentado que el derecho del consumidor es más que una simple relectura o reinterpretación de los institutos jurídicos clásicos, al punto que la aplicación de los valores y principios que le son exclusivos traen, en muchos casos, soluciones originales e inconcebibles a la luz de los cánones tradicionales [...]” (Rusconi, 2016, p. 29).

Las consideraciones respecto de la reparación integral deben también ser revisadas, al enfrentarse a una sentencia civil, cuyo contenido ya no es el del Artículo 622 del COIP, y se regresaría al cálculo de la indemnización de daños y perjuicios¹⁸ desde la legislación civil, los mismos que deben ser alegados y probados durante el proceso.

Actualmente, las reformas al COIP que han sido aprobadas por la Asamblea Nacional y presentadas al ejecutivo, para concluir con el proceso legislativo de promulgación, incorporan reformas que disponen la tramitación de las reclamaciones de defensa del consumidor a través del procedimiento expedito, previsto para las contravenciones penales, si la reforma llega a promulgarse, este procedimiento regirá a partir de su publicación en el Registro Oficial, pero las reclamaciones presentadas desde la publicación de la Ley de la Defensoría del pueblo hasta ese momento, deberán tramitarse con la norma procesal civil.

5. La defensa del Consumidor en el Ecuador en sede judicial en cifras¹⁹

A nivel nacional desde el 2011 al 2018 han sido tramitadas 6820 causas por Defensa del Consumidor, de las cuales 71 corresponden a acciones públicas desprendidas de los tipos penales contemplados en el COIP y 23 procesos verbales sumarios desprendidos de la sentencia condenatoria, tramitados previo a la vigencia del COIP.

NIVEL NACIONAL / CAUSAS INGRESADAS / LEY DEL CONSUMIDOR / AÑO 2011 -2018 / POR TIPO DE ACCIÓN									
NOMBRE TIPO ACCIÓN	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	TOTAL
Acción Penal Pública	44	15	8	4					71
Apelación Ley de Defensa del Consumidor			2	28	104	52	15	4	205
Contravenciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor	219	765	1.259	1.205	1.262	757	687	300	6.454
Contravenciones muy graves			1	13					14
Ley de defensa del consumidor	1	1	3	32	15				52
Trámite especial			1						1
Verbal Sumario	12	4	7						24
Total	276	785	1.281	1.282	1.381	809	702	304	6.820

Figura 1. A Nivel Nacional Causas Ingresadas por Ley del Consumidor.
Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial / Sistema Automático de Trámites Judiciales (SATJE) (2018).

¹⁸ Los daños patrimoniales directos y extrapatrimoniales también deberían tomarse en cuenta.

¹⁹ Los valores presentados en el análisis corresponden a datos obtenidos de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial / Sistema Automático de Trámites Judiciales (SATJE), los mismos que se encuentran actualizados a junio del 2018.

La distribución territorial de las causas es muy variada y está determinada por las dimensiones del territorio que se atiende. La mayor cantidad de causas están concentradas en las provincias de Pichincha con 2377, Guayas con 1811 y Azuay con 498, lo que da un total de 4686, que representa más del 50% del total de las causas atendidas.

NIVEL NACIONAL / CAUSAS INGRESADAS / LEY DEL CONSUMIDOR / AÑO		
PROVINCIA	NÚMERO DE CAUSAS INGRESADAS	NÚMERO DE CAUSAS RESUELTAS
Azuay	498	452
Bolívar	13	12
Cañar	56	57
Carchi	6	4
Chimborazo	125	111
Cotopaxi	57	57
El Oro	156	108
Esmeraldas	82	73
Galápagos	3	2
Guayas	1811	1497
Imbabura	190	124
Loja	188	161
Los Ríos	204	179
Manabí	372	295
Morona Santiago	24	17
Napo	18	12
Orellana	76	36
Pastaza	17	17
Pichincha	2377	2180
Santa Elena	184	154
Santo Domingo de los Colorados	130	120
Sucumbios	28	25
Tungurahua	195	193
Zamora Chinchipe	9	10
Total	6820	5878

Figura 2. Por provincia el número de causas ingresadas y resueltas. Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial / Sistema Automático de Trámites Judiciales (SATJE) (2018).

Del total de causas ingresadas a nivel nacional han sido resueltas 5878, lo que equivale al 86,18%, es decir que la respuesta dada por la administración de justicia ha sido alta, manteniéndose en trámite a nivel nacional 13,81% de las causas ingresadas. La tendencia a nivel provincial conforme se desprende del cuadro anterior es muy variada: mientras hay provincias en que se ha

resuelto el 100% o más (dato inexplicable) de lo ingresado, hay en otras en donde el porcentaje de resolución es menor, y una en que menos del 50% de las causas han sido resueltas, pese a que la carga procesal en la materia es reducida.

NIVEL NACIONAL / CAUSAS INGRESADAS / LEY DEL CONSUMIDOR / AÑO 2011 -2018											
POR TIPO DE ACCIÓN Y FORMAS DE TERMINACIÓN											
NOMBRE TIPO ACCIÓN	FORMAS DE TERMINACIÓN	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	TOTAL	
Acción Penal Pública	N/D	22	9	15	5	25				76	
	Aceptando demanda		2	28	104	52	15	4	205	24	
	Sentencia condenatoria	765	159	105	122	757	67	30	6.4	18	
	Confirmando		1	13						14	11
	Negando demanda	1	3	32	15					52	6
	Sentencia absolutoria		1							1	2
TOTAL ACCIÓN PENAL PÚBLICA		49	28	24	9	15	2	0	0	137	
Apelación Ley de Defensa del Consumidor	N/D					6	28	19	8	61	
	Sentencia condenatoria				3	16	16	5		40	
	Sentencia ratificatoria de inocencia				1	8	7	5		21	
	Negando demanda					10	7			17	
	Confirmando					6	5			11	
	Aceptando demanda					2	7			9	
	Sentencia absolutoria				5	3				8	
	Acuerdo conciliatorio					1	1			2	
	Revocando					1	1			2	
Reformando					1				1		
TOTAL APELACIÓN LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR		0	0	0	9	54	72	29	8	172	
Contravenciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor	N/D	29	201	442	586	569	561	547	147	3.082	
	Sentencia condenatoria	6	55	119	59	67	89	85	33	513	
	Acuerdo conciliatorio				12	99	126	133	50	420	
	Aceptando demanda		28	87	139	89	43			386	
	Negando demanda		8	17	86	125	60			296	
	Sentencia ratificatoria de inocencia				2	29	109	105	46	291	
	Sentencia absolutoria	5	40	94	89	32	1			261	
	No interpuesto	3	30	59	19					111	
	Desistimiento	2	9	29	8					48	
	Sanción	1		2	15					18	
	Prescripción		1	3	12					16	
	Abandono		7	2	2					11	
	Acuerdo trasaccional		5	2	4					11	
	Sentencia absolutoria y condenatoria		1		4	3				8	
	Acuerdo transaccional o conciliatorio		2	3	1					6	
	Sobreseimiento					2				2	
	Confirmando				2					2	
	Condenatoria con medidas			1						1	
Sentencia mixta								1	1		
TOTAL CONTRAVENCIONES A LA LLEY ORGANICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR		46	387	860	1.040	1.015	989	870	277	5.484	

NOMBRE TIPO ACCIÓN	FORMAS DE TERMINACIÓN	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	TOTAL
Contravenciones muy graves	N/D			1	11					12
	Condenatoria con medidas				2					2
TOTAL CONTRAVENCIONES MUY GRAVES		0	0	1	13	0	0	0	0	14
Ley de defensa del consumidor	Negando demanda				8	6	1			15
	N/D				2	5	5	2		14
	Aceptando demanda				3	5				8
	Sentencia absolutoria				1	4				5
	Confirmando			1		3				4
	Sentencia condenatoria				1	1				2
	Reformando					1				1
TOTAL DE LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR		0	0	1	15	25	6	2	0	49
	N/D			1						1
TOTAL TRÁMITE ESPECIAL		0	0	1	0	0	0	0	0	1
	Sentencia condenatoria	3	2	4						9
	N/D		4	1						5
	Sentencia absolutoria	3	1							4
	Aceptando demanda	2		1						2
	Negando demanda			1						1
TOTAL VERBAL SUMARIO		7	7	7	0	0	0	0	0	21
TOTAL		102	422	894	1.086	1.119	1.069	901	285	5.878

Figura 3. Procesos por tipos de acción y formas de terminación. Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial / Sistema Automático de Trámites Judiciales (SATJE) (2018).

En cuanto a la forma de terminación de los procesos los datos provistos no son concluyentes, ya que la forma de terminación no ha sido registrada específicamente por los operadores de justicia, en un porcentaje alto de causas. En efecto, en 3251 causas no se ha registrado su forma de terminación, lo que equivale al 55,30% de las causas resueltas, las mismas que terminan en sentencia, pero no se identifica si esta fue aceptando o rechazando la pretensión o, en su defecto, si la sentencia reconoció un acuerdo conciliatorio.

Cualquier análisis de la forma de terminación resultaría inexacto respecto de los datos restantes que corresponden a 2627, lo que equivale al 44,70%, tomando este porcentaje como universo: sentencias en las que se acepta la demanda: 421, lo que equivale al 16,02%; sentencias condenatorias: 603, equivalente al 22,53%; acuerdos conciliatorios: 439, es decir el 16,71%; prescripción: 16, equivalente al 0,6%; desistimiento: 48, equivalente al 1,82%; abandono: 11, equivalente al 0,41% y sentencias mixtas: 9, equivalente al 0,34%.

Las cifras permiten identificar que el número de causas que han llegado a sede judicial no es significativo si lo comparamos con otras materias. En seis años y seis meses, se han sustanciado 6820 causas, lo que aproximadamente representa mil causas al año a nivel nacional, es decir que los casos que llegan a sede judicial son pocos, lo que puede estar relacionado con las barreras que presenta el acceso a la administración de justicia.

Estos datos nos llevan a concluir que el sistema no brinda una respuesta efectiva y eficiente a las necesidades de las relaciones de consumo, y si tomamos en cuenta las reformas que se publicaron el 6 de mayo del 2019, el acceso a la justicia del consumidor se volverá mucho más complejo, impidiendo la tutela judicial efectiva de los derechos de los consumidores.

6. Conclusiones

Como se ha evidenciado, la norma que actualmente rige para la defensa de los consumidores ha incorporado de forma parcial principios y directrices internacionales en materia de protección de los derechos objeto de estudio, verificándose así que no se ha dado una respuesta integral y oportuna a través de la legislación en esta materia.

La derogatoria del trámite especial que contemplaba la norma nos aleja aún más de los estándares internacionales, ya que la solución interpretativa que se puede brindar a su tramitación es la ordinaria, a través de la supletoriedad civil, lo que extiende de forma considerable los tiempos y aumenta los costos del proceso judicial.

En la norma se identifica en el Artículo 31 que las acciones civiles que contempla la ley prescribirán en el plazo de doce meses contados a partir de la fecha en que se ha recibido el bien o terminado de prestar el servicio. En caso de que se otorgue garantía por un plazo superior se utilizará este para efectos de la prescripción. Es decir, que al tramitarse civilmente estas causas todas prescribirían en el plazo de doce meses. No cabe otra interpretación.

El conocimiento de la primera y segunda instancia compete a jueces de la misma materia y nivel. Esto es una circunstancia completamente atípica, una de las peculiaridades del poder judicial es que está constituido por varios órganos jerarquizados, los mismos que configuran la unidad jurisdiccional. En todos ellos reposa la facultad jurisdiccional en razón de materia, territorio y los grados. En el caso que nos ocupa, las decisiones no suben al siguiente grado en función de la apelación. Esto ya ha sido analizado por la Corte Constitucional en sentencia número 044-13-SCN-CC dentro del caso número 0169-12-CN, en la misma que se niega la consulta de constitucionalidad de la apelación ante un juez del mismo nivel y se indica que no existe vulneración del debido proceso, ya que el derecho consiste en la facultad de recurrir el fallo y recibir un doble conforme, con independencia de quién conozca el recurso, por lo que deberá mantenerse esta competencia mientras la ley no sea reformada.

El punto analizado anteriormente nos lleva a otro problema: la imposibilidad de interposición de recurso de casación de las sentencias dictadas en materia de defensa del consumidor, porque de conformidad con el Artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, procede este recurso únicamente de las sentencias que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo. Al no estar la sentencia dictada por estos órganos, no es admisible. Esto podría no ser considerado un problema, ya que acortaría los tiempos de sustanciación de los procesos. Sin embargo, quita la posibilidad de generación de jurisprudencia, limita la discusión judicial y consecuentemente la creación de conocimiento en torno a la materia.

La producción de conocimiento en materia de defensa del consumidor ha sido muy pobre en el país, justamente por estas consideraciones. Son problemas menores, de cuantía ínfima, que se quedan en conocimiento de jueces de primer nivel, y no forman parte de discusiones de altas cortes. Es más: muy pocos procesos han llegado a la Corte Constitucional por acción extraordinaria de protección, porque no superan el análisis de admisión, y los que han llegado presentan, a mi criterio, regresión en los derechos reconocidos. Por ejemplo, la sentencia número 152-15-SEP-CC dentro del caso número 0709-14-SEP, que establece que las instituciones del Estado no pueden ser consideradas consumidores; la sentencia 055-14-SEP-CC dentro del caso número 1794-11-EP, que determina que no corresponde al ámbito de protección de la defensa del consumidor los contratos de consumo sobre inmuebles; y, la

sentencia número 052-14-SEP-CC dentro del caso número 1155-11-EP, el mismo que establece que no hay vulneración de derechos si el juez de oficio declara la prescripción de una acción de defensa del consumidor en el plazo de un año.

Cabe destacar el problema del acceso y los costos para promover una acción judicial, la necesidad de un patrocinio técnico, afrontar los costos de la obtención de pruebas y pericias, copias notariales y materializaciones y finalmente, el procedimiento de ejecución que puede acarrear costos de la misma naturaleza. Cuando se trata de reclamaciones de ínfima cuantía, estas se convierten en verdaderas barreras para el ejercicio de los derechos. Como se pudo evidenciar en el análisis de los datos, los procesos que han llegado a sede judicial son escasos. Con las reformas esta situación podría agudizarse.

Referencias bibliográficas

- Ávila, L. (2008). El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas. *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, pp.163 -216.
- Carranza, L. y Rossi, J. (2009). *Derecho del Consumidor. Derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- Falcon, E. (2014). El proceso de pequeñas causas en el campo del derecho de consumo. En Wajntraub, J. (Eds.), *Justicia del Consumidor*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Farina, J. (2009). *Defensa del Consumidor y el usuario*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Katz, A. (1997). Standard Form Contracts. En: *Social Science Research Network*. Fecha de consulta: 3/10/2019. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=41320.
- Klein, L. (2013). *Protección Internacional del Consumidor. Procesos de baja cuantía en los litigios transfronterizos*, Buenos Aires: Editorial IBdef.
- Marotta-Wurgler, F. (2008). Competition and the Quality of Standard Form Contracts: An Empirical Analysis of Software License Agreements. En: *Journal of Empirical Legal Studies*, Nueva York, Vol. 5, N° 3, p. 447-475.
- Marotta-Wurgler, F. (2007). “Unfair” Dispute Resolution Clauses: Much Ado About Nothing? En: NYU Law & Economics Research Papers Series, Nueva York, Cambridge University Press. <https://ssrn.com/abstract=1093293>
- Marotta-Wurgler, F. (2015). Understanding Privacy Policies: Content, Self-Regulation, and Market Forces. Fecha de consulta: 3/10/2019, https://www.law.uchicago.edu/files/file/marotta-wurgler_understanding_privacy_policies.pdf
- Marotta-Wurgler, F. (2008). “Does “Notice and Choice” Disclosure Regulation Work? An Empirical Study of Privacy Policies. Fecha de consulta: 3/10/2019, <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/workshops/Documents/Paper13.Marotta-Wurgler.Does%20Notice%20and%20Choice%20Disclosure%20Work.pdf>
- Miller, C.; Harvey, B. (1985). *Consumer and Trading Law*. Inglaterra: Butterworths.
- Naciones Unidas (2016). *Directrices para la protección del Consumidor*. Ginebra: Editorial de Naciones Unidas.
- Rusconi, D. (2016). *Manual de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180. 10 de febrero de 2014.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506. 22 de mayo 2015.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Ley Orgánica de Servicio Público. Registro oficial Suplemento 294. 6 de octubre de 2010.

Sentencias

- Corte Constitucional de Ecuador (2015). Sentencia número 152-15-SEP-CC dentro del caso número 0709-14-SE.
- Corte Constitucional de Ecuador (2014). Sentencia número 055-14-SEP-CC dentro del caso número 1794-11-EP.
- Corte Constitucional de Ecuador (2014). Sentencia número 052-14-SEP-CC dentro del caso número 1155-11-EP.
- Corte Constitucional de Ecuador (2013) Sentencia número 044-13-SCN-CC dentro del caso número 0169-12-CN

Gráficos

- Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial / Sistema Automático de Trámites Judiciales (SATJE) (2018).

LA TRANSFORMACIÓN JURÍDICA EN UNA ECONOMÍA DIGITAL: EL CASO UBER

Legal transformation in a digital economy: the Uber case

ROSSANA LIZETH TORRES RIVERA¹
Investigadora independiente, Ecuador

Resumen

La economía digital representa un nuevo reto para el derecho en temas como la regulación de los servicios de sociedad de la información y comercio electrónico. El innovador y rápido avance de la tecnología ha convertido a la economía en un ámbito muy distinto y con características peculiares del marco inicial en el que se desarrolló la normativa. En este contexto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2017 del caso Uber elabora nuevos criterios sobre la naturaleza jurídica de una plataforma electrónica de economía colaborativa y cuyo estudio es importante para evaluar la trascendencia del fallo.

Palabras clave

Economía digital, plataformas electrónicas, comercio electrónico, Uber, servicios de la sociedad de información.

Abstract

The digital economy represents a new challenge for law on areas such as the regulation of information society services and electronic commerce. The innovative and rapid advance of technology has turned the economy into a very different field with distinctive characteristics from the initial framework in which regulations developed. In this context, the ruling of the Court of Justice of the European Union in 2017 for the Uber case creates new criteria regarding the legal nature of an electronic collaborative economic platform, the study of which is important to assessing the significance of the ruling.

Keywords

Digital economy, electronic platforms, electronic commerce, Uber, information society services.

1. Introducción

En la actualidad el impacto del desarrollo tecnológico y de la economía digital ha creado la necesidad de modernizar la normativa, tomando en cuenta nuevos modelos de negocio. Dentro de estos encontramos a las plataformas electrónicas de economía colaborativa que generan gran interés por sus características particulares, es el caso de las plataformas de múltiples lados.

Con estos nuevos factores se han generado problemas jurídicos en el campo de la competencia desleal y con estrecha relación a los conceptos legales de los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico.

¹ Abogada ecuatoriana, graduada de la Universidad San Francisco de Quito en 2013, master en asesoría jurídica de la Universidad Carlos III de Madrid (España), estudios de derecho civil y constitucional comparado de la Universidad Panthéon Assas (Paris-Francia). Correo electrónico: lizto2002@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7500-743X>

En 2017 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en el marco de una decisión prejudicial solicitada por el Juzgado de lo Mercantil No. 3 de Barcelona, emite la sentencia C434/15 (en adelante “caso Uber”), cuya sentencia desarrolla criterios sobre la calidad jurídica que debe darse a esta plataforma electrónica, y cuyo análisis es esencial en el desarrollo jurisprudencial de esta materia.

En cuanto al impacto del desarrollo tecnológico y la economía digital, si bien no existe unidad en las definiciones jurídicas en esta materia, este trabajo intentará dar claridad al tema con los conceptos tecnológicos y económicos aplicables.

Por lo tanto, el presente artículo planteará dos ideas principales: primero, el impacto que el desarrollo tecnológico y la economía digital tienen sobre la regulación actual de la materia con especial enfoque en la Unión Europea; segundo, los problemas jurídicos generados en competencia desleal que originaron la sentencia del caso Uber por el TJUE.

2. Impacto del desarrollo tecnológico y la economía digital sobre la regulación en la UE y España

La legislación vigente en la Unión Europea es la Directiva 2000/31/ CE, y para España la ley 34/2002 siguiendo la misma línea de la directiva, también llamada ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en adelante LSSICE).

Desde la promulgación de estas normas, el comercio electrónico ha crecido aceleradamente, las nuevas tecnologías como lo son las plataformas electrónicas han ganado importancia en el mercado digital. La norma no define el concepto de plataforma electrónica ni sus funciones, para definir las será importante la definición adoptada por la Comisión Europea: “una empresa que opera en mercados de dos (o múltiples) lados, que usa Internet para permitir interacciones entre dos o más grupos de usuarios distintos pero interdependientes para generar valor para al menos uno de los grupos” (European Commission, 2015)².

Las plataformas electrónicas son por tanto un nuevo modelo de negocios que brinda a los consumidores nuevos productos y servicios. Las plataformas electrónicas brindan múltiples beneficios a los usuarios, con una variedad de clases: existen mercados electrónicos, subastas, redes sociales, buscadores, etc. Es así que las plataformas ofrecen un marco organizado para las transacciones e interacciones de usuarios.

Una de las plataformas electrónicas más famosas es la de Uber, cuya actividad de forma simple se resume en conectar a un usuario que requiere un servicio de traslado o transporte con algún conductor, la plataforma realiza el cálculo del precio, gestiona el pago y cuenta con canales de comunicación entre conductores y usuarios.

Esta plataforma en particular tiene ciertas características, una de las principales que vale la pena destacar es su característica de múltiples lados, es decir, su característica principal es la presencia de un grupo de consumidores, y otro de quienes prestan un servicio, y donde la interacción del operador de la plataforma puede ser diversa. En el caso de Uber la plataforma brinda canales de comunicación, gestiona el pago, desarrolla un mecanismo para fijar el precio, se puede calificar el servicio, se puede ver la distancia y la ruta, etc.

Con la normativa vigente, plataformas electrónicas como Uber se les da el tratamiento de servicio de la sociedad de la información. Por servicio de la sociedad de la información, según el anexo de conceptos legales de la LSSICE, se entiende que es “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia por vía electrónica y a petición individual del destinatario.”

² Traducción propia. El texto original es el siguiente: “an undertaking operating in two (or multi) sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups”.

La normativa no hace distinción a los diferentes tipos de plataformas electrónicas, ni tampoco a alguna característica de estas. Las principales características de las plataformas electrónicas pueden resumirse en la utilización de nuevos modelos de negocios y algoritmos de procesamiento de datos, bajos costos marginales, economías de escala que generan barreras de entrada.

Las plataformas digitales han transformado la forma de hacer negocios, “los nuevos modelos de negocio priorizan el crecimiento sobre ganancias en el corto y mediano plazo, esto es la maximización del número de usuarios que de ganancia” (Trade and Development Board, 2019, p.4).

Es decir, el mercado digital se desarrolla en un espacio de virtualidad muchas veces sin conexión territorial, se requiere de intermediarios de tipo técnico como son los proveedores de servicio de internet, los costes de inversión inicial pueden ser altos, y los costos marginales por unidad adicional son bajos o llegan a cero particularmente en economías de escala. La naturaleza de los information goods, que significa que los productos se personalizan con su uso generando fidelidad y manteniendo precios bajos; y la competencia dinámica, que es la característica donde el mercado se innova con mucha rapidez.

En este entorno complejo e innovador, la regulación se ha visto en la necesidad de dar respuesta a nuevas interrogantes, alejándose de los mercados tradicionales, dentro de este entorno se busca generar un concepto jurídico de lo que se entiende por plataforma electrónica.

En el Parlamento Europeo se está trabajando sobre una reforma de la normativa de comercio electrónico para la Unión Europea. La Comisión de Industria, Investigación y Energía, y la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor reconocen la existencia de gran cantidad de conceptos y variables a considerar al momento de elaborar una definición de plataformas electrónicas, no llega a definir las con un concepto legal uniforme, ya que se comprende que podría ser un limitante, y al mismo tiempo la comisión señala la necesidad de dar atención específica a cada tipo de plataforma³.

Dentro del Parlamento Europeo la Comisión de Asuntos Jurídicos emitió una definición de plataforma dejando constancia de que no es un concepto preciso, y que hace alusión a las características peculiares de la misma, sobre esto dicen:

son un tipo de proveedores de servicios de la sociedad de la información que ejercen de intermediarios en un determinado ecosistema digital y comprenden una amplia gama de agentes que participan en numerosas actividades económicas, como el comercio electrónico, los medios de comunicación, los motores de búsqueda, la economía colaborativa, las actividades sin fines de lucro, la distribución de contenidos culturales y las redes sociales, y que no están sujetos, por tanto, a ninguna definición clara y precisa, cuya formulación resulta difícil debido a su carácter permanentemente evolutivo; que debe tenerse presente la distinción entre plataformas comerciales y no comerciales (Comisión de Industria, Investigación y Energía y Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo, 2017, p.20)

La ley señala algunos ejemplos de servicios de la sociedad de la información, entre otros, y cuando representen una actividad económica los siguientes: la contratación de bienes o servicios por vía electrónica, la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados

³ Sobre esto las comisiones descritas han manifestado en sus informes la dificultad para una definición única de plataformas electrónicas en un marco jurídico, sin embargo, han apuntado la necesidad de mayor desarrollo normativo con fines de protección del mercado europeo.

y centros comerciales virtuales, la gestión de compras en la red por grupos de personas, el envío de comunicaciones comerciales, el suministro de información por vía telemática, la distribución de contenidos previa petición individual, entre otros, claramente vinculando al prestador de servicios de la sociedad de la información con actividades del comercio electrónico.

En este ámbito se desarrolla el concepto de prestador de servicios de intermediación, que es un servicio en concreto de la sociedad de la información “por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información” (Plaza, 2003, p.53), estos servicios son los descritos por la Directiva y la Ley como aquellos que brindan servicios de *catching*, *mere conduit* y *hosting*.

Ahora bien, las plataformas electrónicas actúan principalmente en dos niveles de interacción entre los usuarios y los operadores de las plataformas con interacciones de fines comerciales, personales, de acuerdo con la naturaleza de la plataforma; los usuarios y operadores pueden variar siendo esto una interacción B2B entre empresas, B2C entre empresa y consumidor, o entre consumidores o iguales P2P.

El caso Uber se desarrolla en un ambiente P2P (*peer to peer*) en donde la plataforma realiza una mera intermediación entre uno y otro, punto central para el desarrollo de la sentencia del TJUE, será labor de este Tribunal determinar si la plataforma electrónica de Uber Systems realiza una mera intermediación o si el operador realiza una función diferente que podría implicar que no le sea aplicable la LSSICE y la Directiva de comercio electrónico.

Como se mencionó en líneas anteriores los servicios de la sociedad de la información gozan de un régimen de puerto seguro o de una exclusión de responsabilidad del Artículo 14.2 de la Directiva de Comercio Electrónico, por lo que determinar la verdadera naturaleza de un servicio prestado con medios digitales como lo es una plataforma electrónica es de suma importancia. En este contexto se desarrolla la decisión del TJUE de 2017, siendo esta sentencia de las primeras en su tipo y de gran importancia al desarrollar criterios jurisprudenciales sobre la normativa.

3. La Sentencia C-434/15 del TJUE caso Uber

La Asociación Profesional Élite Taxi interpuso una demanda contra Uber Systems Spain S.L. el 29 de octubre de 2014 por prácticas engañosas y competencia desleal ante el Juzgado de lo Mercantil No. 3 de Barcelona. El servicio UberPop consistía en encontrar a conductores no profesionales con un vehículo propio para transportar al usuario que lo solicita, los conductores no disponían de la licencia administrativa requerida por el Reglamento Metropolitano de Taxi de Barcelona, ni Uber Systems disponía de la autorización municipal de esta normativa.

El Juzgado de lo Mercantil No. 3 de Barcelona considera que dentro de la disputa para determinar si existe deslealtad de las actividades es necesario conocer la calificación jurídica de Uber Systems, para determinar si la normativa municipal le es aplicable.

Por tanto, fue imprescindible determinar si el servicio de Uber es un servicio de transporte o uno de la sociedad de la información, o una mezcla de ambos donde incluso se pueda aplicar la normativa metropolitana en caso de ser un servicio de la sociedad de la información. Estas consideraciones fueron sometidas a consulta prejudicial.

Sobre la aplicación Uber el abogado general, hace una explicación de su funcionamiento para más adelante realizar las consideraciones sobre la calidad jurídica que debía darse a esta plataforma. El abogado general reconoce varios elementos como el servicio de localización que tienen los usuarios para visualizar a los conductores cercanos, la tarifa estimada, el perfil del conductor, y el servicio de cobro de la tarifa a través de una tarjeta de crédito; también identifica la función de calificación del servicio de usuarios a conductores y viceversa. El abogado general

también diferencia el servicio denominado UberPop como una categoría ofrecida dentro de la aplicación de Uber, que se refiere a conductores no profesionales que prestan el servicio con vehículos propios.

El TJUE al analizar el caso hace énfasis en la necesidad de establecer las características del negocio en particular. En el desarrollo de la sentencia se explica el funcionamiento en particular del servicio de la plataforma de Uber Systems. El Tribunal entiende que el servicio prestado maneja diversos y complejos factores, donde la plataforma desempeña un papel decisivo sobre los solicitantes del servicio, de esta forma se manifiesta en la sentencia:

“A este respecto, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores.” (TJUE, 2017, p.9)

La sentencia del TJUE acoge la opinión del abogado general del Tribunal Maciej Szpunar, quien en su opinión elabora con más detalle estos criterios, por lo cual es importante analizar sus conclusiones detalladamente. Principalmente se elaboran dos criterios, primero: la influencia decisiva; y segundo: el nivel de control.

3.1. Conclusiones del abogado general del Tribunal

Szpunar desarrolla a detalle los dos criterios que el Tribunal usó más adelante en la sentencia sobre el caso Uber. Sobre la influencia decisiva y el nivel de control, anota la importancia de dilucidar la relación entre el prestador de servicios electrónico y quien presta servicio principal en la transacción. En este sentido manifestó lo siguiente:

“cuando el proveedor del servicio prestado por medios electrónicos es también el prestador del servicio no suministrado por dichos medios o cuando ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones en las que se presta este último servicio, de modo que los dos servicios forman un conjunto inseparable, creo que es necesario identificar el componente principal del suministro previsto, es decir, el componente que le da sentido en términos económicos.” (Szpunar, 2017, p.9)

Szpunar hace énfasis en que los servicios de la sociedad de la información son “aquellos enteramente transmitidos por cable, radio y otros medios electrónicos” (2017, p.9), y que existen intermediarios que dan un valor agregado a un servicio, como por ejemplo las plataformas de compra de vuelos u hoteles, pero que las actividades económicas siguen siendo claramente diferentes entre la plataforma y el comerciante.

Al analizar las particulares características de la plataforma Uber el abogado general le da la calificación de servicios complejos, generando un nuevo concepto a tener en cuenta, analiza las características de esta plataforma electrónica y sus componentes como: el sistema de calificación del servicio, el control de calidad a los autos, la fijación de tarifas mediante el algoritmo sin posibilidad de modificación por parte de los pasajeros o conductores. Estos componentes hicieron concluir a Szpunar que no se puede enmarcar al servicio prestado

por Uber como uno de la sociedad de la información. Y que, al estar Uber estrechamente involucrado con la actividad principal final, las actividades de Uber deben ser calificadas como las de un servicio de transporte.

Sobre lo anterior, un sector de la doctrina discrepa, ya que no necesariamente “el hecho de que la actividad se articule mediante un servicio compuesto ha de implicar la absorción de todos los servicios prestados para una única categoría.” (Rodríguez de las Heras, 2018, p.10), sino que más bien los servicios complementarios de Uber, como la calificación de los usuarios, el uso de la tecnología para facilitar el encuentro del que solicita el servicio y quien lo da, entre otros, son solo el uso de estrategias digitales en un nuevo modelo de negocio, es decir, es la esencia misma del manejo de una plataforma electrónica en una economía digital.

Estos criterios elaborados por el abogado general son de especial importancia, pues en esta sentencia son usados para determinar una naturaleza jurídica de la plataforma Uber fuera de los servicios de la sociedad de la información, y por tanto fuera del marco de protección de “puerto seguro” en cuanto a su responsabilidad.

3.2. Consideraciones del tribunal y doctrina de la sentencia

El TJUE realiza un análisis enfocado en la naturaleza de la plataforma Uber para determinar su calificación jurídica y también de los servicios prestados.

Se analiza en detalle el servicio de *UberPop*, donde el tribunal determina que el hecho de que los conductores no sean profesionales es un punto importante en la labor que realiza el operador, ya que no podría considerarse a estos conductores como una oferta válida, es decir la plataforma Uber crea este espacio de oferta y demanda, que no ocurría de otra manera en el mercado, por lo cual la plataforma tiene un nivel alto de control del servicio. Sobre esto el tribunal expresó:

“Es preciso poner de manifiesto que un servicio como el controvertido en el litigio principal no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano. En efecto, en una situación como la que describe el juzgado remitente, en la que el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2017, p.9)

Este criterio explica que no se puede considerar al servicio prestado por Uber como una intermediación de las que se contemplan en la LSSICE, ni en la que ampara la Directiva de Comercio Electrónico. Muchos estiman acertada esta consideración, ya que se piensa que “analizando los hechos y la esencia del modelo de negocios, es claro que Uber ejerce una influencia decisiva en el servicio de transporte del cual alega ser un simple intermediario”. (Grover, 2018, p.4)

Más adelante el Tribunal elabora su segundo criterio importante, sobre la influencia decisiva. El Tribunal se refiere a las condiciones de prestación de los servicios como la selección de los conductores, la intermediación en el pago, los canales de comunicación que la plataforma ofrece entre conductores y usuarios, y la selección de los conductores por parte de Uber, para referirse al control que el operador de la plataforma sostiene sobre el servicio en general.

Sobre este criterio de influencia decisiva, se ve cierta similitud con decisiones anteriores al referirse a un “papel activo”. Este concepto fue usado en la sentencia del caso eBay, la Corte consideró en su análisis la participación activa que tenía eBay en prevenir las infracciones de propiedad intelectual en su plataforma, y sobre qué acciones este tomó al tener conocimiento efectivo de que podrían estar ocurriendo ilícitos en las ventas ofrecidas en su plataforma. Sobre esta sentencia el tribunal expresó:

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la novena cuestión que el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que se aplica al operador de un mercado electrónico cuando éste no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados. Este operador desempeña tal papel cuando presta una asistencia consistente, en particular, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas. En el supuesto de que el operador del mercado electrónico no haya desempeñado un papel activo en el sentido descrito en el anterior apartado y, en consecuencia, a su prestación del servicio le resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31, ese operador no podrá, no obstante, en un asunto que puede concluir con una condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios, acogerse a la exención de responsabilidad prevista en esa disposición cuando haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta en cuestión y, en caso de adquirir tal conocimiento, no haya actuado con prontitud de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b), de dicho artículo 14 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2011, p. 123-124)

Este análisis del concepto de papel activo en el caso eBay es uno de los pocos precedentes al analizar las actuaciones de una plataforma electrónica, y que podría asemejarse al criterio de influencia decisiva usado para el caso Uber en cuanto este se aplica a la actuación de la plataforma sobre las actividades de los conductores, usuarios de Uber.

La Doctrina del TJUE en el caso Uber entonces se centra en la influencia decisiva y el control de la plataforma; en este caso el Tribunal consideró que estos criterios son suficientes para establecer que la plataforma Uber no es un servicio de la sociedad de la información sino uno de transporte, y por tanto la normativa aplicable sería la que la norma local, en este caso lo que la normativa española determine.

Esta sentencia constituye por tanto uno de los desarrollos jurisprudenciales más importantes en temas de regulación de mercados digitales; más adelante se podrá determinar si se usarán estos criterios en casos similares.

Es necesario pensar en las consecuencias económicas que este tipo de decisiones implicarían sobre el desarrollo de negocios, ya que como se hizo notar anteriormente es una economía de crecimiento rápido, y que debe su expansión al régimen de exclusión de responsabilidad del que gozan los servicios de la sociedad de la información y su amparo bajo la normativa de comercio electrónico.

4. Modernización normativa

Una modernización normativa es necesaria considerando que la normativa en cuestión se elaboró en el año 2000 en la Unión Europea, y desde entonces el mercado ha evolucionado mucho, hasta llevarnos a modelos de negocio como Uber y su caso paradigmático.

Sobre una nueva normativa, parte de la doctrina ha manifestado ante el Parlamento Europeo “que clarifiquen que la inmunidad se mantiene cuando el intermediario interviene de forma activa, a través de medios automáticos o no” (Sartor, 2017, p.30) y también en términos generales que se mantenga el principio de que los intermediarios no tienen un deber de control y supervisión salvo los de detección de contenido ilícito. Es decir, se pide que no se establezcan restricciones que puedan afectar a este tipo de modelo de negocios.

Ciertamente la irrupción de las nuevas tecnologías ha generado una nueva dimensión de conflictos a ser considerados, la sentencia del caso Uber del TJUE constituye un hito en esta materia, y seguramente será revisado ampliamente en otras jurisdicciones donde estos conflictos podrían generarse, como un referente.

5. Conclusiones

La decisión del caso Uber, al desarrollar los criterios de influencia decisiva y capacidad de control de la plataforma para determinar si merece la calidad jurídica de servicio de sociedad de la información, elabora una teoría donde delimita precisamente lo que constituyen estos servicios, más allá de lo que estipula la normativa española y la directiva comunitaria.

Considero que solo ante casos similares se podrá ver si estos criterios son aplicados con el mismo rigor. Es importante que estos lineamientos sean aplicados en atención a cada caso en particular, ya que de ser aplicados con rigidez o sin el análisis adecuado a cada modelo de negocio provocarían un desincentivo a este tipo de modelos de negocio en el comercio electrónico.

En el caso en cuestión, al momento en que el Tribunal determinó que Uber no es un servicio de la sociedad de la información y por tanto la normativa de comercio electrónico no le es aplicable. También generó como consecuencia que le sea aplicable la normativa de transportes española y, por tanto, la municipal de la jurisdicción de Barcelona, por lo mismo debería cumplir con los requisitos administrativos de la municipalidad, desvirtuando la función de la plataforma Uber.

Concluyo que existen lagunas normativas causadas por un rápido crecimiento de la economía digital. Es necesaria una modernización donde se aborden temas básicos sobre la economía colaborativa, las plataformas electrónicas, los servicios de la sociedad de la información y su régimen de responsabilidad.

La nueva legislación debe aclarar los conceptos de control e influencia decisiva o participación activa de las plataformas en relación con el servicio principal o con la detección de ilícitos, para generar una certeza sobre el régimen de responsabilidad y el límite de la naturaleza de un servicio de la sociedad de la información.

Es importante mantener una noción económica presente, donde se realicen los cambios normativos para brindar seguridad jurídica y al mismo tiempo promover el desarrollo de estos modelos de negocio dentro del mercado digital.

Referencias bibliográficas

Comisión de Industria, Investigación y Energía y Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor. (2017). *Informe sobre las plataformas en línea y el mercado único digital*. Parlamento Europeo. Bruselas: Parlamento Europeo.

- European Commission (2015). *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*. Obtenido de <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>
- Grover, J. (2018). Nuevos modelos de negocios en Internet: regulación jurídica de servicios prestados a través de aplicaciones móviles. El caso “Uber”. *El Derecho*, 1-4.
- Plaza, J., Vázquez de Castro, E., & Guillén, R. (2013). *Derecho y Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación*. Navarra, Navarra, España: Aranzadi S.A.
- Rodríguez de las Heras Ballel, T. (2018). *Los servicios de la sociedad de la información en una Economía de Plataformas: Caso Uber La segunda generación de la economía digital en la Unión Europea*. European Law Institute, Centro Español. Manuscrito entregado por la autora.
- Sartor, G. (2017). *Providers Liability: From the ecommerce directive to the future*. Bruselas: Parlamento Europeo.
- Szpunar, M. (2017). *Opinion of Advocate General Szpunar*. Case C-434/15. Brussels: TJUE. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&doclang=EN>
- Trade and Development Board (2019). *Competition issues on a digital economy*. Obtenido de United Nations Conference on Trade and Development: https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd54_en.pdf

Legislación

- Jefatura del Estado (2002). Ley 34/2002 de servicios de la información y comercio electrónico. Boletín Oficial del Estado, 11 de julio de 2002.
- Parlamento Europeo (2000). *Directiva 2000/31/CE*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 8 de junio de 2000.

Sentencias

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2017). *Caso Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain S.L.* C-434/15. Sentencia de 20 de diciembre de 2017. <http://curia.europa.eu/juris/document/document>
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011). *Caso L'Oréal SA vs. eBay International AG*. C-324/09. Sentencia de 12 de julio de 2011.

MERCADO DE PLATAFORMAS: LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA ERA DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Platform market: unfair competition in the age of the collaborative economy

FERNANDO BAJAÑA TOVAR¹PAÚL GONZÁLEZ MORÁN²

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador

Resumen

Las modernas dinámicas de mercado han optado por incorporar dentro de la noción de Economía Colaborativa aquellas prácticas con fines de lucro que son ejercidas de forma sofisticada, a través de las denominadas tecnologías de la información y comunicación. Esta situación, discurre con la intención inicial con que surgió el consumo colaborativo, génesis de la economía cooperativista. La situación descrita surge a modo de enmascarar las relaciones comerciales que subyacen detrás de las plataformas digitales, con el ánimo de liberar el cumplimiento de las cargas legislativas que se imponen en el curso normal de actividades mercantiles. Esta liberación injustificada de cargas normativas tiene como antecedente una búsqueda histórica del sistema capitalista por eludir los gravámenes engorrosos, todo lo cual traduce en los operadores económicos, un abaratamiento desleal de costos regulativos dentro de sus procesos mercantiles. Lo expuesto, con el ánimo de hallar un desplazamiento ilícito de la demanda en su favor y conseguir altos índices de maximización de utilidades. En ese contexto, el presente ensayo procurará pasar revista a las modalidades utilizadas a lo largo del tiempo para eludir costes, hasta llegar al enmascaramiento en las formas propias de la economía colaborativa, con una especial revisión de estas nuevas prácticas mercantiles y su eventual encuadre en conductas de competencia desleal, a la luz de la normativa ecuatoriana que regula las actividades de mercado, particularmente, respecto a la cláusula específica de no violación de normas.

Palabras clave

Economía Colaborativa, Competencia desleal, Plataformas digitales, Modelos C2C, Modelos B2C, Violación de Normas, Regulación.

Abstract

Modern market dynamics have decided to incorporate into the notion of collaborative economy those practices for profit exercised by professionals, through the so called information and communication technologies. This situation differs from the initial intention with which the collaborative consumption, the genesis of the cooperative economy, arose. The situation described arises as a means of masking the commercial relationships behind the digital platforms, with the aim of freeing the fulfillment of the legislative burdens that are imposed in the normal course of commercial activities. This unjustified release of normative burdens has as its antecedent an historical search by the capitalist system to evade cumbersome taxes; all of which translates into

¹ Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, asesor constitucional.

Correo electrónico: fernando.bajana@cce.gob.ec

² Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Asistente de Terrenos de la Dirección de Terrenos del Municipio de Guayaquil. Correo electrónico: paugonam@guayaquil.gov.ec



economic operators as an unfair lowering of regulatory costs within their business processes, with the aim of finding an illegal displacement of demand in their favor and achieving high rates of profit maximization. In this context, this essay will seek to review the ways that have been used over time to avoid costs, ending with masking the methods of the collaborative economy, with a special review of these new business practices and their possible framing in unfair competition conduct, in the light of Ecuadorian legislation, particularly with regard to the specific clause of non-violation of rules.

Keywords

Collaborative Economy, Unfair Competition, Digital Platforms, C2C Models, B2C Models, Violation of Standards, Regulation.

1. El escape de las cargas: el bucle elusivo del sistema capitalista

Durante mucho tiempo se estableció, casi de modo inconcuso y uniforme, que el capitalismo era un sistema económico. No obstante, desde hacía ya algunos años, dicha tesis fue sometida a discusión, toda vez que a aquel se le atribuyó ser, a más de económico, un sistema social. Para tratar de explicar lo anterior, se parte de la idea de que la economía es una manifestación de las relaciones sociales, y, como tal, no puede realizarse un estudio aislado de ambos fenómenos, por cuanto depende el uno del otro, de modo directo. De esa manera, el capitalismo termina por ser un sistema adaptativo que se ajusta y muta, de conformidad con factores propios de un entorno cambiante, que responde a la evolución de las sociedades.

A más de la consideración propuesta, es necesario destacar que el capitalismo no siempre utiliza los mismos modelos para procurar su cometido teleológico, cual fuere la generación de riquezas. En ese sentido, se advierte una constante refundación en sus modelos de funcionamiento utilizados. Empero, cabe destacar que las transformaciones no responden a un ánimo caprichoso y antojadizo, sino más bien, están impulsadas por la búsqueda de escenarios que impliquen el menor grado de intervención, ordenación y control, a so pretexto de una autorregulación, propia del sistema, que procure la maximización del desarrollo económico.

Contrastado con la realidad, la experiencia determina que desde la génesis de la industrialización se ha visualizado que el sistema capitalista, lejos de poseer la mentada capacidad homeostática, adolece de medidas correctivas para equilibrar y propiciar el desarrollo equitativo de todos sus actores. De ese modo, ante la asimetría en la división del poder y las prebendas conferidas a los detentores de los medios productivos, surgieron corrientes escépticas respecto de la corrección de un sistema que, pese a depender de la sociedad, no la trataba con justeza y la excluía del centro de su enfoque. En tal virtud, el capitalismo de los libres mercados fue desplazado por la intervención del Estado, con la finalidad de propiciar un sistema encaminado a mitigar los desajustes y perjuicios ocasionados a los actores de minusvalía económica, quienes ocupan un lugar desfavorecido en la estructura social: los trabajadores. A raíz de ello se reconoció un sinnúmero de derechos en favor de estos últimos, con el ánimo de alcanzar sociedades más cohesionadas.

Sin embargo, no debe de obviarse que la multiplicidad de derechos reconocidos a los operarios, surgieron como una imposición, a modo de remedio paliativo, de las fracturas generadas por la lógica capitalista en el colectivo social. Esta situación descrita es un dato no menor, si se toma en cuenta que, desde la óptica de la actividad productiva, las medidas sociales reconocidas se traducen como una serie de costos y cargas que amenazan el afán de obtener rentabilidades elevadas y la multiplicación del capital. En resumidas cuentas, lo que se trata de resaltar es el hecho de que el cariz pseudo antropocéntrico adoptado por los sistemas capitalistas, no es consecuencia

de un acto volitivo propio, si se permite la prosopopeya, sino que es ocasionado por factores exógenos que, de poderse, serían resistidos por los intereses productivos.

Muestra de lo antedicho es que, ante los gravámenes impuestos por el quehacer político, y, tomando como excusa la crisis a que se sometieron algunas sociedades petróleo-dependientes, desde Washington surgieron ciertas recetas que pretendían devolver la hegemonía de los intereses capitalistas, bajo el escudo de superar las dificultades acaecidas. De esa manera, múltiples fueron las voces empresariales que formaron parte del coro que propugnaba la flexibilidad laboral, cuyo cometido fue lograr normas laborales fácilmente adaptables a las condiciones fenomenológicas. El resultado de estas medidas, cual no fuere otro de esperar, significó una rebaja profunda en las condiciones de los trabajadores, circunstancia que contrastaba con la promesa de recuperar los índices de empleabilidad.

En el orden de ideas propuesto, se refuerza la noción planteada de que el capitalismo constantemente dirige esfuerzos por adoptar modos aptos para reducir, si es que no eliminar, muchas de las obligaciones que se derivan de las relaciones empleador-operario y empresa-sociedad. Por tal motivo, es común situarse ante diversas fórmulas que utilizan las empresas para, por una parte, i) evadir la tutela del Derecho de Trabajo, procurando encuadrar sus relaciones en las esferas civil o mercantil, con la intención de no tener que incurrir en aprovisionamiento de seguros por accidentes, pagos de seguridad social, retribución de utilidades, entre otros; y, con ello, ii) evitar hábilmente imposiciones que otros competidores deban acatar, obteniendo así, cierta ventaja en el mercado. Armida y Hernández (2002) estudian el primero de los fenómenos denunciados resaltando la proliferación de modalidades como la subcontratación, tercerización, empresas “proveedoras” de trabajadores, creación de empresas unipersonales, entre otras.

Empero, aunque las aludidas manifestaciones empresariales ya han sido estudiadas ampliamente bajo el rotulo de Huida del Derecho de Trabajo, no se ha podido establecer un freno total a los yerros cometidos, por cuanto, al igual que lo dicho en líneas anteriores respecto del sistema capitalista, las formas de trabajo evolucionan constantemente en función de diversos factores. El dinamismo referido se puede apreciar con la irrupción de las tecnologías de la información y comunicación, con el cual, el sistema capitalista evidenció una nueva forma de retomar la domesticación del control político. Y es que, a través de las nuevas tecnologías surgidas, el capital puede mantenerse siempre conectado y trasladarse libremente, de modo tal que se desconecta de los territorios molestos, en términos obligacionales. En ese estadio propuesto, se visualiza un sistema capaz de desbordar las fronteras nacionales y conseguir situarse donde las cargas y costos en que incurra sea más baja y transformar las relaciones laborales.

2. Capitalismo de plataformas austeras: el eslabón oculto en la evolución del consumo hacia la economía colaborativa

La crisis financiera mundial sufrida entre los años 2008 y 2011 supuso un impacto fuerte en diversas aristas de la economía global, a tal punto que se estuvo ante un escenario donde los mercados se volvieron inestables, se desplomaron los índices de empleo, los ingresos individuales se volvieron incipientes, la capacidad adquisitiva se redujo, entre otros. Sobrevino, entonces, una tendencia generalizada de calmar el desenfreno consumista aupado, en gran medida, por los postulados del *American Dream*. De esa forma, se migró hacia una sociedad más cautelosa en sus gastos; se volvió hacia las raíces y se halló en el cooperativismo una solución eficaz para hallar el desarrollo colectivo.

Fue en ese contexto, y, tras la publicación del libro *What's mine is yours: The rise of Collaborative Consumption* (léase Lo que es mío es tuyo: el desarrollo del consumo colaborativo) (Botsman and Rogers, 2011), que el consumo compartido fue posicionándose en el imaginario social. Este modelo parte de la premisa de que en la sociedad existen bienes infrautilizados por

sus propietarios, quienes podrían compartirlos con otros individuos que tengan la necesidad de utilizarlos, y, por el hecho de usarlos conjuntamente, puedan compartir sus gastos. Con ello, existiría un especial énfasis en el acceso a los bienes, antes que, en su propiedad, todo lo cual reportaría mayores beneficios, si se toma como referencia el individualismo al que la escuela hiperconsumista conduce. En síntesis, el consumo colaborativo podría resumirse bajo la fórmula: “compartir es ahorrar”.

De allí en más, del desarrollo teórico hacia el plano fáctico, el consumo colaborativo presenta diversas modalidades en las que se puede materializar su desarrollo. En tal sentido, aunque es posible que a la fecha en que se leen estas líneas se esté produciendo la eclosión de nuevos sistemas, se considera que los más representativos son; a saber, i) sistemas basados en productos; ii) mercados de redistribución; y, iii) aquellos que implican estilos de vida cooperativos. El sistema basado en productos implica la utilización de bienes por el pago de un valor determinado, sin que ello implique, necesariamente, su adquisición. El origen de este sistema se le atribuye a Brian Chesky, quien, según cuenta la anécdota, luego de constatar que en Estados Unidos existían ochenta millones de taladros con un uso promedio de 13 minutos, se cuestionara si realmente era necesario adquirir la propiedad de ciertos bienes, en lugar de pagar por su uso, cada vez que fuese necesario (Miranda Serrano, 2017). Luego, los mercados de redistribución, o, también conocidos con el rótulo de economía de regalo, funcionan bajo la reasignación de bienes, en función de su utilidad; así, un bien puede pasar de alguien que no lo necesita, a manos de otro a quien le hace falta, sin acordar contraprestaciones inmediatas o futuras. Finalmente, los estilos de vida colaborativos rompen con la idea de intercambio de objetos materiales; en este estilo, las personas se unen para compartir e intercambiar tiempo, espacio, habilidades, entre otros bienes intangibles.

Aunado a los beneficios económicos y el influjo de una sociedad altruista y responsable, la incorporación y desarrollo de tecnologías ha permitido el crecimiento del consumo colaborativo. En ese sentido, las tecnologías de la información y comunicación coadyuvieron a ampliar el radio de impacto de las células colaborativas. En tal virtud, se hizo posible pasar de un esquema celular, compuestos por miembros familiares; compañeros de trabajo y amigos, hacia una comunidad amplia, llámese, comunidad digital. Lo dicho es susceptible de comprobación si se advierte que las tecnologías móviles son un factor preponderante para conectar a personas con intereses comunes, con lo cual se vuelve más fácil la locación de productos y bienes tangibles.

De lo hasta aquí dicho, es posible desprender que la aparición del consumo colaborativo revistió una real amenaza para los intereses de aquella sociedad hiperconsumista, caracterizada por altos índices de producción y de consumo. No obstante, en una suerte de movimiento fodista, el capitalismo convirtió aquella situación negativa en una herramienta a su favor. Tal es así que dio inicio a una serie de operaciones de mercado, con evidentes finalidades lucrativas, bajo las mismas modalidades adoptadas por el consumo colaborativo. Sucedió, entonces, que algunas organizaciones comerciales, seducidas por el abaratamiento de los costos de transacción, decidieron aprovechar los avances tecnológicos, mediante el ofertamiento de bienes y servicios a través de plataformas digitales.

A partir de allí, la noción de consumo colaborativo fue perdiendo su peso, toda vez que a aquel le fueron añadidas actividades que escapan a un concepto estricto de consumo, y, más aún, de colaboración. Así entonces, el consumo colaborativo fue desplazado por una idea de “economía colaborativa”, lo cual lejos de ser una mera novación terminológica, implicó un verdadero cambio de paradigma. Sobre esto último, el nuevo enfoque propuesto no solo atañe a actividades sin ánimo de lucro, tal como sucede en el caso del consumo

colaborativo, sino que, además, incluye a aquellas que se efectúan con evidentes fines lucrativos. Otra de las diferencias sustanciales entre ambos sistemas gira en torno a los elementos subjetivos que lo conforman. En tal sentido, el primero de los sistemas estudiados está compuesto únicamente por particulares, a quienes les corresponde la oferta, demanda y consumo de los bienes y servicios que en dicho esquema circulan (modelo *consumer to consumer*). Contrasta con ello lo que sucede en la economía colaborativa, donde todas las operaciones cuentan con, a lo menos, un prestador profesional o empresario dedicado habitualmente al negocio, de tal suerte que es factible hallar operaciones entre: i) un profesional y un consumidor (*business to consumer*); o, ii) un empresario o profesional y otro empresario o profesional (*business to business*).

No obstante, pese a la fragancia con que se trastoca la idea primigenia de distribución e intercambio por y para la sociedad, existe una corriente que tiende a denominar, de manera común, a ambos modelos. A tales efectos, el quid de esta tesis adoptada radica no en la fijación del ánimo colaborativo del modelo, sino más bien, en la utilización de plataformas colaborativas, léase tecnologías digitales que permiten el desenvolvimiento de operaciones económicas. En ese contexto, se ha ido generalizando que las economías colaborativas dependen de la yuxtaposición del supuesto de innovación disruptiva, según el cual una empresa ingresa de modo violento en el mercado, a tal punto que transforma los métodos de competencia y de hacer negocios (Ruiz Martín, 2017). Respecto de esta resolución tecnoligadora, existe cierto sector de la doctrina que muestra resistencia, pues, consideran que subyacen detrás de ella, intereses fraudulentos para desregular sus acciones, reducir el nivel de cumplimiento de exigencias duras y, nuevamente, maximizar sus utilidades.

Encarna la preocupación enunciada anteriormente, los casos en que las plataformas digitales dejan de ser un instrumento de intermediación entre los oferentes y demandantes, para erigirse como el servidor u oferente subyacente. Estas herramientas han sido denominadas por Srnicek (2017) como “plataformas austeras”, puesto que su arquitectura principal parte de la ausencia o baja inversión de activos. Estas plataformas, bajo la cubierta de revolucionar la forma de hacer negocio, se comercializan como escenarios neutrales o “cáscaras vacías” que ejercen de un servicio de la sociedad de la información. Empero, en la práctica, se trata de compañías tradicionales que se valen de la internet y sus recursos digitales para subcontratar la mayor cantidad de activos fijos que puedan tercerizar y, de ese modo, prestar un servicio u ofrecer bienes a los consumidores. Entonces, lógicamente se puede deducir que las plataformas austeras son capaces de competir mucho más favorablemente en el mercado con otras empresas que deben asumir las cargas impositivas y laborales legislativas.

3. El *sharewashing* de las plataformas austeras y la necesidad de ser reguladas

Sin lugar a dudas, las plataformas austeras son un boom con el cual nos encontramos familiarizados, y esto, producto de la fantasía empresarial que graficara Supiot (2007) de crear una industria sin fábricas, en la cual la propiedad de una marca, patente o cualquier otro signo similar, estaría exenta de fabricar cosas o emplear hombres. En tal contexto, no es de extrañar que las plataformas austeras vendan la idea de autonomía y trabajo independiente como un factor que permite la flexibilidad personal, en lo referente a horarios, lugar de desempeño de actividades, servicios que se prestan, entre otros. Dicha estrategia fraudulenta, a más de ser una medida para desregular relaciones laborales, asegura la explotación de un capital fijo que no es de propiedad de las plataformas, para proveer productos-servicios y obtener ganancias. Tal es el caso de las conocidas aplicaciones Uber, Glovo, Airbnb, Deliveroo, Rappi, entre otros, donde las bicicletas, autos, casas, conocimientos y productos, en general, no son suyos, ni

tampoco pertenecen a la empresa; idéntica situación suscitada con los empleados o personas que pedalean, conducen, mantienen o proveen información o cualquier servicio.

Vistas así las cosas, se evidencia cómo el capitalismo muestra una aptitud para adoptar un aparente *sharewashing*, con la finalidad de encubrir, con tintes progresistas, la explotación de la propiedad privada ajena, oculta en sus entrañas. En ese sentido, actividades comerciales habituales como vender, alquilar, comprar, y demás, se transforman, o al menos eso se pretende, en compartir. Incluso, debajo de esa capa se encuentra, como siempre, la apropiación del trabajo ajeno como fuente de ganancias. En ese orden de ideas, este capitalismo de plataformas y los fenómenos que se desarrollan a su interna son objeto de interés del Derecho, pues, tienen consecuencias jurídicamente relevantes.

Desde la perspectiva regulatoria, tal como lo señalara Domenech (2015), el fenómeno del capitalismo de plataformas genera amplia incertidumbre en variados aspectos. Lo anterior se da justamente porque se trata de una zona gris que no se ajusta a los parámetros clásicos de las instituciones concebidas por el Derecho. En tal virtud, el aumento de las actividades realizadas en el sector de la industria de las nuevas tecnologías, bajo la aparente categoría de servicios de intermediación digital, propios de la sociedad de la información, implica la posibilidad de que los actos de esencia mercantil que en ella se desarrollan, sean disciplinados por las normas del comercio electrónico, que optan por la liberalización de dichas actividades. Consecuentemente, se corre el riesgo de que estas nuevas empresas capitalistas sigan gozando de exenciones injustificadas del cumplimiento de los requisitos, que la normativa especializada en el campo del giro del negocio al que se dedican exige a otras empresas con las que compiten.

Adicionalmente, existe una especial preocupación por regular el supuesto trabajo autónomo que se sostiene y se realiza en estas plataformas digitales, puesto que, tal como denunciara Degryse (2016), aquello supone una amenaza de pérdida masiva de plazas laborales, desregulación de mercados, desfinanciamiento de la seguridad social y erosión de la base impositiva. Parte de esta preocupación ha sido expresada por Subirats (2011), al afirmar:

[...] interactuando a través de esas plataformas con múltiples servicios, estamos descartando intermediarios que antes se ocupaban de gestionar nuestras demandas y que ahora, al verse desbordados por dinámicas digitales que los hacen prescindibles, se ven obligados a despedir empleados o directamente a cerrar sus puertas.

La misma línea argumentativa sigue Todolí (2017), quien sentencia:

Las personas que transportan alimentos, las que conducen, las que limpian los apartamentos y los mantienen o las que realizan servicios son “emprendedores autónomos”; por lo tanto, no son aparentemente trabajadores por cuenta ajena –cuando de hecho sí lo son.

Con los argumentos expuestos se intuye que las repercusiones de este tipo de plataformas demuestran que el capitalismo, lejos de haber evolucionado a un sistema cooperativista por medio de las tecnologías comunicación y aplicaciones denominadas colaborativas mantiene vigente su búsqueda incesante de maximización de ganancias. Ello disiente con cualquier posibilidad de transformación hacia la ayuda y cooperación, toda vez que se mantiene la explotación y diferenciación social.

Solo entonces es evidente la necesidad de regular la economía colaborativa, pues, en ella se ejecutan ciertas actividades propias del ámbito mercantil que no comparten un mismo *level playing field*, en relación a aquellas que se ejecutan en los sectores tradicionales del mercado, lo cual, a la larga, terminaría siendo una puerta abierta a situaciones de competencia desleal. Aún

más, no confeccionar un marco regulatorio a estas innovadoras modalidades de hacer negocios, podría conllevar a dar riendas a una extralimitación en las atribuciones de la autonomía que le corresponde a los agentes que interactúan en el referido sistema. Aquello implicaría: i) el riesgo de que las empresas e intereses capitalistas impongan sus condiciones en franco abuso y desmedro de las partes frágiles; ii) la subsunción en un escenario de inseguridad jurídica frente a potenciales controversias originadas; iii) la posibilidad de generar escenarios diversos y fallos disidentes, dada la falta de normativa clara al respecto.

4. Del ámbito regulatorio de la competencia desleal

Una de las consecuencias de la tardía regulación y sanción de los actos de competencia desleal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, fue la adopción directa de un estándar de protección de mercado, con estilo institucional o social. La situación descrita implica que, a diferencia de lo que se suscita en otros Estados, con marcos regulatorios inspirados en estándares paleoliberales y profesionales, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCyPM), en lo tocante a la competencia desleal, no persigue de modo exclusivo la tutela de los derechos de propiedad (corpóreos e incorpóreos) de los comerciantes y/o profesionales, sino que más bien procura alcanzar la estabilidad del mercado, observado como una institución económica *per se*, donde confluyen distintos operadores, elementos y procesos³. (Perea Sánchez, 2017, p.38)

De este modo, la adopción de un estándar institucional ha significado, en el campo fenomenológico, una mutación de las clásicas perspectivas empleadas para el abordaje de la deslealtad concurrencial. En efecto, el *scope* subjetivo de la LORyCPM no está dirigido de forma privativa a un grupo de operadores económicos que han sido calificados, previamente por legislaciones mercantiles, bajo alguna categoría particular, como la de “comerciante”, “empresario” o “profesional”. Más bien, en superación de esto, el ámbito subjetivo de la norma ecuatoriana inaugura un espectro amplísimo de regulación, influenciado por criterios de eficiencia económica, de ahí que no reproduzca las típicas distinciones justificadas en el origen del operador económico (privado, público o mixto); la finalidad declarada (lucrativa o no lucrativa); el domicilio (nacional o extranjero); o, la naturaleza civil (natural o jurídica).

Lo dicho ha quedado en evidencia del propio texto del artículo 2 de la LORyCPM; donde se señala:

Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdo produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. (...)

Esta misma amplitud eficientista ha sido luego ratificada por el ámbito objetivo de la Ley; en fin, la estructuración de los tipos conductuales de deslealtad competitiva no se circunscribe a segmentos específicos del Derecho o el mercado; a contrariedad de lo históricamente acaecido con otras normas de competencia, como el caso de la Decisión No. 486 de la Comunidad Andina (CAN), cuyo Título XVI, limitaba su marco regulatorio a los actos

³ Para la mejor comprensión de lo que debe entenderse por un estándar de protección institucional en el ámbito de las legislaciones modernas, ver Miranda Serrano (2017, p. 206) “*La Ley de Competencia Desleal, [...] insta a instaurar en nuestro Derecho el que ha dado en llamarse y reconocerse como modelo social o institucional de la deslealtad concurrencial, tiene una clara finalidad u orientación institucional, en el sentido de que merced a ella al Derecho de la competencia desleal viene a corresponderle una finalidad de protección institucional de la competencia consistente en garantizar un funcionamiento libre y no falseado del orden concurrencial en interés de la colectividad y de todos los sujetos que participan en el mercado*”.

de competencia desleal relativos en la propiedad industrial. En lugar de esto, la LORyCPM ha optado en su artículo 25 por cimentar el ámbito objetivo de su actividad regulatoria por medio una fórmula bastante sencilla: “*todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas [...]*”.⁴

Ahora bien, analizada la arquitectura genérica del marco legal que castiga las prácticas mercantiles desleales, resulta adecuado averiguar el grado de pertinencia que guarda esta con respecto al fenómeno de las plataformas de Economía Colaborativa. En este sentido, tal como se ha expuesto previamente, dentro de la noción de Economía Colaborativa es viable encontrar dos interpretaciones distintas, o más bien dos interpretaciones fenomenológicas; una que podría ser llamada amplia o impropia, y otra a la que se podría denominar cerrada o estricta, diferenciándose una de otra, en cuanto la amplitud que tengan para cobijar distintos niveles de producción y circulación (C2C, B2C, P2P, B2B, etc.).

Así en un esquema propio de colaborativismo económico, serán tres los sujetos que intervendrán en la operación económica: (i) el consumidor adquirente, (ii) el consumidor transferente, y (iii) la persona natural o jurídica propietaria o administradora de la plataforma digital, quien representará una especie de *alter ego* del mercado físico. Por otro lado, bajo un esquema impropio, si bien existe una identidad nominativa de sujetos en relación con el modelaje propio, en este caso, la persona que dirige la aplicación digital, además de fungir como medio virtual para el acto de intercambio (*alter ego* de medio concurrencial), ostenta cierto grado de preponderancia sobre ambos o alguno de los otros dos sujetos, en particular sobre el oferente como se verá luego. (Leñena Mendizába, 2018, p.295)

Bajo este contexto, resulta pertinente analizar la procedencia y la forma en la cual, los sujetos inmersos en los esquemas de Economía Colaborativa se ven inmersos en el campo regulatorio de la LORyCPM. A propósito de esto, un método que ha demostrado eficiencia para comprobar si los sujetos inmersos en los roles de la economía colaborativa pueden eventualmente ser alcanzados por el ámbito de aplicación del Derecho corrector de la competencia desleal, es identificable en el test estándar que ha venido utilizando la Comisión Europea. Dicho test parte desde la idea de que en las reglamentaciones modernas el legislador, al introducir una redacción elástica para la descripción del ámbito subjetivo de la norma, lo que ha perseguido es instaurar la posibilidad de captar a cualquier sujeto inmerso en dinámicas de mercado, valiéndose para esto de una conversión subjetiva de la categoría de “operación económica”, a la noción de “operador económico”. De este modo, al verse expuesto casi cualquier sujeto a los procesos de circulación y cambio de bienes materiales, que son los que definen a la concepción de “operación económica”, y por tanto, a su versión subjetiva de “operador económico”, lo que realmente importa para la determinación de un ilícito concurrencial, es la averiguación de una serie de propiedades relevantes que justifiquen la intervención estatal, proponiéndose como dichas propiedades a las variables de lucro, frecuencia y volumen de participación. (Ruíz Martín, 2017, p. 375)

De esta manera, el establecer la frecuencia con la que un operador reproduce actos de comercio⁵, brinda un importante indicio a la hora de calificar dicha operación como relevante para el Derecho sancionador de la competencia desleal; en fin, parece obvio que un sujeto que interviene en dinámicas de cambio y circulación de manera esporádica, sea menos propenso de

⁴ Esta enunciación de los “hechos” como posibles objetos de control y sanción, provoca que la LORyCPM se desentienda de cualquier tipo de calificación volitiva o de juicio clásico de imputación, en la medida de que diferentemente a lo que pasa con el concepto de “acto jurídico” ampliamente relacionada con un movimiento consciente del hombre, el Derecho históricamente ha calificado como “hecho” a aquellos acontecimientos que se suscitan en la realidad vital con prescindencia del deseo del hombre.

⁵ Entiendo por acto de comercio una noción amplia de actividades económicas con finalidad lucrativa, diferente a la lógica definitoria del artículo 3 del antiguo Código de Comercio (CCo)

tener algún interés para falsear el mercado; sobre todo, si se lo compara con el eventual interés y provecho que obtendría un operador que ejecute dichas operaciones de forma continua o sucesiva y con un carácter profesional o empresarial.⁶

Si además de la frecuencia de las transacciones se revela la existencia de un fin de lucro por parte del operador, sea que dicho fin sea público, sea latente u oculto⁷, sostener su aptitud de sujeto cobijado por el *scope* de la LORyCPM parece menos descabellado. No obstante, sobre este último punto hay que guardar suficiente prudencia a la hora de estudiar el umbral de lucro; no siendo suficiente para esto, la calificación que una ley o cualquier acto normativo general le otorgue a un operador económico concreto (Ej. Fundaciones y corporaciones). De ahí que antes que una revisión de la calificación nominal que jurídicamente se le ha otorgado a ese operador en el mercado, lo realmente recomendable será la realización de un estudio profundo sobre las dinámicas de precio o costos de los operadores mercantiles. Así, se podrá concluir que un sujeto que entregue un bien o servicio a cambio de una compensación de los costos de producción y de transacción, claramente carece de una finalidad lucrativa. Por otro lado, un sujeto que además de la compensación de los costos de producción y transacción, procure para sí un margen de ganancia, estaría persiguiendo lucro; salvo que dicho margen de ganancia tuviese como objetivo la ejecución actos de beneficencia o asistencia social; o, el aseguramiento de la cadena productiva. (Miranda Serrano, 2017, p. 235-236)

Para concluir, la medición del volumen o escala del emprendimiento, así como su puesta en escena, clausura la arquitectura de este sistema de identificación de conductas relevantes. Pero tal como sucedía con la variable del lucro, se recomienda hacer ciertas salvedades. Así, pues, se debe abandonar la clásica noción que equipara volumen de negocio con ingresos brutos o renta, toda vez que, el reporte de un ingreso o acrecimiento patrimonial alto no siempre será un síntoma que nos permita diagnosticar un negocio de gran escala o volumen. Por citar un ejemplo, no se podrá afirmar respecto de una persona que haya ganado en un período económico, la cantidad de doce mil dólares por haber vendido el anillo de oro que heredó de su abuela, que ha alcanzado un volumen de negocio idéntico al de otra persona, que obtuvo la misma cantidad de dinero, vendiendo dos mil cuatrocientos postales con imágenes turísticas a cinco dólares cada una; toda vez que, mientras que la primera persona ha tenido una progresión mercantil casi nula (solo vendió un objeto), en el segundo caso la masificación del producto ha sido más obvia. De ahí que no siempre será importante para la calificación del volumen de un negocio, el precio unitario de los productos que circulan y la cantidad de dinero que ha ingresado en el haber patrimonial de una persona en un tiempo específico; siendo más preciso observar una variable de tráfico masivo de bienes. Esta precisión resultará trascendente para el entendimiento de las dinámicas económicas que se revisarán más adelante.⁸

⁶ En otros términos: “[...]cuanta mayor sea la frecuencia con la que un sujeto presta determinados servicios, más probabilidad existe de que esté actuando en condición de empresario o profesional, esto es, con una finalidad relacionada con su actividad económica, comercial, industrial o profesional.” (Miranda Serrano, 2017, p.235)

⁷ Revisar principio de primacía de la realidad, LORyCPM: “Art. 3.- Primacía de la realidad. - Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico.”

⁸ “Por último, el nivel de volumen de negocio generado por el prestador de servicios, toda vez que cuanto más alto sea dicho volumen (con independencia de que provenga sólo de una plataforma colaborativa o de varias) más indicios existen de que el prestador reúne las condiciones necesarias para entender que actúa de forma empresarial o profesional. En relación con este extremo la Comunicación insiste en la importancia de evaluar si el nivel de volumen de negocio generado por el prestador deriva de una misma actividad (por ejemplo, del uso compartido de vehículos) o de varias actividades diferentes (uso compartido de vehículos, jardinería, etc.). Y es que, como es natural, en el segundo caso un volumen de negocio elevado puede no implicar inexorablemente que el prestador del servicio cumple las exigencias para entender que actúa empresarial o profesionalmente en el ámbito de la economía colaborativa”. (Miranda Serrano, 2017, p. 235)

5. Economía colaborativa y competencia desleal

De un modo más específico, a la hora de calificar conductas de competencia desleal dentro de la Economía Colaborativa, lo propio será indagar el rol o calidad con la que actúa cada uno de los individuos involucrados en la dinámica transaccional: **(i)** sujeto plataforma, **(ii)** demandante o **(iii)** oferente.

Previo a analizar el papel que juegan cada uno de los sujetos enunciados, en lo referente al sujeto plataforma, es de suma importancia reconocer y superar el sesgo objetivista que muy patente en el común pensar de las personas en lo que respecta a este. De este modo, es necesario entender que a pesar de que el sujeto plataforma exhibe una aparente cosificación, al punto de ser reconocido ordinariamente como una mera aplicación o página digital (Glovo, Uber, etc.); ese engranaje de códigos y algoritmos informáticos esconde un sujeto racional⁹ encargado de diseñar y poner en funcionamiento cada una de las operaciones comerciales que permitirán la conexión mercantil entre los otros sujetos (oferta y demanda). No obstante, las implicaciones económicas y responsabilidad jurídicas del sujeto plataforma diferirán según el modelo colaborativo en el que se desenvuelva.

Así, en el caso específico de los modelos colaborativos propios o estrictos (*consumer to consumer*, C2C), el sujeto que sirve como *alter ego* del mercado físico no obedece a características constitutivas de sistemas capitalistas liberales o neoliberales, a saber: **(i)** carecen de fines especulativos evidentes, **(ii)** la propiedad de la plataforma es difusa, **(iii)** la administración del medio no se circunscribe a un sector específico del mercado, **(iv)** los participantes están exentos de roles de producción y consumo definidos o rígidos, etc. Por tanto, en lo que refiere a este modelo, resulta más preciso hablar de un aparataje post capitalista, en el cual, si bien se conservan principios como los de propiedad privada y de libre iniciativa, entran en juego una serie de innovadores conceptos que forman parte del debate económico actual, tales como, la necesidad de una producción limitada y sustentable, y el consumo racional.

Con todo, el sujeto-plataforma en los esquemas C2C se manifestará a través de dos arquitecturas distintas, en cuanto, su dominio y/o administración sea o no independiente de los consumidores que concurren en dicha plataforma. Entonces, puede darse una situación en la que dentro del vínculo comercial recreado entre el sujeto oferente (C_o) y el sujeto demandante (C_d), intermedie una plataforma virtual (W_m), cuya administración y propiedad no le corresponda a ninguno de los partícipes, o a algún sujeto colectivo (comunidad, asociación, cooperativa, etc.), del cual aquellos sean suscriptores. Por otro lado, podría darse el caso de que la plataforma le pertenezca a un conjunto de consumidores interesados en intercambiar la propiedad o el uso de bienes o servicios que se encuentran en su posesión o disposición. De darse este último escenario, la individualización de cada uno de los participantes se complicaría, reproduciéndose el arquetipo más difuso de roles que expone la Economía Colaborativa, puesto que todos los partícipes ocuparán, en mayor o menor medida, las calidades antes vistas (C_o , C_d , y W_m).

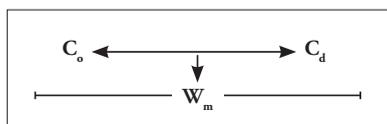


Figura 1. Modelo C2C clásico donde el intercambio de bienes o servicios entre un particular consumidor “ C_o ” y un particular demandante “ C_d ” se efectúa sobre un medio de concurrencia digital que oferta un sujeto-plataforma “ W_m ”. Como se observa la plataforma no influye de ninguna forma en la contratación y términos de la operación, limitándose a beneficiarse de una compensación por costos o comisión.

⁹ Puede darse que el sujeto racional responda sea una persona natural o jurídica, individual o colectiva, con o sin fin lucro.

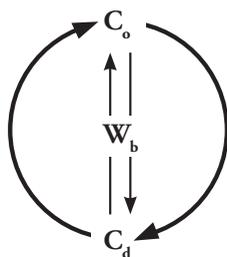


Figura 2. Modelo C2C comunitario donde los propios oferentes “ C_o ” y adquirentes “ C_d ” son titulares del dominio y la administración de la plataforma “ W_b ”; y, por tanto, de diseñar la estructura mercantil digital.

Sin embargo, como antes se mencionó, lo realmente relevante para determinar el encuadre del sujeto-plataforma en el ámbito subjetivo del espectro regulatorio de la deslealtad concurrencial, solo se verificará en la medida en que se escrute de qué forma se presenta su interacción con las variables de frecuencia, volumen y lucro.

Ante esto, la distinción operativa con la que Miranda Serrano (2017) aborda el problema de la economía de plataformas digitales se muestra con suficiente acierto. Para este autor, en la relación entre el sujeto-plataforma y los consumidores, se advierten dos posibilidades:

a) que la plataforma actúe como un servicio de la sociedad de la información, ejerciendo una pura función de intermediación digital entre los oferentes o prestadores de servicios y los demandantes o usuarios — pudiendo asumir también algún servicio accesorio como el relativo al cobro o el seguro—; o b) que la plataforma preste el servicio subyacente — turístico, de transporte o de otra índole—, en cuyo caso es obvio que su papel excede de la pura intermediación digital (...). (p.213)

En este sentido, en el primer supuesto graficado por Miranda Serrano, ciertamente la plataforma desenvuelve un papel completamente cosificado, esto es, se limita a actuar como un servicio o producto informático¹⁰, al cual las partes acceden, por regla general de forma gratuita, a través del registro de un usuario. En ese caso, la plataforma solo se encargaría de poner en contacto a los polos de oferta y de demanda; conexión que en otro ambiente hubiera probablemente comprometido una mayor cantidad de costos de transacción, lo que comprobaría que los usuarios (C_o y C_d) saldrían beneficiados con este esquema, constituyendo, por ende, el modelo de economía colaborativa C2C por excelencia.

En estas circunstancias los interines económicos de las plataformas digitales (W_m) no se identifican con los de sus usuarios (C_o y C_d); por tanto, si bien un sujeto plataforma dentro de este esquema podría llegar a ser sometido al ámbito regulatorio de la LORyCPM; lo harían respondiendo desde una perspectiva individual, es decir, analizados como operadores económicos particulares, que desempeñarían una suerte de acto de correduría mercantil; pero nunca, por los efectos derivados de las transacciones económicas que sus usuarios ejecuten. En resumen, plataformas como OLX o BlaBlaCar eventualmente podrían responder por actos de competencia desleal, cuando los ejecutasen contra portales similares (sus competidores en el

¹⁰ En el ámbito comunitario de la Unión Europea, la definición de servicios de la sociedad de la información se encuentra recogidas por la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y en la Directiva 98/84/CE, según el cual se considera servicio informático, al servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la compresión n digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio.

mercado), mas no por las consecuencias derivadas del negocio inmobiliario o el *carpooling* que desarrollan sus usuarios.

Al respecto, Miranda Serrano (2017, p.238) ha manifestado:

Como señalamos más arriba al abordar los distintos modelos de negocio que tienen cabida dentro del concepto genérico de economía colaborativa, somos de la opinión de que la plataforma Blablacar no desarrolla una actividad de transporte, sino que se limita a prestar un servicio propio de la sociedad de la información. De ahí que la pudiéramos como claro ejemplo de lo que denominamos modelo de negocio propio o estricto de economía colaborativa. En esta misma dirección se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid en sentencia de 2 de febrero de 2017 (núm. 30/2017), que resuelve la demanda interpuesta por la Confederación Española de Transporte en Autobús (Confebús) contra Comuto Iberia, S.L. y Comuto, S.A. (BlaBlaCar), en ejercicio de una acción declarativa de deslealtad. Esta sentencia, en efecto, desestima en su totalidad las pretensiones de la actora y concluye que BlaBlacar presta un servicio de intermediación digital, regulado por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE).

Bajo este supuesto, la finalidad o no de lucro que llegase a tener el sujeto-plataforma, no se encuentra vinculada en ninguna forma con la propia de la comercialización de los productos o bienes que se intercambian en sus interfaces. Idéntica situación ocurriría en los casos donde las aplicaciones o portales web, se limiten a recuperar los costos de producción y/o transacción ocupados, sin asegurarse algún margen de ganancia o rédito superior, como sucede con las páginas de *crowdfunding* y aquellas ya mencionadas, cuya propiedad y dirección está en manos de la misma colectividad que ostenta los papeles de oferente y adquisidor.

Por su parte, en lo que concierne a los esquemas impropios o amplios de Economía Colaborativa¹¹, el diagnóstico diferirá mucho al expuesto hasta ahora. Como previamente se ha mencionado, en esta tipología “colaborativa” la plataforma participa de forma directa en la prestación del servicio o la comercialización del bien, asumiendo de forma pública o disimulada: (i) procesos precontractuales, que incluyen la elaboración de contratos, la captación del personal, la promoción publicitaria del producto, etc.; (ii) la ejecución contractual, en especial, el control de la prestación del servicio (o la circulación del bien) y el cobro del precio respectivo; y, (iii) procedimientos postcontractuales, como lo son, la atención de reclamos, la imposición de sanciones a su personal o usuarios, el pago de indemnizaciones, aseguramientos, etc.

Probablemente el fenómeno Uber es uno de los ejemplos más paradigmáticos de esta categoría de Economía Colaborativa¹², a través del cual se ha configurado un esquema empresarial de prestación de servicios de transporte “*en que el operario y el usuario se conectan on-line, pero donde el servicio se presta off-line*”. (Raso, 2016, p.70) En el caso Uber, el sujeto-plataforma se ha asegurado un segmento de mercado para su explotación exclusiva. Para ello, ha procedido a la creación de un andamiaje normativo dictado de forma unilateral (*terms and conditions*), en el cual se fijan un conjunto de políticas, deberes y obligaciones para la prestación del servicio, que vincula a todos los sujetos que concurren en este escenario virtual. Así las

¹¹ También conocidos como modelos B2C o Bussines to Consumer

¹² Para Muñoz García (2018, p. 15) Uber recrea el “*paradigma de este nuevo modelo económico (al punto que se utiliza su nombre para denominarlo) opera actualmente en 75 países. Según información que la propia empresa compartió con Bloomberg, durante 2016 sus registros alcanzaron la cifra de 20.000 millones de dólares, con ingresos netos que habrían superado los 6.500 millones en ese mismo periodo.*”

cosas, Uber, en su aparente tarea de intermediación digital, disimula una serie de procesos que lo ubican en una situación de superposición frente a los operarios de los vehículos, lo que implica a su vez, la constatación de una relación de dependencia, que no se agota en un plano normativo, sino que trasciende a aspectos técnicos y prestacionales. Lo anterior, dado que el sujeto-plataforma Uber, además de otorgar el sistema virtual en el cual se efectúa la contratación de transporte, dicta y desarrolla una serie de reglas y medidas específicas¹³, direccionadas a la ejecución del negocio, lo que incluye la calificación de la aptitud de los conductores, la fijación de algoritmos de precios, la señalización de rutas de transporte, el seguimiento de la satisfacción de los clientes, la recaudación de lo pagado, etc.

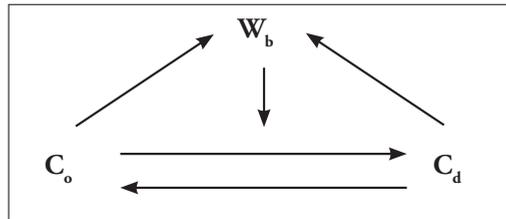


Figura 3. Modelo B2C, en el cual la plataforma “Wb” define “↓” los parámetros del medio concurrencial y se beneficia de la interacción de “Co” y “Cd”.

Todo lo dicho ha valido para que varios tribunales a nivel mundial hayan considerado que el vínculo entre Uber y los conductores, configura una relación laboral con plenos efectos. Acerca de esto, Muñoz García (2018) ha hecho un muy buen resumen de los principales precedentes jurisprudenciales que han coincidido con esta calificación:

En Estados Unidos The United States Court (Northern District of California), dictaminó que Uber no puede ser considerada solo como una empresa tecnológica sin injerencia en la prestación de los servicios de transporte de pasajeros. Destaca que Uber se encuentra muy involucrada en el mercadeo de sus servicios; en la regulación y monitoreo de las prestaciones; en la calificación y selección de sus conductores, sancionando incluso a los que incumplen sus estándares y; también, en los precios de la compañía. Se coloca el acento en que lo importante no estriba en la intensidad del control que se ejerce por la empresa, sino en el hecho mismo que esta se reserve el derecho de ejercerlo. [...] recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resolvió que Uber es una empresa de transporte y no una mera plataforma digital de intermediación entre conductores y usuarios, por lo que no respondería a la calificación de servicio de la sociedad de la información. [...] En Londres dos conductores denunciaron a Uber en sede judicial por el incumplimiento de obligaciones laborales como vacaciones y pagos por enfermedad. El 28 de octubre de 2016, el fallo declaró que se trataba de verdaderos trabajadores y que les corresponden, en consecuencia, todos los derechos que la legislación laboral contempla. Para arribar a tal conclusión, dicha sentencia tuvo especialmente en vista que los conductores ejercen sus funciones bajo una marca que no les es propia y que la publicidad de Uber se refiere a la misma empresa y no al supuesto servicio autónomo de sus socios. Califica además como inverosímil hablar de una simple coordinación entre Uber y sus operadores, cuando en Londres

¹³ Efectivamente algunas funcionalidades de la aplicación de Uber como la de “cancelación” del viaje, pueden interpretarse desde una perspectiva jurídica como un acto de terminación unilateral de un contrato celebrado, figura ampliamente rechazada por la Doctrina, la Jurisprudencia y la Ley.

existe una única plataforma y más de treinta mil conductores. [...] En latitudes más cercanas, en Brasil, el 33er Juzgado del Trabajo de Belo Horizonte, a inicios de este 2017 se apoyó en el fallo del Reino Unido, que ensalzó en alto grado, para adoptar una decisión bastante similar, acogiendo buena parte de sus argumentos [...]. (p. 27-28)

El texto transliterado será de vital ayuda para el abordaje de las conductas de competencia desleal bajo estos esquemas, en la medida de que el sujeto-plataforma, a contrariedad de lo que pasaba en los modelos colaborativos restrictivos, responderá por los ilícitos concurrenciales que se detectasen en la ejecución de la operación económica concreta. En efecto, de comprobarse que el administrador de la aplicación digital (Wb) es el sujeto que se beneficia de toda la puesta en escena del negocio, a tal punto de afirmarse que él mismo llega a prestar el servicio por medio del cuerpo de personas naturales (Co); lo lógico es pensar que deberá responder por los actos de competencia desleal que afectasen a otros operadores económicos del sector concreto en el cual opera (transportación, servicios auxiliares, repartición de alimentos, etc.).

6. Tipos conductuales concretos de competencia desleal

Dos de los avances más tangibles del marco regulatorio que inauguró la LORCyPM fue la inclusión de la cláusula general de competencia desleal y la cláusula específica de deslealtad por violación de normas. Mediante la primera herramienta correctiva, nuestro ordenamiento jurídico procura instituir un estándar general de buena fe objetiva que compele a los operadores económicos a observar y desarrollar una conducta leal en sus interacciones de mercado. Junto a esto, la posibilidad de calificar con el carácter de actos desleales a actuaciones ejecutadas de forma indirecta por un operador, como las dirigidas a través de medios publicitarios, y la amplitud del *scope* objetivo, no circunscrito a un grupo específico de hechos y/o actos (profesionales, empresariales, etc.) constituyen lo novedoso del espectro regulatorio de la LORCyPM.

Art. 25.- Definición. - Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque a actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. [...]

No obstante, más allá de la cláusula prohibitiva general de competencia desleal, las implicaciones jurídicas y económicas que devienen de la cláusula específica de violación de normas (CEVN) son todavía mayores. A través de esta cláusula, la legislación procura erradicar cualquier tipo de ventaja competitiva y significativa que se traduzca en una disparidad injustificada de costos regulatorios entre competidores de un mismo segmento de mercado, que tenga origen en la inobservancia arbitraria y unidireccional de enunciados normativos del marco normativo general¹⁴.

En razón de esto, la CEVN sancionada en el artículo 27 de la LORCyPM, ha determinado:

¹⁴ Como lo ha expresado Miranda Serrano (2017, p. 236) en: *“nuestra comunidad jurídica existe un considerable grado de consenso en entender que el fundamento de esta norma reside en la regla del par condicio concurrentium. Quiere esto decir que a través de ella no se trata de garantizar el cumplimiento de las normas jurídicas. El objetivo perseguido estriba en evitar que los empresarios y profesionales obtengan ventajas competitivas del incumplimiento de la normativa que les resulta aplicable y basen en ellas sus estrategias y políticas empresariales [...]”*.

Art. 27.- Prácticas Desleales. - Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: [...]
9.-Violación de normas. - se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativas o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida.

La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.

Del análisis del artículo transcrito, se puede advertir que, para la configuración del ilícito de deslealtad concurrencial por violación de normas, hará falta la conjugación de tres elementos: (i) la infracción de una norma positiva, (ii) la obtención de una ventaja competitiva, y (ii) la significancia de la ventaja obtenida.

En este sentido, se va a requerir, en primer lugar, la constatación de la omisión o el descatamiento de algún dispositivo jurídico que forme parte del Derecho nacional o supranacional. Para aquello no se necesitaría que la norma inobservada verse o esté relacionada de forma directa con la rama de negocio o segmento de mercado en el que participa el infractor; por citar un ejemplo, para que un corredor de bienes raíces incurra en esta clase de ilícito concurrencial no hace falta que las normas infringidas reglamenten el tráfico de bienes raíces, puesto que bien podría nacer la infracción de la abstención en el pago de las prestaciones de seguridad social a sus trabajadores.

Adaptado este criterio al campo de los modelos B2C de Economía Colaborativa, el hecho de que compañías como Uber, Cabify o Glovo, unilateralmente hayan previsto no someterse a las normas de la legislación laboral ecuatoriana, al negar cualquier tipo de relación de trabajo con sus operarios; lo cual implica el desconocimiento de varios principios y reglas laborales como los de mínima estabilidad, los umbrales básicos de remuneración, el aseguramiento social, la provisión de insumos, entre otros, reproduciría el primer presupuesto enunciado para la comprobación de una infracción a la CEVN.

No obstante, tal como se señaló, no resulta suficiente la suspensión del acatamiento de un paquete de normas jurídicas para la determinación de un ilícito concurrencial contrario a la CEVN, toda vez que, dicho descatamiento bien podría ser sancionado por otras autoridades, como las unidades judiciales de lo laboral o la Comisión de Prestaciones y Controversias del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, sin que necesariamente deba ser revisado por el Derecho de Competencia. De esta manera lo que en realidad importaría para este ámbito, sería demostrar que, como consecuencia de la inobservancia jurídica, el operador económico obtenga una ventaja competitiva injustificada. Es por esto que para Miranda Serrano se puede concluir que se está en presencia de una ventaja competitiva injustificada cuando:

el sujeto incumplidor mejora su posición de mercado respecto de la que poseen sus competidores. Esto ocurre especialmente cuando resulta habilitado para lanzar ofertas comerciales de forma más atractiva al modo en que lo venía haciendo con anterioridad a la infracción, con la consecuente alteración que esto supone del *par condicio concurrentium*. (2017, p. 225)

Empero, esa ventaja competitiva no debe ser interpretada exclusivamente desde una lógica patrimonial de acrecimiento, por lo cual hará falta dejar en evidencia un desequilibrio real en el mercado. Debido a eso, no será suficiente que el operador económico que se haya abstraído de la aplicación de la normas positivas, posea en el reporte de su haber contable una progresión de ingresos, sino que además deberá comprobarse que el acrecimiento contable haya provocado un desplazamiento patrimonial, con relación a sus competidores; es decir, habrá que asegurarse que el dinero que ha ganado el presunto competidor desleal corresponda a valores que en situaciones normales habrían ingresado en el patrimonio de otros competidores.

Acerca de este tópico, los estudios cuantitativos realizados en 2016 por la Asociación de Transportes de Quindío-Colombia-, que Perea Sánchez (2017, p.47) recoge en un reciente artículo, han confirmado cómo Uber en el año 2016 se ahorró un promedio de 7'209,000.00 de pesos colombianos por cada vehículo que operaba desde su plataforma, lo que, multiplicado por los 5,000 choferes registrados en la plataforma durante dicho año, le habría significado una ventaja de once millones de dólares americanos, con respecto a las empresas convencionales de transporte público de pasajeros.

Un efecto semejante al recogido por Perea Sánchez sería el que se estaría reproduciendo en el Ecuador, mucho más si se considera que las variables utilizadas para las mediciones de la Asociación de Transportes de Quindío (Colombia), se referían a gastos devengados por SOAT, impuestos de rodamiento, prestaciones de seguridad social, etc.; los cuales también son aplicables en el Ecuador.

Sin embargo, el caso ecuatoriano podría llegar a ser mucho más crítico, en especial si se considera que la tarifa cobrada por los taxis convencionales es el producto de un algoritmo estático establecido por la Agencia Nacional de Tránsito del Ecuador en la Resolución No. 073-DIR-2014-ANT, publicada en el Registro Oficial No. 241 del 31 de diciembre de 2014. De este modo, la adopción de empresas como Uber y Cabify de algoritmos dinámicos para la fijación del precio de sus transportes, además de confirmar la superposición de dichas compañías con respecto a sus transportistas, evidencia una nueva violación de la normativa interna, en lo vinculado al área del Derecho del Transporte, y recrea consecuentemente el ilícito concurrencial detallado en el numeral 9 del artículo 27 de la LORyCPM.

Finalmente, el ciclo de comprobación de las infracciones a la CEVN, se cerraría con la percatación de la significancia de la ventaja obtenida; para lo cual, un criterio ampliamente difundido para su estimación está configurado por el desplazamiento de clientela, según el cual, para “[...] la ventaja obtenida por el infractor es significativa cuando como consecuencia de la infracción ‘se produce desviación acreditada de la clientela de los competidores a favor del sujeto infractor’” (Miranda Serrano, 2017, p. 225).

7. Conclusiones

El cargado dinamismo de los esquemas y moldes que actualmente se representan en la Economía Colaborativa ha degenerado en la presencia de una amplísima fenomenología dentro de la cual se propugna por reconocer, bajo un mismo rótulo, las más diversas clases de operaciones económicas realizadas con la intermediación de una plataforma digital. De esta manera, se ha incentivado a creer que, tanto aquellos ejercicios de plena colaboración, donde grupos de particulares que no ejercen el comercio de forma profesional y habitual optan por intercambiar el uso o la propiedad de un bien o servicio al cual no le están dando un fin productivo; como aquellos donde detrás del software de intermediación se esconde un aparato empresarial típico, que dirige toda la red comercial y se lucra del negocio, deben ser guardados en un mismo saco,

y recibir un mismo tratamiento jurídico; todo lo cual ha dejado vulnerable al mercado respecto al padecimiento de conductas de competencia desleal.

Es así como hemos visto que plataformas como Uber, Glovo, Cabify, entre otras, se están aprovechado de actos de inobservancia explícita de normas regulatorias, por medio de los cuales se viene violentando uno de los principios más básicos de la libre y leal competencia: el *par condicio concurrentium*, a través del cual el Derecho cimenta normativamente una suerte de equilibrio de costos regulatorios, mismo que se puede resumir en la máxima de que “*a una misma actividad y segmento de mercado le corresponde un mismo grado de regulación*”.

De ahí que lo hecho por estas compañías violenta la cláusula específica de no violación de normas contemplada en el numeral 9 del Art. 27 de la LORyCPM, lo que traducido a un aspecto económico, implica el aumento injustificado de sus ganancias y la disminución ilegítima de sus costos de operación y transacción; circunstancias que trascienden la esfera de la competencia desleal e inclusive llegan a lastimar los estándares clásicos de la libre competencia (competencia restrictiva, precios depredatorios, etc.; particularmente, por cuanto lo actuado por este tipo de estructuras empresariales podría terminar provocando un giro en la balanza de demanda, redirigiéndola en su favor, como consecuencia de la atracción de consumidores por ofertas más baratas.

Todo lo expuesto se agrava por la baja regulación normativa y práctica que ha demostrado el Ecuador, en lo que refiere a las empresas tecnológicas transnacionales, generalmente justificándose en una errada interpretación del principio de neutralidad de red. Esta situación se agrava, aún más, por el hecho de que estas compañías carecen, en su mayoría, de representantes o apoderados permanentes en el país, y, por tanto, les resulta mucho más sencillo evadir cualquier tipo de obligación resarcitoria. Es en ese sentido que la presente investigación ha tenido como objeto evidenciar las principales falencias y desventajas que encierra este capitalismo de plataformas y la imperante necesidad de regularlo en nuestro país, a fin de evitar actos de precarización laboral, desajustes tributarios, y de desacato normativo.

Frente a lo expuesto, una salida recomendable sería la adopción de la categorización económica que ha esbozado la Doctrina, de modo tal que se distingan los plausibles emprendimientos con un real corte colaborativo (los llamados modelos *consumer to consumer*), de aquellos modelos que más bien obedecen a lógicas especulativas y al amasamiento expedito de riquezas, a costa de la precarización laboral, la fijación unilateral de términos, la elusión tributaria, etc., con el fin de que este último modelo reciba un tratamiento especializado, que asegure el respeto a la identidad de condiciones en relación con el resto de operadores.

Referencias bibliográficas

- Botsman, R. y Roos R. (2011). *What's Mine is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*. New York: HarperCollins.
- Degryse, C. (2016). Digitalisation of the Economy and its Impact on Labour Markets. *European Trade Union Institute (ETUI) Research Paper Series*, 2016.
- Doménech, G. (2015). La regulación de la economía colaborativa. El caso Uber contra el taxi. *Revista CEFLEGAL* 23, 61-104.
- Leñena Mendizábal, E. (2015). Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (Carpooling y Car Sharing): entre la economía colaborativa y la competencia desleal. *Revista de Derecho Mercantil*, 296, 283-334

- Miranda Serrano, L. (2017). Economía Colaborativa y Competencia Desleal ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales? *Revista de Estudios Europeos* 70, 197-249.
- Muñoz García, B. (2018). Uber, la subordinación y las fronteras del Derecho del Trabajo. Algunas ideas para delimitar. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 17 (9), 2018.
- Perez Sánchez, A. (2017). Ni tanto que queme al santo ni tan poco que no lo alumbre. Economía colaborativa: ¿evolución de mercado o competencia desleal? Una visión desde el análisis económico del derecho. *Revista de derecho y economía* 48, 25-57.
- Raso Delgue, J. (2016). La economía virtual: Nuevos retos para el Derecho del Trabajo. *Derecho del Trabajo*, 20, 31-47.
- Ruiz Martín, A. (2017). Economía Colaborativa y supuestos de competencia desleal transfronteriza en ¿Mercados C2C?: Reflexiones sobre la utilidad de las normas de Derecho Internacional Privado en este particular. *Revista de Estudios Europeos* 70, 368-397.
- Srnicek, N. (2017). *Platform Capitalism*. Cambridge: Cambridge Press,.
- Supiot, A. (2007). *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*,. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Todolí, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL: CONTINUIDAD Y DIVERGENCIA EN EL DERECHO PRIVADO

Unjustified Enrichment Through Unfair Competition: Continuity and Divergence in Private Law

ALBERTO BROWN LAVALLE¹PABLO LETELIER CIBIÉ²

Universidad de Edimburgo, Reino Unido

Resumen

Este trabajo explora la relación entre el derecho privado y las acciones de competencia desleal, a través del análisis de las principales características de la acción de enriquecimiento injustificado por actos de competencia desleal en el derecho español. Dicho análisis sugiere que las acciones especiales reconocidas por el derecho de competencia desleal protegen intereses económicos que a veces justifican un distanciamiento de las normas prevalentes del derecho privado. Esta conclusión puede tener consecuencias importantes al evaluar los requisitos de las acciones de competencia desleal, especialmente en sistemas jurídicos en que dichas acciones son entendidas primeramente como la vía de tutelar los intereses particulares de los agentes de mercado.

Palabras clave

Competencia desleal, enriquecimiento injustificado, regulación de competencia.

Summary

This work explores the relationship between private law and unfair competition action, through an analysis of the main characteristics of the doctrine of unjustified enrichment through unfair competition in Spanish law. This analysis suggests that special unfair competition actions protects economic interests that may justify a departure from common private law. This conclusion may have important implications in the assessment of the requirements of unfair competition causes of action, particularly in legal systems where such causes of action are primarily recognized to vindicate the private interests of market actors.

Keywords

Unfair competition, unjustified enrichment, competition regulation.

1. Introducción

El derecho de competencia desleal reconoce distintas acciones encaminadas a subsanar los efectos de conductas desleales en el mercado. Estas acciones son a veces presentadas como la vía

¹ Doctorando en la Universidad de Edimburgo. Licenciado en Derecho por la Universidad de Navarra ('08). Máster en Derecho por la Universidad de Nueva York ('13). Miembro del foro de abogados del Ecuador. Correo electrónico: alberto.brown@ed.ac.uk Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=bEQFSegAAAAJ&hl=en>

² Doctorando en la Universidad de Edimburgo. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile ('11). Máster en Derecho por la Universidad de Columbia ('16). Instructor del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile. Correo electrónico: pablo.letelier@ed.ac.uk Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=VvDm9mCAAAJ&hl=en&oi=ao>



por la cual el ordenamiento jurídico entrega a particulares el control civil de las buenas prácticas competitivas. En algunos sistemas jurídicos, esta circunstancia ha conducido a entender las conductas de competencia desleal exclusivamente como hipótesis de responsabilidad civil que darían lugar a acciones sometidas a reglas enteramente coherentes con el sistema común del derecho privado. Aunque en general esta premisa puede parecer poco problemática, en ocasiones puede conducir a importantes incertidumbres en relación con la determinación de las condiciones de procedencia de las acciones de competencia desleal.

Con el propósito de evaluar hasta qué punto es plausible someter enteramente las acciones de competencia desleal a lógica del derecho común, este trabajo examina una acción que por lo general no ha recibido demasiada atención en ordenamientos jurídicos de América Latina. Se trata de la acción de enriquecimiento injustificado por conductas de competencia desleal. A diferencia de lo que ocurre en ordenamientos jurídicos como el ecuatoriano, la Ley de Competencia Desleal española (LCD)³ reconoce una acción destinada a reconducir al patrimonio del demandante beneficios obtenidos injustificadamente por el demandado como consecuencia de una conducta desleal. La forma en que esta acción es establecida en la ley podría sugerir que se trata de un simple reconocimiento de la acción que la doctrina civil española conoce como *condictio* de intromisión. Sin embargo, los criterios especiales a los que recurre la jurisprudencia para decidir sobre la procedencia de esta acción demuestran que, en el contexto de beneficios obtenidos como consecuencia de conductas desleales, esta acción obedece a una lógica diferenciada.

El resto de este trabajo se estructura como sigue. La sección 2 aborda la relación entre derecho privado y acciones de competencia desleal, destacando las complicaciones que se siguen de asumir que las acciones de competencia desleal son completamente coherentes con la lógica del derecho común. La sección 3 introduce la acción de enriquecimiento injustificado por actos de competencia desleal contemplada en la LCD, presenta sus principales características e identifica algunos de los criterios que la jurisprudencia ha adoptado para delimitar su ámbito de aplicación. Finalmente, la sección⁴ sugiere que las particularidades de la acción de enriquecimiento, en el contexto específico de los beneficios obtenidos como consecuencia de conductas desleales, se explica en la especialidad de los intereses económicos protegidos por el derecho de competencia desleal.

2. Derecho privado y competencia desleal

El derecho de competencia desleal reconoce acciones que persiguen reprimir aquellas conductas excesivamente agresivas o ilícitas por parte de los participantes de un mercado de estructura competitiva (Barros, 2006, pp. 1042-1043). Distintos sistemas jurídicos adoptan puntos de partida distintos en la persecución de este objetivo general. En algunos sistemas, las acciones de competencia desleal son entendidas primeramente como la vía de tutelar los intereses particulares de los agentes de mercado⁴. En otros sistemas, el énfasis de estas acciones se encuentra en la protección de intereses que trascienden al de los competidores⁵. En general, sin embargo, el

³ Ley 3/1991 modificada por la ley 19/2009. En este trabajo, la abreviación “LCD” indicará siempre la Ley de Competencia Desleal española.

⁴ Este es el caso de Chile. Así, por ejemplo, la Ley 20.169 (en adelante, “LChCD”) dispone en el artículo 3: “En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”.

⁵ Este es el caso del Ecuador. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, “LORCPM”) dispone en el artículo 1: “El objeto de la presente Ley es ... la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”.

derecho de la competencia desleal se caracteriza por entregar a los propios competidores el control civil de las buenas prácticas competitivas (Barros, 2006, pp. 1052-1053).

Esta característica explica la estrecha relación que tradicionalmente se ha reconocido en algunos sistemas jurídicos entre el derecho de la competencia y el derecho privado. Aquellos sistemas cuyo punto de partida se encuentra en la protección de los intereses particulares de los competidores con frecuencia asumen que las normas de competencia desleal constituyen una expresión concreta de principios más generales del derecho civil (Reveco y Padilla, 2017, pp. 376-377) (Inostroza, 2017, p. 22). Es posible encontrar una manifestación particularmente clara de lo anterior en la remisión que la ley de competencia desleal chilena efectúa a las normas del Código Civil en relación a la acción de indemnización de perjuicios ocasionados por un acto de competencia desleal⁶.

El vínculo entre el derecho privado y el derecho de la competencia desleal ha conducido en ocasiones a entender al derecho de la competencia desleal como un área enteramente supeditada a las reglas comunes del derecho civil. Así, por ejemplo, algunos autores han concluido que las conductas de competencia desleal no serían más que hipótesis de responsabilidad civil sujetas a reglas especiales. Pese a su especialidad, estas reglas serían completamente coherentes con los principios del derecho civil, los que deberían orientar la solución de los problemas no expresamente resueltos en la ley (Tapia, 2008, pp. 182-188) (Tapia, 2017, pp. 166-168).

Esta postura tiene importantes consecuencias. Es posible encontrar un ejemplo claro de lo anterior en el debate sobre el criterio de imputación aplicable a las acciones de indemnización de perjuicios por actos de competencia desleal. En Chile, usualmente es exigida la existencia de dolo o negligencia grave para constituir la conducta desleal que podría dar lugar a una acción de indemnización de perjuicios⁷. Esta exigencia es explicada en el equilibrio que la ley persigue entre garantizar que la competencia no esté falseada por conductas especialmente reprochables y facilitar una competencia fluida e incluso agresiva entre agentes de mercado (Barros, 2006, pp. 1044-1049) (Banfi, 2013, pp. 229-230). Sin embargo, si se acepta que las acciones de competencia desleal son expresión de la lógica general del derecho civil, resulta difícil entender por qué, en ausencia de una disposición legal expresa, la acción de indemnización de perjuicios por conductas de competencia desleal debería sustraerse a la regla general del Código Civil en materia de imputabilidad (Tapia, 2017, p. 193). Este tipo de argumento demuestra que la pregunta por el alcance de la relación entre las acciones de competencia desleal y los principios generales del derecho civil es de la mayor importancia.

El derecho español ofrece una perspectiva interesante para considerar esta relación. Pese a su influencia en los sistemas jurídicos de la región, la LCD reconoce una acción que en general no es contemplada por las legislaciones sobre competencia desleal de América Latina. Se trata de la acción que el derecho español conoce como de *enriquecimiento injusto*. Tal como ocurre con la acción de resarcimiento de daños, esta acción de enriquecimiento es regulada en parte mediante una remisión a lo dispuesto por el derecho civil⁸. En el contexto de la acción de enriquecimiento de la LCD, sin embargo, la aplicación de algunas de las nociones

⁶ El artículo 5 de la LChCD dispone: “Contra los actos de competencia desleal pueden ejercerse, conjunta o separadamente, las siguientes acciones: ... d) Acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil”.

⁷ Por ejemplo, *L'Oreal Chile S.A. con Anasac Chile S.A.*, sentencia de la Corte Suprema, 21 de noviembre de 2016 (VLEX-653849889).

⁸ Por ejemplo, el Artículo 34.2 LCD dispone: “Si la conducta desleal se hubiera realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en el artículo 32.1, 1ª a 4ª, deberán dirigirse contra el principal. Respecto a las acciones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto se estará a lo dispuesto por el Derecho Civil”.

desarrolladas por la doctrina civil aparece como notoriamente problemática. Como se explica a continuación, esta circunstancia revela una tensión entre la lógica que subyace a algunas de las reglas tradicionales del derecho privado y aquella que orienta el reconocimiento de las acciones de competencia desleal.

3. La acción de enriquecimiento por actos de competencia desleal

3.1. Acciones reconocidas por el artículo 32 LCD

El artículo 32 LCD agrupa las acciones disponibles para empresarios, profesionales y consumidores en contra de actos de competencia desleal en el mercado⁹. Como ha sido adelantado, entre estas acciones se cuentan la acción de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por conductas desleales (artículo 32.1.5^a LCD), y la acción que la ley identifica como ‘de enriquecimiento injusto’ (artículo 32.1.6^a LCD)¹⁰.

Ninguna de estas acciones es desconocida en los sistemas jurídicos de América Latina¹¹. Sin embargo, las acciones fundadas en el enriquecimiento del demandado, por lo general, han recibido una atención limitada, especialmente en el contexto de las acciones de competencia desleal¹². Este no es el caso del derecho español. La LCD distingue claramente entre una acción encaminada a reparar el daño ocasionado como consecuencia de la conducta desleal y una acción encaminada a reconducir al patrimonio del actor beneficios obtenidos injustificadamente por el demandado (Cervera, 2014, pp. 1876-1877)¹³.

Esta distinción se manifiesta en aspectos importantes. Ante todo, a diferencia de la acción de resarcimiento de daños, la acción de enriquecimiento no tiene como presupuesto la existencia de perjuicios para el actor. Aunque la exigencia tradicional de un empobrecimiento del demandado puede conducir a confundir el ámbito de aplicación de ambas acciones, especialmente en casos en que la conducta ocasiona un lucro cesante al actor (Busto y Peña, 1997, p. 142), desde hace ya algunas décadas la doctrina ha tendido a restar importancia a este requisito centrandolo en la ausencia de justificación para el beneficio obtenido por el demandado (Basozabal, 1998, p. 100).

Por otra parte, la acción de enriquecimiento parece no requerir un juicio de imputabilidad del demandado, quien pese a no haber actuado con dolo o culpa puede verse obligado a renunciar a beneficios injustificados (Cervera, 2014, p. 1879). Esta característica

⁹ La disposición fue introducida por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre en reemplazo del artículo 18 de la antigua Ley 3/1991. Desde entonces, se entiende que ella establece acciones que pueden ejercitarse contra actos de competencia desleal en el mercado y publicidad ilícita.

¹⁰ Esta terminología ha sido objeto de críticas por la doctrina española. Al respecto, (Diez-Picazo, 1988, pp. 35 ss).

¹¹ Por ejemplo, los códigos civiles de Argentina y Brasil reconocen una acción de enriquecimiento sin causa en sus respectivos artículos 1794 y 884. Sin embargo, se trata de una acción de aplicación general y de contornos distintos a los de la acción que aquí se examina.

¹² La LChCD no prevé una acción de enriquecimiento como remedio para actos de deslealtad anticompetitiva. En derecho ecuatoriano, lo dispuesto en el artículo 71 LORCPM y artículo 79 de su reglamento sugiere que no existen verdaderas acciones civiles de competencia desleal (*stand alone*), sino que las eventuales acciones resarcitorias que podrían ser precedentes corresponden a acciones accesorias a un pronunciamiento administrativo previo (*follow on*)—tal y como sucede con las acciones antitrust ex artículos 9 y 11 LORCPM. Aunque haya quienes piensen que esta es una posición controversial, no existen casos que demuestren lo contrario. Las sentencias de la Corte Nacional de Justicia de 21 de septiembre de 2012 (caso *Merck*) y 1 de noviembre de 2012 (caso *Nestlé*) tratan sobre hechos anteriores a la promulgación de la LORCPM. Pero incluso de aceptarse que la LORCPM admite acciones civiles autónomas por competencia desleal, la jurisprudencia ecuatoriana ha concluido que la acción por enriquecimiento injustificado se encuentra estrictamente limitada a operar en el ámbito de los cuasicontratos (sentencia de la Corte Suprema de 22 de octubre de 1991), lo que parece descartar cualquier aplicación como remedio ante actos de competencia desleal.

¹³ Contrastar con (Basozabal, 2018, p. 46), quien estima que el derecho español todavía no distingue con suficiente claridad ambas pretensiones.

explica la excepción contemplada en el inciso primero del artículo 34.1 LCD a la regla general de legitimación pasiva aplicable a las demás acciones por conductas de competencia desleal. Mientras en el contexto de estas otras acciones la legitimación pasiva se define en función de la participación en la conducta desleal, la acción de enriquecimiento solo puede dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento¹⁴.

Atendida la entidad de las diferencias entre la acción de enriquecimiento y las demás acciones de competencia desleal, resulta particularmente relevante delimitar con claridad los casos en que esta acción de enriquecimiento es aplicable. Confirma lo anterior el que la jurisprudencia haya resuelto que el ejercicio de esta acción no se encuentra limitado por un requisito de subsidiariedad, que usualmente es invocado como una forma de restringir el ámbito de aplicación de acciones generales encaminadas a revertir el enriquecimiento del demandado¹⁵. Como se explica a continuación, esta tarea es abordada por la doctrina mediante una tipología de las hipótesis en que, en general, una acción de enriquecimiento sería procedentes en el derecho español.

3.2. La acción del artículo 32.1.6ª LCD como una hipótesis de *condictio* de intromisión

La delimitación de los presupuestos bajo los cuales el enriquecimiento del demandado opera como una fuente de obligaciones ha sido objeto de un largo debate en la doctrina civil española (Diez-Picazo, 1988, pp. 20-34). Aunque existen importantes aspectos en que la discusión permanece inconclusa, parece seguro asumir que la atención de la doctrina ha transitado desde la búsqueda de una fórmula general al análisis de tipos de casos (Basozabal, 1998, pp. 46). Actualmente, las distintas hipótesis en que el derecho español reconoce acciones de enriquecimiento son frecuentemente clasificadas en cuatro *condictiones*: prestación, intromisión, mejora y regreso (Basozabal, 2018, p. 21).

Dentro de esta clasificación, las hipótesis más comunes son las que dan lugar a las *condictiones* de prestación y de intromisión. La *condictio* de prestación recibe aplicación en aquellos casos en que el enriquecimiento del demandado es el resultado de una disposición patrimonial del actor cuya base se encuentra en una justificación inexistente o efímera. Pueden incluirse en este grupo, por ejemplo, la acción restitutoria que se sigue de pagos indebidos y las acciones restitutorias derivadas de la nulidad o anulabilidad de un contrato. La *condictio* de intromisión, en cambio, recibiría aplicación en aquellos casos en que el demandado se beneficia por medio del uso, disfrute o disposición de cosas o derechos ajenos. Típicamente se incluyen dentro de este grupo acciones restitutorias derivadas de posiciones protegidas por un derecho real sobre bienes materiales e inmateriales (Basozabal, 2018, p. 29)¹⁶.

Aunque esta clasificación sigue siendo una propuesta predominantemente doctrinal, la jurisprudencia recurre con cierta frecuencia a ella para abordar algunos problemas específicos. La delimitación del ámbito de aplicación de la acción del artículo 32.1.6ª LCD es uno de estos problemas. Sentencias recientes han reconocido expresamente que esta acción constituiría una hipótesis de *condictio* por intromisión cuya finalidad sería impedir la consolidación de un enriquecimiento derivado de la infracción de los intereses del demandante (Cervera, 2014, p. 1879).

¹⁴ El artículo 31.1 LCD dispone: “Las acciones previstas en el artículo 32 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento”.

¹⁵ Al respecto, el Tribunal Supremo español ha resuelto que “la denegación de la acción de resarcimiento no estaría justificada en la concepción de la acción de enriquecimiento como subsidiaria de la acción de indemnización”. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª). Sentencia núm. 569/2000 de 29 de diciembre.

¹⁶ Como se explica más adelante, sin embargo, en el contexto del artículo 32.1.6ª LCD se ha concluido que el ámbito de aplicación de la *condictio* por intromisión es distinto al de las acciones contempladas para proteger derechos reales.

Esta circunstancia parece explicarse en la recepción por parte del artículo 32.1.6ª LCD de una idea concebida especialmente para delimitar el ámbito de aplicación de la *condictio* de intromisión.

En efecto, el artículo 32.1.6ª LCD dispone que la acción de enriquecimiento injusto es procedente “cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”. Esta fórmula ha sido interpretada como la consagración legal de la idea de contenido de atribución (Vendrell, 2012, p. 1132). En conformidad con esta idea, ciertas posiciones jurídicas darían lugar a beneficios que el ordenamiento jurídico atribuiría exclusivamente a quien las ocupa. Esta atribución vendría indicada por el reconocimiento de un derecho subjetivo absoluto, típicamente un derecho de propiedad sobre bienes corporales o incorporales, o de otros derechos de contenido análogo, como ocurre con ciertos derechos de la personalidad (Barros, 2009, pp. 23-24). La *condictio* de intromisión sería la acción reconocida en contra de quien, sin ser titular de estos derechos, obtiene un beneficio derivado del aprovechamiento de la posición (Diez-Picazo, 1988, p. 119) (Basozabal, 1998, pp. 81-82) (Vendrell, 2012, p. 1131).

La consagración legal de esta idea podría sugerir que la acción del artículo 32.1.6ª LCD no solo es consistente con la lógica que inspira las acciones generales de enriquecimiento reconocidas por la doctrina civil, sino que además únicamente tiene sentido a la luz de dicha lógica. Sin embargo, aceptar esta conclusión implicaría simplificar indebidamente los problemas que envuelve el reconocimiento de la referida acción.

3.3. Los límites de la idea de contenido de atribución en el contexto del artículo 32.1.6ª LCD

La idea de *contenido de atribución* se ejemplifica usualmente con la posición que ocupan los titulares de derechos subjetivos absolutos. Esta idea, sin embargo, no se refiere al contenido de los derechos propiamente, sino al de la situación jurídica en que dichos derechos son reconocidos. La premisa sobre la cual esta distinción descansa es que existen provechos que el ordenamiento jurídico atribuye a los titulares de derechos que no se encuentran directamente protegidos por las acciones que emanan de estos derechos (Basozabal, 1998, p. 68). En base a esta premisa se concluye que la acción del artículo 31.1.6ª LCD no recibiría aplicación en casos de ‘violación llana’ de derechos, como típicamente ocurre cuando un competidor infringe derechos de propiedad industrial o intelectual (Massaguer, 1997, p. 111). Su aplicación dependería, en cambio, de una lesión de la posición jurídica amparada por estos derechos u otros de contenido análogo (Cervera, 2014, pp. 1877-1889).

La doctrina civil ha desarrollado algunos criterios para identificar qué situaciones implicarían una lesión de este contenido de atribución. Así, por ejemplo, se ha notado que no todo beneficio obtenido antijurídicamente importaría una intromisión en el sentido que aquí es relevante. Asimismo, al evaluar una conducta como una intromisión no debe atenderse a la entidad de la inversión o esfuerzos incurridos por el demandante para hacer posible la posición infringida. Así, afirma un autor, pese a no estar amparada por el derecho, la reproducción no autorizada de la imagen de un bien corporal cuya mantención implica costos importantes para el demandante no debería considerarse una conducta que haga procedente la *condictio* de intromisión (Vendrell, 2012, pp. 1136-1137).

Estos criterios generales levantan al menos tantas preguntas como las que responden. Es por esta razón que la doctrina civil ha optado por centrar su atención en tipos de casos, evitando en lo posible la formulación de reglas generales. Desafortunadamente, esta aproximación casuística confirma que la noción abstracta de *contenido de atribución* es insuficiente para explicar el ámbito de aplicación de la acción de enriquecimiento de la LCD. Esta noción parece

operar como un concepto jurídico indeterminado lo suficientemente amplio como para abarcar las distintas posiciones que se estiman dignas de ser protegidas (Vendrell, 2012, p. 1139). La pregunta fundamental entonces, para la cual la doctrina civil parece no tener una respuesta única, es cuáles son las posiciones específicas que merecen ser protegidas.

Al menos en el contexto de la LCD, el concepto de *contenido de atribución* parece dejar pendiente la respuesta a esta pregunta. En consecuencia, delimitar el ámbito de aplicación de la acción de enriquecimiento por actos de competencia desleal requiere considerar la forma en que la idea que controla la aplicación del artículo 32.1.6^a LCD—*posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico*—ha sido entendida por la jurisprudencia. Como se explica a continuación, los criterios que gobiernan el reconocimiento de esta acción difícilmente pueden explicarse, de manera exclusiva, como una aplicación de los criterios generales desarrollados por la doctrina civil.

3.4. La acción del artículo 32.1.6^a LCD en la jurisprudencia

La jurisprudencia española no revela una posición unánime en relación al ámbito de aplicación del artículo 32.1.6^a LCD. Sin embargo, la forma en que las sentencias interpretan la noción de *posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico* parece diferir de los criterios que la doctrina civil ha desarrollado para explicar los límites de la idea de *contenido de atribución*. Aunque las ocasiones en que los requisitos de esta acción han sido abordados por el Tribunal Supremo no son demasiado numerosas, varias sentencias sugieren que, en el contexto específico de la LCD, la procedencia de la *condictio* por intromisión se evalúa en base a criterios especiales.

Un primer criterio apunta al impacto de la conducta de la demandada en el ámbito de intereses definidos por la propia LCD. Así, por ejemplo, en un caso conocido por el Tribunal Supremo, ex empleados del banco demandante hicieron uso de un listado de clientes al que tuvieron acceso mientras se desempeñaban como empleados del referido banco para contactar y captar clientes para el banco demandado. El Tribunal Supremo denegó la acción del artículo 32.1.6^a LCD por estimar que el listado de clientes del banco demandante no podía ser caracterizada como un secreto empresarial en los términos del artículo 13 LCD¹⁷. En opinión del Tribunal, al no coincidir con esta definición, el interés de la demandante en mantener en reserva la lista de clientes no podía ser caracterizado como un derecho de exclusiva u otra situación de análogo contenido económico, por lo que la demandada no estaba obligada a restituir el provecho obtenido como consecuencia de su utilización no autorizada¹⁸.

Un segundo criterio consiste en evaluar la medida en que el interés cubierto por la acción del artículo 32.1.6^a LCD se encuentra protegido por derechos sobre propiedad inmaterial. En un caso reciente la demandante se fundó en lo dispuesto en el artículo 12

¹⁷ El artículo 13.1 LCD en su redacción original rezaba así: “Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente [...]”. El actual tenor del artículo 13 LCD, desde su modificación por la Ley (1/2019) de Secretos Empresariales, es el siguiente: “Se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales.”

¹⁸ STS 29 de octubre de 1999, considerando quinto. Es importante notar que el Tribunal estimó que la acción de enriquecimiento contemplada por la LCD “no es de enriquecimiento injusto propiamente dicho y en el sentido preciso que tiene en el Derecho civil” sino que es “una acción típica derivada de la competencia desleal”.

LCD¹⁹ para argumentar que la demandada habría utilizado su marca como palabra clave de búsqueda en internet dentro de sus propios anuncios, de tal manera que clientes potenciales de la demandante fueran redirigidos hacia el sitio web de la demandada. En forma adicional al ejercicio de las acciones reconocidas por la legislación marcaria, la demandante intentó la acción del artículo 32.1.6^a LCD solicitando la restitución del provecho obtenido por la demandada como consecuencia de su conducta desleal. En casación, el Tribunal Supremo rechazó la acción del artículo 32.1.6^a LCD acogiendo el argumento de la demandada según el cual los hechos ya habían sido enjuiciados bajo la legislación de marcas y por tanto no cabía volver a tratarlos bajo la LCD. En opinión del Tribunal, el ejercicio de la referida acción en este caso presentaba una “contradicción sistemática con las soluciones adoptadas en materia marcaria”²⁰.

Un tercer criterio consiste en evaluar la conducta de la demandada a la luz de lo que el tribunal considera como aceptable en el mercado. Por ejemplo, en otro caso la demandante intentó la acción del artículo 32.1.6^a LCD con miras a obtener la restitución de los provechos obtenidos por la demandada como consecuencia ciertos actos desleales de imitación (artículo 11 LCD²¹). Respondiendo el argumento de la demandada según el cual en los hechos no existía una intromisión en un derecho de exclusiva protegido por un derecho de propiedad industrial, el Tribunal razonó que ‘el tránsito patrimonial injustificado’ que la acción del artículo 32.1.6^a LCD pretende subsanar no requiere necesariamente la existencia de un derecho de propiedad industrial. Este tránsito patrimonial puede tener lugar por la vía del aprovechamiento de posiciones jurídicas análogas tales como aquellas “prestaciones protegibles frente a la imitación desleal o al aprovechamiento desleal del esfuerzo ajeno”²². La protección de esta posición, sin embargo, encontraba un límite en el principio de *libre imitabilidad*, por lo que en ausencia de una imitación directamente encaminada a impedir u obstaculizar²³ la afirmación de un competidor que no pueda considerarse como una respuesta natural del mercado, la acción del artículo 32.1.6^a LCD no podría prosperar²⁴.

Los criterios anteriores son frecuentemente invocados para justificar el rechazo de la acción del artículo 32.1.6^a LCD. Los casos en que esta acción es admitida reflejan un cuarto criterio que apunta a la existencia de una conducta dolosa del autor de la conducta desleal. Por ejemplo, en un caso la demandante llevó a cabo la producción de un reportaje fotográfico a una modelo. En el transcurso de la producción, un *paparazzi* realizó una serie de fotografías de la modelo en forma secreta y fraudulenta, las que a sabiendas fueron publicadas por la demandada.

¹⁹ Artículo 12 LCD: “Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelos», «sistema», «tipo», «clase» y similares.”

²⁰ STS 15 de febrero de 2017, antecedentes de derecho - considerando tercero.

²¹ Artículo 11 LCD: “1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.- 2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.- 3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.”

²² SAP Madrid de 26 de septiembre de 2008, antecedentes de derecho - considerando segundo.

²³ Los *actos de obstaculización* vendrían definidos negativamente, como aquellos que no representan el mérito o eficiencia de las prestaciones. Generalmente este afán obstaculizador se manifiesta en la forma de interferencias dolosas de las que se infiere una infracción de la buena fe objetiva. Ver también la STS de 26 de abril de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:1629).

²⁴ SAP Madrid de 26 de septiembre de 2008, antecedentes de derecho - considerando noveno.

El Tribunal caracterizó la conducta de la demandada como un acto contrario a la buena fe objetiva (obstaculización), concluyendo que dicho acto habría hecho posible la obtención de beneficios económicos derivados de una injerencia ilegítima en la esfera de exclusiva de la demandada, y concedió la acción de enriquecimiento²⁵.

Asimismo, en otro caso la empresa de transporte público demandante era titular exclusiva de una ruta, mientras que la empresa demandada era titular de otra. La acción del artículo 32.1.6^a LCD se fundó en que la demandada habría aprovechado el que los trayectos de ambas rutas estaban parcialmente superpuestas para realizar el transporte de pasajeros en la ruta concesionada a la demandante. El Tribunal calificó la acción ejercida como una *condictio* por intromisión, concluyendo que en los hechos la conducta de la demandada bastaba para configurar una invasión de la esfera de exclusiva asegurada por el ordenamiento a la demandante. En lugar de elaborar sobre los límites o contenido de esta esfera de exclusiva, la sentencia enfatizó el hecho que las conductas de la demandada fueron ejecutadas en forma deliberada y reiterada, pese a la oposición de la demandante y a la conciencia de estar infringiendo los términos del contrato de concesión²⁶.

Ninguno de estos criterios coincide con aquellos que la doctrina civil ha desarrollado para precisar el alcance de la idea de contenido de atribución en el contexto de la acción descrita como *condictio* de intromisión. Por el contrario, consideraciones como la correspondencia de la conducta del demandante con aquellas que se estiman aceptables en el mercado o la existencia de mala fe del demandado parecerían incompatibles con la tradicional acción de enriquecimiento, tal y como ha venido siendo concebida por la doctrina civil. Ciertamente, este fenómeno podría explicarse en la desprolijidad de la jurisprudencia española al momento de aplicar las distinciones elaboradas en materia de acciones de enriquecimiento injustificado. Sin embargo, a la luz de la filosofía que inspira la LCD, la adopción de criterios distintos y especiales para aplicar la acción del artículo 32.1.6^a LCD parece encontrar una justificación en la diversidad de intereses protegidos por las acciones de competencia desleal.

4. Especialidad de los intereses protegidos por las acciones de competencia desleal

La forma en que los fines del derecho de competencia desleal son perseguidos en cada sistema varía considerablemente. En un sistema como el chileno, en que las acciones de competencia desleal se entienden primeramente como una forma de proteger intereses individuales, no es extraño que las líneas divisorias entre derecho de competencia desleal y derecho privado tiendan a confundirse. Pero la aproximación a estas acciones adoptada por otros sistemas jurídicos demuestra que la opción chilena no es la única posible.

La regulación de la competencia desleal de los distintos sistemas jurídicos puede poner el énfasis en la protección de distintos intereses económicos–derechos contractuales, secretos empresariales, signos no inscritos, reputación comercial–, que a su vez pueden agruparse para distintos propósitos en diversas categorías, incluyendo intereses de competidores, consumidores, o incluso el ‘interés general’²⁷. Algunos sistemas jurídicos, tales como los de Chile, Francia (Derenberg, 1955, p. 1) o Inglaterra (Alkin, 2007, pp. 48-54) optan por estructurar las

²⁵ SAP Barcelona de 17 de noviembre de 2009, considerando segundo.

²⁶ STS 29 de diciembre de 2006, considerando decimoquinto. Ver también la STS de 26 de abril de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:1629).

²⁷ SAP Zaragoza de 1 de diciembre de 1997, considerando cuarto: “Los intereses que protege esta moderna normativa son principalmente tres: a) el interés privado de los empresarios; b) el interés colectivo de los consumidores y c) el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado. Hay, por tanto, un compendio o entramado de intereses públicos y privados dignos de tutela [...]”.

instituciones jurídicas de regulación de competencia desleal siguiendo de cerca los cánones más tradicionales del derecho privado. Otros sistemas jurídicos, en cambio, aspiran a una regulación de la competencia desleal que, sin desconocer las instituciones básicas del derecho privado, permita un tratamiento diferenciado de los problemas especiales que tienen lugar en el ámbito concurrencial.

Este es el caso del sistema jurídico español, que adopta el llamado ‘modelo social’ (Menéndez, 1988, p. 95)²⁸. En efecto, este modelo está inspirado en la visión de los padres intelectuales de la LCD, que descansa sobre una teoría unitaria del derecho de competencia:

[L]a disciplina de la competencia desleal, atraída por los valores constitucionales que se consagran en la legislación *antitrust*, pasa a formar parte de un derecho general de la competencia unitariamente estructurado, *abandonando con ello las fronteras del derecho privado clásico* para ingresar en el ámbito del *derecho económico de intervención*. (énfasis añadido) (Menéndez, 1998, p. 98).

Es cierto que la LCD se remite al derecho civil para precisar las condiciones de procedencia de algunas acciones,²⁹ pero concluir que de dicha remisión se sigue que estas acciones serían solo un reflejo de la lógica del derecho privado común sería un error. Por ejemplo, la LCD somete la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por conductas desleales a los mismos criterios de imputación de responsabilidad que son relevantes para la determinación de la existencia de obligaciones originadas en la responsabilidad extracontractual del derecho común. Esta solución, sin embargo, no puede explicarse solo como una adopción por el derecho de competencia desleal de las reglas comunes de responsabilidad civil extracontractual³⁰. Tal como queda de manifiesto en la exposición de motivos de la LCD, la referida solución descansa sobre la convicción de que ella no solo provee una protección adecuada de los intereses de los competidores en tanto que particulares afectados por el ilícito anticompetitivo, sino que, en ciertos casos, promueve la defensa de los intereses de los beneficiarios finales de un mercado competitivo, los consumidores³¹.

Confirma lo anterior el que las condiciones de procedencia de las distintas acciones reconocidas por la LCD varíen de acuerdo a los distintos intereses económicos que podrían verse afectados. Por ejemplo, en el contexto español existe un amplio consenso en relación a la objetivación de la confusión como ilícito de deslealtad. El motivo de esta objetivación reside en que las acciones reconocidas por ilícitos que resultan en confusión protegen primeramente la capacidad de los consumidores de adoptar decisiones racionales en términos económicos, y solo

²⁸ Algunos sistemas jurídicos llegan incluso a optar por la adopción de modelos concebidos enteramente desde la base del derecho administrativo. En los casos del Ecuador y el Perú se trata de una exacerbación del modelo social, un “modelo estatista” que se disocia enteramente de la lógica del derecho privado. Cabe recordar que los promotores de la LCD—que ha servido de modelo principal para la LORCPM—expresaron abiertamente su rechazo a “cualquier intento de administrativización” (Menéndez, 1988, p. 158). La discusión sobre los méritos y deméritos de cada modelo tendrá lugar en otra ocasión.

²⁹ Artículo 34.2 LCD.

³⁰ Es importante notar que los ilícitos de deslealtad concurrencial son frecuentemente caracterizados como ilícitos de peligro. Ver STS de 15 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4498); STS de 19 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4598). Esto confirma la especialidad de la lógica que subyace a la regulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios por conductas desleales.

³¹ Ver la Exposición de Motivos de la LCD, III, 1.: “La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo. Esta ampliación y reordenación de los intereses protegidos está presente a lo largo de todos los preceptos de la Ley. [...] [S]e pretende armonizar este sector de la normativa con la orientación general de la Ley y al mismo tiempo *multiplicar la probabilidad de que las conductas incorrectas no queden sin sanción.*” (Énfasis añadido)

residualmente a los competidores. Por lo anterior, la tendencia en relación a ilícitos que resultan en confusión es a obviar cualquier requerimiento de dolo que pueda actuar en detrimento de una prueba cualificada de confusión dentro de una clase relevante de consumidores (García, 2008, pp. 162-167). Por otro lado, se observa que el ilícito de inducción a la infracción contractual requiere un escrutinio del propósito del inductor, que debe ser consistente en la intención de eliminar a un competidor del mercado, o alternatively el empleo de engaños y otros medios deliberados y deshonestos—fundamentalmente porque los intereses del competidor son primordiales³².

Desde esta perspectiva, la insuficiencia de los criterios desarrollados por la doctrina civil en el contexto de la *condictio* por intromisión para explicar el ámbito de aplicación de la acción del artículo 32.1.6^a LCD no resulta extraña. Como demuestra la sección anterior, pese a que los términos de esta disposición parecen reflejar la idea de contenido de atribución, la procedencia de esta acción depende en la práctica de criterios que no son ordinariamente aplicables a otras hipótesis de enriquecimiento injustificado. Entre estos criterios se cuentan el impacto de la conducta de la demandada en el ámbito de intereses definidos por el propio derecho de competencia desleal, la medida en que la acción de enriquecimiento podría proteger intereses amparados por derechos sobre propiedad inmaterial, la incidencia de la conducta de la demandada en el funcionamiento del mercado y la mala fe del autor de la conducta desleal. Aunque la jurisprudencia no es concluyente en este sentido, la importancia de estos criterios parece explicarse en los especiales intereses que deben tenerse en cuenta para decidir los casos en que acciones de enriquecimiento por actos de competencia desleal son relevantes.

La referencia de la LCD al derecho civil en relación a la acción de enriquecimiento injustificado por conductas de competencia desleal no debería conducirnos a asumir que esta acción se encuentra sometida a las mismas condiciones de procedencia que las acciones de enriquecimiento injustificado reconocidas por el derecho común. Los criterios empleados por la jurisprudencia española para delimitar el ámbito de aplicación de esta acción demuestran que la especialidad de los intereses amparados por el derecho de competencia desleal a veces requiere introducir importantes calificaciones a dichas condiciones generales³³. No parece conveniente entonces asumir que todos los distintos intereses protegidos por el derecho de competencia desleal requieren idénticas vías y niveles de protección, o que dicha protección se origina en una justificación común. Los elementos de las acciones reconocidas por el derecho de competencia desleal pueden interactuar de distinta forma para la protección de cada categoría de intereses. Perder de vista esta circunstancia puede resultar en importantes confusiones.

Referencias bibliográficas

Alkin, T. (2007), Should there be a tort of 'unfair competition' in English law?, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 3 (1), pp. 48-54. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpm209>

³² Al respecto, ver SAP Barcelona de 18 de mayo de 2005.

³³ Los inconvenientes de aplicar un mismo juego de condiciones para evaluar la procedencia de acciones generales aplicables en contextos muy distintos no es un problema nuevo ni propio del derecho de competencia desleal. En Francia, Carbonnier argumentó que “[u]n sistema de delitos civiles especiales, concretos, fragmentarios, como aquel del derecho romano o el que mantiene hasta hoy el derecho inglés, permite tratar con mayor precisión a las características sociológicas y psicológicas de las faltas civiles, y se encuentra así, a pesar de su aparente arcaísmo, más cerca de las preocupaciones científicas modernas.” (Jean Carbonnier, ‘Le Silence Et La Gloire’, D. 1951, Chron. (1951), 119. (traducción libre).

- Banfi, C. (2013). La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 21, pp. 217-258. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722013000200006>
- Barros, E. (2006). Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago: Editorial Jurídica.
- . (2009). Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual. En E. Barros, M. P. García Rubio, & A. Morales Moreno, *Derecho de Daños*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Basozabal, X. (1998). *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*. Civitas.
- . (2018). Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado. InDret, vol. 4/2018. <http://www.indret.com/pdf/1428.pdf>
- Busto, J. M. y Peña, F. (1997). Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 1, p. 142.
- Carbonnier, J. (1951), Le silence et la gloire, D. 1951, *Chron*, p. 119.
- Vendrell, C. (2012). La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65, pp. 1107-1244.
- Cervera, M. (2014). Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal. En J. García-Cruces González, *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*. Tirant Lo Blanch.
- Derenberg, W. J. (1955), The Influence of the French Code Civil on the Modern Law of Unfair Competition, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 4(1). <https://doi.org/10.2307/837042>
- Diez-Picazo, L. (1988). La doctrina del enriquecimiento injustificado. En L. Diez-Picazo & M. De la Cámara, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Civitas, pp. 15-133.
- Inostroza, M. (2017). El ilícito concurrencial general en la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal, *Ius et Praxis*, vol. 23(1), pp. 21-66. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122017000100002>
- Massaguer, J. (1997). La acción de competencia desleal en el derecho español. *Revista Themis*, vol. 36, pp. 103-118.
- Reveco, R. y Padilla, R. (2017). Derecho de la Libre Competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 28, pp. 375-386. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722017000100375>
- Tapia, M. (2008). La Ley N 20.169 Sobre Competencia Desleal: una Hipótesis de Responsabilidad Civil Extracontractual. En C. Pizarro Wilson, *Regímenes Especiales de Responsabilidad Civil, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado IV*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- . (2017). Competencia Desleal por Culpa. *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 29, pp. 165-207. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722017000200165>

Jurisprudencia

- Corte Nacional de Justicia (1991). Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial año XCII, serie XV, No. 13, pág. 3933, de 22 de octubre de 1991.

— (2012). Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Gaceta Judicial año CXIII, serie XVIII, No. 12, pág. 4336, de 21 de septiembre de 2012.

Corte Nacional de Justicia (2012). Sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, No. 373-2012, de 1 de noviembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia de Chile (2016). Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile de 21 de noviembre de 2016, *L'Oreal Chile S.A. c. Anasac Chile S.A.* (VLEX-653849889).

Audiencia Provincial de aragoza (1997). Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Zaragoza, Sección 5ª, No. 589/1997 de 1 de diciembre de 1997.

Tribunal Supremo (1999). Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala de lo Civil, No. 901/1999 de 29 de octubre de 1999.

SAP (2008) Madrid, Sección 28ª, No. 224/2008 de 26 de septiembre de 2008.

—. (2005), Sección 15ª, No. 235/2005 de 18 de mayo de 2005.

(2009) Barcelona, Sección 15ª de 17 de noviembre de 2009 (ECLI:

—. ECLI:ES:APB:2009:14273).

STS (2000). Sala de lo Civil, No. 569/2000 de 29 de diciembre de 2000.

STS (2006). Sala de lo Civil, No. 1348/2006 de 29 de diciembre de 2006.

STS (2013). Sala de lo Civil, No. 468/2013 de 15 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4498).

STS (2017). Sala de lo Civil, No. 94/2017 de 15 de febrero de 2017 (ES:TS:2017:541).

STS (2017). Sala de lo Civil, No. 254/2017 de 26 de abril de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1629).

Legislación

Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2011). Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Congreso de la República de Chile (2007). Ley que Regula la Competencia Desleal. Ley No. 20169. Diario Oficial de 16 de febrero de 2007.

Cortes Generales del Reino de España (1991). Ley de Competencia Desleal. Ley No. 3/1991. Boletín Oficial del Estado No. 10 de 11 de enero de 1991.

UMBRAL DE CUOTA DE MERCADO: ¿ES COMPATIBLE CON EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA? Market share threshold: Is it compatible with the right to legal certainty?

JORGE VINICIO DUQUE SAGUAY¹
MAURICIO ESTEBAN VÁSQUEZ ANDRADE²
Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Ecuador³

Resumen

La letra b) del artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece la obligatoriedad de notificar operaciones de concentración económica con base en el cálculo de cuotas de mercado, vulnerando el derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, debido a la falta de claridad que supone la determinación del mercado relevante y las cuotas de mercado, hecho que determina la necesidad de eliminarlo a la luz de las buenas prácticas internacionales.

Palabras clave

Seguridad jurídica, Umbral de notificación, Cuota de participación, Control de operaciones de concentración económica, Ley de competencia ecuatoriana.

Abstract

Letter b) of article 16 of the Organic Law of Regulation and Control of Market Power defines the obligation to notify mergers and acquisitions based on the calculation of market shares. This violates the right to legal certainty enshrined in article 82 of the Ecuadorian Constitution, due to the lack of clarity involved in determining relevant markets and market shares, a fact that implies the need to eliminate this portion of the article, in the light of good international practices.

Keywords

Legal certainty, Notification threshold, Market share, Merger control, Ecuadorian competition law.

1. Introducción

La Constitución de la República del Ecuador consagra el derecho a la seguridad jurídica como eje fundamental para la aplicación del derecho positivo, y en tal virtud crear un ámbito

¹ Analista de Estudios y Examen de Control de Concentraciones Económicas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Posgrado en Derecho por la Universidad de Edimburgo. Correo electrónico: jorge.duque92@gmail.com

² Experto en Estudios y Examen de Control de Concentraciones Económicas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Economista por la Universidad San Francisco de Quito. Especialista en Econometría por la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: mauricio_vasquez_andrade@hotmail.com

³ Descargo de responsabilidad: La naturaleza del presente artículo es netamente académica y constituye un criterio personal de sus autores, mismo que de ninguna manera refleja la postura institucional de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.



de transparencia en las relaciones de los administrados con el Estado, que se traduce como la certeza y confianza de los ciudadanos frente al abuso y la arbitrariedad de los órganos e instituciones del Estado (Sentencia Corte Constitucional, 039-16-SEP-CC, 2016).

Este derecho se constituye como el medio idóneo para “[...] contrarrestar todo tipo de peligro para la confianza de los ciudadanos en el Derecho, sea cual fuere la naturaleza del riesgo y de la incidencia subjetiva inherente a él” (Mezquita del Cacho, 1989, p. 78). Así, el artículo 82 de la Constitución establece que “[e]l derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

[...] las normas están dispuestas en forma previa, cuando han sido promulgadas con antelación al inicio de la controversia judicial o administrativa; *claras cuando del contenido de cualquier normativa, se puede establecer su sentido y espíritu, y por tanto se debe observar la letra de la misma, para dotarle de contenido*; y públicas cuando la población conozca de la misma, al respecto, es necesario mencionar que el Registro Oficial del Ecuador, es el órgano de difusión de las actuaciones del Estado (Sentencia Corte Constitucional, 160-18-SEP-CC, 2018, énfasis nuestro).

En concordancia, el artículo 22 del Código Orgánico Administrativo demanda que “[l]as administraciones públicas actuarán bajo los criterios certeza y previsibilidad”, realidad que en materia de control de concentraciones económicas se traduce en la ausencia de duda acerca de la obligatoriedad de notificar una transacción para su autorización por parte de la autoridad de competencia (Comisión Europea, 2016).

Por su parte, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, también LORCPM) establece entre sus objetivos un régimen de control de concentraciones económicas, con la finalidad de proteger la competencia económica y, a través de esta, buscar la eficiencia y el bienestar en los mercados.

En el contexto de este régimen, están obligadas a someterse al escrutinio de la autoridad de competencia ecuatoriana, las operaciones de concentración económica que cumplan alguna de las condiciones establecidas en el artículo 16 de la LORCPM, siendo pertinente para efectos del presente estudio el contenido de la letra b), al siguiente tenor:

En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

Conforme se mostrará en este artículo, el establecimiento de un umbral de esta índole en la normativa de competencia económica deviene en su falta de claridad, traduciéndose en inseguridad jurídica y gastos administrativos innecesarios asociados a la misma.

2. Parámetros para la notificación previa obligatoria de operaciones de concentración económica

La regulación de las operaciones de concentración económica es el instrumento principal mediante el que las autoridades de competencia controlan la estructura de una industria (Monti, 2007, p. 246). Por tanto, un régimen de control de concentraciones debe estar amparado por

un andamiaje jurídico sólido que propenda la seguridad jurídica, a través de normas claras que permitan saber a los administrados a qué atenerse.

En tal virtud, de acuerdo con las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, también OCDE), los criterios para determinar si una operación de concentración económica debe ser objeto de notificación previa obligatoria, deben ser claros y objetivamente cuantificables (OCDE, 2016), en aras de generar certeza en los agentes de mercado, así como evitar que el Estado y las partes involucradas en la transacción incurran en gastos innecesarios.

En esta línea, la OCDE señala que en la práctica:

[...] un sistema de notificación obligatoria basado en cuotas de mercado establece varias dificultades y costos que sobrepasan los beneficios potenciales. Dado que las partes usualmente no tienen esta información disponible, o incluso la habilidad para definir mercados relevantes de manera precisa, este sistema inyecta costos y cargas a todas las transacciones sin perjuicio de que sean problemáticas, requieran notificación o no, mientras que también crean incertidumbre considerable y la posibilidad de demoras sustanciales.

Como tal, recomendaciones internacionales son que los umbrales de cuotas de mercado no deben ser usados porque las cuotas de mercado no son un criterio de notificación objetivo y claro [...] (OCDE, 2016)

De acuerdo con la *International Competition Network* (en adelante, también ICN), la claridad y simplicidad son características esenciales para la correcta aplicación de los umbrales de notificación. En tal virtud, considerando la creciente cantidad de transacciones multi-jurisdiccionales y la variedad de jurisdicciones con requerimientos específicos para la notificación de concentraciones económicas; tanto la comunidad empresarial, las autoridades de competencia, como el funcionamiento eficiente de los mercados, se verán beneficiados mayormente a través de la implementación de parámetros claros, concisos y de simple entendimiento o “*bright-line tests*” (ICN, 2017). Estos últimos no son otra cosa que parámetros fáciles de determinar (Strunz, 2018, p. 19), para dilucidar la obligatoriedad de notificar o no una operación de concentración económica.

Naturalmente, los umbrales para notificar operaciones de concentración económica varían dependiendo de cada jurisdicción; no obstante, el método más usado para el efecto y concordante con las mejores prácticas internacionales ha demostrado ser la fijación de parámetros objetivos que por lo general, son recopilados por las partes que se concentran, sin que ello suponga mayores variaciones con los cálculos realizados por las autoridades de competencia (Buccirossi, 2004, p. 167).

Los umbrales basados en ingresos de las partes involucradas en la operación de concentración son un ejemplo de aquello. A fin de determinar cuáles son las jurisdicciones que aplican estos criterios, Alexiandis, Sependa y Vlachos realizaron un ejercicio didáctico a través del diseño del mapa que continuación se reproduce (2018, p. 210), en donde aparecen resaltados en un tono más oscuro aquellos países que verifican el uso de dicho parámetro:

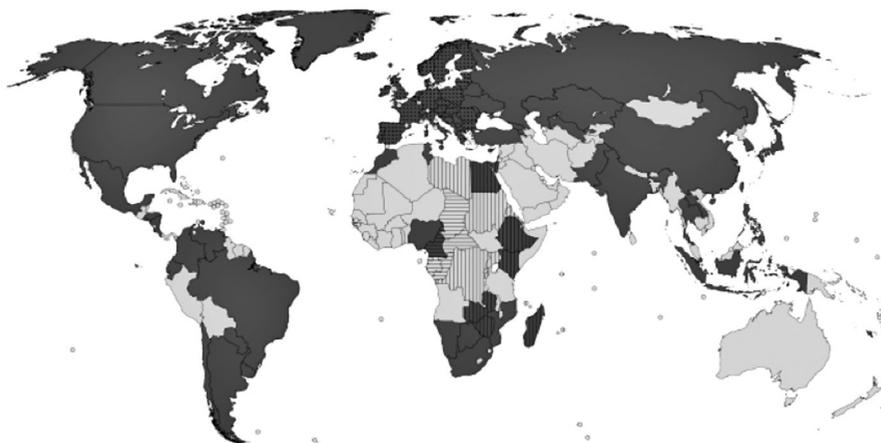


Figura 1. Jurisdicciones que aplican umbrales de notificación con base en ingresos

Su preponderante aceptación y consecuente aplicación generalizada a nivel mundial se debe, según Whish / Bailey, a que el volumen de negocios se utiliza como una representación de los recursos económicos que se combinarían como resultado de una concentración económica y en tal virtud, los umbrales que consideran el volumen de negocios para determinar la obligación de notificar una determinada operación de concentración económica, “[...] se usan para proporcionar un mecanismo relativamente simple y objetivo para determinar la asignación de jurisdicción” (Whish / Bailey, 2019, 859).

Es por tanto que, en atención a la naturaleza de este tipo de umbrales, la OCDE recomienda a los Estados que (OCDE, 2005, 2): “(i) se declaren competentes solo sobre aquellas concentraciones que tienen un nexo *apropiado* con su jurisdicción; (ii) utilicen criterios *claros y objetivos* para determinar cuándo una concentración deberá ser notificada [...]” énfasis nuestro.

Dichos umbrales pueden abarcar parámetros específicos como el volumen de negocios (ventas), ingresos, activos, importaciones o capital social. Por ejemplo, en Canadá, los umbrales de notificación se basan en activos e ingresos brutos (Competition Act, 1985, art. 109); en México, los umbrales se basan en importaciones, acumulación de activos o capital social que se originen de la operación de concentración; y, ventas de los operadores económicos involucrados (LFCE⁴, 2014, Art. 89); por su parte, en la normativa comunitaria de la Unión Europea se establecen dos umbrales basados en volumen de negocios, uno a nivel mundial y otro a nivel de dicha comunidad (Reglamento (CE) No 139/2004, 2004, art. 1).

Alineándose a esta tendencia, el 2 de mayo de 2019 el Congreso peruano aprobó⁵ la “Ley de Control Previo de Fusiones y Adquisiciones Empresariales” (El Comercio, 2019), diseñando para tal efecto umbrales de notificación basados enteramente en parámetros claros y objetivos que consideran únicamente el volumen de ventas o ingresos brutos de los involucrados.

A nivel mundial, tenemos otros claros ejemplos de esta tendencia, como el caso de Ucrania que, el 26 de junio de 2016, sancionó la Ley No. 935, VIII mediante la cual reformó los umbrales para la notificación obligatoria de operaciones de concentración económica,

⁴ Ley Federal de Competencia Económica.

⁵ Si bien el 2 de mayo de 2019 la ley referida fue aprobada por el congreso peruano, posteriormente se interpuso un recurso de reconsideración, en el que se planteó que “la ley administrativa general se aplique de manera supletoria y la ley de competencia de manera principal” (Latin American Top Lawyer, 2019).

eliminando el umbral de cuota de mercado que hasta ese momento se venía implementado, a fin de consolidar un régimen más claro y objetivo a través de la consideración exclusiva del valor de ventas o activos de las partes involucradas (OCDE, 2016, 39).

Exhibiendo la otra cara de la moneda, Alexiandis, Sependa y Vlachos realizaron el mismo ejercicio para determinar cuáles son las jurisdicciones que aplican umbrales fijados con base en cuotas de mercado, para determinar la obligación de notificar operaciones de concentración económica, siendo aquellos los resaltados en el mapa reproducido a continuación, en un tono más oscuro (2018, p. 211):

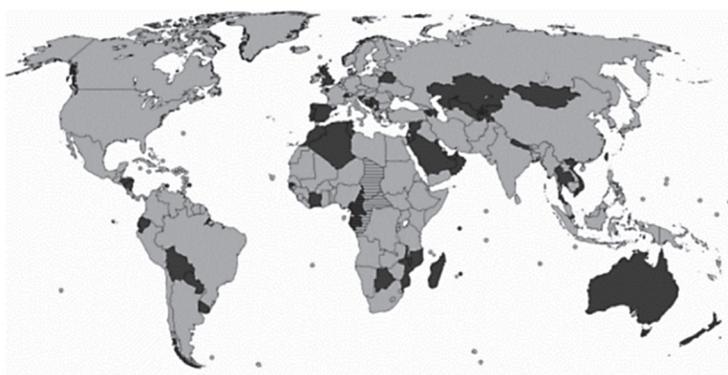


Figura 2. Jurisdicciones que cuentan con umbrales de notificación basados en cuotas de mercado.

Evidentemente, la determinación de umbrales con base en cuotas de mercado ha quedado relegada. Así lo indica la progresiva revisión y consecuente reforma de las legislaciones en materia de competencia a nivel mundial que se ha evidenciado en los últimos años, indicador importante de la preponderancia que los estados otorgan a la seguridad jurídica por sobre sus facultades regulatorias y de control.

A pesar de que el cálculo de cuotas de mercado es una herramienta que permite aproximarse a la determinación de poder de mercado, esta presenta varias dificultades; así:

[...] En primer lugar, la definición de participación de mercado depende de la definición del producto relevante y de los mercados geográficos. Esta definición puede ser sesgada, por ejemplo, si las partes que se fusionan no tienen toda la información para definir el producto relevante y los mercados geográficos. Además, es posible que las partes no tengan información suficiente sobre sus competidores para proporcionar estimaciones precisas de su participación de mercado. Debido a su subjetividad, las reglas de notificación basadas en cuotas de mercado generalmente se consideran poco confiables (OCDE, 2016).

Es por tanto que, lejos de constituir una reducción en las competencias de la administración pública para el control de operaciones de concentración económica, la consolidación de umbrales con base en elementos objetivos es una oportunidad para controlar la arbitrariedad de las autoridades de competencia.

No obstante, la solución no solo consiste en eliminar el umbral examinado dado que, si bien el mismo tiene el potencial de capturar la gran mayoría de operaciones de concentración económica, con potenciales efectos negativos para el mercado nacional, es necesaria la promulgación de nuevos umbrales que permitan controlar –a partir de parámetros objetivos–

aquellas operaciones de menor envergadura que puedan dañar la competencia económica, mismas que actualmente pueden ser conocidas por la autoridad, de manera ex ante, únicamente a partir de la cuota de mercado de los partícipes.

Por ejemplo, en el 2017, se incluyó en la ley de competencia alemana –*Act Against Restraints of Competition*– un umbral basado en el valor de la transacción (precio de compra de los activos adquiridos), a fin de controlar operaciones de concentración económica relacionadas con la economía digital y otros sectores innovadores, que no superen el limen de volumen de negocios (*Bundeskartellamt*, s.f.). Parámetros como este permitirían a la autoridad de competencia ecuatoriana, *mutatis mutandi*, reemplazar el umbral observado.

3. Seguridad jurídica y control de concentraciones económicas

Uno de los pilares de la seguridad jurídica es la claridad en la norma. El artículo 16, letra b, de la LORCPM carece de esta característica por la amplia subjetividad a la que se entrega. De acuerdo al diccionario de la lengua de la Real Academia Española, la palabra ‘subjetivo’ se define como: “[p]ertenciente o relativo al modo de pensar o de sentir del sujeto, y no al objeto en sí mismo” (RAE, 2018).

Si una norma no es clara deviene en subjetiva, por cuanto su contenido se presta a interpretaciones y por ende aplicaciones divergentes. En este sentido, la determinación del umbral analizado es subjetivo, ya que enfrenta al administrado a diversas disyuntivas, cuyo despeje requiere de conocimientos técnicos bastante específicos y acceso a información que no siempre es amparada por el principio de publicidad, generando una alta probabilidad de no obtener un cálculo preciso.

Así, los operadores económicos difícilmente podrán –observando el tenor literal de la norma analizada– tener certeza o prever razonablemente el resultado de los procedimientos que la autoridad de competencia evacue para la determinación de cuotas de participación. En este sentido, Coloma enseña que (2016, p. 3):

[...] el problema radica en que los mejores indicadores de los probables efectos anticompetitivos de una operación, e.g. participaciones de mercado, índices de concentración [...] no otorgan esta seguridad jurídica que la definición de umbrales exige. Así, por ejemplo, el cálculo de participaciones de mercado demanda de una definición de mercado relevante, cuestión normalmente controvertida.

Como efecto de la subjetividad que dicho umbral supone, los operadores económicos partícipes de una operación de concentración económica podrían sobreestimar o subestimar su cuota de participación, generándose incertidumbre acerca de la necesidad de notificar una determinada transacción para su autorización por parte de la autoridad de competencia.

Esto es producto de una norma que imposibilita subsumir con certeza los hechos al derecho, situación que a todas luces supone la vulneración de una de las piedras angulares de la seguridad jurídica, es decir el derecho de todo administrado a contar con normas claras. Después de todo, ¿cómo podría el administrado conocer si una transacción cumple con un umbral cuya cuantificación es incierta?

En respuesta a tal interrogante, organizaciones profesionales como el *Merger Streamlining Group*⁶ han considerado que la participación de mercado (u otras pruebas basadas en juicios subjetivos) no se deben utilizar como base para la determinación de umbrales

⁶ Grupo multinacional de empresas y expertos en Derecho de la Competencia, interesado en garantizar que los regímenes internacionales de revisión de concentraciones económicas funcionen de manera efectiva y eficiente y no impongan cargas indebidas a los agentes económicos.

de notificación previa a una operación de concentración económica, ya que requieren de un análisis adelantado de los mercados relevantes, que suponen un consumo innecesario de recursos y son inciertos (McDavid et al., 2001, p. 28).

En adición, desde una perspectiva contraria a la expuesta en este estudio –tal como lo recoge Pérez, Marín y Navarrete (2018, p. 85)– en el año 2016 se remitió para conocimiento de la Asamblea Nacional un proyecto de ley que proponía la eliminación del umbral contenido en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM, léase el umbral que considera el volumen de negocios de los operadores económicos involucrados, hecho que a criterio de los autores:

[...] generaría incertidumbre y altísimo riesgo para futuras transacciones, particularmente las globales, donde el análisis económico de mercado relevante –y consiguiente valoración de su cuota del mercado– no se realiza típicamente [...] esta reforma probablemente llevaría a que las partes tuvieran que notificar transacciones que de otra manera posiblemente no serían notificables, basadas en la preocupación de que una definición de mercado diferente podría llevarlos a una contingencia por no notificar en Ecuador.

Entonces, como se observa, la subjetividad intrínseca del umbral de cuota de mercado para la notificación obligatoria de operaciones de concentración económica es fuente de inseguridad jurídica. Sin embargo, ¿de dónde proviene la subjetividad de este umbral previsto en la normativa de competencia ecuatoriana? A continuación, se profundiza sobre este tema.

4. Fuentes de subjetividad

El régimen de control de concentraciones económicas ecuatoriano obedece a un patrón mixto que, por un lado, presenta un umbral de notificación obligatoria calculado con base en el volumen de negocios del conjunto de los partícipes; y por otro, un umbral con base en su cuota de mercado.

El segundo estándar es el que mayor incertidumbre supone. De acuerdo con la *International Competition Network*, las cuotas de mercado son una indicación de la importancia competitiva de cada empresa que se fusiona en un mercado relevante (ICN, 2017, p.1); para lo cual y previo a su cálculo⁷, es necesario desarrollar dos tareas: definir el mercado relevante y medir la participación de mercado, mismas que son fuentes de subjetividad y la causa por la que este se estima como una norma poco confiable para determinar la obligatoriedad de notificación de operaciones de concentración económica.

⁷ Las cuotas de mercado, en términos generales, se obtienen dividiendo el valor de una variable observada en el operador económico que se desea analizar, para el total de dicha variable en el mercado relevante; en términos matemáticos, la cuota de mercado se calcula de la siguiente manera:

$$s_i = \frac{x_i}{\sum_{i=1}^N x_i} \times 100 = \frac{x_i}{x_1 + x_2 + \dots + x_N} \times 100; i = 1, 2, \dots, N$$

Donde,

s_i , representa la cuota de mercado medida en porcentaje, del operador económico i ;

x_i , es el valor que toma la variable seleccionada para medir la participación de mercado, observada en el operador económico i ;

$\sum_{i=1}^N x_i$, es la sumatoria de los valores de la variable seleccionada para medir la cuota de mercado, observados en todos y cada uno de los competidores del mercado relevante.

Para mayor claridad, considérese el siguiente ejemplo hipotético: existen dos empresas en un mercado relevante, ABC y XYZ, con ventas de USD 5,000 y USD 15,000 anuales en dicho mercado, respectivamente. Para calcular la cuota de mercado de la empresa ABC, a partir de las ventas anuales en dólares como variable de cálculo, se aplica la fórmula anteriormente detallada, de la siguiente manera:

$$s_{ABC} = \frac{5,000}{5,000 + 15,000} \times 100 = 25\%$$

4.1. Definición del mercado relevante.

Un mercado relevante es “una colección de productos y locaciones geográficas, delineados como parte de una investigación dirigida a hacer inferencias sobre poder del mercado y efectos anticompetitivos” (Backer, 2007, p.2), que permite definir parámetros cuantificables como la cuota de participación de un operador económico en un mercado. En los términos manejados por la Comisión Europea (1997, p.1), permite:

[...] identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva. Desde esta perspectiva, la definición permite, en particular, calcular las cuotas de mercado [...]

El tamaño del mercado relevante influye en el cálculo de la cuota de participación, pues es claro que ante un mercado relevante más amplio las cuotas de participación tienden a ser más pequeñas y viceversa⁸. Por tanto, se requiere delimitar primero el mercado relevante, pues sin ello no se podría conocer cuáles son los competidores que participan en él. Para dicho cálculo es necesario disponer de la información de todos los operadores económicos competidores que participan en el mercado relevante definido, información que en la mayoría de ocasiones no es pública.

La definición del mercado relevante presenta un desafío con resultados inciertos para los operadores económicos, al estar sujetos a la verificación por parte de las autoridades de competencia. Estas, en *ultima ratio*, tienen la potestad de definirlos, acorde al análisis desarrollado en el contexto de cada operación de concentración económica⁹. Por tanto, *a priori*, existe una alta probabilidad por parte de un operador económico, de errar el cálculo de la cuota de mercado. Esto implica que, a merced del umbral analizado, los administrados se ven obligados a agotar el procedimiento de notificación previsto en la Ley –asumiendo los costos que ello supone– a fin de obtener un pronunciamiento por parte de la autoridad de competencia que les permitirá conocer con certeza cuál es la cuota de participación de mercado que poseen y de esta manera evitar la multa que supone la falta de notificación de una operación de concentración económica sujeta al procedimiento de autorización previa.

Por ejemplo, en el caso No. SNC/DC/0037/15, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹⁰ española sancionó con una multa de 106.500 euros al operador económico Grifols S.A. –empresa especializada en el sector farmacéutico y hospitalario–, por haber faltado a la obligación de notificar la adquisición de una línea de negocios de Novartis International A.G. Con la definición del mercado relevante que la autoridad de competencia realizó, se determinó que la operación sobrepasaba el umbral de cuota de mercado, hecho que no fue considerado por Grifols S.A. tras haber errado la definición del mercado relevante en el *due diligence* previo a la adquisición (CNMC, 2015).

El ejercicio de la delimitación del mercado relevante es uno económico, que busca identificar patrones de sustitución y ocupa un proceso que involucra métodos cualitativos y cuantitativos¹¹. Aunquela delimitación del mercado relevante es de naturaleza técnica, los

⁸ Conforme se explicó en la nota al pie anterior, el divisor de la fórmula de cálculo de la cuota de mercado comprende la sumatoria de la variable seleccionada para todos los competidores. Con ello es evidente que si aumenta el número de competidores, *ceteris paribus*, la cuota de mercado tiende a diluirse.

⁹ Artículo 5 de la LORCPM.

¹⁰ También, CNMC.

¹¹ Para un mayor detalle sobre el proceso que se sigue para la definición de mercado relevante, véase: Davis y Garcés (2010), capítulo 4, pp. 163-169.

resultados pueden variar en función del criterio del analista y de la información a la que este tenga acceso.

Cualitativamente, se debe partir de la identificación de los bienes o servicios implicados en una conducta u operación de concentración económica que, si bien puede aparecer como un ejercicio sencillo, puede ser objeto de controversia. Un claro ejemplo de ello es el recogido en la sentencia de 1 de septiembre de 2017, dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, que trata sobre la impugnación interpuesta por Conecel S.A., a la multa impuesta por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante, también SCPM) por un presunto incumplimiento de medidas preventivas.

En ese caso, el demandante sostuvo que la SCPM “consideró indebidamente como mercado relevante al de telecomunicaciones, cuando debió ser el de arrendamiento de bienes inmuebles susceptibles de instalación de la infraestructura de telecomunicaciones y sus sustitutos” (TDCA¹², 09802-2016-00738, 2017), criterio que fue acogido por los jueces del tribunal en su sentencia.

Una vez identificado el bien o servicio objeto de la operación de concentración económica investigada, se deben identificar sus sustitutos¹³. Esta identificación también tiene una cuota de subjetividad pues se basa en conocimiento y experiencia previa, que pueden inducir a definir sesgadamente qué productos podrían ser considerados por los consumidores como alternativa para los bienes o servicios estudiados, así como qué clase de productores tienen los atributos necesarios para ser competidores potenciales de los operadores económicos sujetos de investigación.

Un claro ejemplo de este tipo de divergencias se presentó en el asunto Consenur/ Ecotec, en que la Comisión Nacional de Competencia española sancionó a Consenur por no haber notificado la adquisición de Ecotec, luego de que el administrado estimara que se podría considerar a la recogida y transporte de desechos sanitarios peligrosos, además de la recogida y transporte de otro tipo de residuos peligrosos, como un solo mercado relevante. Bajo este criterio, obtuvo cuotas de mercado inferiores a los niveles que dicta la obligatoriedad de notificar una operación de concentración económica (CNC, Exp. SNC/0005/09, 2010). Posteriormente, el fallo de la Comisión Nacional de la Competencia fue anulado por la Audiencia Nacional, debido a las inconsistencias en la definición del mercado relevante, acogiendo la tesis de Consenur.

Además del conocimiento empírico y sin caer en definiciones taxativas, se pueden usar los siguientes elementos: encuestas a consumidores, estudios de investigación de mercado y opiniones de clientes y competidores¹⁴; no obstante, se debe tener en cuenta que estas fuentes de información, si bien pueden ayudar a formar una visión preliminar de los atributos del mercado relevante, también incurrir en subjetividades, pues según señalan Jiménez y Cañizares:

Esta información debe, no obstante, ser tratada con cautela, dado que las preferencias declaradas en una situación hipotética no tienen por qué coincidir con las reales. Es decir, se trata de un indicador de menor calidad que la observación de los datos de mercado [...] (2005, p. 9)¹⁵

¹² Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el cantón Guayaquil.

¹³ En términos de la normativa ecuatoriana, se debe determinar el mercado de producto o servicio. Esto implica, desde el punto de vista cualitativo, evaluar las preferencias de los clientes o consumidores, los usos y características de los bienes objeto de investigación y sus posibles sustitutos, las características particulares de compradores y vendedores que participan en el mercado relevante, los obstáculos que tienen los clientes para sustituir el producto, así como varios atributos de operadores económicos que podrían empezar a producir el bien o servicio materia de la conducta investigada en un tiempo tal que no signifique ajustes significativos de activos y que no implique incurrir en costos o riesgos adicionales excesivos.

¹⁴ Véase: Resolución 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM y Motta, M (2018, p. 147).

¹⁵ De acuerdo con Davis y Garcés (2010, p. 193), existen dos maneras de averiguar las preferencias del consumidor. Uno de esos métodos “consiste en preguntar a los consumidores sobre qué harían si enfrentaran un conjunto específico de alternativas. En ese caso, estaríamos usando información basada en preferencias declaradas”.

En cuanto a los criterios cuantitativos, que complementan la definición de mercado de producto, la Resolución No. 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM dispone que se use al menos un método cuantitativo de los establecidos en la norma¹⁶ (JRLORCPM¹⁷, Resolución No. 11, 2016); de considerarlo necesario, el analista podría pulir sus conclusiones con otros métodos no establecidos en ese documento¹⁸.

Sin embargo, la implementación de los métodos planteados por la citada resolución demanda acceso a gran cantidad de información de carácter comercial, así como de conocimientos técnicos principalmente en economía, estadística y econometría¹⁹. Estas limitaciones hacen que en muchas ocasiones los administrados deban contratar especialistas en la materia y, por ende, invertir considerables sumas de dinero para costear honorarios profesionales y hacerse de la información necesaria para tal efecto.

El uso de métodos cuantitativos para la determinación del mercado relevante tampoco está exento de imperfecciones, sobre todo si no se toman en cuenta de manera íntegra todos los aspectos técnicos necesarios. Por ejemplo, los resultados pueden variar dependiendo de la muestra seleccionada para el análisis²⁰: si la muestra no se selecciona correctamente, se podrían estar observando datos de un grupo muy específico, que podría no representar a la totalidad de individuos estudiados²¹, distorsionando así la realidad del mercado analizado. Así también, es posible que la información recopilada no sea precisa²² o cierta; esto puede suceder en la práctica por diversas razones, como: intereses particulares del informante, errores de cálculo o estimación, entre otros.

Además, si los métodos cuantitativos indicados en la Resolución No. 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM no se usan atendiendo a la realidad económica de cada caso, pueden llevar a conclusiones erróneas. Conforme advierte la norma mencionada, así como Davis y Garcés (2010, p. 174-185), la prueba de correlación de precios puede derivar en diferentes definiciones de mercado relevante, según la frecuencia temporal de los datos seleccionada, la existencia de choques correlacionados en la oferta o demanda²³; o, la presencia de correlación espuria²⁴.

De acuerdo con Katsoulacos (2014, p. 5), la estimación de elasticidades de la demanda es bastante sensible a la especificación funcional del modelo de demanda y no es inusual encontrar elasticidades cruzadas con signo matemático incorrecto²⁵ o estadísticamente no significativas²⁶; el resultado de la prueba SSNIP puede adolecer de la falacia del celofán (en su forma regular o

¹⁶ La norma citada exige que se use: una prueba de correlación de precios, cálculo de elasticidades precio de la demanda (propias o cruzadas) o una prueba SSNIP.

¹⁷ Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

¹⁸ Por ejemplo, Jiménez y Cañizares dan cuenta que también pueden usarse métodos econométricos para la delimitación del mercado relevante como análisis de cointegración y test de Granger.

¹⁹ Si bien la econometría es la aplicación de estadística y matemática a la teoría económica, la primera suele estudiarse por separado, en virtud de los métodos y técnicas particulares que se requieren para medir empíricamente las relaciones entre las variables económicas.

²⁰ A pesar de que es posible reducir el error trabajando con la totalidad de individuos (población estadística), en la mayoría de los casos esto requiere usar una mayor cantidad de recursos y tiempo, encareciendo y obstaculizando cualquier análisis de este tipo.

²¹ Formalmente, a esto se llama sesgo por selección. Véase: Vivanco (2005, p. 57), “[E]l sesgo por selección se produce cuando no existe igual probabilidad de selección para todos los elementos de la población.”

²² Técnicamente, a esto se le llama error de medición. De acuerdo con Woolridge (2010, p. 315), “Cuando en un modelo de regresión se emplea una medición no precisa de una variable económica, el modelo contiene un error de medición”.

²³ Para una discusión más detallada sobre este tema, véase: Davis y Garcés (2010, pp. 174 – 176).

²⁴ De acuerdo con Davis y Garcés, la correlación espuria ocurre cuando dos series aparentan estar correlacionadas pero realmente solo están correlacionadas porque cada una de ellas tiene una tendencia. La correlación en este caso es una coincidencia y no es producto de ninguna interrelación genuina entre dos productos. (2010, p.176 -177, traducción libre)

²⁵ En comparación con información cualitativa de mercadotecnia y el sentido común.

²⁶ Esto implica que es probable que el valor de la elasticidad se haya obtenido debido al azar y por lo tanto, desde un punto de vista estadístico, no se puede descartar que el resultado sea nulo.

inversa)²⁷, además de depender del valor estimado de la elasticidad de la demanda²⁸ y del nivel inicial de precios y márgenes de ganancia que se elija para el análisis²⁹.

Independientemente de cuál sea el método usado para determinar el mercado relevante, ante la presencia de mercados con productos diferenciados³⁰, este ejercicio se torna aún más complicado. Según Miguel de La Mano (2010, p. 181), en una gran cantidad de situaciones la brecha que separa los productos incluidos y los excluidos del mercado relevante, no es lo suficientemente amplia como para que todos los productos se puedan ignorar en el análisis del poder de mercado, ni todos los productos dentro del mercado relevante son sustitutos igualmente cercanos unos de otros. Así, por ejemplo: “[...] una hoja de papel puede tener distintos grados de espesor y de calidad. En estas circunstancias la división de mercado es en cierta forma arbitraria”.

Por su parte, la delimitación del mercado geográfico y el mercado temporal³¹ siguen un proceso similar al mencionado, aumentando las posibilidades del administrado de errar la definición de mercado relevante.

Para delimitar el mercado geográfico, se debe partir de la identificación de las áreas en las que los operadores económicos a concentrarse transan el bien o servicio objeto de la operación de concentración económica analizada y/o sus sustitutos. Posteriormente, se usan criterios cualitativos y cuantitativos para determinar las áreas geográficas alternativas en que los compradores pueden acceder a los bienes o servicios de interés y sus sustitutos, o para determinar qué competidores potenciales pueden ingresar a competir de manera fácil y rápida.

El mismo proceso aplica para el mercado temporal, en el que, en lugar de productos o áreas geográficas, se debe evaluar si existen periodos de tiempo sustitutos desde el punto de vista de la demanda y la oferta³².

4.2. Medición de la cuota de mercado

De acuerdo con la OCDE, se debe responder “en primer lugar, ¿en qué unidades se medirán las cuotas de mercado?” (OCDE, 2018, 5), siendo la respuesta a esta pregunta la segunda fuente de subjetividad sobre el cálculo de la cuota de mercado.

²⁷ Para una descripción detallada sobre la “Falacia del Celofán” y la “Falacia del Celofán a la Inversa”, véase: Davis y Garcés (2010, pp. 208 y 209).

²⁸ Consecuentemente, esto conlleva todos los problemas sobre el uso de métodos cuantitativos y la estimación de elasticidades anteriormente mencionados.

²⁹ De acuerdo con Davis y Garcés (2010, p. 210), refiriéndose a las dificultades de la aplicación de la prueba SSNIP, *si no se observan condiciones competitivas, entonces los precios y los márgenes [de ganancia] a veces tienen que ser escogidos o estimados* (lo incluido entre corchetes no pertenece al texto original, traducción libre). Dado que es de interés del Derecho de la Competencia es monitorear mercados de competencia imperfecta, ya que en aquellos puede surgir el poder de mercado, se considera que es bastante probable que este problema pueda aparecer con frecuencia.

³⁰ El concepto de bienes diferenciados implica que “cada empresa vende una marca o versión del producto que se diferencia por su calidad, su aspecto o su reputación y cada una es la única productora de su propia marca”. Estos bienes pueden ser hasta cierto grado sustitutos entre sí, pero no son sustitutos perfectos. (Pindyck / Rubinfeld, 2009, p. 507-508)

³¹ En la normativa ecuatoriana, el mercado temporal equivale a la conjunción del marco temporal y el marco estacional del mercado relevante, definidos en el artículo 14 de la Resolución 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM.

³² Nótese que el artículo 5 de la LORCPM no establece que sea mandatorio determinar en todos los casos la dimensión temporal del mercado relevante. Sin embargo, conforme indica la guía para la definición de mercado relevante de la Oficina de Comercio Justo (autoridad de competencia del Reino Unido hasta abril de 2014), determinar una dimensión temporal para el mercado relevante puede ser apropiada donde no es posible para los consumidores sustituir entre periodos de tiempo (por ejemplo, consumidores de tiquetes de tren en horas pico vs. en horas valle); y, donde los oferentes no pueden sustituir entre periodos de tiempo (por ejemplo, la capacidad de producir fruta puede variar entre periodos de tiempo y puede que no sea posible almacenarla de un periodo a otro). Además, da cuenta que el mercado temporal puede ser visto como parte del mercado de producto o servicio (Office of Fair Trading, 2004, p. 18).

Si se atiende a los artículos 28 y 29 de la Resolución No. 011 emitida por la Junta de Regulación de la LORCPM, se pueden usar ocho variables distintas para calcular las participaciones de mercado, dejando abierta la posibilidad de que se usen otras variables “[...] que se consideren pertinentes y sean justificadas, atendiendo a la realidad del mercado relevante objeto de análisis”³³. Adicionalmente, el artículo 30 de la misma norma añade un caso especial para mercados de consumo irregular, en el que el analista deberá escoger el rango temporal en el cual medirá la variable correspondiente.

En este contexto, es común tomar las ventas como variable para el cálculo de la participación de mercado³⁴; sin embargo, conforme lo señala Massimo Motta (2018, p. 157) “*en algunos casos se podría contar con cuotas de mercado tanto en número de unidades como en valores*”. Para ejemplificar esta circunstancia, Motta hace referencia a la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la operación de concentración entre Nestlé y Source Perrier S.A. en el año 1992 (Comisión de la Comunidad Europea, 92/553/CEE, 1992).

En ese caso, Nestlé presentó cuotas de mercado basadas tanto en número de litros de agua embotellada como en francos franceses, mientras que la Comisión de las Comunidades Europeas decidió que en este caso era más apropiado estimar las participaciones de mercado en dicha moneda, dadas las características del mercado relevante analizado. Hipotéticamente, más allá de toda consideración técnica y para fines de ejemplificación, otra opción para el cálculo de la cuota de mercado podría haber sido tomar como variable las ventas expresadas en número de botellas de agua³⁵.

Con ello, se muestra que existen una extensa variedad de opciones al momento de elegir la variable para el cálculo de las cuotas de mercado, cuya elección dependerá del criterio y estrategia³⁶ de la persona a cargo de su cuantificación.

5. Conclusiones

Se entiende el derecho a la seguridad jurídica como aquella “*estabilidad razonable de las situaciones jurídicas*” (Aguilar, 2010, p. 44) que debe plasmarse tanto en la creación como en la aplicación de las normas, a fin de zanjar cualquier atisbo de arbitrariedad en la actuación de la administración pública, así como para permitir que los administrados puedan esperar una actuación normalizada por parte de los funcionarios públicos, en circunstancias cuyos hechos sean más o menos homogéneos.

En tal virtud, se considera que la condición contenida en la letra b) del artículo 16 de la LORCPM, que usa la cuota de mercado para identificar aquellas operaciones de concentración económica que deben ser notificadas a la SCPM de manera previa y obligatoria, no es compatible con lo establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República del

³³ Por ejemplo, José Sbatella, Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina en el año 2007, señala que la demanda de los televidentes por contenidos audiovisuales puede ser medida por medio del rating o del “*share*” de cada señal (Sbatella, 2007). En este sentido, podría ser justificable medir la participación de mercado en el mercado “*descendente*”, de productores de contenido audiovisual o canales de televisión, a través de dichas variables.

³⁴ Véase, por ejemplo: Davis, J. A. (2012). *Measuring Marketing: 110+ Key Metrics Every Marketer Needs*. Singapore: Wiley.

³⁵ Esta consideración es plenamente aplicable al caso ecuatoriano, donde la Resolución No. 011 expedida por la Junta de Regulación de la LORCPM, habilita al analista a calcular las participaciones de mercado en unidades comercializadas.

³⁶ Si bien se espera que este criterio sea técnico, no se puede aspirar que todos los administrados posean los conocimientos económico – jurídicos suficientes para determinar cuál será la variable apropiada para el cálculo de la cuota de mercado. Ello, considerando que incluso entre profesionales del derecho de la competencia podrían existir opiniones divergentes, dado que el razonamiento usado para la elección de tales variables es inherente al conocimiento previo y creencias del individuo, siendo por tanto subjetivo.

Ecuador y por tanto debería ser revisada. Se concluye esto, dado el nivel de incertidumbre que genera la falta de claridad en la norma y, en segundo lugar, los gastos administrativos que esta falta de certeza supone, al desembocar en procedimientos administrativos que, de contar con un umbral de notificación claro y objetivo, no serían necesarios.

La falta de claridad de la norma proviene de dos fuentes de subjetividad: por un lado la determinación del mercado relevante y por otro, la cuantificación de la cuota de mercado. Adicionalmente, estos ejercicios requieren el acceso a gran cantidad de información sobre el mercado, así como a conocimientos técnicos que muchas veces no se encuentran al alcance de todos los administrados y cuya determinación radica únicamente en la decisión de la autoridad.

Referencias bibliográficas

- Aguilar, J. P. (2010). La extinción de oficio de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados. *Revista de Derecho de la Universidad Andina del Ecuador*, 43-76.
- Alexiadis, P., Sependa E. y Vlachos, L. (2018). Merger Control: Around the World in 80 Days: Management of the Merger Review Process of Global Deals. *Business Law International*, 19 (3), 201-244.
- Baker, Jonathan B. (2007). Market Definition: An Analytical Overview. American Bar Association. *Antitrust Law Journal*, 74 (1). 128-173.
- Buccirossi, P., Cervone, R., y Riviera, C. (2014). Optimal Pre-Merger Notification Thresholds: A Contribution to The Italian Debate. *Italian Antitrust Review* 1.
- Bundeskartellamt. (s.f.). Digital Economy: Reform of the German Competition Act (9th Amendment). https://www.bundeskartellamt.de/EN/Economicsectors/Digital_economy/digital_economy_node.html#doc10321670bodyText3
- Coloma, Fernando. Fijación de umbrales de notificación de operaciones de concentración en Chile. Fiscalía Nacional Económica. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/umbrales_operaciones_concentracion.pdf
- Comisión de las Comunidades Europeas. (1997). Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C372/03). [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=ES)
- Comisión Europea. (2016). Discurso de la Comisionada Margrethe Vestager: Refining the EU merger control system. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en
- Davis, J. A. (2012). *Measuring Marketing: 110+ Key Metrics Every Marketer Needs*. Singapore: Wiley. https://books.google.com.ec/books?id=8tAU7gxtbfYC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_atb-v=onepage&q&f=false
- Davis, P. y Eliana, G. (2010). *Quantitative techniques for competition and antitrust analysis*. New Jersey: Princeton University Press.
- De la Mano, M. (2010). El Uso de Técnicas Cuantitativas en el Control de fusiones. En Petitbò, J. J., Faíña Medín, A., López Rodríguez, J., Costas Comesaña, A., Fernando, J.L., Franco, L. y Sánchez Núñez, P. *Economía y Defensa de La Competencia* (pp. 175-205). Santiago de Compostela: Xunta de Galicia.

- El Comercio. (2019). *Congreso aprueba ley de control de fusiones y adquisiciones empresariales en el Perú*. El Comercio. <https://elcomercio.pe/economia/peru/fusiones-empresas-congreso-aprueba-ley-control-fusiones-adquisiciones-empresariales-peru-noticia-631882>
- ICN. (2017). *ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf
- Jiménez Latorre, F., y Cañizares Pacheco, E. (2005). Dificultades para la Definición de Mercado Relevante. *Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino*. https://www.nera.com/content/dam/nera/publications/archive1/Difficulties_definition_marketpower_OCT2005.pdf
- Naciones Unidas (2016) *United Nations Conference on Trade and Development. Enhancing legal certainty in the relationship between competition authorities and judiciaries*. https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd37_en.pdf
- McDavid, J., Proger, P., Reynolds, M., Rowley, W., y Campell, N. (2001). Best Practices for the Reviews of International Mergers: a discussion draft. International Merger Review Best Practices. *International Bar Association*. https://mcmillan.ca/Files/NCampbell_BestPractices_ReviewIntlMergers_0901.pdf
- Mezquita del Cacho, J.L. (1989). *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Barcelona: Bosch.
- Monti, G. (2007). *EC Competition Law*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Motta, M. (2018). *Política de Competencia: Teoría y Práctica*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, UNAM, Cofece, CIDE.
- Latin American Top Lawyer. (2019). *[Perú] En debate la “reconsideración de la ley de control de fusiones” en el Congreso*. <http://latinamericantoplawyer.com/2019/09/19/en-debate-la-reconsideracion-de-la-ley-de-control-de-fusiones-en-el-congreso/>
- OCDE. (2005). *Recommendation of the OECD Council on Merger Review*. <https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40537528.pdf>
- (2010). *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review*. <https://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>
- (2016) *Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control. Working Party No. 3 on Cooperation and Enforcement*. [http://www.OCDE.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2016\)4&docLanguage=En](http://www.OCDE.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2016)4&docLanguage=En)
- (2017). *Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia Sección II: Control de fusiones en América Latina y el Caribe – Evolución y tendencias recientes*. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)5/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)5/es/pdf)
- (2016). *OECD Reviews of Competition Law and Policy Ukraine: A report on the implementation of previous recommendations*. https://www.oecd.org/daf/competition/UKRAINE-OECD-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy_WEBENG.pdf
- (2018). *Market Concentration: Issues Paper by de Secretariat*. [https://one.OCDE.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)46/en/pdf](https://one.OCDE.org/document/DAF/COMP/WD(2018)46/en/pdf).
- Office of Fair Trading. (2004). *Market definition: Understanding competition law*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284423/of403.pdf
- Pérez Ordóñez, D. / Marín Tobar, L. / Navarrete, M. (2018). El régimen de control de concentraciones en el Ecuador. En Brown, A., Robalino, D. & Santos, O. (Dir). *Estudios de Derecho de Competencia Ecuatoriano* (pp. 71-85). Quito: Instituto Ecuatoriano de Derecho de Competencia.

- Pindyck, R. / Rubinfeld, D. (2009). *Microeconomía, séptima edición*. Madrid: Pearson Educación.
- Real Academia de la Lengua. (2018). Diccionario de la lengua española: subjetivo. 23.^a edición, [versión 23.2 en línea]. <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=subjetivo>
- Rodriguez-Arana, Jaime. Principio de seguridad jurídica y técnica normativa. *Revista de Derecho Administrativo Pontificia Universidad Católica del Perú*. 251-268.
- Sbatella, J. A. (2007). *Problemas de competencia en el sector de programas de la televisión en la Argentina*. La Plata: Universidad de la Plata.
- Strunz, Balthasar. (2018). *The Interface of Competition Law, Industrial Policy and Development Concerns*. Bruselas: Springer.
- Vivanco, M. (2005). *Muestreo Estadístico: Diseño y Aplicaciones*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria. https://books.google.com.ec/books?id=-_gr5l3LbpIC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- Whish, R. / Bailey, D. (2019). *Competition Law*. 9va. ed. Oxford: Oxford University Press.
- Wooldrige, J. M. (2010). *Introducción a la econometría: Un enfoque moderno*. Cuarta Edición. Ciudad de México: Cengage Learning Editores S.A. de C.V.
- Zavala, J. (2007). La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en el Derecho Administrativo Ecuatoriano. *Revista Iuris Dictio*, 7 (11), 100-107.

Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, de 29 de septiembre de 2011. Registro Oficial Suplemento 555, 10 de octubre de 2011.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (29 de abril de 2014). Artículo 89 [Título III, capítulo I]. Ley Federal de Competencia Económica. Diario Oficial de la Federación, 27 de enero de 2017.
- Consejo de la Unión Europea. (20 de enero de 2004). Artículo 1. Reglamento comunitario de concentraciones. [Reglamento (CE) No 139/2004]. Diario Oficial de la Unión Europea de 29 de enero de 2004.
- Government of Canada. (1985). Artículo 109 [Part IX: Notifiable Transactions]. Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34. <https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-34/page-28.html#h-42>
- Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (22 de septiembre de 2016). Resolución No. 011: “Métodos de Determinación de Mercados Relevantes”.

Sentencias y decisiones

- Comisión de las Comunidades Europeas. (1992). *Caso No. 92/553/CEE (Asunto n IV/M.190-Nestlé/Perrier)*. Decisión de 22 de julio de 1992.
- Comisión Nacional de la Competencia (2010). Caso No. SNC/0005/09. Decisión de 09 de abril de 2010.
- Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (2015). Caso No. SNC/DC/0037/15. Decisión de 16 de octubre de 2015.

- Corte Constitucional del Ecuador (2016). *Sentencia No. 039-16-SEP-CC: Caso No. 181-09-EP*. Sentencia de 10 de febrero de 2016. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2016/039-16-SEP-CC/REL_SENTENCIA_039-16-SEP-CC.pdf
- (2019). *Sentencia No. 160-18-SEP-CC: Caso No. 1416-10-EP*. Sentencia de 10 de febrero de 2016. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2018/160-18-SEP-CC/REL_SENTENCIA_160-18-SEP-CC.pdf
- Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el cantón Guayaquil (2017). *Caso No. 09802-2016-00738*. Sentencia de 01 de septiembre de 2017.

Iuris Dictio.

Nº 24, DICIEMBRE 2019

E-ISSN 2528-7834

Miscelánea

m

i

S

C

e

l

á

n

e

a

.

FEMICIDIO: UNA INVESTIGACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Femicide: A research from a gender perspective

GLADIS PROAÑO REYES¹

Universidad San Francisco de Quito, Ecuador

Resumen

El estudio y tratamiento de la escena del crimen de un femicidio es muy especial. Debe identificarse si el lugar de los hechos es: el domicilio común de la pareja; domicilio de solo de uno de ellos (de la víctima o su agresor), o, inclusive, un lugar distinto. Todo esto, relacionando el o los instrumentos que fueron utilizados para causarle la muerte a la mujer. La inspección ocular que se realice en este tipo de escenas, además de ser técnica, debe ser efectuada con una perspectiva de género para que, en la apreciación de los indicios, se resalten cuestiones que, si bien suelen encontrarse en otro tipo de hechos de sangre, son únicas en crímenes en contra de mujeres. En consecuencia, se torna indispensable la formulación de líneas de investigación transversales que orienten a verificar la existencia o no de factores criminógenos del delito de femicidio, así como el acertado procedimiento para evitar la revictimización *post mortem*.

Palabras clave

Escena del crimen, femicidio, feminicidio, violencia sexual.

Abstract

The study and treatment of the crime scene of a femicide, is very special. It must be identified whether the crime scene is the common domicile of the couple or the residence of only one of them (victim or aggressor), or even a different place. This must then be related to the instrument or instruments that were used to cause the woman's death. The ocular inspection that is carried out at this type of scene, in addition to being technical, must be carried out with a gender perspective. This ensures that in the evaluation of the evidence, issues stand out that, while they may also be found at other types of scenes of violence, are unique to crimes against women. In consequence, it is essential to formulate cross-sectional lines of investigation that could guide the verification of potential criminogenic factors of femicide, as well as the correct procedure to avoid revictimization *post-mortem*.

Keywords

Crime scene, femicide, feminicide, sexual violence.

1. Introducción

En el año 2014, el Informe de Implementación de las Recomendaciones de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, conocida como Convención de Belém do Pará de 1994, evidenció la alarmante situación de las mujeres en el Ecuador, donde: 6 de cada 10 mujeres han vivido algún tipo de violencia de género; 1 de cada 4 ha vivido

¹ Doctora en Jurisprudencia, Magíster en Derecho Penal y Criminología y PhD en Educación, Profesora de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: proanoreyes@yahoo.com



violencia sexual (aunque la forma más recurrente de violencia de género, es la violencia psicológica con el 53,9%), e independientemente de su autoidentificación étnica, ha vivido algún tipo de violencia de género, presentándose un mayor porcentaje en las mujeres indígenas y afroecuatorianas. Del total de mujeres que han vivido violencia física, el 87,3% lo ha hecho en sus relaciones de pareja. Desde la perspectiva demográfica, la violencia de género sobrepasa el 50% en cada una de las provincias del país y en todos los niveles de instrucción. Sin embargo, la violencia de género rebasa el 50%; en las mujeres que tienen menor nivel de instrucción, hasta llegar a un 70% (OEA, 2014).

En este panorama, el Código Orgánico Integral Penal (COIP), vigente desde el 2014 busca minimizar la vulnerabilidad de las mujeres al tipificar las principales conductas violentas relacionadas con la discriminación por género, como la prostitución forzada (Art. 101), e incluyéndola también dentro de la categoría de delitos de lesa humanidad (Art. 89); violencia sexual en conflictos armados denominado como: “Atentado a la integridad sexual y reproductiva de persona protegida” (Art. 116); violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, que abarca el maltrato físico, psicológico o sexual ejecutado por un miembro de la familia, considerando como miembros a la o al cónyuge, a la pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente, entre otros (Art. 155); abuso sexual en el que se considera como agravante que la víctima sea menor de 14 años o con discapacidad, entre otros (Art. 170); violencia sexual que incluye la violencia sexual oral y con objetos (que ya se encontraba tipificado en el anterior Código Penal, en su Art. 171); violación con una pena máxima prevista (22 años) si el agresor es profesional de la educación, (Art. 171 numeral 4); y, en especial, se incorporó el femicidio en los siguientes términos:

La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años (COIP, 2014, Artículo 141)

Es oportuno aclarar que existe una distinción entre femicidio y feminicidio, ya que el primero se presenta como un término homólogo a “homicidio”, el cual solo se referiría al asesinato de mujeres, mientras que el segundo, incluiría la variable de impunidad que suele estar detrás de estos crímenes; impunidad que se configura a través de la inacción o desprotección estatal frente a la violencia hecha contra la mujer (Lucas, 2014).

Como se citó, el COIP ecuatoriano utiliza el sustantivo femicidio, aunque, según el origen de la norma y su contenido, se está refiriendo al feminicidio. Así, al igual que ocurre en otros ordenamientos latinoamericanos, jurídicamente, “sería indiferente el uso de ambos términos, pero conceptualmente sería más conveniente, por asuntos educativos, formativos y de género, referirnos más bien al feminicidio, mientras este fenómeno se siga expresando como una de nuestras enfermedades sociales más graves” (Lucas, 2014). Resulta esclarecedor decir que, como tipo penal, el feminicidio es un concepto mucho más amplio ya que permite la persecución y sanción de los diferentes subtipos,

Que van más allá de los homicidios de mujeres por razones de género cometidos por las parejas, exparejas o personas conocidas por la víctima, [...] también permite considerar como feminicidio aquellos homicidios de mujeres cometidos por personas desconocidas con características muy particulares que permiten verificar la existencia de condiciones de violencia estructural y discriminación por razones de género (INSYDE, 2017, p. 17).

Por lo expuesto, en esta investigación haremos uso predominante de la palabra femicidio, ya que así se encuentra tipificado en el COIP. No obstante, en aquellos casos que se utilice feminicidio, se entenderá que su empleo es de manera sinónima.

2. Caracterización del femicidio

Es preciso señalar que, si bien los tratamientos legislativos del femicidio parecen modernos o actuales, “desde hace más de una década, la mayoría de los países de América Latina han procedido a la tipificación autónoma de la muerte de las mujeres en ciertos contextos en los que se entiende que existe violencia de género” (Pérez, 2018, p. 165). Sin embargo, la incorporación al ordenamiento jurídico nacional, es nueva, y se da en acogimiento a las recomendaciones formuladas por la Convención de Belém do Pará, en el COIP ecuatoriano.

La justificación de la independencia conceptual de este tipo de homicidio se puede encontrar en la doctrina, puesto que,

Los factores que hacen diferente el delito de feminicidio con el de homicidio de un hombre e incluso del homicidio común de una mujer, destaca por ejemplo que la motivación de la conducta homicida comporta no solo la lesión al bien jurídico de la vida sino también una violación a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de la mujer. La causa de la muerte en el feminicidio asume el sentido de un acto de control y de sometimiento de contenido esencialmente discriminatorio, esto significa que el acto feminicida reúne alguno o algunos patrones culturales arraigados en ideas misóginas de superioridad del hombre, de discriminación contra la mujer y de desprecio contra ella y su vida (García y Franco, 2018, p. 30)

Russell, en el 2001, define al femicidio como “el asesinato de mujeres por hombres por ser mujeres” (Russell, 2006, p. 76), e incluso va más allá indicando que el femicidio se aplica a todas las formas de asesinato sexista, es decir, “los asesinatos realizados por varones motivados por un sentido de tener derecho a ello o superioridad sobre las mujeres, por placer o deseos sádicos hacia ellas, o por la suposición de propiedad sobre las mujeres” (Russell, 2006, pp. 77 - 78)

Podemos caracterizar al femicidio siguiendo la conceptualización realizada por Nuño Cisneros, quien se refiere al feminicidio íntimo o de pareja, a aquellos supuestos relacionados con la violencia íntima o de pareja, distinguiéndolo así de los homicidios de mujeres de tipo comunitario o ecológico, que podrían estar relacionados con delitos como la trata de personas, las violaciones sexuales o a la criminalidad organizada (Nuño, 2017, p. 257).

En la legislación penal ecuatoriana no se prescribe de manera particular la definición de femicidio íntimo o de pareja, la regulación solamente se presenta al enlistar los agravantes del femicidio en forma general en el artículo 142, *eiusdem*; 1) haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima; 2) exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad; 3) si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima y, 4) el cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público.

El femicidio íntimo o de pareja, en la medida de que se trata de un homicidio cometido por la pareja masculina – por ejemplo, el cónyuge, pareja o ex conviviente – con la intención de causar la muerte de la mujer, demuestra que dicho dolo puede provenir acompañado de una motivación discriminadora que sirve para demostrar por una parte, el control o dominio sobre la pareja, y de otra, la posición de sumisión que ha tenido la víctima durante el tiempo que estuvieron o que han estado en pareja.

En el análisis realizado por la doctrina consultada acerca de la regulación del femicidio en algunos países latinoamericanos, aunque son muchas las particularidades a la hora de describir los contextos o subtipos de feminicidio, hay tres casos que se incluyen de forma mayoritaria en las legislaciones como prototípicos de la violencia de género contra la mujer: la misoginia, el atentado previo a la libertad sexual de la víctima y, la existencia, actual o previa, de una relación de pareja (Pérez, 2018, p. 167).

En Ecuador, a partir de la tipificación de este delito en el año 2014 hasta el 2019, cada siete días, una mujer muere, habiéndose registrado 332 femicidios, en lo que lleva el 2019, de los cuales el 62% corresponden a hechos cometidos en zonas urbanas y 38% en zonas rurales, así lo aseveró la actual ministra de gobierno María Paula Romo ante la Asamblea Nacional el día 11 de junio de 2019.

3. La escena del crimen

Con la finalidad de dar un concepto de escena del crimen o lugar de los hechos nos remitimos al Manual de Buenas Prácticas en la Escena del Crimen elaborado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales y la Academia Iberoamericana de Criminalística y Estudios Forenses – AICEF–, que ha sido tomado como referencia e incorporado a los trabajos técnicos propios de la Criminalística, por parte de varios países de Latinoamérica, incluido el Ecuador.

Básicamente se refiere a toda aquella área, espacio físico o lugar donde se ha producido un hecho presuntamente delictivo que va a requerir de la intervención policial y la realización de labores técnico-científicas para su investigación. También incluiría otras áreas o espacios adyacentes, como: vías de acceso y salida, zonas adyacentes, vehículos, medios de transporte utilizados para la llegada o la huida del o los autores, entre otros (INACIPE, AICEF, 2012, p. 16).

La criminalística hace una clara diferencia entre escena del crimen o lugar de los hechos, lugar de enlace y lugar del hallazgo. El concepto de escena del crimen corresponde al sitio en donde tuvo lugar el hecho delictivo, es decir, en donde se encuentra el cuerpo de la víctima. El lugar del enlace, se encuentra relacionado con los medios utilizados para la transportación del cadáver, como por ejemplo, vehículos automotores, entre otros. El lugar del hallazgo, corresponde al sitio en donde se encontró el cuerpo y que no necesariamente corresponde al lugar de los hechos (OACNUDH, 2012, p. 30).

En cuanto al origen de este término, la doctrina consultada destaca que “fue acuñado por las ciencias criminalísticas en el siglo XIX, teniendo como premisa la presencia física del juez, quien realizaba la inspección ocular del sitio en el cual posiblemente se había cometido un delito” (Buitriago y Téllez, 2014, p. 69).

El COIP del Ecuador no define qué se entiende por escena del crimen, no obstante, en el artículo 458 se refiere a ella como “escena del hecho” cuya preservación estará a cargo, en un primer momento, de la o el servidor público, así como los particulares que por razón de su trabajo o función, intervengan o tomen contacto con ella. Posteriormente, se buscará contar con la presencia del personal especializado, cuyo peritaje será ordenado por la fiscalía, en cumplimiento de las funciones consagradas en el numeral 12 del artículo 443 del mismo cuerpo normativo, el cual textualmente reza:

La Fiscalía ejerce las siguientes atribuciones: [...] 12. Ordenar el peritaje integral de todos los indicios que hayan sido levantados en la escena del hecho, garantizando la preservación y correcto manejo de las evidencias (COIP, 2014, Art. 443, numera 12.)

El Laboratorio de Criminalística y Ciencias Forenses del Ecuador, que forma parte del sistema especializado integral de investigación de medicina legal y ciencias forenses, es el órgano que a través de la Unidad de Inspección Ocultar Técnica, realiza el tratamiento técnico con miras a la búsqueda, explotación y toma de indicios en el lugar en donde ocurrió el hecho delictivo.

El tratamiento profesional y especializado de la escena del crimen permitirá, por un lado, el reconocimiento de la llamada “escenificación de la escena del delito” que se refiere al despliegue de diferentes conductas con la finalidad de ocultar los verdaderos hechos, encubrir al autor o autores, así como crear coartadas para salir adelante en el proceso (Buitriago y Téllez, 2014), y, por otro lado, evitar la contaminación o alteración del lugar del delito. Ambas situaciones entrañan la posibilidad de que se materialice la impunidad.

En líneas generales, las diligencias forenses que se desplieguen en la escena del crimen de manera inmediata, garantizan al menos el cincuenta por ciento del resultado, lo cual se debe a que pueden encontrarse indicios intactos asociativos al hecho, que posterior a una pericia, se constituirán en elementos de convicción y al final, servirán de prueba de la trilogía del crimen.

3.1. La escena del crimen en casos de femicidio

La escena del crimen de un femicidio es el espacio físico en el que se encuentra el cuerpo sin vida de una mujer como consecuencia de lesiones recibidas por su condición de género, así que, cuando existe convivencia entre la víctima y el agresor, el lugar más frecuente donde se comete el delito es el hogar o la vivienda que compartían. Sin embargo, el femicidio puede producirse en el domicilio de la víctima o del agresor cuando no hay convivencia de pareja; complicándose su preservación y el tratamiento de las evidencias o indicios encontrados, toda vez que puede ser objeto de escenificación por parte del autor del delito o modificada por los familiares que asistan al lugar.

El estudio y tratamiento de la escena del crimen de femicidio es único y debe analizarse teniendo en cuenta el lugar donde se cometió el delito (hogar común o vivienda de víctima o agresor, vía pública, hotel, lugar de trabajo) y el o los instrumentos utilizados para causar la muerte de la mujer.

El agente investigador del caso debe formular líneas de investigación transversales que orienten a formular hipótesis que se sustenten en situaciones de poder o superioridad con la víctima, recurriendo o a elaborar un diagrama de vínculos. Esto, a fin de establecer las relaciones entre víctima y sospechoso, con la representación gráfica de los eventos antes, durante y después del cometimiento del hecho y las relaciones entre la víctima y el victimario (para establecer si se trata de un femicidio íntimo, no íntimo, familiar o por conexión), línea de tiempo (con un análisis cronológico de la relación entre víctima y victimario y/o familiares antes, durante y después del hecho), así como establecer la ruta técnica para determinar la proximidad del sospechoso con el lugar y el análisis telefónico en donde pueden encontrarse indicios que deben ser procesados con el uso de técnicas especiales de investigación (en las que debe prevalecer el razonamiento abstracto por parte del policía investigador).

El análisis pormenorizado de la escena del crimen en casos de femicidio trasciende del solo lugar de hallazgo del cuerpo de la víctima, toda vez que este tipo de crimen requiere de la determinación de intención lesiva del perpetrador. En otras palabras, que efectivamente, la muerte sea el acto final de la violencia de género. Así, se ha dicho que,

En toda investigación de femicidio, es importante ubicar el área geográfica o lugar en donde tuvo lugar la privación de la vida; el nivel socioeconómico de la zona; así como el tipo de comunidad, especificando si se trata de una zona rural o urbana. En caso de comunidades rurales,

se deberá señalar si prevalecen los usos y costumbres que legitiman la discriminación y violencia contra las mujeres (concepto de la criminalística aplicado con visión de género). También los feminicidios pueden ocurrir como parte de fenómenos delincuenciales relacionados con la explotación sexual, la trata de personas, el narcomenudeo, el pandillerismo y la delincuencia organizada, entre otros. Es por esto importante especificar el espacio físico y las circunstancias que rodean el hecho considerando que se trata de una mujer. Es decir, si el hecho tuvo lugar en una casa habitación, este puede estar relacionado con violencia familiar, aunque debemos considerar que este tipo de violencia también puede generarse en otros espacios físicos. Por otra parte, si el delito ocurrió en lugares públicos, como bares, prostíbulos y hoteles, entre otros, es posible relacionarlo con el comercio o la explotación sexual de mujeres. De tal manera que, partiendo de esta gama de posibilidades, el personal policial deberá, desde una visión de género, ampliar sus líneas de investigación (concepto de la criminalística aplicado con visión de género) (OACNUDH, 2012, p. 31).

La investigación de los delitos contra la inviolabilidad de la vida y muertes violentas en el Ecuador, está a cargo de servidores policiales de nivel técnico directivo y técnico operativo de la Dirección Nacional de Investigación de Delitos contra la Vida, Muertes Violentas, Desapariciones Secuestrados y Extorsión –DINASED– quienes, desde septiembre de 2015, se sustentan en un Manual del Proceso de Gestión de Investigación de delitos contra la inviolabilidad de la vida y muertes violentas, en el cual no se hace ninguna especificidad para el procedimiento cuando se trata de un femicidio.

El Protocolo de actuación policial en tentativas y lesiones por parte de la Policía ecuatoriana, aprobado el 12 de diciembre de 2016, establece lineamientos para la Actuación Policial en Flagrancia para los delitos de lesiones y tentativas de homicidio, femicidio, asesinato y sicariato. Sin embargo, tampoco hace énfasis en el tratamiento de la víctima, búsqueda de indicios e identificación del sospechoso con perspectiva de género. En el año 2019, la DINASED actualizó y puso en vigencia un Protocolo de Investigación de Femicidios que, si bien se refiere a este delito, es muy general y carece de procedimientos con perspectiva de género, tratándose de muerte de mujeres que se presume han sido víctimas de este delito.

Las estadísticas de violencia de género y, particularmente, de casos de femicidio, toman en cuenta elementos cuantificables. Tal es el caso de las estadísticas reportadas en el Ecuador, encontradas en el trabajo titulado “La Respuesta Judicial del Femicidio en Ecuador: Análisis de sentencias judiciales de muertes ocurridas en el 2015”, cuya autora es Leonor Fernández Lavayen, y publicado en el 2017, el cual se considera de suma importancia a los efectos de ilustrar los casos de femicidio en nuestro país, así como de las actuaciones periciales que tienen o deberían tener lugar en la escena del crimen.

En el análisis que realiza Fernández Lavayen, sobre los casos que fueron judicializados, en 48 sentencias de tribunales de garantías penales sobre muertes violentas e intencionales de mujeres, ocurridas durante el año 2015, se destaca que en el 94%, correspondiente a 45 casos, los acusados poseían o tenían una relación de confianza con las víctimas con anterioridad al hecho; sea vínculo afectivo por relación sentimental, de parentesco consanguíneo o de afinidad. De ese universo, un 71% eran pareja o ex pareja y, justamente por ese vínculo sentimental/afectivo, de confianza, el agresor tenía conocimiento del nivel de vulnerabilidad en el que se encontraba la víctima, lo que facilitó el ataque.

En el 63% de las sentencias se menciona un continuum de la violencia experimentada durante varios años por la víctima por parte de quien, en la mayoría de los casos constituía su pareja

o expareja. Dicha situación se estableció a partir de testimonios y también de las autopsias psicológicas realizadas por los órganos forenses y, que precedieron al conocimiento de la judicatura, así como las visitas de la trabajadora social para determinar el entorno social en el que se desenvolvía la víctima y su familia. De esta forma, se establece que la mayoría de las muertes tuvo como antesala, episodios de violencia, conocidos por el entorno cercano de la víctima (Fernández, 2017, p. 52).

El dato de la hora de ocurrencia del crimen resulta relevante a efectos de la determinación del lugar, el cual será tomado en cuenta como escena del crimen. Así,

El 56% (27) de las muertes violentas ocurrieron durante la noche y la madrugada, lo cual estaría indicando que mayoritariamente existió un proceso de planificación de los actos, al buscar la soledad de la noche o madrugada, cuando la víctima está sola o en compañía de niñas o niños, para ocasionar su muerte; conociendo el entorno y principalmente considerando un menor riesgo de ser capturado al momento de la comisión de los hechos. La hora de la muerte se potencia con la escasa vigilancia y el poco apoyo con el que cuentan las víctimas y la inoperancia de los mecanismos de alerta y de protección. Por ejemplo, en 4 casos las víctimas poseían una boleta de auxilio, y el femicidio se produjo en horas de la noche y madrugada (Fernández, 2017, p. 60).

Quizás, el dato de mayor interés para el presente artículo, respecto a la escena del crimen de femicidio, es la información que corresponde al lugar donde las víctimas fueron encontradas: 27 de ellas en su propia vivienda y 21 en lugares despoblados como quebradas, terrenos baldíos y edificaciones abandonadas. Como se evidencia, la escena del crimen, en la mayoría de los casos de femicidios corresponden al lugar donde residía o vivía la pareja, lo cual amerita un tratamiento cuidadoso para evitar la contaminación de los indicios.

El volumen II de la obra “La Respuesta Judicial del Femicidio en Ecuador”, publicado en octubre del año 2018, contiene el análisis de las “Sentencias Judiciales Relativas a Muertes Violentas de Mujeres” ocurridas en el año 2016. Se confirma que 22 casos de femicidio se cometieron en una casa; de los cuales, 11 se dieron en el domicilio de la víctima y agresor, 1 en un hotel, 2 en un ámbito laboral, 6 en la vía pública, 3 en pozos y fosas y 13 en terrenos, ríos y lugares desolados.

3.2. Clases de indicios en los femicidios

Los indicios en este tipo de delitos suelen ser identificatorios, lo cual se puede lograr si la inspección ocular que se realice en este tipo de escena es observada con una perspectiva de género. Esto es para que en la apreciación de los indicios se resalten cuestiones que, si bien suelen encontrarse en otro tipo de hechos de sangre, son notables en crímenes en contra de mujeres. La posición anatómica de la víctima; su estatura y su contextura corporal; descripción de maquillaje, o no, en su rostro y uñas; cabello con o sin tintura; localización y número de herida; cicatrices recientes o antiguas; tatuajes con el nombre del agresor; prendas de vestir con la indicación de la talla, marca o fabricación; desgarros textiles, antiguos o recientes; y, si están secas o mojadas con orina, que puede ser del agresor como parte de la humillación; y si lleva o no calzado en sus pies; todos estos son detalles que, en esta primera observación, nos darán la pauta del nivel lesivo y de violencia.

En la observación del área propiamente dicha, se debe verificar: daños materiales, antiguos o recientes en la vivienda; destrucción de muebles, en la cama del dormitorio de la pareja; rotura de puertas, ventanas, cuadros, retratos, documentos, cuadernos escolares, teléfonos, vajilla. Se debe

verificar cada una de las prendas de vestir que posea en su casa para constatar desgarros anteriores que puedan evidenciar violencia simbólica. La localización de documentos de títulos de propiedad, bienes muebles e inmuebles, tarjetas de crédito, libretas de ahorros, deudas pendientes, facturas. Todo esto permitirá aseverar o no la existencia de violencia económica y patrimonial. Colillas de cigarrillos; jeringuillas; recetas médicas anteriores (con prescripción de medicamentos para tratamiento de infecciones ginecológicas, enfermedades de transmisión sexual, golpes, insomnio, dolores de cabeza, resfriados, tabletas anticonceptivas, pruebas de embarazo); documentos relacionados a denuncias de violencia, juicios de paternidad, demanda de alimentos, pago de consultas psicológicas o psiquiátricas; botellas de licor llenas y vacías; etc., que orienten a la presencia de factores criminógenos precipitantes. Las notas o mensajes que deja el autor de femicidio, que luego de cometer el delito intenta suicidarse o se suicida en la escena del crimen, son indicios trascendentes que van a orientar si es que efectivamente se configuran parámetros consecuentes a un femicidio.

La obtención de fotografías *ante mortem* será de utilidad para un estudio de las prendas de vestir y de calzado que utilizaba la víctima y que pueden dar pautas sobre su personalidad y su forma de vida. En el caso de que la víctima se haya encontrado desaparecida es necesario conocer el detalle de las prendas de vestir con las que se presume desapareció y, acto seguido, hacer un inventario de las ropas encontradas en su vivienda, para luego analizar fotografías en las que podrían aparecer las mismas prendas de vestir. Otro detalle para estos casos es conocer la última comida que se sirvió la víctima para comparar con el contenido gástrico en el momento de la autopsia.

Como se advierte, en un alto porcentaje de víctimas con heridas cortantes o punzocortantes causadas con cuchillos, la cocina se convierte en un lugar de inspección, ya que, por esta particularidad, la víctima suele tener únicamente un cuchillo para sus quehaceres domésticos.

En la escena del crimen de Marianela Isabel R.F., acaecida en la ciudad de Ambato, provincia de Tungurahua, el partícipe del delito Galo Hernán M.M., dejó la siguiente nota:

Carta de despedida hoy 26 de noviembre del 2016 me despido de esta vida porque ya no merezco vivir más, es injusta la mujer que amé y amo hoy al llegar a la casa le encontré con otro el X.H. y no es justo que me haya traicionado y que siga haciendo daño a más hombres, dios perdóname por ser adúltera y a mí por a ver hecho justicia. Llegué a mi casa y le encontré con X. H. y por eso hice lo que hice yo siempre te amo mi Isabel.

Nótese cómo, en el contenido del texto, el femicida asume que este hecho lo comete en beneficio de que no se haga más daño a más hombres; indicio que es parte del proceso penal 18282-2017-00406.

Este sería el llamado suicidio machista; es decir, aquel que realizan los hombres causantes de femicidio. Aunque no existe un estudio clínico al respecto, se ha podido observar que, en estos casos, un gran número de parejas o ex parejas femicidas toman la decisión del suicidio luego de consumir el delito o mientras están privados de la libertad.

Algunos asesinos, tras dar muerte a una mujer, intentan el suicidio o lo consuman. El suicidio de un agresor machista es interpretado, en ciertas ocasiones, como el acto extremo al que el victimario recurre para evitar la sanción social después de haber cometido un asesinato. Casi siempre discrepo de este análisis para casos particulares, pero desde luego, es erróneo como planteamiento general para explicar la conducta suicida de los agresores machistas. Si tuviera que establecer una hipótesis sobre por qué algunos agresores se suicidan tras asesinar a una mujer, me basaría en el hecho que sustenta la violencia machista: la dominación. Casi todos los agresores matan a la mujer después de que ella ha decidido abandonarles. Es la pérdida de control lo que precipita el asesinato, y también el suicidio posterior (Montero, s/f.).

En cuanto a las armas utilizadas, son de variada naturaleza, y se relacionan de manera directa con la causa de la muerte, a saber:

NÚM. DE VÍCTIMAS	CAUSA DE LA MUERTE	ARMAS
17	Apuñalamiento	Cuchillo, Machete
16	Estrangulamiento	Manos, Cuerda, Funda Plástica, Cable
9	Disparo	Arma de Fuego
4	Golpeada hasta Morir	Puños, Objetos
1	Incinerada	Fuego
1	Edema Cerebral	Uso de Barbitúricos
1	Violación	Lesiones de Violación

Figura 1. Elaboración propia siguiendo a La Respuesta Judicial del Femicidio en Ecuador: “Análisis de sentencias judiciales de muertes ocurridas en el 2015” (Fernández, 2017).

La doctora Sandra Andrade Granja, médica legista con veinte y dos años de experiencia en el departamento de medicina legal de Pichincha, señala que, en la práctica de autopsias que realizó en cadáveres de mujeres víctimas de femicidio hasta el año 2018, la mayoría de las heridas fueron ocasionadas por arma blanca, las cuales se localizaron a nivel del tórax, seguido de asfixia por estrangulamiento. Lo que se corrobora con las estadísticas, las formas más utilizadas son: el apuñalamiento y el estrangulamiento, en donde prevalece la diferencia corporal. Estas se caracterizan por ser increíblemente íntimas, puesto que, para apuñalar o estrangular a una persona, el agresor debe estar a una distancia mínima o muy cerca de la víctima para cometer el delito.

En el citado volumen II del libro la Respuesta Judicial del Femicidio de 2017 publicado en el año 2018, se prescribe que en un 48%, la manera más utilizada para matar fue el apuñalamiento con al menos de 10 a 35 heridas corto punzantes, seguido de la asfixia por estrangulamiento, como consta en el siguiente cuadro:

NÚM. DE VÍCTIMAS	CAUSA DE LA MUERTE	ARMAS
23	Apuñalamiento	Cuchillo, Puñal, Machete, vidrio, sierra, varilla
15	Estrangulamiento	Manos, Cuerda, Correa, Pañuelo, Collar,
5	Golpe	Puños, Objetos
3	Disparo	Arma de fuego

Figura 2. Fuente: Elaboración propia siguiendo a La Respuesta Judicial del Femicidio en Ecuador: “Análisis de sentencias judiciales de muertes ocurridas en el 2016”, volumen II, octubre 2018.

El Instituto Nacional de Estadística y Censo (INEC), a través de su página web, democratiza las estadísticas e informa que, desde enero a octubre del año 2017, ocurrieron 91 femicidios, de los cuales: el 28,3% ocurrió en el domicilio familiar; el 26,2% en el domicilio de la víctima;

el 5,7% en el domicilio del victimario; el 4,5% en otro domicilio; y el 34,8% en otros (lotes baldíos, estadios, vía pública, etc.). El 34% de las víctimas tenía una relación de convivencia con el victimario, de los cuales el 76,2% fueron procesados. Por otra parte, se registraron 41 femicidios de enero a julio de 2018 y 32 femicidios de enero a julio de 2019.

Bajo la denominación “Indicios clave dentro de la investigación”, el ya citado *Protocolo de Actuación para la Investigación del Femicidio*, publicado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Fiscalía General de la República de El Salvador en el año 2012 (OACNUDH, 2012), presentan la relación directa entre los niveles lesivos de violencia y los indicios que se encuentran en cada uno de ellos, los cuales permiten verificar el llamado síndrome de la mujer maltratada, el cual puede conducir a desenlaces femicidas de las relaciones de pareja o exparejas. En el siguiente cuadro se grafica esta información junto con la encontrada en el *Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (femicidio/femicidio)* (OACNUDH, s/f), con la finalidad de identificar los indicios en los femicidios, para posteriormente –en el mismo documento– aproximar el tipo de pericia a practicar a la víctima, al agresor y a la escena del crimen.

NIVEL LESIVOS DE VIOLENCIA	INDICIOS	PERICIA/ ANÁLISIS
Primer Nivel	<ul style="list-style-type: none"> - Agresión verbal - Lesiones físicas de intensidad leve o levisima: por lo general, hematomas en cabeza, equimosis en cara, brazos y tórax (golpes aislados). 	<ul style="list-style-type: none"> - Expediente clínico en hospitales o centros de salud gubernamentales o privados si la víctima acudió a consulta médica por un acto que se presume violento.
Segundo Nivel Corresponde a la etapa de forcejeo	<ul style="list-style-type: none"> - Lesiones que van de leves a moderadas y consisten en hematomas, equimosis, edemas, excoiraciones, estigmas ungueales, arrancamiento de cabello; todas de mayor magnitud en cabeza, cara, tórax y brazos. Su ubicación anatómica es arriba de la cintura y puede haber lesiones características de sujeción y sometimiento. - Las ropas de la víctima están fuera de lugar y presentan desgarros. 	<ul style="list-style-type: none"> - Además del indicado para el nivel lesivo de violencia anterior, se precisará el estudio de las prendas de vestir para identificar desgarros textiles, manchas con sustancias químicas o colorantes; se considerará la talla de la víctima con la talla de las prendas de vestir. -Recetas médicas con prescripción de medicina para dolencias de golpes o hematomas, o para dormir.
Tercer Nivel o Nivel Crítico Se relaciona con maniobras de forcejeo y lucha	<ul style="list-style-type: none"> - Se presentan todos los indicios señalados en los niveles uno y dos, pero son de mayor magnitud. Van desde esguinces, luxaciones, fracturas, hasta heridas cortantes, punzantes, punzocortantes, corto contundentes. - La agresión es generalmente armada y puede incluir disparos por proyectil de arma de fuego. El agente vulnerador incide con la intención de causar daño grave. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se presencian las periciales de los niveles lesivos de violencia inmediatamente anteriores. Además de una inspección a todo el inmueble de la vivienda para verificar fractura en vidrios de ventanas, destrucción de seguridades de las puertas, impactos de objetos contundentes en paredes, ausencia de línea telefónica fija. -Destrucción de enseres -Localización de armas

<p>Cuarto Nivel Forcejeo, lucha y defensa (Casos de feminicidio)</p>	<p>VICTIMA VIVA:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Se presentan todos los indicios de los niveles anteriores más lesiones de gran magnitud, que, por su ubicación anatómica, traen consecuencias inmediatas; tienen la intención de causar la muerte. -Se observan lesiones características de defensa, como equimosis, excoriaciones, heridas cortantes, heridas por contusión y corto contundentes en manos (por sus caras palmares y dorsales), en antebrazos, brazos y tórax posterior, que pueden darse durante maniobras instintivas que, en el momento crítico, lleva a cabo la víctima al tratar de evitar que el agente vulnerador incida en órganos vitales. 	<p>AGRESOR:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Inspección corporal e intervención en el cuerpo del probable responsable, con el fin de identificar lesiones, huellas, ropa manchada con sangre u objetos que puedan estar relacionados con el hecho delictivo. - Tomas de muestras para estudios toxicológicos, de enfermedades de transmisión sexual, enfermedades terminales, entre otros.
	<p>VÍCTIMA FALLECIDA:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Además de los anteriores que puedan ser aplicables, el cadáver (indicio principal). - Armas de fuego, elementos balísticos, objetos punzantes, cortantes, punzocortantes, punzopunzantes, contundentes, cortocontundentes, otros posibles agentes vulnerables. - Agentes utilizados para inmovilizar, agentes utilizados para oclusión de boca y nariz, agentes constrictores, huellas: Digitales / Palmares / Plantares / Labiales / Calzado / Neumáticos. - Vehículos (enlace) - Artefactos de carácter erótico sexual - Elementos pilosos (cabellos, pelos), fibras - Ropas - Rastro de semen y de sangre - Posibles sustancias tóxicas - Aceleradores de combustión - Narcóticos - Documentos - Objetos personales de la víctima - Otros objetos relacionados - Teléfonos celulares 	<p>VÍCTIMA:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Informe a los centros de atención gubernamentales o no gubernamentales para indagar si la víctima acudió o no a solicitar ayuda; si poseía el botón de auxilio; si presentó denuncia previa. - Solicitar al personal forense que verifique si el cadáver presenta evidencias de lesiones antiguas, como cicatrices, si presenta signos o indicios criminalísticos de maltrato crónico anterior a su muerte (búsqueda del síndrome de mujer maltratada-niveles lesivos de violencia), así como un detalle minucioso de heridas que causaron la muerte. - Tomas de muestras para estudios de: toxicología, de enfermedades de transmisión sexual, así como posibles embarazos, entre otros.

	<ul style="list-style-type: none"> - Videograbadoras - Claves de acceso a banca electrónica, redes sociales, correos, etc. 	<ul style="list-style-type: none"> - Solicitar la elaboración de la autopsia psicológica, que servirá para determinar en forma retrospectiva, mediante trabajo de campo e interrogatorio indirecto; el tipo de personalidad de la víctima, su comportamiento; y, entorno, a fin de identificar si la occisa presentaba el Síndrome de Indefensión Aprendida o Síndrome de Estocolmo, que se describe como un vínculo interpersonal traumático-afectivo entre la víctima y su agresor. Se presenta en mujeres sometidas a abuso por parte de sus compañeros sentimentales, y se basa en la idea de que la víctima niega la parte violenta del comportamiento de su agresor, a la vez que mantiene un vínculo afectivo dependiente, situación que le impide reaccionar para defenderse. (OACNUDH, 2012, p. 41)
--	--	---

Figura 3. Elaboración propia siguiendo Protocolo de actuación para la investigación del feminicidio, publicado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Fiscalía General de la República de El Salvador en el año 2012, (OACNUDH, 2012) y Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (feminicidio/ feminicidio) (OACNUDH, s/f) y de Apuntes de la autora.

La intervención del perito en criminalística y de otros profesionales, tiene por objeto realizar un minucioso estudio y análisis del lugar de los hechos y del hallazgo, así como de los indicios y evidencias que en este se encuentren. Esto, con el fin de obtener datos relevantes que ayuden a reconstruir el hecho que se investiga, así como descubrir la verdad histórica del mismo, evitando siempre la contaminación de la escena; en especial en los casos de feminicidio donde víctima y agresor conviven. Algunos –por no decir todos– los indicios hallados en los objetos que se encuentran en la escena del crimen tienen huellas y rastros biológicos que, incluso sobre el cadáver de la víctima, se pueden encontrar.

Para el tratamiento de la escena del crimen en el Ecuador, la Resolución No. 073-FGE-2014, consagra los Manuales, Protocolos, Instructivos y Formatos del Sistema Especializado Integral de Investigación Medicina Legal y Ciencias Forenses, publicada con fecha 25 de agosto de 2014. Si bien no se establece un instrumento particular para los casos de feminicidio, se puede destacar el “Instructivo para la Aplicación del Protocolo para Peritajes Forenses de Infracciones Penales Relacionadas con Violencia Intrafamiliar, Delitos Sexuales y Lesiones, cuando la Vida de la Víctima no Corre Riesgo por las Lesiones”. Como se pudo constatar, tanto en la doctrina, como en los casos documentados, la mayoría de los feminicidios son la consecuencia crítica de violencia intrafamiliar y abusos psicológicos y físicos de la pareja que se han prolongado en el tiempo.

En este sentido, el instructivo tiene como punto de origen el reconocimiento por parte del Estado ecuatoriano de que las víctimas de este tipo de delitos tienen una condición de vulnerabilidad extrema. Así, todas las instituciones y operadores(as) de justicia y salud deben entender que el trato a ellas implica una triple atención: la forense, la clínica y la de protección especializada. De igual forma, reconociendo la función del perito forense que,

Lejos de constituir una simple rutina de inspección constituye el punto inicial de la garantía de no revictimización de las víctimas y una herramienta privilegiada del proceso judicial. Es el (la) perito forense el responsable de dirigir y ejecutar un procedimiento investigativo conforme a los derechos de las víctimas, asegurando que el informe pericial sea referido a los fiscales de causa cumpliendo con las normas procesales y asegurando que las víctimas sean referidas a las unidades de salud pública, las que deberán continuar con el seguimiento clínico que asegure su remisión y cuidado idóneo (Instructivo, 2014, p. 119)

En la escena del crimen de femicidio, la intervención de los técnicos de Inspección Ocular y de los investigadores debe ser distinta para no cometer una revictimización *post mortem* que afecte a sus familiares directos.

Resulta de vital importancia que, la muerte de mujeres, en estas circunstancias, sea calificada como femicidio, de conformidad con el citado artículo 141 del COIP. Lo dicho, ha ocurrido en los casos que se señalan a continuación:

FECHA DE HECHO / FECHA DE SENTENCIA	VÍCTIMA / EDAD	#ACUSADOS-ABSUELTOS/PARENTESCO	T.G.P. (TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES)- PROVINCIA / NO. PROCESO
14/02/2015 11/09/2015	Rosa E.N.B / 35	1 acusado / pareja	TGP de Cañar / 03281-2015-00112
27/03/2015 18/11/2015	Tatiana M. H. B. /29	1 acusado / cónyuge	TGP de Santo Domingo de los Tsáchilas / 23281-2015-00904
5/04/2015 16/09/2015	Gladys J. Z. Z / 24	1 acusado / cónyuge	TGP de Manabí / 13282-2015-00037
19/04/2015 08/04/2016	Diana E.T.A / 26	1 acusado / ex pareja	TGP de Pichincha / 17282-2015-01759
20/05/2015 06/04/2016	Alexandra P.M.O /sd	1 acusado / ex pareja	TGP de Orellana / 22252-2015-00298
17/05/2015 05/05/2016	María R.G.Y/sd	1 acusado / ex pareja	TGP de Pichincha / 17282-2015-02175
20/05/2015 23/11/2015	Margarita C.Y /sd	1 acusado / expareja	TGP de Orellana / 22251-2015-00199
26/05/2015 24/05/2016	Patricia M.T.M /21	1 acusado / cónyuge	TGP de Guayas / 09281-2015-03445
27/05/2015 20/02/2016	Gloria E.R.A / 34	1 acusado / cónyuge	TGP de Sucumbíos / 21283-2015-00154

26/06/2015 24/03/2016	Josselyn A.L.G /18	1 acusado/ ex pareja	TGP de Pichincha / 17282-2015-02871
03/07/2015 11/12/2015	Érika K.Y.LI / 20	1 acusado /pareja	TGP de Pichincha / 17292-2015-00237
13/07/2015 15/12/2015 28/01/2016	Rosa E.M.Y / 20	1 acusado / cónyuge	TGP de Chimborazo / 06333-2015- 00277 Sala Penal Chimborazo
08/08/2015 18/12/2015	G.R.T.A / 16	2 acusados / padrastro y Pareja	TGP de Pichincha / 17282-2015-03493
15/08/2015 18/12/2015	Cristina M.A.M / 28	1 acusado / Cónyuge	TGP de Pichincha / 17282-2015-03587
11/09/2015 17/02/2016	Lorena C.P.S / 18	1 acusado / ex pareja	TGP de Tungurahua / 18335-2015-00184
28/09/2015 03/03/2016	Gloria M.CHA / sd	1 acusado / cónyuge	TGP de Orellana / 22252-2015-00315
29/10/2015 13/10/2016	Martha B.D.A / 22	1 acusado /ex pareja	TGP de Guayas / 09267-2015-00505
27/12/2015 06/01/2017	Luisa I.Q.G / 41	1 acusado / esposo	TGP de Guayas / 09287-2015-02022
29/10/2015 25/10/2016	Teresa A.PR / 68	1 acusado/ esposo	TGP en Los Ríos / 12333-2015-00996
23/12/2014 30/09/2016	Jenit María M./	1 acusado/esposo	TGP en Sucumbíos / 21282-2015-00660
09/09/2016 03/03/2017	Maira Liliana G.M./ 34	1 acusado/esposo	TGP en Sucumbíos / 21282-2016-01420
08/03/2017 10/08/2017	Marianela Isabel R.F.	1 acusado/pareja	TGP en Sucumbíos / 18282-2017-00406

Figura 4. Siguiendo a La Respuesta Judicial del Femicidio en Ecuador: “Análisis de sentencias judiciales de muertes ocurridas en el 2015” (Fernández, 2017) y Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE)

En procesos legales por tentativa de femicidio, la fiscalía sustenta su acusación en pruebas como: testimonio de la víctima, testimonio de los agentes investigadores, informe ocular técnico, examen médico legal, informe pericial de reconocimiento del lugar de los hechos, extracción de videos, entre otros.

Con fecha 18 de marzo de 2019, el Tribunal de Garantías Penales de Loja dictó sentencia máxima de 40 años de privación de libertad, en concurso real de infracciones por un delito de femicidio ocurrido el 29 de abril de 2018, cuando Joe Michael B.G., de 23 años, estranguló a su pareja Jackeline Elizabeth R.Q., de 21 años. Luego de cometer el delito, asesinó al hijo de dos años que tenía la joven. Entre las pruebas que fueron presentadas están: la autopsia médico legal; la autopsia psicológica forense; la valoración del entorno y del contexto social de la madre y del

niño, el cual demostraba una relación de poder desigual y un círculo de violencia, así como el adultocentrismo del que fue víctima el infante, quien percibía las consecuencias de la violencia intrafamiliar; un informe pericial de identidad morfológica y fisonómica, que determinó que, previo al día y hora de los hechos, las víctimas no presentaban signos visibles de violencia física en su cuerpo. En todos estos casos, la fiscalía se respalda en el testimonio de las personas que, de alguna manera, participaron en la investigación desde el levantamiento del cadáver.

4. Conclusiones

Esta investigación se ha centrado en el estudio de la escena del crimen de femicidio, en cuyo lugar se produce la muerte violenta de una mujer por razones de género. Este hecho usualmente se comete en el domicilio donde cohabitaban víctima y victimario o en el domicilio de uno de ellos. Este debe ser tratado con cautela y profesionalismo para que la preservación y colección de los indicios no se vea contaminada o que dicha escena del delito no sea manipulada por el autor.

Si bien le corresponde al Estado, en su rol de garante, investigar y sancionar cualquier acción u omisión que atente contra la vida de una persona, en los casos de femicidio las consecuencias sociales que se generan son particularmente grandes y profundas. No solamente se está ante una situación en la que una mujer pierde la vida, sino que la pierde en manos de una persona con quien convivía, ya sea su pareja, ex pareja o cónyuge, con quien, en la mayoría de los casos y conforme a las estadísticas en el Ecuador, tenía hijos; es decir, son situaciones que aquejan a los cimientos de la sociedad.

Desde esta perspectiva, corresponderá al Estado ecuatoriano el diseño y puesta en marcha no solo de protocolos de investigación específicos para los casos de femicidios (en cuyos procedimientos actúan técnicos de criminalística, inspección ocular, investigadores de delitos contra la vida, peritos, forenses de diferentes disciplinas, etc.), sino también la formación de profesionales con perspectivas de género. Esto, para que se puedan identificar patrones de conducta que tienen lugar en dichas escenas del crimen y poder visualizar desde ese ámbito indicios derivados de un hecho violento que arrebató la vida a una mujer.

Es a partir tanto de la noticia *críminis* como de la actuación policial en la escena del crimen de femicidio, donde debe estructurarse la teoría del caso conforme a dimensiones analíticas, hipótesis fácticas, jurídicas y probatorias, por lo que las primeras intervenciones son de suma importancia. La Fiscalía y la Defensoría Pública han definido procedimientos para estos casos. El Consejo de la Judicatura también ha emitido una guía para que la administración de justicia pueda darse, considerando estándares con perspectiva de género.

También deben establecerse formatos específicos para: precautelar el levantamiento del cadáver por femicidio, realizar el informe policial, el informe de inspección ocular técnico, el protocolo de autopsia y los peritajes específicos, los cuales permitirán incluir de forma minuciosa cuestiones específicas del delito de femicidio y, así, evitar la utilización de términos o expresiones que conduzcan a un revictimización *post mortem*.

La creación y desarrollo de políticas públicas educativas, de prevención y concientización sobre violencia de género y su erradicación en las futuras generaciones incluye a las personas que son asignadas para investigar este delito. En consecuencia, resulta necesario e inminente la revisión de las mallas curriculares en las escuelas de formación y especialización policial.

Referencias bibliográficas

- Aguilar, R. (2019). Diferencias entre feminicidios precedidos y no precedidos por la separación de la pareja. *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 6, núm. 17. Recuperado de: www.criminologia.net
- ANDAR – Agencia de Noticias. (2019). 259 Muertas por *Violencia Machista. Difunden las cifras de femicidios* registrados en 2018. Recuperado de: <http://www.andaragencia.org/>
- Buitrago, W. / Téllez, R. (2014). La manipulación de la escena del delito, valoración y exclusión probatoria. *Via Inveniendi et Iudicandi*, vol. 9, núm. 2. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2014.0002.03>
- Contreras, L. (2014). Factores de riesgo de homicidio de la mujer en la relación de pareja. *Universitas Psychologica*, vol. 13, núm. 2. <https://doi.org/10.11144/javeriana.upsy13-2.fehn>
- Di Tullio, A. (2018). ¿Más derechos implican más libertad? Algunas reflexiones a partir del aumento de la violencia y los feminicidios en Argentina. *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, núm. 22. <https://doi.org/10.1344/astrolabio2018.22.19>
- García, J. / Franco, J.A. (2018). El feminicidio en Bogotá, una mirada desde el abordaje médico-legal. *Cuadernos de Medicina Forense*, Málaga, vol. 24, núm. 1-2, pp. 27-34.
- Goyas, L. / Zambrano, S. P. / Cabanes, I. (2018). Violencia contra la mujer y regulación jurídica del feminicidio en Ecuador. *Dike Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 129, año 12, núm. 23, abril-septiembre. <https://doi.org/10.32399/rdk.12.23.634>
- Lucas, C. (2014). *Un nuevo término en la RAE: "Femicidio"*. Recuperado de: <https://confidencial.com.ni/archivos/articulo/17309/un-nuevo-termino-en-la-rae-039-femicidio-039>
- Montero, A. *El suicidio machista*. Recuperado de: <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article700>
- Nuñoверо, L. (2017). Más allá del feminicidio de pareja: Victimización de mujeres por homicidio y criminalidad organizada transnacional en el Perú. *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 38, núm. 104, enero-junio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.08>
- Pérez, M. (2018). La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja y los delitos de odio discriminatorio. *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 81. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.006>
- Surace, M. R. (2011). *La importancia de la escena del crimen en el sistema acusatorio. A propósito del derecho penal de acto que rige en el derecho penal argentino*. Derecho y Cambio Social, año 8, núm. 23.
- Villanueva, O. (2011). *Uxoricidio por folie a deux: a propósito de un caso*. Acta Médica Peruana, vol. 28, núm. 4. Recuperado de: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1728-59172011000400009&lng=es&tlng=es.

Convenciones, tratados y conferencias

- Fernández, L. (2017). *La Respuesta Judicial del Femicidio en Ecuador: Análisis de sentencias judiciales de muertes ocurridas en el 2015*. Comisión Ecuménica de Derechos Humanos y Corporación Promoción de la Mujer/Taller Comunicación Mujer. Proyecto Prevención de la violencia contra la mujer, en especial del feminicidio. 2017-2018.

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – OACNUDH (2012). *Protocolo de actuación para la investigación del feminicidio*. Recuperado de: <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2012/07/Protocolo-feminicidios-20042012-FINAL-2.pdf>
- Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) en el marco de la *Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres (S/F). Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf>

Sentencias y resoluciones

- Resolución No. 073-Fge-2014 consagra los Manuales, Protocolos, Instructivos y Formatos del Sistema Especializado Integral de Investigación Medicina Legal y Ciencias Forenses. *Instructivo para la Aplicación del Protocolo para Peritajes Forenses de Infracciones Penales Relacionadas con Violencia Intrafamiliar, Delitos Sexuales y Lesiones, cuando la Vida de la Víctima No Corre Riesgo por las Lesiones*. Suplemento del Registro Oficial N° 318, Lunes 25 de agosto de 2014.

Observaciones, opiniones, recomendaciones, e informes

- Fiscalía General del Estado, Subcomité Técnico de Validación de Femicidios. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gob.ec/conformacion-del-subcomite-tecnico-de-validacion-de-femicidios/>
- TWGCSI / Grupo de Trabajo Técnico en Investigación de la Escena del Crimen. (2000). *Investigación de la Escena del Crimen: Guía para Aplicación de la Ley. Reporte de investigación*. Recuperado de: <http://www.cwagweb.org/wp-content/uploads/2016/08/NIJ-Guia-de-Investigacion-de-la-Escena-del-Delito.pdf>
- INEC / Instituto Nacional de Estadística y Censos (2019). *El Perfil del Femicidio, cifras para evitarlo*. Recuperado de <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/el-perfil-del-femicidio-cifras-para-evitarlo/democratiza>
- INSYDE / Instituto para la Seguridad y la Democracia A.C. (2017). *Protocolo Modelo de Actuación Ministerial para la Atención de Casos de Feminicidio*. México. Recuperado de: <http://www.insyde.org.mx>
- OEA / Organización de los Estados Americanos. (2014). *Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém Do Pará – MESECVI Ecuador: Informe de Implementación de las Recomendaciones del CEVI, Segunda Ronda*. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-I-CE-doc%2034%20esp%20Informe%20Ecuador.pdf>

DE LA CONTRALORÍA HACIA UN TRIBUNAL DE CUENTAS

From the Comptroller General's Office to a Court of Auditors

CARLOS MARCELO NÚÑEZ PÉREZ¹
Universidad San Francisco de Quito, Ecuador

Resumen

En el presente artículo se hará un análisis comparativo entre el actual régimen de funcionamiento, estructura y atribuciones de la Contraloría General del Estado con el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas del Estado presentado por el Contralor Subrogante Pablo Celi. En este proyecto se plantea la posibilidad reestructurar la actual Contraloría General del Estado como un Tribunal de Cuentas conformado como organismo colegiado por siete Ministros Auditores que ejercerán las funciones y competencias del actual Contralor General del Estado. El cambio apunta a la toma de decisiones mediante un mecanismo deliberativo propio de la democracia moderna que, a través del debate reflexivo sustentado en principios normativos y criterios técnicos, sustituya las posibles arbitrariedades que pueden existir cuando la decisión es tomada a criterio de una única persona.

Palabras clave

Contraloría, General, Tribunal, Cuentas, Organismo, Colegiado.

Abstract

In the present article a comparative analysis will be made between the current operating regime, structure and attributions of the Comptroller General's Office of the State with the Organic Law Project of the National Court of Arbiters presented by the Deputy Comptroller Pablo Celi. This project considers the possibility of restructuring the current Comptroller's General's Office as a Court of Auditors formed as a collegial body with seven Audit Ministers who will exercise the functions and powers of the current Comptroller General of the State. The change aims at decision-making through a deliberative mechanism of modern democracy that, through reflective debate based on normative principles and technical criteria, substitutes the possible arbitrariness that may exist when the decision is made at the discretion of a single person.

Keywords

General, Comptroller, Court, Accounts, Organism, Collegiate.

1. Introducción

La necesidad da una auténtica autonomía institucional, la independencia de las funciones del sistema nacional de control público, el garantizar las condiciones profesionales-técnicas y el desarrollo normativo, apoyado en la evolución histórica de su funcionamiento y resultados, ha hecho surgir una propuesta que pretende modernizar el actual sistema de control que tiene la Contraloría General del Estado.

¹ Estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: carlosnupe96@gmail.com



Todo esto, sumado a los últimos escándalos de corrupción en los que se han visto envueltos diferentes servidores públicos han ocasionado una grave crisis de confianza ante las instituciones encargadas del control y fiscalización de los fondos y recursos públicos.

La propuesta, presentada por el contralor subrogante Pablo Celi, en el 2017, se trata de un proyecto que busca transformar la Contraloría en un Tribunal de Cuentas. En esta, se plantea integrar un cuerpo colegiado con siete integrantes. La razón: “los últimos acontecimientos críticos han revelado debilidades [...] de una estructura en la que prevalecen elementos definidos hace 90 años, como [...] la autoridad unipersonal que, en el contexto [...] actual, debe ser superada”, sostiene la Contraloría (El Universo, 2019).

En el presente trabajo pretendemos dar una noción general sobre los principales cambios que propone este proyecto de transformación de la actual Contraloría General del Estado. Para lo cual, primero, vamos a analizar la estructura y funcionamiento de la actual Contraloría; y, segundo, analizar los principales cambios que se pretenden alcanzar con el proyecto presentado. Para esto, utilizaremos como referencia la propuesta de Proyecto del Tribunal de Cuentas presentada por el Dr. Pablo Celi de la Torre, actual Contralor General del Estado².

2. La actual Contraloría General del Estado de acuerdo la Constitución del 2008 y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

La Constitución, en el Título IV: Participación Y Organización Del Poder, Capítulo Quinto: Función de Transparencia y Control Social, Sección tercera, en su artículo 211 nos menciona la función que cumple la Contraloría. Se menciona:

Art. 211.- La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (en adelante LOCGE), en el artículo 29, señala las funciones que realiza este órgano de control de forma más clara y precisa. La Contraloría General del Estado, como Organismo Técnico Superior de Control, es una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigida y representada legalmente por el Contralor General.

Según el artículo primero de la LOCGE, el objeto de esta ley es establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado. Además de regular su funcionamiento con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de los objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.

2.1. Ámbito de control y aplicación de normas de la Contraloría General del Estado

En el artículo 2 de la LOCGE se establece que el ámbito de aplicación de esta ley rige para las instituciones del sector público determinadas en los artículos 225, 315 de la Constitución; y, a las personas jurídicas de derecho privado previstas en el artículo 211 del mismo cuerpo normativo. Al respecto, el artículo 225 de la Constitución indica que el sector público comprende:

² Pablo Celi de la Torre, es Doctor en Filosofía, Doctor en Relaciones Internacionales, tiene un Diplomado en Desarrollo de Políticas de Defensa y Administración de Recursos, es también Licenciado en Sociología y Ciencias Políticas. En su experiencia laboral, fue Subdirector del Consejo de Defensa Suramericano – UNASUR en 2014, Subcontralor General del Estado en 2016, y desde el 2017 se desempeña como Contralor General del Estado, subrogante.

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Respecto de las personas jurídicas de derecho privado previstas en el artículo 211 de la Constitución, únicamente se hace referencia a “personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”. Sin embargo, la LOCGE, en el artículo 3, nos da una mejor noción de estas, al disponer que los recursos públicos no pierden esta calidad por el hecho de ser administrados por “corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución”.

2.2. Dirección de la Contraloría

A la cabeza de la dirección de la Contraloría General del Estado, encontramos al Contralor y Subcontralor. El Contralor General del Estado es la máxima autoridad de control gubernamental y auditoría de la gestión pública. Actúa conforme las atribuciones que la Constitución Política de la República y las leyes le confieren (LOCGE, 2002, art. 32), las cuales se revisarán en el punto 2.4.

Por su parte, el Subcontralor General del Estado será designado por el Contralor General. Reunirá los mismos requisitos y tendrá las mismas prohibiciones legales. Desempeñará las funciones que establezca el Reglamento Orgánico Funcional de la Institución y aquellas que le sean delegadas por el Contralor General. Por último, subrogará al Contralor General en caso de ausencia temporal o definitiva, hasta la designación del nuevo titular (LOCGE, 2002, art. 33).

2.3. Forma de elección de Contralor General del Estado

La Constitución de la República en su artículo 208 prescribe que la facultad para designar a la primera autoridad de la Contraloría General del Estado la tendrá el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el cual es el organismo encargado de promover la participación ciudadana, impulsar y establecer mecanismos de control social en los asuntos de interés público y designar a las autoridades que le correspondan de acuerdo con la constitución y la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 207).

Para la designación del Contralor General, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social debe implementar un proceso de selección por concurso de oposición y méritos. Escogerá a quien obtenga la mejor puntuación e informará a la Asamblea Nacional para la posesión respectiva (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 210).

Dentro del reglamento, para el concurso de méritos para la selección del Contralor General del Estado, se establecen:

[...] las atribuciones del CPCCS, los requisitos y prohibiciones para postularse a Contralor, el procedimiento para realizar el concurso público de oposición y mérito, la forma en que se realiza el puntaje y la valoración de los méritos de los candidatos, el procedimiento para el concurso de oposición, la forma de calificar y asignar los mejores puntajes, el proceso de impugnación ciudadana y, finalmente, la designación del Contralor (Restrepo y Purón, 2014, p.37)

2.4. Funciones y atribuciones de la Contraloría General del Estado

En el artículo 212 de la Constitución de la República se menciona que son funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley, las siguientes:

1. Dirigir el sistema de control administrativo [...].
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal [...].
3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.
4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.

Así mismo la LOCGE, en su artículo 31, señala un largo listado con las diferentes funciones y atribuciones que tiene la Contraloría, además de las establecidas en la Constitución. Entre las principales encontramos:

1. Practicar auditoría externa, en cualquiera de sus clases o modalidades, por sí o mediante la utilización de compañías privadas de auditoría, a todas las instituciones del Estado, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado, con recursos públicos.
2. Examinar los gastos, inversiones, utilización, administración y custodia de recursos públicos.
3. Identificar y evaluar los procedimientos internos de prevención contra actos de corrupción en las entidades sujetas a su control.
4. Exigir y examinar las declaraciones patrimoniales juramentadas e investigar los casos en que se presume enriquecimiento ilícito.
5. Actuar coordinadamente con el Ministerio Público para iniciar y proseguir los juicios penales, relacionados con delitos en el manejo de los recursos públicos.
6. Asesorar obligatoriamente a las instituciones del Estado, y a las personas jurídicas de derecho privado sometidas a su control, a petición de éstas, sin que la asesoría implique vinculación en la toma de decisiones.
7. Auditar todo financiamiento internacional otorgado a favor de las instituciones del Estado, con arreglo a las normas de auditoría de la Contraloría General del Estado y de las de la entidad financiadora.
8. Ejercer la coactiva para la recaudación de sus propios créditos; y, de las instituciones y empresas que no tengan capacidad legal para ejercer la coactiva.

2.5. Determinación de responsabilidades

Dentro de las principales facultades con las que cuenta la Contraloría General del Estado están la determinación de responsabilidades. Estas son de tres clases: Responsabilidad Administrativa Culposa; Responsabilidad Civil Culposa; e Indicios de Responsabilidad Penal.

Sin embargo, como pasaremos a analizar más adelante, esta facultad de determinación de responsabilidades de la actual Contraloría General del Estado no sufre cambio alguno con el nuevo esquema presentado. Todas se mantienen igual, salvo por ciertas modificaciones en el régimen de impugnación administrativa de las mismas.

En un primer instante, existe la presunción de legitimidad de las operaciones y actividades realizadas por las instituciones del Estado y los servidores que están sujetos a la fiscalización por parte de la Contraloría General del Estado, asumiendo que estas han:

[...] emanado de una autoridad competente, legalmente investida como tal, que reúna en sí los requisitos necesarios para que sean posibles las consecuencias jurídicas que le son propias [...]. La regularidad de su contenido es presumible cuando en su dictación se han observado los requisitos formales previstos por el orden jurídico preestablecido, sometiéndose al proceso de formación que para los actos administrativos consultan las fuentes normativas superiores (Mandariaga, 1993, p. 108)

Esta presunción de legitimidad se mantendrá a menos que, como consecuencia de la auditoría gubernamental, se declare lo contrario, conforme al artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

2.5.1. Responsabilidad administrativa culposa

De acuerdo con el artículo 45 de lo LOCGE, la responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado se establecerá con base al análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales y del incumplimiento de atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de estipulaciones contractuales.

Lo que se persigue mediante la imposición de este tipo de responsabilidad es “asegurar una actuación administrativa correcta que permita poner de manifiesto, en su caso, al autor causante del daño y que contribuya a evitar la repetición de actuaciones análogas” (Fortes, 2014, p. 11).

Las autoridades, dignatarios, funcionarios o servidores de las instituciones del Estado incurrir en responsabilidad administrativa culposa, por acción u omisión, cuando se encuentren comprendidos en una o más de las causales siguientes:

1. No establecer ni aplicar indicadores de gestión y medidas de desempeño para evaluar la gestión institucional o sectorial y el rendimiento individual de sus servidores
2. Cometer abuso en el ejercicio de su cargo
3. Permitir la violación de la ley
4. Exigir o recibir dinero, premios o recompensas, por cumplir sus funciones con prontitud o preferencia
5. No establecer o no aplicar los subsistemas de determinación y recaudación, presupuesto, tesorería, crédito público y contabilidad gubernamental
6. No establecer o no aplicar los subsistemas de control interno y control externo
7. No establecer o no aplica los sistemas de planificación, administración de bienes y servicios, inversiones públicas, administración de recursos humanos, de gestión financiera y de información
8. Contraer compromisos y obligaciones por cuenta de la institución del Estado... en contravención con las normas respectivas y sin sujetarse a los dictámenes de la ley...
9. No tomar inmediatamente acciones correctivas necesarias en conocimiento del informe del auditor interno o externo
10. No proporcionar oportunamente la información pertinente o no prestar la colaboración requerida a los auditores gubernamentales...
11. Incurrir en ilegal determinación o recaudación de los ingresos del Gobierno Central, y demás instituciones del Estado
12. No efectuar el ingreso oportuno de cualquier recurso financiero recibido
13. Disponer o ejecutar, sin tener atribución, el cambio de planes, programas y estipulaciones relativas a la ejecución de los contratos

14. Las demás previstas en otras normas y disposiciones legales vigentes (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Artículo 45).

2.5.1.1. Recursos

La Contraloría General del Estado, antes de imponer la sanción de destitución, notifica al implicado sobre la desviación detectada y le concede un plazo de treinta días para que ejerza su defensa. Vencido este plazo, el Contralor General emite su resolución dentro del plazo de sesenta días (LOCGE, 2002, art. 48).

El artículo 49 de LOCGE dispone que las decisiones que impusieren sanción de destitución, son definitivas en la vía administrativa. Pero, podrán impugnarse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo dentro del término de treinta días contado desde el día siguiente al de la notificación con la decisión de la sanción (LOCGE, 2002, art. 49).

La imposición la de las multas previstas en la LOCGE y en las demás leyes, la destitución del cargo, o las dos sanciones impuestas a la vez, son impuestas sin perjuicio de la acción penal correspondiente que cupiera de ser el caso (LOCGE, 2002, art. 50).

2.5.2. Responsabilidad civil culposa

El alcance de la responsabilidad civil culposa, de conformidad con el artículo 52 de la LOCGE, nace de una acción u omisión culposa (LOCGE, 2002, art. 52). Es no intencional, pero es sancionada por no tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.

Siguiendo con el artículo en mención, la responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil (LOCGE, 2002, art. 52).

Este tipo de responsabilidad, desde el punto de vista objetivo, se establece en función del perjuicio patrimonial que sufra el Estado, produciéndose la obligación de indemnizar perjuicios que se traducen en una suma de dinero por el daño material causado, el cual se lo cuantifica en el lucro cesante y daño emergente, siendo el primero en términos generales la ganancia o aumento patrimonial que ha impedido tal hecho y el segundo es la disminución patrimonial efectiva sufrida a causa del hecho (Álvarez, Encalada y Jara, p.100)

La responsabilidad civil culposa se determina de forma privativa por la Contraloría General del Estado, es decir que solo esta ostenta esta facultad dentro el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuando por los resultados de la auditoría gubernamental se hubiere determinado que se ha causado perjuicio económico al Estado, como consecuencia de la acción u omisión culposa de los servidores públicos o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado. Siguiendo el artículo 53 de la LOCGE este perjuicio se establecerá de la siguiente forma:

1. Mediante la predeterminación o glosa de responsabilidad civil culposa, [...] concediéndoles el plazo de sesenta días para que las contesten y presenten las pruebas correspondientes. Expirado este plazo, la Contraloría General del Estado expedirá su resolución; y,
2. Mediante órdenes de reintegro, en el caso de pago indebido. [...] la orden de reintegro será expedida por la Contraloría General del Estado y notificada a los sujetos de la responsabilidad, concediéndoles el plazo improrrogable de noventa días para que efectúen el reintegro [...].

2.5.2.1. Plazos de expedición y ejecución coactiva de resoluciones

Las resoluciones en las que se establezca responsabilidad civil culposa deberán ser expedidas dentro del plazo de ciento ochenta días, contado desde el día hábil siguiente al de la notificación de la predeterminación. La resolución puede confirmar o desvanecer la predeterminación de responsabilidad.

El desvanecimiento de la resolución puede ser total o parcial (LOCGE, 2002, art. 56). Siendo que, por el desvanecimiento total el sujeto de control queda libre de toda carga o imposición económica; y con el desvanecimiento parcial, el sujeto de control aún mantiene una carga o gravamen económico, pero disminuido respecto de la resolución original.

La recaudación de los valores a favor de las instituciones del Estado se podrá realizar mediante procesos coactivos. Este proceso será exclusivo de la Contraloría General del Estado, independientemente de que la entidad beneficiaria posea capacidad coactiva propia. Una vez efectuado el pago o recaudada la obligación, los valores respectivos serán transferidos a la Cuenta Única del Tesoro Nacional (LOCGE, 2002, art. 57).

2.5.2.2. Recurso de revisión y acción contencioso-administrativa

De la resolución que confirme la responsabilidad civil culposa cabe recurso de revisión, el cual se interpondrá ante el Contralor General del Estado dentro del plazo de sesenta días contado desde el día siguiente al de la notificación de la resolución original. De la negativa del otorgamiento de la revisión no habrá recurso alguno en la vía administrativa (LOCGE, 2002, art. 61).

El otorgamiento del recurso de revisión tiene como efecto la interrupción de los plazos de caducidad y prescripción, previstos en la LOCGE, y suspenderá los efectos de la resolución original recurrida (LOCGE, 2002, art. 62).

Concedido el recurso de revisión, el Contralor General o su delegado tienen el plazo de sesenta días, contado a partir de dicha notificación, para dictar resolución motivada, en la que confirme, revoque, modifique o sustituya la resolución original revisada (LOCGE, 2002, art. 63).

Luego del fallo del recurso de revisión, una vez agotada completamente la fase administrativa, el sujeto de responsabilidad podrá plantear acción contencioso-administrativa dentro de los sesenta días de haberse fallado dicho recurso de revisión interpuesto ante el Contralor General. Para que se inicie la recaudación o la acción coactiva será necesario que las resoluciones de la Contraloría General del Estado se encuentren ejecutoriadas y en el caso de haberse acudido a la Función Judicial, las sentencias de esta también deberán estar ejecutoriadas (LOCGE, 2002, art. 63).

2.5.3. Responsabilidad penal

Para que un funcionario sea responsable penalmente, su conducta debe estar adecuada a alguno de los diferentes tipos penales establecidos en nuestra legislación. La imputabilidad requerida del funcionario público es pues:

[...] una capacidad personal que debe ser evaluada en cada caso concreto en relación con el hecho cometido.

Esa capacidad personal de motivación, no es otra que la actitud para comprender la antijuridicidad del acto (la desaprobación por parte de la ley penal) y la de dirigirse libremente según esa comprensión.

Una cosa es la capacidad de entender y querer concebida genéricamente y otra muy distinta es la de haber comprendido la desaprobación de por parte de la ley penal y haber querido igualmente el hecho concreto realizado.

En consecuencia, no basta con ser imputable *a priori*, sino que se debe ser imputable en el momento del hecho y respecto del acto concreto (Arroyo, 2001, p.897).

De conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero de 2014, para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

Así entonces, cuando de las actas o informes y, en general, por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado, se establezcan indicios de responsabilidad penal, se procederá de la siguiente manera:

1. El auditor Jefe de Equipo que interviniera en el examen de auditoría, previo visto bueno del supervisor, hará conocer el informe respectivo al Contralor General o a sus delegados, quienes luego de aprobarlo lo remitirán al Ministerio Público, con la evidencia acumulada, el cual ejercerá la acción penal correspondiente de conformidad con lo previsto en el Código [Orgánico Integral Penal] [...].
2. El Fiscal de ser procedente resolverá el inicio de la instrucción en los términos señalados en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal y solicitará al juez las medidas cautelares que considere pertinentes, en defensa de los intereses del Estado [...] (LOCGE, 2002, art. 65).

2.6. Acción contencioso-administrativa

Las resoluciones de la Contraloría General del Estado, que impliquen establecimiento de responsabilidades administrativas y civiles culposas, son susceptibles de impugnación ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Pero no así los informes de auditoría ni las actuaciones que establecieren indicios de responsabilidad penal (LOCGE, 2002, art. 62).

La acción contencioso-administrativa se podrá presentar a partir del día siguiente al de la notificación de la decisión que se impugna. Para la presentación de la demanda y su contestación se observarán los términos y plazos establecidos en la Ley de la materia. Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo citarán con la demanda al Contralor General, o al funcionario de quien provenga el acto, y sustanciarán y resolverán las causas con sujeción a los términos establecidos en la LOCGE y al procedimiento previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LOCGE, 2002, art. 70).

Es importante tener presente que, tal como lo prescribe el artículo 62 de la LOCGE, el interponer recurso de revisión no constituye requisito previo para impugnar una resolución directamente ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

3. Del cuerpo colegiado: principales cambios

El cambio de modelo actual de la Contraloría General del Estado a un cuerpo colegiado se basa principalmente en el “Proyecto De Ley Orgánica Del Tribunal De Cuentas Del Estado” (en adelante PLOTCE). Propuesta presentada por el Contralor General del Estado Subrogante, Dr. Pablo Celi De La Torre.

De acuerdo con este proyecto de ley, el cambio propuesto se basa principalmente en:

La necesidad de un desarrollo normativo que sustente la reforma legal y orgánico funcional de la actual Contraloría General del Estado, se desprende de su propia dinámica, de la experiencia y evaluación de los nudos críticos en su funcionamiento y resultados; de las condiciones de evolución histórica

del organismo técnico de control desde su creación hasta su actual estructura; y de la experiencia internacional y las buenas prácticas logradas en este campo, bajo diversas formas, entre las Entidades Fiscalizadoras Superiores a nivel mundial y regional (PLOTCE, Exposición de motivos).

El cambio apunta a que el sistema de control público asegure la autonomía e independencia en sus funciones, así como las condiciones profesional-técnicas para el ejercicio de sus facultades y atribuciones. Para lo cual, dice el proyecto de ley, es necesario:

[...] proceder a la estructuración de la actual Contraloría General del Estado como Tribunal de Cuentas del Estado, conformado como organismo colegiado integrado por siete Ministros Auditores que ejerzan las funciones y competencias del actual Contralor General del Estado (LOGGE, 2002, art. 48).

De igual manera, se apunta al acercamiento del modelo de control a la realidad normativa existente en el país, la cual es derivativa del derecho continental europeo principalmente. Aspecto que no se tomó en cuenta al haber adoptado un modelo de control unipersonal propio del derecho anglosajón.

[...] El sistema cambiaría luego de 92 años. La Contraloría se creó en 1927, como parte de la modernización estatal impulsada por Isidro Ayora. El mecanismo de una Contraloría unipersonal proviene del sistema norteamericano, mientras que un Tribunal es una tendencia europea, incluso la Unión Europea tiene una entidad de este tipo. En la región, varios países ya operan con este sistema colegiado (El Comercio, 2019).

Para la implementación de esta nueva figura en remplazo de la actual Contraloría General del Estado es necesario cambiar la actual Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado por una Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas del Estado, además de otras normativas conexas.

Podemos decir que las principales reformas que se plantean a la actual Contraloría General del Estado mediante el Proyecto de Ley del Tribunal de Cuentas del Estado están concentradas en 5 ejes.

Primero, el cambio de la figura unipersonal de Contralor General a un organismo técnico colegiado conformado por 7 Ministros Auditores. *Segundo*, la desconcentración de las facultades de emitir informes de auditoría y la imposición de sanciones, que actualmente las concentra el Contralor, en dos salas independientes. *Tercero*, la devolución al Tribunal de Cuentas de la facultad de control previo a la contratación pública, de naturaleza preventiva como sucedía anteriormente con la Contraloría, mediante la emisión de informes previos. *Cuarto*, permitir que Fiscalía inicie el procedimiento penal contra los administradores de los recursos públicos que sin que sea requisito de procedibilidad el informe previo de Contraloría sobre indicios de responsabilidad penal. *Quinto*, la posibilidad de dotar de facultades jurisdiccionales al Tribunal de Cuentas para conocer y resolver recursos contra las resoluciones que tomen sus dos salas, así como las del Pleno del Tribunal.

A continuación, se revisarán estos cinco puntos con mayor detalle.

3.1. Cambio de la figura unipersonal de Contralor General a un organismo técnico colegiado

El proyecto de ley menciona que el cambio de la figura unipersonal de Contralor General a un ente técnico colegiado permitirá que las resoluciones y decisiones se adopten teniendo en cuenta diferentes puntos de vista dentro de un marco más democrático y participativo.

En la práctica, lo que se busca es diseñar un organismo jurídico colectivo para implementar procedimientos coordinados, de deliberaciones y diálogo entre los miembros. Implantando así un modelo democrático que elimine la discrecionalidad que existe en la actualidad” (Contraloría General del Estado, 2018, pp. 146-147)

El cambio en general suena acertado y positivo, sin embargo, hay algunos puntos a tomar en consideración.

Primero, es la forma de designación de los 7 ministros auditores, que en el proyecto se determina de la siguiente manera:

1. Dos designados por la Asamblea Nacional
2. Uno designado por el Presidente de la República
3. Dos por la ciudadanía, designados por concurso público de méritos y oposición
4. Dos funcionarios de carrera, escogidos por concurso interno (PLOTCE, art. 3).

Hay que mencionar también que el periodo de funciones de los Ministros del Tribunal de Cuentas será de 6 años, sin opción a la reelección, y con una renovación parcial del pleno cada 3 años (Contraloría General del Estado, 2018, p.147). Esta forma de elección propuesta a breves rasgos es democrática, pero se puede dar la posibilidad que coincidan, entre los designados, personas con afinidad política o intereses compartidos. Por ejemplo, en el caso de que exista mayoría oficialista en la Asamblea, los designados por esta y por el Presidente responderán a un mismo interés.

Para esto se podría plantear que los Ministros Auditores sean elegidos mediante el voto popular. Sin embargo, se configuraría otro problema. Si el Ejecutivo tiene gran aceptación en la ciudadanía, se podría caer en populismo, pues, los votantes elegirían a aquellos candidatos que el Presidente promueva. Además, al permitir que la ciudadanía conforme el Tribunal de Cuentas, podría elegirse gente con poca experiencia y conocimiento técnico requerido. En fin, habrá que ver si la propuesta se mantiene o si se dan configuraciones en el camino.

Segundo es que surgen dudas acerca de los requisitos que deben cumplir los candidatos para poder ser elegidos miembros del Tribunal de Cuentas. Para poder ser elegido Ministro del Tribunal de Cuentas el PLOTCE no establece cuáles son los requisitos que se deben cumplir. Sin embargo, el proyecto de ley nos menciona casos de inhabilidad para poder conformar el cuerpo colegiado. Estas son:

1. El cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del Presidente o Vicepresidente de la República;
2. Quien hubiere recibido sentencia condenatoria o auto de llamamiento a juicio, por delitos dolosos de acción pública, sancionados con penas privativas de libertad;
3. Quien tenga, o hubiese tenido en los 10 años anteriores a su designación contratos con el Estado [...];
4. Los miembros de la fuerza pública en servicio activo;
5. Quien tenga intereses o represente a terceros que los tuvieren en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas (PLOTCE, art. 4).

Como vemos se menciona un listado de inhabilidades para formar parte del organismo, mas no se dice cuáles son los requisitos que hay que cumplir. ¿Deben ser abogados? ¿Se requiere experiencia previa en el ámbito de labor a cumplir? ¿Si se trata de un tribunal con facultad jurisdiccional, se requerirá los mismos requisitos que para ser jueces? Son algunas de las

preguntas que surgen en un primer momento.

Tercero, si el cambio de la figura unipersonal a un organismo técnico ocasionará que las resoluciones y decisiones tarden más tiempo en tomarse. Como bien se menciona, se procura que las resoluciones finales se tomen en un espacio democrático, pero así mismo, el tiempo en que se llegue a un acuerdo entre todos los miembros del tribunal puede verse alargado por la polarización de opiniones. Lo que ocasionaría la acumulación de tramites dentro del Tribunal de Cuentas, volviéndolo un ente poco eficiente en cuanto a la toma de decisiones.

Cuarto, y en línea con el punto anterior, podría pasar que entre los Ministros Auditores existan acuerdos políticos o personales, lo que afectaría al sistema de control y sanción. Así, como puede presentarse discrepancia de opiniones que retardan la toma de decisiones, también podrían existir acuerdos por intereses entre los miembros del tribunal. Esto afectaría gravemente la finalidad y misión del Tribunal de Cuentas. Entre muchas otras, estas son las cuestiones más importantes que surgen del cambio de figura de control de la actual Contraloría General del Estado.

3.2. Desconcentración de facultades de auditoría, control de informes y determinación de responsabilidades

La desconcentración de la facultad de Auditoría y Control de Informes, y la facultad de Determinación de Responsabilidades, es otro cambio institucional. El Tribunal de Cuentas del Estado tiene las mismas facultades y competencias que la actual Contraloría General del Estado para la Determinación de Responsabilidades. Es decir, determinar Responsabilidad Administrativa Culposa, Civil Culposa e Indicios de Responsabilidad Penal.

El cambio se realizaría mediante la creación de dos salas especializadas: una sala de Auditoría, y otra de Determinación de Responsabilidades. La Sala de Auditoría, como lo dice su nombre, es la encargada del proceso de auditoría, control y aprobación de tramites de informes. Las competencias que esta tiene son:

1. Conocer y resolver acerca de la aprobación de los informes derivados de auditorías y/o exámenes especiales ejecutados por el Tribunal, por las Auditorías Internas y/o por compañías privadas contratadas para el efecto; excepto en los casos que competan al Pleno del Tribunal.
2. Remitir, cuando corresponda, los informes aprobados a la Sala de Determinación de Responsabilidades o al Pleno para el trámite correspondiente.
3. Requerir a las Unidades de Control, informes acerca de la ejecución del Plan Anual de Control y verificar su cumplimiento, sin perjuicio de las competencias que competan al Presidente del Tribunal y al Pleno.
4. Requerir a las Unidades de Control, previamente a la aprobación de los informes de auditorías y/o examen especial respectivos, las aclaraciones que estime necesarias.
5. Proponer al Pleno los ajustes normativos que, respecto del ámbito del control estime necesarias para el cabal cumplimiento de la misión del Tribunal (PLOTCE, art. 10)

La Sala de Determinación de Responsabilidades es la encargada de los procesos de predeterminación, determinación de responsabilidades y recursos de revisión. Sus competencias son:

1. Conocer y resolver acerca de la predeterminación de responsabilidades civiles y/o administrativas derivadas de informes aprobados por la Sala de Auditoría; excepto en los casos que competan al Pleno del Tribunal.
2. Remitir, cuando corresponda, los recursos de revisión respecto de sanciones administrativas

- y/o civiles al Pleno para el trámite correspondiente.
3. Requerir a las Unidades de Control, predeterminación, determinación y/o revisión, las aclaraciones que estime necesarias, previamente a la adopción de las resoluciones que le competen.
 4. Proponer al Pleno los ajustes normativos que, respecto del ámbito del juzgamiento, estime necesarias para el cabal cumplimiento de la misión del Tribunal (PLOTCE, art.11)

Lo que se busca es que la misma persona que aprueba los informes de la auditoría gubernamental, no sea quien imponga y determine responsabilidades respecto de dichos informes. Esto ocurre con la Contraloría actual. El Contralor es juez y parte a la vez.

Sin embargo, el mismo proyecto de ley establece como atribuciones del Pleno del Tribunal el conocer y resolver como última instancia los recursos impuestos contra las disposiciones y actos adoptados por el resto de órganos del tribunal. Con lo que, de cualquier manera, los mismos miembros que aprobaron el informe de auditoría tendrán la capacidad de juzgar sobre lo aprobado.

De conformidad con lo establecido en el artículo 8 del PLOTCE, el Pleno del Tribunal de Cuentas representa la máxima instancia de control de los recursos públicos. En tal virtud, ejerce, entre otras, las siguientes atribuciones:

1. Aprobar el Plan Anual de Control.
2. Conocer y resolver acerca de la aprobación de los informes derivados de auditorías y/o exámenes especiales ejecutados por el Tribunal, por las Auditorías Internas y/o por compañías privadas contratadas para el efecto.
3. Conocer y resolver acerca de la predeterminación de responsabilidades civiles y/o administrativas derivadas de informes aprobados.
4. Ejercer la función fiscalizadora en las instituciones del Estado, respecto del uso y administración de los recursos públicos.
5. Establecer la existencia de indicios de responsabilidades penales, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y/o civiles a que haya lugar.
6. Resolver, como instancia final, los recursos de revisión contra las disposiciones y actos adoptados por el resto de los órganos del Tribunal en el ejercicio de funciones de control o en materia de personal; así como los recursos extraordinarios de revisión que, respecto de sus propias actuaciones se interpongan.
7. Evaluar los costos de los estudios, prestación de servicios, adquisición de bienes y construcción de obras de las instituciones del Estado; así como los resultados de consultorías, asesorías y transferencia de tecnología, nacional e internacional, cuando las mismas signifiquen egresos de recursos públicos.
8. Juzgar y examinar los gastos especiales destinados a la seguridad nacional
9. Controlar, en forma previa a la suscripción de los instrumentos correspondientes, la legalidad de los procesos en los cuales el Estado delegue o concesione la gestión en áreas estratégicas.
10. Conocer y resolver acerca de la excusa o recusación de uno o más de sus miembros. (PLOTCE, art. 8)

3.3. Control previo a la contratación pública

Otro cambio importante que se plantea, aunque no visto tanto como un cambio sino como una recuperación de atribuciones, es la facultad del tribunal de ejercer control previo a la contratación pública. Se menciona en la exposición de motivos del Proyecto de Ley que:

Será necesario, también, devolver al órgano de control la facultad de control previo, de naturaleza preventiva, mediante la emisión de informes previos a la contratación pública; y en concordancia con esta atribución, restablecer el Registro de Contratistas Incumplidos bajo la responsabilidad del órgano de control. (PLOTCE, Exposición de motivos)

Esta propuesta se ve sustentada en que limitar las funciones de control a hechos ya consumados, y no a los resultados perjudiciales futuros por una mala práctica administrativa, reduce la eficacia de la Contraloría.

Esta facultad de control previo planea acompañar en los procesos, prever condiciones adversas y contrataciones deficientes mediante la emisión de informes previos a la contratación pública, llevar un listado de los contratistas incumplidos, y conservar una memoria histórica administrativa para un futuro buen uso de los recursos públicos (Contraloría General del Estado, 2018, pp. 166-167)

Pese a que es mencionada esta facultad en la exposición de motivos, no existe ningún artículo en el documento que la recoja y desarrolle su legislación específica, lo cual es un hecho muy curioso. La intención es buena desde cualquier punto de vista, pero de cualquier forma habrá que ver cuánto de la teoría se cumple en la práctica.

3.4. Informe Previo de Contraloría Sobre Indicios de Responsabilidad Penal

El cuarto punto que mencionamos es que se permita a la Fiscalía iniciar el procedimiento penal contra los administradores de los recursos públicos sin que sea requisito de procedibilidad el informe previo de Contraloría sobre indicios de responsabilidad penal.

En el artículo 47 del PLOTCE se menciona que, cuando en la ejecución de las auditorías gubernamentales se establezcan indicios de responsabilidad penal, sin tener que esperar la conclusión de la acción de control, se procederá a la emisión de un informe independiente con los hechos que generan tales indicios. El proceso a seguir sería:

1. Notificación con el inicio de la acción de control, comunicando los resultados provisionales y efectuado una conferencia a los funcionarios, ex funcionarios, administradores o ex administradores de los recursos públicos [...],
2. Cuando en criterio del equipo auditor existan hechos que constituyan indicios de responsabilidad penal por delitos flagrantes o cuyas evidencias puedan desaparecer, sin perjuicio del cumplimiento posterior de lo previsto en el inciso que antecede, éstos hechos serán inmediatamente comunicados a la Fiscalía General del Estado para que ejerza esta la acción penal que corresponda.
3. El Tribunal reglamentará los procedimientos de emisión, aprobación y remisión de los informes que contengan indicios de responsabilidad penal a la Fiscalía General del Estado.
4. La Fiscalía General del Estado no requerirá en ningún caso de la existencia de informes previos de la Contraloría General del Estado para el ejercicio de la acción penal.

La importancia de este cambio, es poder perseguir los delitos cometidos por las personas involucradas en la administración de recursos públicos y que esta facultad de Fiscalía no se vea afectada por la caducidad de la competencia de la Contraloría para emitir informe de indicios de responsabilidad penal. La competencia de la Contraloría para la determinación de responsabilidades caduca en 7 años, contados a partir de que ocurre el hecho generador de la sanción (LOCGE,2002, art.71).

Esto supone que, pese a que la Constitución en su artículo 233 establece que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, y que la acción para perseguirlos es imprescriptible, en los casos de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, si el fiscal no cuenta con un informe previo sobre indicios de responsabilidad penal, emitido por la Contraloría, en el plazo máximo de 7 años, este no puede ejercer la acción penal correspondiente.

Sin embargo, hay que aclarar que, conforme lo establecido en el artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, este requisito de procedibilidad se daba solo respecto de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos.

Un importante aspecto a tomar en cuenta aquí es que, el referido artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en su sentencia de fecha 4 de julio del 2019, en la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), numeral 3, inciso final. En su parte resolutive, la Corte Constitucional dispone:

1. Declarar la inconstitucionalidad de la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010 y del artículo 581 (3), inciso final, del Código Integral Penal, que dice:

Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos.

2. La Fiscalía General del Estado podrá ejercer la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito sin requerimiento de informe de supervisión efectuados por los órganos de control [...] (Corte Constitucional, 500-13-SIN-CC).

3.5. ¿Tribunal con facultades jurisdiccionales?

Finalmente, uno de los cambios que más confusiones genera es la posibilidad de dotar de facultades jurisdiccionales al Tribunal de Cuentas para conocer y resolver recursos contra las resoluciones que tomen sus dos salas, así como las del Pleno del Tribunal.

Como vimos, el PLOTCE, confiere al pleno del tribunal la facultad para resolver como instancia final los recursos de revisión contra las disposiciones y actos adoptados por el resto de los órganos del Tribunal en el ejercicio de funciones de control o en materia de personal. Así, como los recursos extraordinarios de revisión que, respecto de sus propias actuaciones, se interpongan (PLOTCE, art.8, literal I).

Actualmente, en la LOCGE, solo está previsto el Recurso de Revisión respecto de la determinación de responsabilidad civil culposa (LOCGE, 2002, art. 60) Sin embargo, en el PLOTCE se establece, además del Recurso de Revisión, el Recurso Extraordinario de Revisión, tanto para resoluciones de responsabilidad administrativa culposa, como para resoluciones de responsabilidad civil culposa.

Al respecto el artículo 43 del Proyecto de Ley establece que este recurso podrá ser presentado únicamente ante el Pleno del Tribunal. El cual, de oficio o a petición de parte, podrá revisar las resoluciones de determinación de responsabilidades, siempre que no haya caducado

su potestad para pronunciarse, exclusivamente en los siguientes casos:

1. Cuando las resoluciones hubieren sido expedidas con evidente error de hecho o de derecho, que apareciere de los documentos que constan en el propio expediente o de disposiciones legales expresas.
2. Cuando después de haber sido expedida la resolución, se tuviere conocimiento de documentos ignorados al tiempo de dictar la resolución correspondiente.

Se establece, además, en el Proyecto, que el Pleno del Tribunal puede proceder, tanto a la revisión de responsabilidades, como a la de los informes derivados de auditorías gubernamentales, cuando:

1. En la emisión del informe o en la determinación de responsabilidades, se hubieren considerado documentos falsos o nulos, declarados como tales en sentencia ejecutoriada, posterior al informe o resolución.
2. Se estableciere que para expedir el informe o la resolución objeto de la revisión, hayan mediado uno o varios actos, cometidos por los servidores del Tribunal de Cuentas del Estado, de la Auditoría Interna o firma privada contratada, tipificados como delitos y así declarados en sentencia ejecutoriada.

De todas formas, se deja a salvo la acción contencioso-administrativa que puedan presentar los interesados ante la justicia ordinaria, respecto de las resoluciones que hayan causado estado por el tribunal.

A partir de estos hechos, podemos comprender que las decisiones del tribunal no son de carácter jurisdiccional, sino tan solo administrativas. El problema surgiría si en el avance del proyecto se pretendiera verdaderamente dotar de carácter jurisdiccional a las decisiones del Tribunal de Cuentas.

Como ocurre en España, por ejemplo, donde solo cabe impugnación mediante el recurso de casación de las resoluciones del Tribunal (Tribunal de Cuentas: Presentación, 2019). Esto supondría romper con el principio de unidad jurisdiccional contemplado en la Constitución, el cual establece que ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria (Constitución, 2008, art. 168, numeral 3). El Tribunal de Cuentas no forma parte ni depende de la Función Judicial.

El cambio de las atribuciones y funciones de la actual Contraloría supone cambios más profundos en la estructura constitucional, los cuales no serían factibles llevarlos a cabo solo mediante una enmienda o reforma constitucional, sino que será necesario reformar la Constitución. Esto se revisará en el punto 4.

4. Proceso de Transición: De Contraloría A Tribunal de Cuentas

El mecanismo de implementación para poder pasar de la actual Ley Orgánica De La Contraloría General Del Estado a la vigencia de una Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas del Estado previsto por el proyecto de ley que hemos venido estudiando es mediante una Consulta Popular que permita una enmienda constitucional.

De acuerdo con los constitucionalistas Ismael Quintana y Juan Francisco Guerrero la vía legal idónea para que se dé el cambio sería:

[...] a través de una enmienda constitucional, que puede realizarse a través de una consulta popular convocada por el presidente Moreno.

La Ley de Garantías Jurisdiccionales establece que la Corte tendrá 20 días para valorar las

preguntas enviadas por Moreno. Y en caso de que estas se aprueben, el Consejo Electoral (CNE) deberá convocar al referendo en un máximo de 15 días y las votaciones se realizarán en un plazo de 70 días (El Comercio, 2019).

Como bien se menciona, la consulta popular debe tener un dictamen favorable de la Corte Constitucional. Primero se deberá tener listo un proyecto final de ley, para que así el Presidente pueda proponer una enmienda constitucional, a través de una consulta popular. La posible pregunta, surgida desde la actual Contraloría General, que se pondría a consideración de la ciudadanía sería:

“Está usted de acuerdo en que, a fin de combatir el mal uso de los recursos públicos y sancionar a sus responsables, ¿la Contraloría General del Estado, con sus actuales competencias previstas en la Constitución, se organice como tribunal de Cuentas del Estado, para lo cual la Asamblea Nacional, en el lapso de 90 días expedirá la correspondiente ley sustitutiva?” (Contraloría General del Estado, Carta 136, 2018).

Además del proyecto final de ley que será preparado por la comisión elegida para el caso, el Ejecutivo en su calidad de legislador, deberá presentar a la Asamblea Nacional un proyecto de Ley Orgánica para regular el funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Para finalmente, derogar la Ley Orgánica de la Contraloría y modificar los reglamentos que norman el funcionamiento de esta, adecuándolos a un esquema colegiado de control (El Comercio, 2019).

5. Conclusiones

El proyecto de ley presentado por el actual Contralor General Subrogante es muy ambicioso y plantea un verdadero reto a todos los ciudadanos interesados en la buena marcha de la administración pública. El camino es aún largo y queda mucho por andar en búsqueda de mecanismos más adecuados para el control y fiscalización de los recursos públicos del Estado.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que tan solo el cambio del sistema, o adoptar un modelo que funciona en otro lugar, no es condición suficiente para que se logren los objetivos trazados. El éxito depende de cada servidor público y ciudadano en general, comprometidos en alcanzar un verdadero cambio de valores que nos lleve a una cultura más transparente, participativa y democrática.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, L. / Encalada, G. / Jara, M. (2006). Del Art. 121 de la Constitución Política de la República del Ecuador: Análisis económico. *Revista de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales Universidad de Cuenca* 3. 90-111.
- Arroyo, L. (2001). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In Memoriam*. Vol. I. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Contraloría General del Estado. (2018). *El Control Público en el Ecuador: Historia, desarrollo y proyección*. Quito: Dirección de Comunicación Interinstitucional.
- Contraloría General de Estado (2019). El Proyecto De Tribunal De Cuentas Avanza Con La Visita A Países Europeos Y Su Presentación Al CPCCS-T. Carta 136. Recuperado el 29-08-2019 <http://www.contraloria.gob.ec/multimedia/REVISTACARTA136/tribunal-de-cuentas.html>

- Fortes, A. (2014). *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Ulzama e INAP Eds..
- Madariaga, M. (1993). *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Restrepo, M / Purón, G. (2014). *Diseño institucional de las entidades de fiscalización superior de América Latina*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Sentencias

- Corte Constitucional (2019). *Sentencia de Inconstitucionalidad 500-13-SIN-CC*, 02 de julio de 2019.

Legislación

- Asamblea Nacional del Ecuador (2002). *Ley Orgánica De La Contraloría General Del Estado*. Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.
- (2008). *Constitución de la Republica de Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- (2008) *Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública*. Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.
- Contraloría General del Estado de Ecuador (2018). *Reglamento de Responsabilidades Contraloría General del Estado*. Registro Oficial No. 323 de 10 de septiembre de 2018.

LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN CUBA. ESPECIAL REFERENCIA A LA SALUD

Public services in Cuba. Special reference to health

KENIA NUÑEZ TORRES¹
Universidad de la Habana
Investigadora Independiente, Ecuador

Resumen

Los servicios públicos en Cuba y, dentro de ellos, la salud, es un tema poco tratado desde el punto de vista del Derecho. La reciente promulgación de la Constitución y la amplia colaboración médica de Cuba con otros países de la región son suficiente acicate para investigar acerca del tratamiento jurídico de la salud pública en la normativa cubana. Partimos de una breve introducción que nos da paso a generalidades sobre los servicios públicos. Respondemos luego a la interrogante ¿derecho o servicio público?, para continuar delimitando la estructura, el funcionamiento, el manejo de los gastos, la participación ciudadana en la gestión y la percepción sobre la calidad de la salud pública en el país caribeño.

Palabras clave

Servicio público, salud pública, Cuba, administración.

Summary

Public services in Cuba, including health services, is a topic that is rarely addressed from the perspective of Law. The recent promulgation of the Constitution and the extensive medical collaboration of Cuba with other countries in the region are enough incentive to investigate the legal treatment of public health in Cuban legislation. We start with a brief introduction that gives us generalities about public services. We then respond to the question “right or public service” to continue defining the structure, operation, management of expenses, citizen participation in management and perception of the quality of public health in this Caribbean country.

Keywords

Public service, public health, Cuba, administration.

1. Introducción

El servicio público constituye una de las actividades de la Administración Pública más empleadas tradicionalmente para solventar las exigencias de la colectividad. Cada necesidad es satisfecha con un servicio específico y cada Estado determina cómo prestarlo. La forma de prestación del servicio caracteriza, a su vez, al tipo de Estado y a su sistema político.

El régimen jurídico de los servicios públicos en Cuba es muy peculiar, sobre todo si tenemos en cuenta que en la Constitución recién aprobada no hay un precepto dedicado a los

¹ Master en Derecho Administrativo y Constitucional por la Universidad de La Habana (2017) y Master en Derecho de Sociedades por la Universidad de Barcelona y la Universidad de La Habana (2005). Correo electrónico: kenia.ayr@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7632-9142>



servicios públicos y su prestación, haciéndose referencia a ellos solo de manera tangencial². Lo anterior ocasiona que los operadores del Derecho se vean obligados a interpretar e integrar una y otra vez cuando se trata de este tema.

La Administración Pública del Estado cubano está comprometida con satisfacer las necesidades de sus ciudadanos a través de la prestación de servicios públicos que tienen su soporte legal en la propiedad de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción, consagrada en el artículo 18 en relación con los artículos 22, 23 y 24 de la Constitución. La transmisión de estos medios hacia otras formas de propiedad, también reconocidas constitucionalmente, se encuentra muy limitada y se rige en esencia por los criterios de que se destinen a los fines del desarrollo económico y social del país, sin producir afectaciones en los fundamentos políticos, económicos y sociales del Estado; amén de otras consideraciones no menos importantes como el tipo de derecho real a transmitir y la autoridad estatal facultada para aprobarlo.

Contrario a la generalidad de la doctrina internacional en la materia, para el Estado cubano la mayoría de los servicios públicos que se brindan a la población son esenciales, reservándose solo para sí su prestación aún y cuando son objeto de importantes cambios en el marco del proceso de transformaciones del modelo económico (Partido Comunista de Cuba y Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba, 2016). A pesar de lo anterior, la prestación de los servicios públicos mantiene su esencia humanista, lo que le da un fuerte matiz político al tema. Servicios públicos tan importantes como la salud y la educación, entre otros, se prestan de manera gratuita a la población con un alto estándar de calidad, sin embargo, le cuesta al Estado grandes sumas ofrecerlos (Almendrala, 2016).

A pesar de los debates académicos generados y del impacto de este tema en las esferas sociales y jurídicas, no se ha logrado un desarrollo doctrinal que logre ser tenido en cuenta por los legisladores. Urge una profundización, de manera que se brinde el marco teórico conceptual necesario para realizar las modificaciones legislativas que se imponen, dadas las transformaciones del modelo económico a que está abocado el país caribeño.

2. Los servicios públicos en Cuba. Generalidades

Cada Estado, con independencia de su sistema político, está comprometido con satisfacer las necesidades de sus ciudadanos mediante la prestación de un servicio público determinado. Estos se adecúan a las condiciones económicas y sociopolíticas que varían de un país a otro, siendo su naturaleza conceptual la misma, aunque se presten con mayor o menor grado de eficiencia o modernidad.

[...] Es sabido que esta noción (la de los servicios públicos) es de las más lábiles y cambiantes del Derecho público moderno. Existen servicios públicos monopolizados y otros que no lo están, servicios públicos atribuidos a la titularidad de la Administración y otros calificados como tales y gestionados directamente por privados. Los servicios públicos funcionan conforme a un régimen de Derecho público o de Derecho privado, según los casos. En fin es tan variado y múltiple el universo de las reglas que afectan a los servicios públicos, que se ha hecho común la afirmación de que lo más conocido del régimen del servicio público, es su nombre (Muñoz, 1998, p.27).

² Consultar los artículos 26, 31, 42, 64, 72, 73 y 78 de la Constitución de la República de Cuba, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, no. 5, de 10 de abril de 2019.

A pesar de que los servicios públicos son eje cardinal dentro de la dinámica del Derecho Administrativo, no han sido, en Cuba, totalmente conceptualizados, clasificados ni definidos.

Luego del triunfo revolucionario, los servicios públicos en Cuba, adquirieron un carácter universal (Delgado, 1996). Se trata de servicios de amplio espectro asociados a la educación, la salud, la cultura, el deporte, la seguridad social, la justicia, el transporte, comunales (incluyendo servicios fúnebres), los domiciliarios, los de seguridad ciudadana, gastronomía, alimentación, técnicos y de reparaciones, salones de belleza y muchos más; que hasta hace poco solo prestaba directamente el Estado. Es rasgo distintivo común que en su mayoría son gratuitos o fuertemente subsidiados.

En la administración cubana ha existido la tendencia a identificar el servicio público como una responsabilidad exclusivamente estatal, lo cual ha engendrado una concentración de esta actividad en manos del Estado, incidiendo negativamente en su eficiencia y calidad. Aunque doctrinalmente se clasifican a los servicios en esenciales y no esenciales, esta diferenciación es solo formal pues, para la administración cubana, la mayoría de los servicios públicos que se brindan a la población son esenciales.

Constituye un acierto que el Estado desempeñe un papel rector en la prestación de los servicios, reservando para sí aquellos que por su naturaleza y repercusión social así lo ameriten, no obstante, se debe posibilitar que otros actores también lleven a cabo esta actividad, dando cumplimiento a las directrices previamente fijadas por el aparato estatal. Para garantizar una prestación de los servicios eficiente, el Estado cubano debe trazar las pautas generales, así como regular las condiciones técnicas, económicas y de calidad necesarias. Se debe eliminar, por otro lado, la tendencia a diseñar políticas homogéneas para todos los servicios; cuando en realidad, cada uno debe tener sus propias características y su propio marco regulatorio.

Es claro que luego del triunfo revolucionario fue necesario eliminar desigualdades y discriminaciones que existían en esa sociedad; es por ello que, bajo la égida estatal, se garantizó que la prestación de los servicios públicos se llevara a cabo en un esquema garantista y de acceso pleno para todos. A pesar de ello, con el paso del tiempo esas garantías han ido perdiendo solidez pues lamentablemente ha fallado la regularidad, la calidad, la continuidad y la progresividad, tan característicos de los servicios públicos universalmente. Resulta imperativo que cobre relevancia el control popular³ de los servicios públicos, imponiéndose además la realización de una revisión de los postulados constitucionales relativos a esta institución y la regulación jurídica de la eficacia de su funcionamiento, así como determinar la utilidad pública de cada uno de ellos. Se debe promulgar una ley que clasifique legalmente cuáles deben ser considerados esenciales y en régimen de monopolio estatal, estableciendo las garantías de su efectiva prestación y control; así como determinar cuáles pueden ser prestados por otros actores siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos estatalmente.

En el marco de las transformaciones al modelo económico del país, se precisa la necesidad de preservar el acceso a la atención médica, la educación, la cultura, la recreación, la tranquilidad ciudadana, la seguridad social y la protección mediante la asistencia social a quienes la necesitan, como servicios vitales. De igual forma se considera imprescindible reducir o eliminar gastos excesivos en la esfera social, así como generar nuevas fuentes de ingreso y evaluar todas las actividades que puedan pasar del sector presupuestado al empresarial.

³ El tema del control popular de los servicios públicos no aparecía regulado en un artículo específico de la Constitución cubana de 1976. Su sucesora, la vigente Constitución de la República de Cuba, si lo reconoce pálidamente en su artículo 10 cuando establece: "Los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados están obligados a respetar, atender y dar respuesta al pueblo, mantener estrechos vínculos con este y someterse a su control, en las formas establecidas en la Constitución y las leyes." Dicho control también se encuentra establecido en el numeral b) del artículo 101 de la Constitución Cubana.

De la lectura de los principales documentos y postulados que trazan las pautas para la actualización económica, se desprende que muchos de los considerados servicios públicos clasifican como servicios comerciales, gastronómicos, personales, técnicos o de otra índole, a ofertarse por entidades estatales u otras personas jurídicas o naturales.

3. Un acercamiento a la salud pública en Cuba

Uno de los pilares sobre los que descansa la esencia humanista y de justicia social que caracteriza al proceso revolucionario cubano es la garantía de atención médica gratuita a toda la población nacional. Desde los primeros momentos del triunfo de la Revolución, el derecho a la salud se convirtió en uno de los paradigmas sociales fundamentales, implementándose para ello el Sistema Nacional de Salud que lleva la acción del trabajador sanitario a los lugares más apartados del país.

El Sistema de Salud cubano se caracteriza por ser universal, gratuito, accesible, regionalizado e integral; con alcance a todos los ciudadanos en el campo y la ciudad, de cualquier afiliación política y religiosa, sexo, raza, con participación comunitaria e intersectorial y con una concepción internacionalista (López, 2012).

3.1. Salud pública en Cuba, ¿derecho o servicio público?

La Constitución de la República de Cuba establece en el artículo 72 que la salud pública es un derecho de todas las personas y responsabiliza al Estado con garantizar el acceso, la gratuidad y la calidad de los servicios de atención, protección y recuperación. Más adelante, en la indicada disposición constitucional se especifica que mediante ley se definirá el modo en que los servicios de salud deben ser prestados. En este sentido la Ley No. 41/83, de la Salud Pública, en su artículo 2, define claramente que la organización de la salud pública en Cuba y la prestación de los servicios que le corresponda, los realiza el Estado en exclusivo, sin que exista la posibilidad de participación de otros actores, salvo modificación legal previa.

Para hacer efectivo el derecho a la salud estatalmente se instituye un sistema a todos los niveles accesible a la población y se desarrollan programas de prevención y educación, en los que contribuyen la sociedad y las familias. La salud se presenta como un derecho inalienable, universal y gratuito para todos que se implementa a través de los servicios de salud pública, que son financiados, regulados, prestados y garantizados por el Estado.

La garantía a este derecho procede de la prestación de la asistencia médica y hospitalaria gratuita⁴; mediante la red de instalaciones de servicio médico rural, de los policlínicos, hospitales, centros profilácticos y de tratamiento especializado que pone el Estado a disposición del pueblo. Estatalmente se asegura, además, la prestación de asistencia estomatológica gratuita y el desarrollo de los planes de divulgación sanitaria y de educación para la salud con exámenes médicos periódicos, vacunación general y otras medidas preventivas de las enfermedades. El artículo 72 de la actual Constitución cubana sin lugar a dudas representa un salto cualitativo con respecto a la redacción que se recogía en el artículo 50 de la Constitución de 1976 pues reconoce a la salud no sólo como un derecho sino también como un servicio público cuya regulación, prestación y garantía queda reservado para el Estado cubano.

Sin lugar a dudas, en la prestación del servicio de salud pública en Cuba están presentes los principios de regularidad y continuidad que se ponen de manifiesto en la persistencia y

⁴ Precepto desarrollado en el artículo 4 b) de la Ley No. 41/83 de la Salud Pública cuando establece: La organización de la salud pública y la prestación de los servicios que a ella corresponden en nuestra sociedad socialista se basan en: b) el carácter estatal de las instituciones, la gratuidad de los servicios de salud y de la asistencia médica, de acuerdo con las regulaciones que al efecto se establecen.

continuación de la prestación del servicio de manera ininterrumpida. La generalidad se observa no solo en la amplitud territorial para la prestación del servicio que alcanza a las zonas más intrincadas de la geografía cubana sino, sobre todo y más importante, en que es accesible a todos⁵ sin distinciones de ningún tipo; siendo extensivo incluso a extranjeros⁶ residentes o en tránsito por la isla.

La prestación efectiva de los servicios de salud está garantizada no sólo por la posibilidad real de cada uno de los usuarios de exigir su realización sino también por su regulación de conformidad con el discurso político propio de un Estado socialista. De esta forma se pone de manifiesto el principio de obligatoriedad, revelando la relación entre el Estado-prestador del servicio y el usuario con derecho a recibirlo y a exigir su cumplimiento.

El servicio público de salud se implementa en Cuba a través de la Ley No. 41/83 de la Salud Pública en la que se establece la protección de la salud como tarea fundamental priorizada por el Estado.

3.2. Estructura y funcionamiento

El Estado cubano regula, financia y garantiza de manera exclusiva los servicios de salud en Cuba. De igual forma se encarga de organizarlos y prestarlos a través del Ministerio de Salud Pública. Este último es el organismo rector del Sistema Nacional de Salud y dirige, ejecuta y controla la aplicación de las políticas del Estado y del Gobierno en materia de salud pública y del desarrollo de las ciencias médicas y la industria médico-farmacéutica. A su cargo se encuentra la rectoría metodológica, técnica y científica en la prestación de los servicios; la elaboración del Plan Ramal de la Salud Pública y la regulación del ejercicio de la medicina y de las actividades que le son afines, fijando las condiciones, requisitos y limitaciones de las mismas.

El Ministerio de Salud Pública (MINSAP) se subordina como Organismo de la Administración Central del Estado (OACE), al Consejo de Ministros. La estructura del Ministerio de Salud Pública (MINSAP, 2016), consta de un Consejo de Dirección del que forman parte el Ministro de Salud Pública, 6 Viceministros, 22 Direcciones Nacionales; un Consejo Técnico Asesor, al cual se integra el Consejo Nacional de Salud, constituido por altas personalidades de la medicina cubana pertenecientes a prestigiosas instituciones de la salud y otros organismos. Se le subordinan además 16 instituciones de alto nivel científico técnico, que brindan servicios de atención médica e investigación. Este OACE se ocupa de la orientación metodológica y el control a las Direcciones Provinciales de Salud, que se subordinan a la Asamblea Provincial del Poder Popular a las que también se encuentran subordinadas las

⁵ Ver en este sentido los artículos 42 y 46 de la Constitución de la República de Cuba que establece: "Artículo 42: Todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana. Todas tienen derecho a disfrutar de los mismos espacios públicos y establecimientos de servicios. Asimismo, reciben igual salario por igual trabajo, sin discriminación alguna. La violación del principio de igualdad está proscrita y es sancionada por la ley. Artículo 46: Todas las personas tienen derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la salud, la educación, la cultura, la recreación, el deporte y a su desarrollo integral." De igual forma el artículo 4 a) de la Ley No. 41/83 de la Salud Pública establece: La organización de la salud pública y la prestación de los servicios que a ella corresponden en nuestra sociedad socialista se basan en: a) el reconocimiento y garantía del derecho de toda la población a que se atienda y proteja adecuadamente su salud en cualquier lugar del territorio nacional.

⁶ Ver Ley No. 41/83 de la Salud Pública, artículo 14 que establece: Los ciudadanos extranjeros que residen permanentemente en el territorio nacional, reciben los mismos cuidados preventivos y curativos que los ciudadanos cubanos. Los que residen temporalmente o se encuentran de tránsito o de visita en el territorio nacional, reciben la atención médica según las disposiciones establecidas en cada caso.

instituciones provinciales de salud. Esta doble subordinación también está presente en el nivel municipal pues las instituciones de salud municipales y las Direcciones Municipales de Salud se encuentran, a su vez, subordinadas a las respectivas Asambleas Municipales del Poder Popular, aunque metodológicamente responden ante las Direcciones Provinciales de Salud.

Datos de MINSAP (2016) establecen que para prestar los servicios de salud pública, el Sistema Nacional de Salud se organiza en cuatro niveles de servicios: nacional, provincial, municipal y sectorial. Esta organización permite que en el nivel primario de atención se de solución al 80% de los problemas de salud y se realice hincapié en las acciones de promoción para una vida saludable. Los tratamientos requeridos en este nivel se pueden ejecutar en cualquier dependencia del Sistema Nacional de Salud, aunque básicamente se llevan a cabo en los Consultorios de Médicos de la Familia y en los Policlínicos, siendo todas estas unidades de subordinación municipal. El 15% de los problemas de salud referidos a enfermos con necesidad de rehabilitación se les trata en un nivel de atención secundario. Estos servicios son prestados en hospitales de subordinación provincial. El 5% restante, pacientes con problemas de salud que han dejado secuelas o complicaciones, se les trata en un nivel terciario de atención, en hospitales especializados o institutos de subordinación nacional. Son principios rectores del Sistema Nacional de Salud el carácter estatal y social de la medicina; la accesibilidad y gratuidad de los servicios; la orientación profiláctica; la aplicación adecuada de los adelantos de la ciencia y la técnica; la participación de la comunidad e intersectorialidad; la colaboración internacional y centralización normativa y descentralización ejecutiva. (Domínguez-Alonso y Zacca, 2011).

3.3. Gastos en la salud pública

El Sistema Nacional de Salud cubano se financia casi al 100% por el Estado. Según cifras de la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2016), Cuba invirtió en salud, en el 2014, el 11.1% del PIB. El gasto per cápita en salud por habitante ese mismo año fue de 2475 (\$int, 2014), uno de los más altos de la región.

Datos más recientes reflejan que para el 2019 se destinará el 51% del presupuesto nacional para salud pública y educación, lo cual representa 19 mil 830 millones de pesos (Figueredo, Concepción, Doimeadios, Carmona y Terrero, 2018).

A la Salud Pública y la Asistencia Social se le destinan 10 mil 622 millones de pesos que permiten la atención universal, gratuita y de calidad a toda la población cubana, logro que en los últimos 55 años hemos compartido con más de cien países, a los que ha llegado la ayuda solidaria de los médicos cubanos. Esta cifra garantiza la prestación de 226 millones de consultas médicas, cobertura a un millón 380 mil ingresos hospitalarios, que incluye el consumo de medicamentos; el funcionamiento de los servicios de estomatología y el desarrollo de salas especializadas, protegiéndose el programa materno-infantil, las tareas de saneamiento e higienización y la continuidad del proceso de reparación y mantenimiento constructivo de las instalaciones de este sector (Pedraza, 2018, p.4).

3.4. Participación ciudadana en la gestión del Sistema Nacional de Salud

La población participa activamente en la gestión del Sistema Nacional de Salud a partir de su formación para el desarrollo de algunas acciones en el seno de la comunidad, a través de las Brigadas Sanitarias de la Federación de Mujeres Cubanas y los auxiliares voluntarios en la vigilancia epidemiológica. En organizaciones sociales y de masas como los Comités de Defensa de la Revolución y la Federación de Mujeres Cubanas se eligen a los “responsables de salud” con tareas sanitarias específicas. Igualmente, en los barrios es común la participación en

tareas colectivas de saneamiento, vacunación, promoción del diagnóstico precoz de diversos padecimientos y la erradicación de vectores.

3.5. Percepción por los usuarios sobre la calidad de la atención a la salud

Se habla de calidad en la atención médica o calidad asistencial cuando se realizan diferentes actividades encaminadas a garantizar los servicios de salud accesibles y equitativos con profesionales sumamente buenos y teniendo en cuenta los recursos disponibles para lograr la satisfacción del usuario con la atención recibida (Jiménez, Báez, Pérez y Reyes, 1996, p. 7).

Aunque satisfacer las expectativas de los usuarios de los servicios de salud constituye un proceso complejo de intersubjetividades, el fin último de la prestación de los servicios de salud no se diferencia de la de otro tipo de servicio: satisfacer a los usuarios (pacientes y acompañantes). Pero sólo se puede satisfacer a los usuarios realmente, si los trabajadores que brindan los servicios también se encuentran satisfechos, y esto hace más compleja aún la trama y las acciones encaminadas por los gestores de estos servicios, para lograr un funcionamiento que cumpla con todas las condiciones necesarias para el logro de una excelencia (Zas, Grau y Hernández, 2005, p. 27).

La satisfacción de la población con los servicios de salud se monitorea por diferentes vías: Sistema de Vigilancia de la Opinión sobre los Servicios de Salud, estudios, encuestas de satisfacción, entre otros. Dentro de las variables más significativas que inciden negativamente en el nivel de satisfacción de la población se incluyen los problemas en la organización de los servicios institucionales, problemas relacionados con la información, problemas éticos y problemas atribuibles a condiciones materiales.

3.6. Retos para el Sistema Nacional de Salud en Cuba

Los valores de los principales indicadores de salud en Cuba se encuentran dentro de los mejores de la región. “[...] El país alcanzó al cierre de 2018, por segundo año consecutivo, la tasa de mortalidad infantil más baja de su historia, con 4,0 por cada mil nacidos vivos” (Fariñas, 2019, p.1).

[...] La expectativa de vida geriátrica es de 22 años al alcanzar los 60 años y de 8,8 años al llegar a las ocho décadas de vida. Más del 50 % de la población son mujeres y la tasa global de fecundidad es de 1,73 hijos por mujer, por debajo del indicador necesario para el reemplazo poblacional (Fariñas, 2019, p.1).

Como reto el Sistema Nacional de Salud se propone seguir perfeccionado las labores de la atención primaria, base del sistema, así como instaurar y perfeccionar programas con enfoque multisectorial e interdisciplinario dirigidos a cambios de estilos de vida de la población.

El sistema de salud de Cuba tiene como limitante fundamental para el cumplimiento de sus retos y perspectivas la compleja situación económica por la que atraviesa el país, [...] Esta compleja situación es en gran medida contrarrestada por una amplia gama de atributos esenciales que tiene la actividad de salud en Cuba: un sistema de salud gratuito de cobertura universal, con más de 50 años de experiencia de trabajo bien estructurado y de alta calidad; la permanente política del Estado de priorizar el sector de la salud aún en las condiciones más adversas; la amplia oferta de recursos humanos para la salud, tanto de nivel profesional

como técnico; la participación activa y destacada de la comunidad en las acciones de salud; el alto nivel educativo de la población cubana, que incluye una elevada educación sanitaria y el vertiginoso desarrollo de la biotecnología, que ha permitido disminuir las importaciones de medicamentos y medios diagnósticos, entre muchas otras. (Domínguez-Alonso y Zacca, 2011, p.53)

Estas potencialidades se unen a deficiencias que se han puesto de manifiesto en los últimos tiempos y que afectan en buena medida: gastos elevados y excesiva centralización de las decisiones. Sin dudas combatir estas debilidades constituye uno de los mayores retos del Sistema Nacional de Salud que debe realizar maniobras de intervención y estilos de dirección en salud que incidan en la población, el capital humano, la atención médica y la calidad en sentido general. De igual forma debiera valorarse si la introducción de nuevos actores en la prestación del servicio, siempre bajo la égida estatal, puede contribuir en cierta forma a la descentralización y a la disminución de gastos sin atentar contra la calidad y la gratuidad del servicio para la población.

4. Conclusiones

- a. Los servicios públicos en Cuba tienen un carácter prácticamente universal, son gratuitos o fuertemente subsidiados y se prestan casi en su totalidad por el Estado lo cual ha incidido negativamente en su eficiencia y calidad. En atención a lo anterior se deben diseñar políticas para cada uno de los servicios y regular las condiciones técnicas, económicas y de calidad necesarias para su prestación. Se requieren modificaciones legales que instrumenten el control popular de los servicios públicos, así como promulgar leyes complementarias que regulen cuáles deben ser considerados esenciales y en régimen de monopolio estatal y cuáles pueden ser prestados por otros actores siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos estatalmente. Lo anterior le posibilitaría al Estado centrar sus esfuerzos en los llamados servicios esenciales.
- b. La salud, derecho y paradigma social fundamental en Cuba debe preservarse como servicio público esencial a cargo del Estado, con independencia de las transformaciones del modelo económico a que está abocado el país caribeño. En estos momentos la legislación cubana solo admite la prestación de este servicio por parte del Estado no dando cabida a otros actores.
- c. La salud en Cuba es un servicio público prestado directamente por el Estado a través de sus instituciones y bajo la rectoría del MINSAP. Se caracteriza por ser universal, gratuita, accesible, regionalizada e integral; con alcance a todos los ciudadanos en el campo y la ciudad, de cualquier afiliación política y religiosa, sexo, origen étnico, con participación comunitaria e intersectorial y con una concepción internacionalista. La inversión económica constante por parte del Estado y las cifras alentadoras en cuanto a indicadores de salud son aspectos positivos, sin embargo, se requiere mejorar la percepción de calidad por parte de los usuarios, disminuyendo en lo posible los problemas detectados en la organización de los servicios institucionales, obtención de información y condiciones materiales.

Referencias bibliográficas

- Almendrala, A. (2016). Cuba ha logrado tres hitos en la medicina que el resto del mundo necesita. *El Huffington Post*. http://www.huffingtonpost.es/2016/04/07/innovaciones-medicina-cuba_n_9580294.html
- Delgado, G. (1996). Desarrollo histórico de la salud pública en Cuba. En G. Delgado (Ed.), *Conferencias de Historia de la Administración de Salud Pública* (pp.1-162). La Habana, Cuba: Ciencias Médicas.
- Domínguez-Alonso, E. y Zacca E. (2011). Sistema de salud de Cuba. México: Salud Pública.
- Fariñas, L. (2019). En salud materno-infantil, Cuba tiene mucho que enseñar. *Granma*. <http://www.granma.cu/cuba/2019-04-01/en-salud-materno-infantil-cuba-tiene-mucho-que-ensenar-01-04-2019-21-04-55>
- Fariñas, L. (2019). Mayores retos para el sistema de salud pública. *Granma*. <http://www.granma.cu/cuba/2014-04-29/mayores-retos-para-el-sistema-de-salud-publica>.
- Figueredo R. O. / Concepción, J.R., Doimeadios, D., Carmona, E. y Terrero, A. (2018) ¿Cuál es el Presupuesto del Estado cubano para 2019? *Cuba Debate*. <http://www.cubadebate.cu/especiales/2018/12/21/cual-es-el-presupuesto-del-estado-cubano-para-2019-infografias/#.XPqqKXWkrIU>
- Jiménez, L. / Báez, R.M. / Pérez, B. / Reyes I. (1996). Metodología para la evaluación de la calidad en instituciones de la atención primaria de salud. *Revista Cubana de Salud Pública*, 2 (2), 08-11. <http://bvs.sld.cu/revistas/spu/>
- López, L. (2012). El Sistema de Salud cubano: un análisis desde la Sociología de la Salud contemporánea. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales, Noviembre 2012* (1), 01-06. <http://caribeña.eumed.net/el-sistema-de-salud-cubano-un-analisis-desde-la-sociologia-de-la-salud-contemporanea/>
- Ministerio de Salud Pública. (2016). *Sistema de Salud*. La Habana, Cuba: INFOMED. http://www.sld.cu/sistema_de_salud/estructura.html
- Muñoz, S. (1998). *Servicio público y mercado I. Los fundamentos*. Madrid, España: CIVITAS.
- Organización Mundial de la Salud. (2016). Países Cuba. Ginebra, Suiza: Who. <http://www.who.int/countries/cub/es/>
- Partido Comunista de Cuba y Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba. (2016). *La actualización de los lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021 aprobado en el 7mo Congreso del Partido en abril de 2016 y por la Asamblea Nacional del Poder Popular en julio de 2016*. <http://www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2016/09/aqu%C3%AD.pdf>
- Pedraza, L. (21 de diciembre de 2018). Discurso pronunciado ante la Asamblea Nacional del Poder Popular en el Segundo Período Ordinario de Sesiones de la IX Legislatura. *Cuba en resumen*. <https://cubaenresumen.org/2018/12/el-presupuesto-del-estado-cubano-para-2019-mas-de-la-mitad-destinado-a-salud-y-educacion/>
- Zas, B., Grau, J.A. / Hernández, E. (2005). Psicología de la salud y gestión Institucional. En B. Zas (Ed.), *Psicología de la Salud. Fundamentos y aplicaciones*. (pp. 25-85). México: Universidad de Guadalajara.

Legislación

- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. (2019). *Constitución de la República de Cuba, (abril 10)*. La Habana: Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, no. 5.
- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. (2003). *Constitución de la República de Cuba con las reformas de 1992 y de 2002, (enero 31)*. La Habana: Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, no. 3.
- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. (1983). *Ley No. 41-83, (julio 13): de la Salud Pública*. La Habana: Gaceta Oficial de la República de Cuba.

Iuris Dictio.

Entrevistas

N° 24, DICIEMBRE 2019

E-ISSN 2528-7834

Entrevistas.

Entrevista a Carlos Ayala Corao¹
 Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; denuncia a los
 instrumentos del SIDH y libertad de expresión en la era moderna
 Interview with Carlos Ayala Corao
 Challenges to the Interamerican Human Rights System; threats to IHRS
 treaties and freedom of speech in the modern era

SEBASTIÁN CORREA²

Universidad San Francisco de Quito, Ecuador

Resumen

Entrevista realizada al jurista y defensor de los derechos humanos Carlos Ayala Corao, quien fue presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ella se discuten los grandes desafíos y amenazas que enfrenta el Sistema Interamericano de derechos humanos en retrospectiva, analizando su evolución y sus constantes dificultades, tomando en cuenta fenómenos actuales y pasados. También se reflexiona sobre el estado de la democracia en la región y la relación constante que ésta tiene con el sistema de protección de los derechos humanos en las Américas y los retos que enfrentará a futuro, con enfoque en el ejercicio de la libertad de expresión.

Palabras clave

Sistema Interamericano, Democracia, Convención Americana de Derechos Humanos, Venezuela, Derechos Humanos, Sistema Universal, Libertad de expresión, Era digital, OEA.

Abstract

Interview held with the lawyer and human rights defender Carlos Ayala Corao who was president of the Inter-American Commission on Human Rights. Through this conversation we discuss the challenges and threats the Inter-American system of human rights must face by analyzing the development of the system and its constant problems bearing in mind past and actual issues. Moreover, we reflect about the state of democracy and the interaction with the human rights protection system in the continent and the challenges it might face in the future with special interest in the exercise of the right to freedom of press.

Keywords

Inter-American System, Democracy, American Convention on Human Rights, Venezuela, Human Rights, Universal System, Freedom of press, Digital era, OAS.

¹ Carlos Ayala es profesor titular de de Derecho Constitucional en la Universidad Católica “Andrés Bello”. Fue también Miembro de la Comisión Internacional de Veedores, designado por el Alto Comisionado de la ONU para los DDHH, para proceso de selección y nombramiento de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador en el año 2005 y consultor de la ONU para el nombramiento de la Corte Suprema de Justicia en Guatemala en 2009.

² Estudiante de Jurisprudencia y Relaciones Internacionales en la Universidad San Francisco de Quito. Asistente legal de la firma Solines & Asociados. Correo electrónico: scorreaj@estud.usfq.edu.ec



Sebastián Correa (S.C.) Su trabajo se ha centrado en pensar la vigencia de la legalidad, así como el respeto de los derechos humanos en América Latina. ¿Cuáles son los principales desafíos regionales actuales que usted puede ver?

Carlos Ayala (C.A.) En primer lugar, hay un gran desafío en la región para que la democracia sea finalmente reapropiada por el pueblo de manera cotidiana; es decir, que se sienta en su vida a diario, que signifique algo y no solamente sea algo abstracto beneficioso para los sectores poderosos política, económica y socialmente. Creo que ahí hay un tema pendiente en América Latina: la narrativa de la democracia y del Estado de Derecho. En la medida que tengamos mayores niveles de respeto por los derechos humanos, de progreso social y económico, va a haber posibilidad de que la gente vea y tome la democracia como algo que les afecta su vida diaria y es menos abstracto. Una forma de concretar estas nuevas direcciones de la democracia y de los derechos humanos hacia los aspectos económicos, son con aquellos derivados de los derechos económicos, sociales y culturales, que brindan la oportunidad para una lucha ya no solo individual, que sigue siendo importante, sino colectiva. En definitiva, una narrativa colectiva de la lucha por el respeto y la garantía y la conquista de esos derechos.

Por diferentes motivos históricos y culturales en la mayoría de países de América Latina no se ha consolidado la idea de la importancia de un Estado de Derecho fuerte, con instituciones bien sembradas y desarrolladas, que permitan resistir los impactos de los regímenes populistas y autoritarios, lo cual se evidencia en países como Ecuador, Venezuela y Nicaragua, donde han aparecido nuevos gobernantes con un tinte populista y autoritario que son capaces de llevarse por delante las instituciones, ofreciéndole al pueblo promesas de reivindicación. En ese contexto, la población por desespero abraza esas ofertas y poco le importa la destrucción de las instituciones democráticas, porque en muchos casos, la verdad es decirlo, esas instituciones tampoco les dicen mucho. Es así que considero fundamental el reto del fortalecimiento del Estado de Derecho en América Latina y aquello se logra consolidando instituciones vinculadas con la sociedad y que sean útiles, pero que al mismo tiempo no estén a disposición de los vaivenes de las políticas, para lo cual debo destacar la importancia de la independencia judicial, que en un momento dado puedan ser un freno a los desmanes autoritarios.

Para finalizar, debemos notar, que en democracias de casi medio siglo, cómo en un momento dado los populistas autoritarios se llevan por delante todas las instituciones con la promesa de un vida mejor y a la final los pueblos terminan sufriendo las consecuencias. El reto que he mencionado adquiere especial relevancia en Ecuador, Perú, Venezuela y la mayoría de los países centroamericanos donde está pendiente la construcción de instituciones sólidas de la democracia, del Estado de Derecho y de los derechos humanos, que resistan a los embates del autoritarismo y que sean el escudo de defensa de los ciudadanos en esos casos.

S.C. Después de presidir la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1999, fecha en la cual Venezuela estaba presidida por Hugo Chávez, ¿cuál fue su percepción del desarrollo de la relación del Estado venezolano tanto con la Comisión como con el resto de instituciones que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? ¿Se pudo avizorar una posible ruptura entre la Comisión y el gobierno venezolano?

C.A. En cierta forma era algo nuevo, no obstante, por casos previos no lo era tanto. Ya habíamos visto el caso de Perú en la época del ex presidente Alberto Fujimori, el cual manejaba desde el inicio un mensaje populista autoritario de derecha que matizaba a todo límite al poder como contrario a la ideología populista y, como consecuencia de aquello, cuando se trataban de imponer límites a lo interno y en instancias internacionales, eran criticados.

Yo viví desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Comisión”, “Comisión Interamericana” o “CIDH”) los enfrentamientos de Fujimori en contra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte Interamericana” o “Corte IDH”) y la Comisión, ya que a la fecha de dichos enfrentamientos yo ostentaba la calidad de presidente de la Comisión, cuando en el año 1998 realizamos una visita in loco y, a raíz de dicha visita, comenzamos a llevar casos a la Corte Interamericana, como el caso de la destitución arbitraria del Tribunal Constitucional, el caso de los Barrios Altos y el caso La Cantuta. Posteriormente, el gobierno de Fujimori decidió retirarse indebidamente de la jurisdicción de la Corte IDH.

Por otro lado, la relación del entonces presidente Chávez con la Comisión fue, al principio, bastante fluida, con la intención de reconocer la responsabilidad e inclusive las violaciones del Estado venezolano, ocurridas antes de su gobierno. En el año 2002, a raíz del intento de golpe de Estado en Venezuela, la Comisión emitió medidas cautelares para un diputado del oficialismo que fue arbitrariamente detenido, y en cuya detención yo mismo junto a varias organizaciones clamamos por su liberación. Paralelamente, la Comisión había comenzado a tramitar, inclusive, medidas cautelares a favor del presidente Chávez, con la particularidad de que fue tan breve la detención que en menos de cuarenta y ocho horas él ya había sido liberado. En el mismo año 2002, después de una visita in loco, la Comisión fue invitada a una reunión en el palacio presidencial de Miraflores con el presidente Chávez donde se dieron las gracias por las medidas cautelares que se habían otorgado y se estaban tramitando.

No obstante, de la aparente buena relación entre la Comisión y el gobierno venezolano, con el primer informe comprensivo de la Comisión sobre Venezuela en el 2003 comenzó la ruptura con la Comisión. De alguna manera había la falsa impresión [del gobierno venezolano] de que al permitir la visita in loco de la Comisión y ésta había cumplido con el protocolo, el informe iba a ser complaciente en materia de derechos humanos de algunos problemas graves que ya se avizoraban, por ejemplo en materia del acopamiento institucional del Estado de Derecho, etc. Es similar a lo que ocurrió con la reciente visita de Michelle Bachelet, la cual fue buena, pero quizás se esperaba que las autoridades venezolanas controlaran el resultado de esa visita cuando el resultado de esa visita fue un informe basado en la situación de los derechos el país. Volviendo al informe comprensivo de la Comisión, se realizó un diagnóstico del Estado de Derecho, del acopamiento del Tribunal Supremo de Justicia, de otros poderes del Estado, de la proliferación de grupos paraestatales y de temas de libertad de expresión, etc. La Comisión hizo una serie de observaciones y llamados de atención a Venezuela, que ya veía el desarrollo de contingentes causados por la crisis del 2002.

A la postre de dicho informe, el gobierno venezolano emprendió una campaña contra la Comisión y, para tal efecto, se utilizó una carta que, insólitamente, el Secretario Ejecutivo de la Comisión había enviado a las autoridades que estuvieron por cuarenta y ocho horas en control efectivo del Estado en el año 2002, requiriéndoles el envío urgente de información sobre la situación del presidente Chávez, entonces detenido. Los acontecimientos ocurrieron tan rápido que esto fue un domingo y el lunes ya estaba regularizada la situación, pero como esa carta iba dirigida a quien estaba en el control efectivo de la Cancillería se quiso acusar a la Comisión que al dirigir esa carta estaba apoyando el gobierno de facto, lo cual es falso; la Comisión no es ente que conozca o desconozca la legitimidad de quien está en el poder, sino que se dirige a quien está en el control del poder efectivo para salvar vidas, para proteger personas. En ese caso, si había un golpe de Estado en marcha y habían unas personas que estaban bajo el control de la situación, tenía que dirigirse el oficio a quienes aparentaban estar en esas posiciones para exigirles la protección de la vida de esas personas, pero ese hecho fue utilizado por casi una década para acusar falsamente a la Comisión de que había apoyado un

golpe de Estado. A pesar de dichos ataques, la Comisión seguía trabajando, subía informes y casos a través de sus relatorías y con base a dicho trabajo se la criticó y se intentó desacreditarla con el fin de no prestar atención ni colaborar con ella, acusándola falsamente de esa situación.

Indudablemente, eso tuvo como efecto un ambiente hostil no solo contra la Comisión, sino contra los defensores de derechos humanos que asistían a las audiencias, tanto es así, que la Comisión tuvo que comenzar a emitir medidas cautelares a favor de dichas personas, que comenzaron a ser perseguidas por el hecho de participar en las audiencias de la Comisión.

S.C. En el año 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió un fallo a favor de Raúl Díaz Peña en contra del Estado venezolano. Según declaraciones del entonces presidente Chávez, el señor Díaz Peña fue, supuestamente, autor de unos atentados al consulado de Colombia y la oficina de Comercio de España en Venezuela, por lo cual fue condenado por la justicia venezolana. En virtud del fallo de la Corte IDH, el ex presidente Hugo Chávez hizo pública la decisión de retirarse de la Corte Interamericana, lo cual generó dudas ya que muchos Estados han recibido fallos en su contra y no han tomado la decisión de retirarse. ¿Cuáles cree usted fueron las motivaciones de fondo para tal decisión? ¿Se puede considerar que es una medida regresiva para los derechos humanos el hecho de que los ciudadanos venezolanos estén desprovistos de un mecanismo judicial como lo es la Corte IDH? ¿Hubo algún error por parte del SIDH en un caso como este?

C.A. Eso simplemente fue utilizado como una excusa para una decisión que ya había sido tomada previamente. La Comisión seguía haciendo su trabajo: emitir medidas cautelares, informes que iban a la Corte IDH, informes sobre Venezuela, etc. Después del 2003 hubo informes muy importantes entre los cuales destaca el de 2010 sobre democracia y derechos humanos en Venezuela. En línea con lo anterior, la Comisión y la Corte Interamericana simplemente continuaron con su mandato: proteger los derechos humanos de las personas bajo la jurisdicción del Estado venezolano, ya que no hay forma de que los abusos y violaciones a los derechos humanos puedan ser consentidos por estos órganos [internacionales].

El gobierno del presidente Chávez no aceptaba una narrativa distinta a la que estaban exponiendo los medios de comunicación y para ese momento había cerrado varios medios de comunicación, incluyendo la televisora RCTV, hecho por el cual el Estado venezolano fue condenado por la Corte IDH. De la misma manera, se clausuraron varios radios y se instauró una política de hegemonía comunicacional por parte del gobierno, por lo cual era indudable la necesidad de retirarse del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “SIDH” o “Sistema Interamericano”), algo que no se podía hacer, como se lo pretendió, bajo el derecho constitucional y el derecho internacional por el efecto regresivo que dicho retiro ocasionaría en la protección de derechos humanos.

La denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “CADH” o “Convención Americana”) en el año 2011 fue un grave atentado contra la Constitución venezolana vigente al momento, por distintas razones; entre otras, porque al igual que en la Constitución ecuatoriana, la CADH tiene jerarquía y rango constitucional y, en consecuencia, el bloque de constitucionalidad no puede ser modificado libremente por un presidente mediante un acto o decreto. La CADH está incorporada expresamente en la Constitución venezolana y no de modo general como cualquier tratado de derechos humanos. Esas múltiples razones sumadas a otras, como la protección individual a través de órganos internacionales que estaban en la Constitución, hicieron que varias organizaciones y víctimas de la sociedad civil acudieran ante el Tribunal Supremo de Justicia a demandar la inconstitucionalidad de esa denuncia, demanda que hasta el día de hoy no ha sido admitida

para trámite y es caso pendiente en la Comisión. A la final el argumento para irse del Sistema Interamericano es que estaba colonizado por el imperio en contra del gobierno de Venezuela.

Ahora bien, regresando al caso que planteaste en tu pregunta te puedo decir que el caso podía ser delicado, pero en definitiva se habían violado los derechos al debido proceso de un plazo razonable y el derecho de las personas de no ser torturadas. En ese aspecto, la sentencia de la Corte IDH no estaba dictaminando la culpabilidad o inocencia por los hechos que se la habían acusado o señalado penalmente, el hecho es que no hubo debido proceso y esa falta tuvo efectos. Por otro lado, la crítica que se hizo en algunos foros jurídicos, es que esa era una sentencia con una lectura muy restrictiva de la Convención.

De aquí en adelante el argumento fue: nos vamos del Sistema Interamericano para abrazar el Sistema Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante “SUDH” o “Sistema Universal”) que no está conquistado por el imperialismo norteamericano. En la sociedad civil venezolana se venía usando el Sistema Universal y varias víctimas habían accedido a este. Lo que se vio es que Venezuela no tenía un problema con el Sistema Interamericano sino con el sistema internacional de protección de los derechos humanos. En el ámbito de Naciones Unidas, hay decenas de recomendaciones a través de los dos exámenes periódicos universales que abordan los mismos temas que había tocado y que sigue tocando la Comisión Interamericana, siendo estos la independencia judicial, la libertad de expresión, protección de los defensores de derechos humanos, la restricción indebida que se aplican en las protestas, las detenciones arbitrarias, las torturas, las ejecuciones arbitrarias, pero además los temas contenidos en los exámenes periódicos del Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos de la mujeres, etc. En todos los exámenes periódicos de los Comités se repiten las mismas recomendaciones. El Comité de Derechos Humanos ha emitido varias decisiones en casos relativos a libertad de expresión, privación arbitraria de la libertad y falta de acceso a procesos judiciales con jueces independientes e imparciales... porque en definitiva si tienes una situación como la de Venezuela, donde la inmensa mayoría de jueces son provisionales, sujetos a libre nombramiento y libre remoción, no puedes tener acceso a la justicia o las garantías de un juez independiente e imparcial.

Además de las ya mencionadas decisiones, las víctimas han tenido acceso a grupos de trabajo; por ejemplo el grupo de trabajo sobre detenciones arbitrarias que ha documentado miles de detenciones arbitrarias en Venezuela, inclusive han llegado a identificar una política sistemática de detención de opositores en Venezuela de manera arbitraria y que constituye un delito de lesa humanidad, lo cual concuerda con las opiniones contenidas en la decisión de detenciones arbitrarias o las comunicaciones que se han hecho públicas y ha enviado la relatoría sobre independencia de jueces y abogados o las comunicaciones y acciones urgentes relativas a defensores de derechos humanos y contra la tortura.

Es importante señalar que todos estos Comités de Naciones Unidas, más de diez, siguiendo procedimientos especiales, que llamamos grupos de trabajo y relatorías especiales, han solicitado visitas a Venezuela, de las cuales ninguna ha sido concedida. Solamente en el año 2018 y 2017 se permitieron unas visitas de relatores, que las hicieron sin seguir el protocolo de Naciones Unidas y que, en definitiva, desde que entraron aplaudieron irresponsablemente las políticas del gobierno sin evaluarlas debidamente. No obstante, la relatoría contra la tortura, defensores de derechos humanos, independencia de jueces, detenciones arbitrarias, no han sido autorizadas a visitar el país.

En virtud de todo lo expuesto, podemos simplemente concluir que Venezuela no tenía un problema con el SIDH, o con la Comisión o con la Corte IDH, sino con la protección internacional de los derechos humanos, lo cual recientemente se expuso en mayor evidencia, ya

que el Alto Comisionado de Derechos Humanos desde Ginebra venía realizando dos informes especiales sobre la grave situación de los derechos humanos en Venezuela. De alguna manera el gobierno de Maduro esperaba que con la llegada de Bachelet podía existir cierto entendimiento para el próximo informe que le pidió el Comité de Derechos Humanos en septiembre del año pasado. Afortunadamente Naciones Unidas venía trabajando, con gran seriedad, la situación de Venezuela, documentándola, haciendo seguimiento muy de cerca con las víctimas, entrevistando a cientos de ellas, y eso permitió que el informe que se preparó, lo sabemos hoy en día, fue un informe muy fáctico, por decirlo de alguna manera. En todo caso, fue un informe bien documentado e imparcial que terminó con la visita de una misión preparatoria de Naciones Unidas. Como ya sabemos, la propia Alta Comisionada, Michelle Bachelet, fue a Venezuela, y con una serie de acuerdos previos que se habían establecido, quizá, con la esperanza de que se iba a expedir un informe complaciente, por decirlo de alguna manera, lo que vimos con posterioridad fue un informe muy firme de parte de la Alta Comisionada, un informe muy objetivo pero que fue acusado de traición e imparcialidad hace pocas semanas por parte del gobierno de Maduro.

De esta manera podemos ver que no es un problema con el SIDH, es un problema con la protección internacional de los derechos humanos, y ya no es solamente una pretendida salida del Sistema Interamericano de protección sino un cuestionamiento, aislamiento y una oposición al Sistema Universal de protección de derechos humanos.

S.C.¿Podría comentar sobre la denuncia de la Carta de la OEA por parte del gobierno venezolano y sus implicaciones jurídicas?

C.A. Hace un año sucedió algo insólito que no había tenido lugar en la historia: la denuncia de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) por parte del gobierno de Maduro. La denuncia no se realizó conforme a la propia Carta de la OEA, pues no se han cumplido el resto de las obligaciones conforme a su artículo 148, para que dicha denuncia surta efectos. El gobierno tiene pendiente una serie de obligaciones internacionales, tales como cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana y otras provenientes de otros tratados. Se pretendió que la denuncia entre en vigor desde abril de este año, inclusive con efectos retroactivos, lo cual sería impensable.

La realidad es otra, y es que la denuncia es ineficaz y nula por violaciones manifiestas al derecho interno, al derecho constitucional venezolano, así como a varios tratados interamericanos que no han sido denunciados y que le dan competencias a la Comisión Interamericana y a la Corte IDH. De esta manera no se puede pretender que Venezuela ha quedado desvinculada del Sistema Interamericano. Este año el presidente de la Asamblea Nacional de Venezuela y presidente encargado, Juan Guaidó, retiró la denuncia de la Carta de la OEA mediante votación. Hubo una discusión permanente y su representante fue, digamos, reconocido en la OEA. Es importante notar que tenemos una situación muy compleja, donde si bien más de 50 países han reconocido el gobierno del presidente de la Asamblea Nacional, Juan Guaidó, los sistemas de derechos humanos tienen que continuar dirigiéndose a ambos presidentes, pues uno de ellos tiene el control efectivo del Estado y puede cometer violaciones, pues controlan la policía, ejército, inclusive los grupos paraestatales y paramilitares. Por lo tanto, de alguna manera hay que enviarles una copia, si tú quieres, no solo de cortesía sino para hacer seguimiento. Es una situación única la que se ha presentado, pero evidencia una vez más que Venezuela no es que tenía problemas con el Sistema Interamericano, con la Corte IDH o la Comisión, sino con los límites universalmente reconocidos que establecen los derechos humanos y las obligaciones internacionales en respeto, garantía y protección.

S.C. Varios juristas latinoamericanos, y sobre todo venezolanos, calificaron de “inconstitucional” la decisión de Venezuela de denunciar la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). ¿Considera usted que dicha decisión se alejó del marco constitucional vigente al momento? ¿Qué mecanismos jurídicos contempla la legislación venezolana para revertir un acto unilateral del gobierno de tal envergadura?

C.A. Ciertamente el derecho constitucional y el derecho internacional están cada vez más interrelacionados, en el sentido de que las constituciones de Argentina, Perú, por lo menos en la Constitución normativa en Venezuela, República Dominicana y ahora también Ecuador, han dotado de rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo cual tiene una serie de consecuencias sobre el ordenamiento jurídico interno, porque dichos tratados gozan de la protección de la Constitución en el sentido que para darles protección y estabilidad no pueden ser modificados por mecanismos ordinarios; tienen que ser modificados por mecanismos constitucionales.

Por otro lado, debe entenderse al tratado como un todo, y eso quiere decir que no solo se debe incorporar la parte dogmática de los derechos y obligaciones, sino la parte orgánica. Los órganos de un tratado como lo es la Convención Americana, contemplan a la Comisión Interamericana y la Corte IDH. En consecuencia, estos órganos también pasan a ser órganos constitucionales; eso para enseñar lo delicado e importante que es en un ordenamiento jurídico que se constitucionalizan los tratados sobre derechos humanos.

En el caso venezolano la CADH se incorporó con todo su nombre y apellido dentro del texto de la Constitución, en concreto al final de esta, donde están las disposiciones sobre estados de emergencia, se dijo que éstos se regirían por los principios y límites establecidos en la Convención Americana. En resumen, siendo parte de la Constitución, los tratados de derechos humanos, como la CADH, no es facultad del poder Ejecutivo denunciar ese particular tratado porque eso implicaría modificar la Constitución por decreto. Para modificar la Constitución solamente se lo puede hacer acudiendo a los mecanismos reforzados de modificación de la Constitución, y en el caso venezolano se requiere una aprobación popular vía referéndum.

Además de esto, muchos tratados de derechos humanos, tal como ha afirmado el Comité de Derechos Humanos respecto al Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, no son denunciabiles; y aunque fuesen denunciabiles, por el principio de progresividad de los derechos humanos, tanto los derechos sustantivos y obligaciones internacionales que se han incorporado no se pueden desincorporar y tampoco puede excluirse la protección internacional que promueven esos tratados. En suma, con todo esos argumentos he defendido que tanto la denuncia de la Convención Americana como la posterior denuncia de la Carta de la OEA, constituyen una serie de actos que violan manifiestamente la Constitución, el ordenamiento jurídico interno y, adicionalmente, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no deben considerarse una manifestación de voluntad del Estado que surte efectos en el derecho internacional.

Esta discusión, digamos, está parcialmente zanjada porque el gobierno de Juan Guaidó ha sido reconocido dentro de la vía adoptada por la Asamblea General de la OEA y ese gobierno ha dejado sin efecto la denuncia que se hizo, inclusive con efecto retroactivo; es decir, como si esa denuncia nunca hubiera tenido lugar y pudiese existir protección inclusive por la Convención Americana y por la Corte IDH para los hechos ocurridos mientras supuestamente estuvo en vigor la denuncia. Recordemos que de conformidad con la propia CADH, incluso cuando un Estado la denuncia válidamente, no queda desligado de todos los casos y obligaciones mientras esta estuvo en vigor. Eso quiere decir que cualquier violación a los derechos humanos que hayan

ocurrido cuando estaba en vigor la denuncia también podrían ser sometidas a conocimiento del SIDH, lo cual ha sido la respuesta reflejada en el derecho internacional para otorgar la más amplia protección de las personas, a nivel de ordenamientos regionales de Europa, de las Américas, de África y a nivel de Naciones Unidas.

S.C. La relación entre la OEA y Venezuela ha sido marcada en los últimos años por varias discrepancias de orden político, siendo el reconocimiento al gobierno de Juan Guaidó (por parte de la OEA) uno de los puntos más controvertidos. En ese sentido, ¿Cómo ve usted la dirección política que está llevando el Organismo? ¿Qué efectos trae para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos las actuaciones políticas de la OEA?

C.A. Lo primero es que ciertamente tenemos que recordar que la OEA y el SIDH nacieron en un momento en el cual irónicamente el continente tenía una minoría democrática y una mayoría de dictaduras militares, por lo cual no ha sido fácil en nuestro hemisferio la evolución de una organización regional que tenga entre sus objetivos la democracia representativa y los derechos humanos. Por eso ha sido tan lenta su evolución: décadas. En 1948 se adopta la Carta de la OEA, en 1959 se crea la Comisión Interamericana, en 1969 se suscribe la Convención Americana de Derechos Humanos, en 1979 entra ya en vigor y empieza aplicar la jurisdicción de la Corte Interamericana... a nuestro hemisferio le costó mucho este camino pues no había una clara voluntad mayoritaria. Ahora, con el regreso a la democracia en América Latina, con la experiencia que marcó mucho el gobierno de Fujimori, un dictador electo, el hemisferio se dio cuenta que las elecciones son una condición necesaria para una democracia, pero no son una condición suficiente. Una democracia tiene otros elementos que acompañan su actividad de ejercicio. Por ello con la incorporación de la Carta Democrática Interamericana en el año 2001 impactó el ser de la OEA, en el sentido de que ya no va a ser una organización que se opone a los golpes de Estado tradicionales, los de los militares, sino que tiene que promover y proteger la democracia tanto en sus componentes fundamentales como en sus elementos esenciales, y que si bien requieren elecciones, también se necesita separación de poderes, libertad de expresión respecto de la sociedad civil, independencia judicial, etc.

El caso de Venezuela ha sido uno de los casos más complicados de manejar en la OEA, por el poder económico del gobierno de Chávez, sobre todo a partir del año 2003, con la subida de los precios del petróleo hubo mucha influencia de su gobierno sobre el Caribe, que son casi la mitad de los países que votan en la OEA. Inclusive hasta el día de hoy el bloque mayoritario que apoya la democracia en Venezuela viene de los países latinoamericanos, Canadá y Estados Unidos y ninguno de los países del Caribe, por lo cual, cómo tú dices, ha habido controversia en la OEA, porque hasta hace muy poco se toleraba la dictadura en Venezuela.

Ahora tú me hiciste una pregunta desde el punto de vista de los derechos humanos, lo cual requiere una precisión bien importante, ¿Cómo afecta esto al Sistema Interamericano? Fíjate tú que algunos países de la OEA, como el caso de Ecuador, reconocen al gobierno del presidente de la Asamblea Nacional, Juan Guaidó, el cual no tiene control efectivo de la fuerza pública (policía y militares), las instituciones del Estado y de los jueces, y dada la absoluta falta de independencia judicial en Venezuela, la persecución la lleva a cabo el gobierno de Maduro sin protección de los jueces o con la aprobación de los jueces; entonces si estás en la Comisión Interamericana y vas a dar una medida cautelar a Juan Guaidó, no se puede solamente entregarle a Juan Guaidó las medidas cautelares para que se proteja por sí mismo, porque justamente su denuncia es que el Estado lo está acosando y persiguiendo, lo mismo si eres un defensor de derechos humanos en alguna provincia o un integrante de pueblo indígena en la Amazonía,

pues quien tiene el control de las instituciones del Estado es, digamos, el gobierno de Nicolás Maduro. En consecuencia, esto presenta una bicefalia o duplicidad, en el sentido que se tienen que dirigir esas medidas cautelares a la Cancillería de Venezuela, que la preside el gobierno de Nicolás Maduro y, en paralelo, a la misión permanente de Venezuela ante la OEA, reconocida al gobierno de Juan Guaidó una copia de esas medidas... una copia no solo de cortesía porque el Parlamento podría hacerle seguimiento, adoptar actos, leyes o abrir investigación de por qué no se cumplen con esas medidas.

Siguiendo con lo anterior, se nos ha planteado en el derecho internacional algo nunca antes visto, y aunque no es igual a la República española que se planteó en el exilio, porque precisamente los republicanos estaban en el exilio, en Venezuela hay dos gobiernos, dos presidentes reconocidos por diversos Estados: más de cincuenta Estados han reconocido a Guaidó y Maduro ha sido reconocido por el resto de los Estados. También hay dos Asambleas Nacionales: la que preside Juan Guaidó y la Asamblea Nacional Constituyente; por supuesto, la que preside Juan Guaidó es la establecida en la Constitución y electa de acuerdo a los estándares internacionales. Finalmente, tienen dos Tribunales Supremos de Justicia. Así, lo más complejo de esto es la existencia de dos gobiernos paralelos, supuestamente sobre el mismo territorio, siendo que el control efectivo lo tiene uno y el otro tiene una legitimación popular y constitucional.

Esto hace pensar que hay que hacer algo nuevo, algo no previsto en el derecho internacional, que es un gran desafío frente a un Estado representado por Maduro, que no se considera sujeto a las obligaciones de derechos humanos que emanan de los instrumentos interamericanos. Esta consideración, por cierto, no exonera al gobierno de Maduro de las obligaciones, mientras la Convención Americana estuvo vigente; ni de las medidas provisionales que están pendientes de cumplimiento ante la Corte IDH; ni de las medidas cautelares que están pendientes de cumplimiento ante la Comisión Interamericana; ni de las sentencias de la Corte IDH que fueron emitidas; ni tampoco de los nuevos casos que puedan arribar y que se refieran a hechos ocurridos mientras la CADH estuvo vigente. De tal manera que esta aparente duplicidad o bicefalia hay que resolverla con criterios muy estrictos y en favor de las personas, bajo el principio de progresividad pro persona para la protección efectiva de los derechos humanos. Lo que no puede sostenerse es que esa situación deje desprotegidas a las personas, como ha sido desafortunadamente el caso, ya que millones de venezolanos han tenido que emigrar o cuando salen a manifestarse son detenidos arbitrariamente, y torturados, o sufren ejecuciones arbitrarias...

En este sentido, el informe de la Alta Comisionada, Michelle Bachelet, llamó la atención del mundo por el número de ejecuciones arbitrarias, inclusive reconocidas por el gobierno. Los números que han dado organizaciones internacionales sobrepasa las ocho mil ejecuciones arbitrarias; el gobierno al final tuvo que reconocer más de seis mil. Ese número es un escándalo si uno piensa que en dictaduras como la de Pinochet, durante veinte años, hubo un número de tres mil desapariciones forzadas. Hay entonces una situación similar que ya hemos conocido en esta región: cuando se desmantela el Estado de Derecho, las garantías de la democracia, se pretenden desconocer las obligaciones internacionales, la exigibilidad de los derechos humanos se colocan en una situación extrema, lo cual supone un reto a superar en el trabajo de los organismos de derechos humanos, tanto de Naciones Unidas como del Sistema Interamericano.

S.C. En el marco de la pregunta anterior, es evidente que la OEA juega un rol protagónico en la protección y promoción del SIDH. No obstante, su rol es más político que el de otras instituciones como la Comisión Interamericana o la Corte IDH que son instituciones cuasi-jurisdiccionales

y jurisdiccionales respectivamente. En este sentido, ¿cómo armonizar las actuaciones de la OEA con el resto de instituciones del SIDH? ¿Qué tipo de acciones conjuntas deben emprender dichas instituciones para proteger el SIDH?

C.A. Como en todos los sistemas hay órganos independientes de protección internacional y los órganos políticos. En el sistema europeo tienes el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “Tribunal Europeo” o “TEDH”), que a la hora de ejecutar sus sentencias el Comité de Ministros tiene un rol y el propio Consejo otro, como pasar resoluciones y promover instrumentos. A nivel de Naciones Unidas tienes en Ginebra las oficinas del Alto Comisionado, los Comités bajo el tratado del pacto, los procedimientos especiales y tienes el Consejo de Derechos Humanos que está compuesto por embajadores de países que tienen un rol de recibir los informes, adoptar resoluciones, requerir acciones, etc.

Lo mismo debería ocurrir en el Sistema Interamericano, donde tienes los órganos internacionales independientes como la Comisión Interamericana y la Corte IDH, pero tienes un Consejo Permanente y una Asamblea, que son los órganos políticos que deberían tener una actuación mucho más vigorosa y activa respecto a los órganos de derechos humanos; estoy pensando, por ejemplo, en el rol que el Consejo Permanente y la Asamblea tenían en la época de las dictaduras del cono sur, de adoptar resoluciones, requerir visitas de la Comisión, etc.

Esto está empezando a ocurrir en estos momentos un poco más claramente respecto de las situaciones de Nicaragua y Venezuela, donde las resoluciones del Consejo Permanente de la semana pasada hacen un llamado sobre el tema de los derechos humanos, apoyan la labor que está llevando a cabo la Comisión y piden que las visitas de la Comisión sean recibidas. Lo lógico es que los órganos políticos integrados por embajadores representantes de los Estados den apoyo a los órganos como la Comisión y la Corte IDH con ocasión de que sus informes llamen la atención de los Estados que no han dado cumplimiento a sus decisiones e insten al fortalecimiento de los órganos a través del aumento de presupuesto y el acompañamiento, porque esos órganos son hijos de la voluntad de los Estados en un momento dado de crearlos y de someterse a ellos. Para eso están los órganos políticos, en un Comité permanente donde hay una organización comprometida con el respeto, la garantía y la protección de los derechos humanos.

Es importante que exista una actuación coordinada y responsable de los órganos políticos de la OEA con los órganos de protección internacional del Sistema Interamericano: la Comisión y la Corte IDH. Tomemos el ejemplo de la protección de la democracia, conforme a la Carta Democrática Interamericana. Precisamente los derechos humanos son esenciales y componentes fundamentales de la democracia, lo cual es monitoreado en la región casi a diario por la Comisión. A través de ese monitoreo podemos ver crisis que amenazan las instituciones democráticas; crisis que se relacionan, por ejemplo, con la independencia judicial en algún caso, pero que al mismo tiempo están teniendo efectos sobre la protección del derecho humano a tener acceso y protección por Tribunales independientes e imparciales a través del debido proceso y, por ejemplo, al ataque contra los poderes judiciales de la región. Cualquier ataque a la democracia constitucional prevista en la Carta Democrática es un ejemplo claro de cómo debería interactuar una acción urgente con un informe de la Comisión al Consejo Permanente o al Secretario General, para que a su vez la organización, con base a la Carta Democrática, tome las medidas más diplomáticas o políticas que hagan falta y tenemos ejemplos de aplicación de la Carta Democrática en el pasado, pero normalmente estos ejemplos son para situaciones de ruptura del orden constitucional. Lo que está pendiente es esa interacción entre democracia y derechos humanos cuando hay amenazas a la democracia.

En el caso de Ecuador, vimos cómo en el año 2004-2005 hubo un cierre de la Corte Suprema de Justicia y cómo el país vivió varios meses bajo una situación en que sus más altas cortes estaban cerradas sin funcionamiento, y lejos de esto presentar una alarma al sistema de justicia que permitiera verlo desde el punto de vista de la Carta Democrática, dado que el representante ante la OEA es un embajador del poder Ejecutivo y los jueces no tienen una voz directa en los órganos políticos de la OEA, probablemente la Comisión tampoco prendió una alarma a ese nivel, y eso continuó de largo cuando debió verse como problema no de unos Tribunales o de una Corte sino de la protección de la democracia y los derechos humanos. Afortunadamente yo formé parte la comunidad internacional que posteriormente, o casi de inmediato, se involucró en el procedimiento que se abrió para una selección abierta por méritos y competencia de los jueces de la Corte Suprema de Justicia. Yo fui por Naciones Unidas uno de los veedores internacionales que participó en ese proceso y se pudo llevar a cabo un modelo ejemplar de selección y escogencia de magistrados de la Corte Suprema de Justicia de manera transparente, de manera profesional, midiendo no solamente sus cualidades académicas y profesionales sino también los temas de ética, procedimientos de impugnación para poder calificar objetivamente a los mejores y así poder ser designados.

Con esto vemos un ejemplo que vislumbra la necesaria interacción entre los órganos políticos de la OEA, que tienen en su responsabilidad el Secretario General, el Consejo Permanente y la Asamblea la protección internacional de la democracia; y al mismo tiempo cómo uno de los elementos esenciales de la democracia, y hasta podríamos decir el derecho mismo de los pueblos y los ciudadanos a la democracia, conforme a la Carta Democrática, puede verse afectado, teniendo los órganos de protección internacional y políticos que actuar ordenadamente.

S.C. En el mismo marco que hemos conversado sobre el SIDH, uno de los derechos más debatidos dentro de dicho sistema es el de libertad de expresión. Los avances tecnológicos y la masificación han supuesto un gran desarrollo del mencionado derecho, sobre todo en plataformas digitales. Dicho ejercicio lleva consigo su correlativa responsabilidad. No obstante, no queda claro aún cuál debería ser la regulación aplicable al ejercicio de la libertad de expresión en plataformas digitales, en lo que a divulgación de contenido respecta. ¿Cómo ve usted el desarrollo del derecho de libertad de expresión, en sus dos sentidos: informar y ser informado, a la luz de los avances tecnológicos? ¿Cómo regular el contenido de plataformas informáticas supuestamente “libres”?

C.A. Mi tendencia es a no restringir las plataformas digitales informáticas; solamente cabría restringirlas en casos de que se comentan delitos conforme a los estándares internacionales, es decir, tomar medidas de responsabilidad.

Yo creo que tenemos que tener un cuidado balanceado en este tema. Me imagino la impresión que fue para el mundo cuando se inventó la imprenta y se dejó de transcribir textos, pudiendo hacer una divulgación masiva de ideas y opiniones. Esto precisamente llevó a concebir la libertad de imprenta, que así se llama todavía en algunos instrumentos, leyes o sistemas como en Estados Unidos el *freedom of press*. Ahora, estamos entrando ya en una era que supera a la prensa, a la comunicación formal, inclusive de radio y televisión... una especie de canal abierto de comunicación de las personas y la sociedad. Por un lado, qué bueno que nos podamos comunicar mejor; contactar personas e intercambiar con gente y organizaciones que ni conocemos información, trabajos y foros. Creo que eso está impactando o comenzando a impactar al mundo de una manera que todavía no entendemos bien. Al mismo tiempo estas plataformas ya no dependen, como los medios tradicionales, de la jurisdicción exclusiva de un

Estado. En consecuencia, estos son fenómenos de cobertura global, en los que la comunicación tiene que ver con dónde se origina, a dónde llega y por dónde transita. Estas nuevas plataformas digitales forman parte del mercado abierto de transmisión y comunicación, a través de las cuales los ciudadanos y ciudadanas del mundo se expresan y comparten sus ideas, opiniones, trabajos y foros sobre distintos temas.

Ahora bien, al mismo tiempo hemos visto que, con lo maravilloso que significa esto para el mundo, se puede incitar a través de estos nuevos medios a cometerse delitos de distinta naturaleza: incitar al odio racial o atacar la vida de las personas. Ahí está el reto de cómo y quién debe llevar a cabo esas regulaciones, porque por un lado está la necesidad de prevenir que se cometan delitos y de que no existan ataques a la vida o a la integridad de las personas, o una comunidad de grupos raciales o religiosos, pero por otro lado el equilibrio debe ser muy delicado para no inhibir excesivamente e injustificadamente la libertad de comunicación. El tema que estoy planteando es relevante porque quien realiza limitaciones son los proveedores de grandes empresas de internet por vía digital; y por vía internacional lo hacen los gobiernos, pero cabe preguntarse, ¿qué gobiernos y cómo lo hacen? Además, muchas veces las acciones escapan de la jurisdicción estrictamente nacional, lo que es un reto para preservar esa maravillosa libertad de expresión digital, que está cambiando la forma de cómo conocíamos y nos comunicamos los seres humanos. Esta comunicación debe seguir avanzando, por supuesto, pero como un invento de la humanidad, ocasionalmente puede ser usada con fines desviados, abiertamente contrarios a los derechos humanos. Entonces, en esos casos, el aspecto regulatorio y de responsabilidades debe entrar en vigor.

S.C. En contexto con lo anterior, el SIDH y sus instituciones no son ajenas a cómo los derechos se van manifestando (ejerciendo) de diferentes maneras en estrecha relación con los avances tecnológicos. ¿Cómo podría el SIDH aportar a los Estados para la protección de dicho derecho dado los nuevos cambios? ¿Tiene la capacidad suficiente el SIDH para responder a los bruscos cambios en el ejercicio de los derechos?

C.A. Bueno, en el ejemplo que veníamos manejando precisamente el Sistema Interamericano tiene una relatoría especial de libertad de expresión que se creó en el año 1998, cuando yo era presidente de la Comisión Interamericana. Esa relatoría especial ha tenido un rol muy importante en el desarrollo de la libertad de expresión en el hemisferio y más allá. A su vez esa relatoría trabaja en coordinación con la relatoría equivalente a nivel del sistema europeo, de igual manera con el sistema africano, pero sobre todo con la relatoría de Naciones Unidas. Entonces esa relatoría del Sistema Interamericano ha venido promoviendo no solo los principios de libertad de expresión que adoptamos en la Comisión en su momento, hace casi 20 años, sino haciendo estudios sobre libertad de expresión en la era digital, su protección y las responsabilidades por el abuso de la expresión en vía digital.

En definitiva lo que vemos es que deben aplicarse los mismos principios generales que rigen la libertad de expresión y sus eventuales responsabilidades ulteriores. Esa relatoría venía promoviendo, a través de sus estudios, la importancia de tener un acceso no censurado. No obstante, muchos gobiernos han pretendido censurar dicha libertad de expresión, tenemos el gran ejemplo del gobierno de China, pero en nuestro continente gobiernos como el de Venezuela tienen censurado el acceso a ciertas bases de datos y direcciones digitales, por eso también se busca promover desde la relatoría el no bloqueo al acceso a la información digital y unos principios generales. Al respecto se han hecho varios seminarios y, como digo, esto es un fenómeno que, en el buen sentido de la palabra, ha sorprendido a la humanidad y apenas

se lo está asimilando. En el pasado estos fenómenos tardaron décadas en ser atendidos, pero por la rapidez actual vemos que se van generando algunos consensos de cómo avanzar en las regulaciones que sean necesarias y, podríamos subrayar, estrictamente necesarias, para este tipo de expresión. Creo que la relatoría de libertad de expresión dentro de la Comisión Interamericana es la herramienta más preparada para adelantar estos trabajos como lo hemos conversado.

S.C. Dentro de la misma materia de libertad de expresión, usted ha sido el abogado de un caso muy importante para Ecuador, que está siendo discutido en sede interamericana. Sin entrar en fondo del caso, ¿cuál considera usted es la importancia de que estos temas sean debatidos en sede interamericana?

C.A. Yo he sido un defensor de la libertad de expresión no solamente desde que estaba en la CIDH, a finales de los años 90, sino que después de pasar un periodo de varios años comencé a ser defensor de víctimas de violaciones de derechos humanos y en ese sentido muy tempranamente comencé a llevar medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de periodistas venezolanos, medios de comunicación venezolanos, como el Nacional en su momento, como RCTV o Radio Caracas televisión, Globovisión. Todos estos estos medios terminaron asediados y en algunos casos cerrados, como ocurrió con RCTV. También tuve que litigar ese caso, el de RCTV, posteriormente ante la Corte IDH, donde se obtuvo una sentencia muy importante. Pero quizá el primer caso más importante sobre estos de temas de libertad de expresión y el límite del poder punitivo de los gobernantes, fue el caso del periodista Mauricio Herrera y su diario, La Nación, en Costa Rica, en el que yo también fui el defensor de Mauricio y del diario. Ahí se obtuvo, entre los logros fundamentales, la modificación de la legislación costarricense penal sobre libertad de expresión y un aspecto que, aunque no tenía que ver con la libertad de expresión, probablemente ha sido el de mayor impacto nacional: la creación de una segunda instancia judicial plena en Costa Rica. Esta tesis jurisprudencial, ha tenido un gran impacto no solamente en la región, pues ha sido acogida por la Corte Suprema en Argentina, sino también en Europa. Así, el trabajo en libertad de expresión de varios de los países ha sido fundamental.

Yo creo que América Latina, desafortunadamente, no está totalmente curada de los autoritarismos y en el momento que los países los viven, sobre todo los autoritarismos populistas, es muy difícil superarlos casa adentro, peor sin un apoyo y acompañamiento internacional de las fuerzas democráticas que permitan llevar a cabo la superación de las restricciones. Precisamente estos autoritarismos se creen todopoderosos cuando están en el poder y abusan, persiguen y acallan voces disidentes. Esto ocurre no solamente con las voces más débiles como defensores de derechos humanos, indígenas, estudiantes, escritores, intelectuales, como ocurrió en Ecuador, sino también periodistas conocidos o inclusive medios de comunicación, para demostrar que ante el poder del gobierno de turno todo el mundo debe agacharse.

Ese caso en Ecuador presenta una importancia tanto desde el punto de vista de la evolución de la democracia en el hemisferio como desde los daños que puedan causarse; pero al mismo tiempo, creo que es un test muy importante para la democracia y la libertad de expresión de cómo se usó el poder desde figuras delictivas que criminalizaban la libertad de la expresión, no para protegerla, sino para ser usada por el gobernante de turno para acallar a la sociedad, a sus medios y sus periodistas. El caso es importante nacional y regionalmente también porque se ve la manipulación de la justicia a favor del primer mandatario, no solamente para subyugar y someter a quien él estaba demandando sino para enseñarle a la sociedad lo todopoderoso que él era. Hoy se ha visto, y ha salido por los medios de comunicación, cómo ha existido una trama

de corrupción judicial. Entonces como decíamos al principio, ningún país está curado contra los autoritarismos, populismos autoritarios y las dictaduras, y es importante que sea ventilado públicamente un proceso como ese para que salga la verdad a relucir y que se establezcan los estándares que debe tener no solo Ecuador, sino el resto de los Estados parte de la CADH cuando se refiere a la persecución por parte de los funcionarios y autoridades públicas y de nada más y nada menos que un presidente de la República a sus ciudadanos, incluso por juicios supuestamente privados para la protección de su honor mientras está ocupando la presidencia de la República.

Justamente todo eso forma parte de las salvaguardas que debemos tener en la democracia para que, cuando hayan gobernantes con tendencias autoritarias, sea precisamente la ciudadanía, la población, la sociedad en su libre expresión que puedan debatir estos asuntos y pueda criticar a sus representantes, incluso si, como han dicho la Corte IDH y el Tribunal Europeo, la crítica es aguda, molesta y pueda llegar hasta ser irrespetuosa. Precisamente eso es la democracia y libertad de expresión: no solo expresarnos bien de nuestros gobernantes, sino que nuestro derecho es también expresarnos mal y criticarlos. Los asuntos se deben ventilar en una libre circulación de ideas y opiniones y yo creo que ahí van a haber muchas lecciones aprendidas de cómo la sociedad tiene que convertirse en la primera defensora de la libertad de expresión y el precedente que se siente para que nunca más un gobernante atropelle a la sociedad, a sus instituciones, a sus periodistas, a sus estudiantes, a sus intelectuales, a sus medios, simplemente por acallar a las críticas porque sean incómodas e irrespetuosas.

S.C. Para finalizar y en el contexto de las preguntas anteriores, ¿qué desafíos enfrentará a futuro el SIDH? ¿En qué áreas se vería usted involucrado para poder aportar, dada su inmensa trayectoria?

C.A. Yo creo que estamos entrando en una época en el mundo, no solamente en el Sistema Interamericano, de regresiones. Hay avances en América Latina, con los puntos negros de Venezuela, Nicaragua y Cuba. Pero también hay problemas en las democracias que crean algunas dudas importantes, por ejemplo, la situación de Brasil o la situación de países como Guatemala. Al mismo tiempo vemos avances, en medio de las dificultades, en la mayoría de los países de la región: Costa Rica, Chile, Uruguay, en el mismo Perú, y vemos otros problemas, como en Colombia con los recientes problemas de la consolidación del proceso de paz.

Las democracias en el hemisferio van avanzado, pero en las Américas también estamos contagiados de estas ondas de nacionalismo que se están regando por Europa, en varios países, con el surgimiento de partidos y gobernantes nacionalistas, aislaciones incluso, como el caso del Brexit, nacionalismos imperiales, como el caso del presidente de los Estados Unidos en este momento. En América Latina hay una percepción errada de que los derechos humanos era una materia para ser aplicada contra las dictaduras y que los países, cuando se gradúan de gobiernos electos democráticamente, ya aprobaron esa asignatura, cuando precisamente vemos que el sistema de derechos humanos nació en países de Europa, precisamente para las democracias; porque las democracias constitucionales organizan su poder público para tener políticas, leyes y Tribunales en aras de proteger los derechos humanos, y ya que ningún gobierno es perfecto y además los Derechos Humanos y sus estándares están en continua evolución, dicha protección debe ser progresiva. El ejemplo que siempre me gusta dar es Suiza, que tiene más casos en el Tribunal Europeo que casi todos los casos del Sistema Interamericano ante la Corte IDH. Esto no significa que Suiza viole los derechos, esto nos quiere decir que sus ciudadanos tienen acceso a la justicia y que cuando la justicia no cumple su cometido conforme a estándares internacionales o que ocurren violaciones y no son reparados, gozan de pleno acceso a la justicia internacional.

Hay que tener cuidado con esta onda que mencioné previamente, la misma que se refleja en una carta de cuatro mandatarios dirigida a la Comisión Interamericana, en la cual decían básicamente: ustedes quédense, la Corte Interamericana en Costa Rica y la Comisión en Washington y nosotros en nuestros países y no se metan en nuestros asuntos internos. Esa declaración es una especie de regreso a la soberanía absoluta y a la no intervención, cuando precisamente esos conceptos nos llevaron a la gran crisis que ocasionó todos los horrores previos y durante la Segunda Guerra Mundial por el fascismo, el nacionalsocialismo en Alemania, y entonces vino la persecución de millones de personas por pertenecer a determinada raza o religión, lo que conocemos como el Holocausto. Precisamente para superar esos horrores es que se creó un orden público internacional y democrático donde están los derechos humanos, frente al cual no puede oponerse el principio de no intervención. Vemos una peligrosa tendencia en este momento en varios países del mundo y sobre todo las potencias más importantes como Rusia, China y Estados Unidos, van hacia lo unipolar, el personalismo, la unidimensionalidad y el no sometimiento a un orden público internacional de los derechos humanos y de las limitaciones al poder, buscando simplemente que prevalezca el interés personal, o el que ellos interpretan como nacional.

En ese marco, el Sistema Interamericano no escapa de este mundo contemporáneo convulsionado, pero precisamente su trabajo serio y constante tiene evidencia en los resultados diarios a pesar de esas líneas regresivas. El Sistema Interamericano está, hoy más que nunca, enraizado en los pueblos latinoamericanos. Cada vez que viene un ataque al Sistema Interamericano hay que recurrir a la sociedad civil, a la sociedad organizada, a los partidos políticos, parlamentos y gobiernos democráticos para su defensa, porque el SIDH ha tenido la bondad de haber podido servir de mecanismo de última protección a todo tipo de persona: un defensor de derechos humanos, un campesino, un indígena, un periodista, un empresario de medios de comunicación, un abogado, un juez, un ciudadano común; es decir, la diversidad de *stakeholders* de personas que han sido protegidas y que tienen una vivencia de cómo la justicia les pudo llegar un buen día por el SIDH está enraizado en nuestros pueblos, que son los verdaderos defensores del sistema.

Yo creo, sin embargo, que en esta época hay que fortalecer los sistemas internacionales de protección y creo que parte de la tendencia va a ser mayores niveles de coordinación, por ejemplo, entre los sistemas regionales y el Sistema Universal. Me parece que varios de los esfuerzos que se están haciendo se podrían lograr con mayores niveles de eficiencia, con mayores coordinaciones, para aprovechar los recursos sin tener que sacrificar la autonomía de cada uno de estos órganos. Me gustaría que en el futuro pudieran trabajar mucho más de cerca el Sistema Universal y el Sistema Interamericano; los Comités de Naciones Unidas y la Comisión Interamericana; los grupos de trabajo y los relatores con la Comisión; y que los casos que se ventilan a la Corte Interamericana tengan, por ejemplo, los informes de los exámenes periódicos de los Comités o del examen periódico universal del Consejo de Derechos Humanos, y viceversa.

Me parece que esta interacción de alguna forma existe pero se requiere una mayor eficiencia en la interacción para tener mejores resultados porque, en definitiva, los derechos humanos son los mismos en el Sistema Universal que en el Sistema Interamericano. Son derechos humanos universales, entonces no solamente los instrumentos, tratados y declaraciones tienen un contenido similar, sino que en su interpretación, por ser universal, tienen un contenido aún más similar. De tal manera, ese diálogo constante entre Estados y mecanismos internacionales, entre Estados y Sistema Interamericano, entre SIDH y Sistema Universal, por lo cual me parece que debe conformar un sistema multidimensional de derechos humanos integrado por los niveles nacionales, los niveles regionales y los niveles universales. Creo que eso permitirá

fortalecer el sistema que siempre va a estar sometido a críticas. El SIDH siempre va a estar sometido a avatares, sobre todo cuando desafía al poder, y el poder se siente poderoso, vamos a decirlo con esa perogrullada, pues tiende a atacar a los que le señalan los límites y le recuerdan sus responsabilidades.

Entrevista a Marlene Wayar¹

Las personas travestis estamos viviendo una situación que es de flagrante injusticia

Interview with Marlene Wayar

We, transvestites are experiencing a situation of blatant injustice

DIEGO FALCONÍ TRÁVEZ²

Universidad San Francisco de Quito /

Universidad Autónoma de Barcelona (Ecuador/España)

Resumen

Entrevista realizada en Barcelona a la teórica y activista travesti argentina *Marlene Wayar* con motivo del lanzamiento de su libro *Travesti: una teoría lo suficientemente buena* (2018). En ella se abordan cuestiones relativas a la normatividad sobre las subjetividades travestis y trans, el travesticidio como figura pena, el abolicionismo como tipo penal, la protección de la niñez y la adolescencia sexo-disidente y el control ciudadano a jueces y juezas desde una perspectiva de género.

Palabras clave

Marlene Wayar, teoría travesti, abolicionismo, revesticidio, niñez trans, control judicial.

Abstract

Interview conducted in Barcelona to the theoretician and transvestite activist Marlene Wayar on the occasion of her book launch of her *Travesti: una teoría lo suficientemente buena* (2018). It addresses issues related to regulations on transvestite and trans subjectivities, travesticide as a felony, abolitionism as a criminal practice, protection of children and adolescents sex-dissident and citizen control of judges and judges from a perspective of genre.

Keywords

Marlene Wayar, Transvestite Theory, Abolitionism, Transvestite, Trans Children, Judicial Control.

Diego Falconí (D.F). ¿Cuál es tu relación con la ley y con el derecho en tanto que persona que se denomina a sí misma como travesti?

Marlene Wayar (M.W.) Si lo tengo que pensar debo decir que es muy... es mala. Me baso en una cuestión de sentido común: una obedece la ley porque le conviene, es la ley y la obedecés. Yo soy hija de la democracia. Para el 83, cuando Argentina regresa al orden democrático, estoy entrando en el secundario. Tengo incorporada, a través de las materias en el secundario, a

¹ Entrevista realizada el 5 de diciembre de 2018. Agradezco a Mirna Navarrete de Villalobos por la transcripción de este texto.

² Abogado y teórico literario. Co-director del grupo de investigación Intertextos entre el derecho y la literatura y profesor e investigador en las universidades San Francisco de Quito y Autónoma de Barcelona. <https://orcid.org/0000-0002-4423-6563>



través de la televisión, a través de la radio toda la información que circulaba en la democracia: cómo se vive, se come, se educa, se cura, se sana. ¿Cuál era ese orden democrático? Pues que volvíamos al orden de la ley democrática. Ahora, en lo concreto, yo, siendo menor de edad, me encontré con las chicas de mi edad, las travestis de catorce, quince, dieciseis años. Ellas estaban en situación de prostitución. Yo sabía donde se prostituían y fui para encontrar alguien con quien identificarme. Por las posibilidades que tuve de niña, a diferencia de la mayoría de mi comunidad, tuve una casa. Hasta muy grande yo decidí irme de mi casa, no me expulsaron; tuve siempre relación cariñosa, de abrazo. En la calle vi la persecución policial contra mis amigas [travestis]. Y luego la policía también a mí me paró, me pidió documentos. Yo sentí esto como una falta de respeto, y empezó esta cadena en donde soy objeto de cuestionamiento solo por ser quien soy. Soy mariquita, soy travesti y eso les habilita a detenerme, a pedirme identificación y, aun así, teniéndome identificada, a llevarme detenida, diciendo que uso ropa contraria a mi sexo. Encima, para ese momento, yo era muy punk y vulgar. ¿Cómo me vas a decir que estos trapos son de hombre o de mujer? ¿Yo soy otra cosa: soy punk! ¿Cómo decís que estoy ejerciendo la prostitución cuando yo no tenía esa necesidad? Yo tenía una casa a donde volvía y tenía todas mis necesidades resueltas. ¡Y era virgen de hecho! No había tenido relaciones, porque no lo necesitaba. Yo necesitaba estar con mis pares, aprender de ellas... divertirme, sentirme despejada, no prostituirme. Empiezo a ver, además, el sistema de coima, de pedir dinero como peaje, como derecho a transitar por la ciudad, a transitar por esos espacios de la ciudad, sobre todo de noche. Mi relación, desde entonces, es sumamente contradictoria porque siento, que estoy hablando o intentando hablar en un idioma con la sociedad, el que supuestamente hemos consensuado desde la democracia, es decir la ley, aunque soy castigada por esa ley.

A través de muchas personas alrededor que nos prestaban ayuda, que aún nos prestan apoyo, intentamos penetrar en la letra de ley; saber que toda legislación o todo ordenamiento jurídico tiene una letra y también tiene un espíritu. ¿A qué aspiraba el legislador con el abolicionismo, por ejemplo? No era abolir la prostitución porque sería un objeto inalcanzable. Para un Estado, para una sociedad, es imposible eliminar las causas por las cuales las personas se tienen que prostituir, caen en situación de prostitución. El legislador buscaba perseguirnos. El ordenamiento jurídico con que se nos perseguía, para colmo, era infrapenal, estaba muy por debajo de las leyes penales. Los artículos que nos involucraban a nosotras para llevarnos detenidas para cuestionar quienes éramos además eran anticonstitucionales y que sean anticonstitucionales era muy grave para el país, porque no hay nada más valioso que la constitución que nos rige.

A veces, los Estados cometen errores y hacen legislaciones que son contrarias a la constitución. Por una cuestión jerárquica de leyes, prima la de mayor jerarquía, prima la constitución. Yo les estaba haciendo un planteamiento [a los policías] de mi derecho a la libertad, a la libertad de expresarme, a la libertad de moverme con libertad por mi país, a la libertad de reunión, a la libertad de hacer lo que no está prohibido por la ley... un montón de cuestiones que eran constitucionales y que el ordenamiento infrapenal, abiertamente inconstitucional, destruía. Y yo tenía que discutir por eso sin encontrar del otro lado, en la supuesta institucionalidad, una lógica de diálogo que pueda llevarnos a algún cauce. Hablaba con la sinrazón absoluta.

D.F. ¿Podrías explicar cuál es tu postura respecto al abolicionismo de la prostitución?

M.W. Creo que es importante saber esto. Yo me posiciono como abolicionista, pero un abolicionismo muy particular. Para explicarte quiero razonar desde un pensamiento legal. El derecho es muy claro o, al menos, intenta hacer muy claras las razones del abolicionismo. Existe

un solo bien jurídico que proteger y es, precisamente, la dignidad. Argentina, como Estado, opta por ser un Estado abolicionista en los años 30, cuando se descubre toda una mafia de judíos que traía mujeres judías de Europa a mi país y las sometía a trata de personas para la prostitución. Una de ellas escapa y denuncia. Desde ese momento se reordena y el país manda esto: nos interesa que las mujeres, que las personas, no tengan que caer en situación de prostitución. Y lo único que va a estar penado en relación a la prostitución en el Código Penal es el abuso, el aprovechamiento; la explotación de terceros en prostitución para beneficio propio. Las mafias del proxenetismo son las que deberían ir presas. Esto es lo que nunca sucedió y se veía en lo cotidiano, a través de la televisión o los diarios, que se hacían procedimientos muy aparatosos para demostrar que el Estado estaba trabajando contra prostitución. Las que iban presas, las que subían a los carros de asalto, eran las prostitutas o las travestis en prostitución, nunca aquellos que sí denunciábamos nosotras, que eran los policías, los comisarios de policía, los jefes de calle de la policía, los jueces que estaban en convivencia, y que muchas veces salió a la luz, que eran propietarios de los prostíbulos que salían o que tenían una íntima convivencia y a quienes nosotras conocíamos, nosotras pagábamos coima. Amigas mías mandaban, acercándose las fiestas de Navidad y fin de año, botellas de whisky, habanos, chocolates para jueces y comisarios, porque les permitían estar en una zona libre y tal, y todas poníamos [dinero].

Desde aquí es que yo soy abolicionista. Yo quiero que las personas no estén exigidas de tener que prostituirse para vivir, para que sobreviva su prole: una mujer con un niño o una niña. No tengo una visión moral. Si alguien adulta decide [ejercer la prostitución], no sé, porque quiere tener una mejor posición, porque piensa que puede hacer la labor de manera que no la lastimen y demás, es libre de hacerlo y esto el abolicionismo no quiere que se pene. Cada quien es libre de prostituirse o no. En las condiciones actuales estructurales de pobreza y miseria en la que está mi comunidad, en la que están las mujeres en mi país, en el continente americano, esto hace que no pueda ser una cuestión en la que podamos decir que “deciden”, no hay poder de decisión. Es desde niñas, por estadísticas que hemos realizado en las organizaciones civiles y que han sido corroboradas por estadísticas del INDEC [Instituto de Estadísticas y Censos de la Argentina], que las travestis, entre los ocho y trece años, asumimos nuestra identidad y a partir de ahí quedamos en situación de calle, pues se nos expulsa de nuestros hogares. Es inviable pensar que una persona entre los ocho y trece años pueda tener autonomía de elección en la calle, con hambre, frente al mundo adulto. Por supuesto se elige, pero con qué madurez, cuál es el análisis, es la desesperación la que nos lleva.

Aun así, hay una cuestión que yo objeto y es este ordenamiento jurídico que discutía globalmente entre tres opciones: abolicionismo, prohibicionismo o reglamentarismo. Hoy no se está discutiendo el prohibicionismo; se ha quedado obsoleto y se está discutiendo entre abolicionismo y reglamentarismo. Creo que hay varias otras alternativas, entre ellas una síntesis precisamente entre abolicionismo y prohibicionismo, donde hoy podamos resolverles los problemas a las personas en situación de prostitución, al menos, si no podemos sacarlas de la prostitución, qué es lo que dicen las estadísticas. La mayoría quiere tener un trabajo legítimo, legal, quiere seguir estudios, quiere capacitarse pero si no podemos resolver esto, al menos les tenemos que quitar la policía de encima, porque eso es ilegal. Además que deban prostituirse para sobrevivir... que nosotras estemos persiguiendo y que estemos permitiendo que el Estado o agentes del Estado las expropien cotidianamente del dinero venido de la prostitución es ilegal y vuelve a los estados proxenetas. Nos cobran impuestos en todo, en el agua, en el azúcar, pero además demandan el dinero que acabo de cobrarle al cliente, me baja un policía y me lo quita. De todos los clientes que hago, me quita el dinero que hice con dos o tres. En cada lugar hay un precio específico para caminar, para estar, para permanecer en ese sitio, para permanecer en

un departamento privado, en un cabaret, en un hotel cinco estrellas. Lo que yo creo es que este ordenamiento es patriarcal, capitalista, occidental, cristiano, adulto-céntrico.

Debo decir que tengo un problema con que a las personas en situación de prostitución se las diga “trabajadoras”, justamente buscando su dignidad. Por un lado, el ordenamiento jurídico respecto de los derechos humanos nos dice que nacemos en dignidad. Yo nazco en dignidad humana, no se puede buscar, no hay nada que me la dé. Puede haber condiciones indignas de vida o de contrato laboral y demás, pero son condiciones en ese ámbito, son restringidas. Mi dignidad como humana, haga lo que haga, no la pierdo. Los derechos humanos se portan, se llevan, nadie me los puede quitar, nadie se los puede quitar a otra persona, en primer lugar, eso. Por otro, cuando las personas en situación de prostitución dicen que son trabajadoras, en ese mismo acto están fundando la posibilidad de que haya dueños, dueñas, empresarios dueños del trabajo de los medios de producción, o de lo que fuera que posibilite ese trabajo puntual. Nosotras somos las que demostramos que no es así, que la tierra nos pertenece, porque, en este caso, hablando de la prostitución, la tierra es el propio cuerpo. Nadie puede decir “tu cuerpo me pertenece”, “todo lo que trabajes o todo lo que hagas con tu cuerpo es mío” o “me tienes que dar una plusvalía a mí”. Imposible. Nadie puede decir que es propietario del conocimiento, los medios para producir, para trabajar en la prostitución, porque es intuitiva, porque es lo que se lleva, porque es lo que portamos, lo que sabemos. Cada gemido, cada pose, cada sonrisa que hay que realizar es un aprendizaje que se va haciendo en comunidad, con el cliente en específico. No hay un conocimiento que otro pueda decir: estás trabajando y ganando dinero gracias al conocimiento que yo te di, o gracias a las posibilidades relacionales que yo te di. Nada. Nosotras, en tal caso, que queramos reunirnos para buscar un ordenamiento de lo que sería la labor prostitutiva, nos tenemos que reunir en una cámara de empresarias. Cada una de las personas en prostitución es una empresaria, cada una decide cómo, decide qué, decide en qué momento, decide quién, decide cuánto dinero cuesta un servicio y otro. Es imposible que sin este, mi cuerpo, suceda nada en la prostitución. Después hay un alojamiento que nos brinda una cama; después hay una botella de champán que se destapa en relación a que el cliente quiere sexo y champán; después hay flores si me quiere regalar; después hay preservativos, hay juguetes sexuales; y después hay una industria enorme de la sexualidad alrededor que puede convivir en la prostitución. Todo eso es superfluo sin este, mi cuerpo. Aun cuando el hombre o la persona que está contratando diga que en realidad quiere tener relaciones con un consolador, ese hombre está necesitando que mis ojos vean cómo usa el consolador; ese hombre encuentra la excitación y fundamenta la cuestión prostitutiva porque mis ojos están viéndolo; él paga por mi tiempo, por mi estar ahí, es inasible cuál es la sexualidad de cada quién, cuál es el ejercicio sexual, dónde está el placer que busca el otro. Sin este, mi cuerpo, sin mi presencia, es imposible. Eso hace que yo sea una empresaria, nunca una trabajadora, y es peligrosísimo esto, porque estamos abriendo la puerta a que haya un empresariado que crea, que se autoasigne la potestad de ser dueño de la empresa, de los medios de producción y eso, que nos busque niñas, niños, que nos busque adolescentes, para ir domesticando, para tener como fuerza de trabajo y de explotación como se ha venido dando.

Yo entiendo la desesperación de mis compañeros y compañeras [que ejercen la prostitución] en la búsqueda de algún ordenamiento que les dé seguridad para caminar sobre un piso firme. Pero cuando estamos legislando, dialogando socialmente sobre la temática para dar un ordenamiento, no estamos ordenando solo el hoy, mi presente, que necesita ser resuelto realmente. También debemos tener la responsabilidad de pensar que estamos ordenando y legislando cómo va a ser la vida del futuro, de las y los que vienen, quiénes van a nacer para la prostitución, quiénes están condenadas y condenados ya, hoy, cuando digo trabajadoras, a ser eso, trabajadoras.

D.F. ¿Por qué crees que es importante legislar en torno al travesticidio? ¿Por qué esta figura tiene que entrar como delito en el Código Penal?

M.W. Diría que, en sentido estricto o puede ser dialéctico, vean ustedes, las personas travestis estamos viviendo una situación que es de flagrante injusticia. Nosotras nacemos en campo enemigo, nacemos en hogares heterosexuales que no nos entienden y que están siendo bombardeados con una pedagogía que les programa para construir otredad. La mamá, el papá, el abuelo, la abuela, al mostrar feminidad cuando deberías ser un varón, o masculinidad cuando deberías ser una nena, comienzan a hostigarte, a punirte, a culpabilizarte, a violentarte de muchas maneras para que no demuestres lo que eres. Con amor o sin amor dicen que lo quieren por tu bien, quieren que seas un varón de bien. Bueno, no es lo que yo quiero y no es lo que voy a ser, y es injusto esto. Inmediatamente después aparecen las instituciones con los primeros cuidados, las guarderías infantiles y luego la escuela primaria que siguen con esta misma pedagogía domesticadora de qué es ser hombre y de qué es ser mujer, siendo esas las únicas posibilidades. Se enseña cómo se es mujer, con este deporte, con estos colores, con estos baños, con esta disciplina, con este movimiento del cuerpo, con este uso del cuerpo... cuestiones que van domesticando y violentando tu ser y que finalmente crean también un hombre y una mujer, si existieran así, de manera absoluta, y que no pueden relacionarse del todo y que muchas veces lo hacen a través de la violencia. Los hombres aprenden a ser violentos, aprenden a ser guerreros sobre las mujeres y eso es criminal.

Por esto, nosotras queremos que se trabaje en el concepto de identidad, para que esta sociedad deje de violentarnos de manera cotidiana y de manera generalizada y sistemática, porque se nos está persiguiendo hasta eliminarnos. Tenemos un promedio de treintaidós años de vida. Esta sociedad está asesinandonos, eliminándonos, buscando borrarlos del mapa, y está siendo tremendamente exitosa. Lo único que hace que estemos hablando aquí es que seguimos naciendo, no es otra cuestión. Y vamos a seguir naciendo porque es una condición humana más, como cualquier otra condición, y esta industria del asesinato, de la muerte, del crimen lastima a toda la humanidad. Es hermoso el concepto de lesa humanidad; sería hermoso que la humanidad lo entienda, que hay cosas que nos lastiman a todas y a todos y que son de tal gravedad, que hagamos ecocidio, que hagamos genocidio, que hagamos *apartheid*, que hagamos esclavitud sexual, que hagamos persecución forzada, que generemos migración forzada, torturas, encarcelamiento sin razón, nos lastima tremendamente como especie. Nosotras no solo estamos desesperadas por que dejen de matarnos, aunque, en últimas instancias, también hemos sabido crear anticuerpos y hasta podemos decir que es hermoso morir a los treintaidós años o alrededor de los treintaidós, todavía hermosas, y ser místicas como Marilyn Monroe, como James Dean, como Elvis Presley... morir en el apogeo, en la belleza. Lo podemos vestir como sea, incluso esa tragedia nosotras la podemos teñir de belleza. Pero no es el caso y la verdad la sociedad no se merece ser cómplice de estos sistemas genocidas, de estas sociedades genocidas, de estos estados genocidas. No estamos trabajando solo para que sea este un caso puntual. Estamos intentando hacer crecer la democracia y que se entienda que no hay violencia que sea justificable. No, no hay violencia justificable.

D.F. En el caso de Ecuador, el Proyecto Transgénero, un colectivo activista paralegal que trabajaba con personas trans y travestis, propuso pensar la legalización de familias callejeras. Es decir, evitar esa noción de familia nuclear y pensar en otras formas de familia, por ejemplo, aquella que se conforma en la calle entre personas travesti. ¿Qué opinas de esto?

M.W. Es necesarísimo y es la crítica que nosotras alcanzamos a hacer en ocasión de que se discutiera en Argentina el matrimonio igualitario. Y bueno, [gracias a la ley] no es que te tenés que casar pero estás enviando un mensaje que es este: lo cultural se pone sobre lo consanguíneo, legitimando y legalizando las dependencias profundas. Yo las dependencias profundas ya las tengo. Por ejemplo en ese momento del debate estaba viva Malva, que murió con 95 años. Ella era una *trava*³ chilena que emigró a Argentina, y yo estaba con trabajo formal en el Estado y con todo lo que implicaba el seguro social. Yo quería tenerla como carga social a ella, yo quería que ella, con noventa que tendría en ese momento, un poquito menos quizá, pudiera hacer uso de mi obra social. Yo necesitaba esa paz para mí, sentir que ella no estaba exigida porque había trabajado toda su vida de cocinera y de realizadora de sastrería teatral... ella cobró mucho dinero y qué sé yo... vistió a estrellas del Café Concert y de la revista Bonaerense y en Venezuela y en Brasil, pero nunca estuvo formalizada y no tenía obra social en una edad de fragilidad en la que cada vez se va necesitando más la asistencia médica. Esos son los lazos entre nosotras, una amistad que debía ser legitimada y legalizada, tal como nos sucede a nosotras y a los otros. Maricas, lesbianas, travestis creo que no podríamos llegar a contar las compañías sexuales que vamos teniendo a lo largo de la vida. Aunque aquellas con las que guardamos dependencia profunda, tengamos o no relaciones sexuales aunque y sí amistad a lo largo de toda la vida son nuestras relaciones legítimas y son pocas. También nuestras mamás, a veces un sobrino, una tía [son parte de estas relaciones]. Pero me refiero a estas otras, las que nada tienen que ver con la consanguinidad ni con el matrimonio reproductivo son las que son vitales y para toda la vida. El ejercicio adecuado debería haber sido ir a estudiarlas, ver cuáles son estos tipos de relaciones que construimos nosotras para saber cuáles de estas relaciones deben ser legitimadas. Lo que se hizo, por desgracia, fue mirar el modelo heterosexual, hegemónico, blanco, occidental y cristiano, y decir que las comunidades sexodisidentes también queremos eso. Pero no, no es lo que queremos. No es lo que hacemos. Deberíamos haber visto lo que hacemos en concreto y eso legitimarlo en el ordenamiento.

D.F. Dentro de tu libro, *Travesti: una teoría lo suficientemente buena, que has venido a presentar en Barcelona, tú propones en muchos capítulos la protección a la infancia. Siendo en el interés superior de la niñez, del niño, de la niña un derecho y principio radical, ¿crees que la protección jurídica a la niñez puede dialogar con la teoría travesti que propones?*

M.W. Esta protección debe existir por varias cuestiones porque a nosotras nos impacta, y cuando digo nosotras no solo hablo de las travestis. Hablo con mayor fundamentación sobre las travestis porque lo soy, pero confío plenamente que estoy hablando también de las lesbianas, de las maricas, de la disidencia sexogenérica en general. Nosotras padecemos desde niños, niñas. Cuando somos muy pequeñas ocurre esto. Desde cuando un bebé nace y es violentado para ser conducido a la legibilidad varón-mujer. A veces incluso se le opera sin preguntarle o sin un consentimiento debidamente informado. A las pocas horas de haber nacido se construyen vaginas sin preguntarle nada a esas personas. Esto es una violencia terrible sin dejarles vivir su mismidad. Luego, viene todo lo que nos sucede por las pedagogías para que aprendamos a ser hombre o mujer, lo cual nos violenta profundamente. Se nos obliga a que aprendamos a meternos en los clósets y salgamos bien vestidos de hombre y de mujer pues estas son las únicas maneras legítimas de transitar la humanidad, nuestra humanidad, nuestra mismidad de ser. Pero nuestra humanidad es esta y tenemos derecho a ejercerla. Nuestro aporte al diálogo social

³ Forma coloquial para denominar a una persona travesti.

para el crecimiento de estas democracias es decirles a las niñas que el adultocentrismo es algo que debemos eliminar y también que los niños y las niñas no son cosas por las que luchar desde afuera. Eso es importantísimo para nosotras. Yo defiendo a la niña en mí, a la que sufrió, a la que recuerdo, a la que aún lloro. Las niñas y los niños son inteligentes pero no saben lo que quieren ser. Hay una cuestión evolutiva, una capacidad que va creciendo y vamos adquiriendo sobre algunas cuestiones concretas como manejar nuestros cuerpos. Sobre la ontología del ser, sobre quién soy, es suficiente lo que sé en este momento: si tengo un año, si tengo diez años, si tengo cinco años o dieciséis años, lo que yo sé de mí, qué es lo que estoy sintiendo y experimentando, es incuestionable. Si yo digo que estoy siendo violentada por mi papá, mi mamá, porque ellos pelean de manera violenta y a mí me lastima, esto debe ser escuchado por la justicia. Si yo veo que estoy en mi escuela y mis compañeritos bolivianos desaparecen, porque vino la policía con carros de asalto, se llevó al papá, a la mamá y los arrastraron a ellos y los deportaron a Bolivia, esto es violento para mí también y yo tengo derecho a no vivir esto. Si mi vecinito ya no está a mi lado por gatillo fácil, porque vino la policía, allanó el barrio y empezó a disparar a diestra y siniestra, y a mi compañerito en tercer grado de primaria lo asesinaron, yo tengo derecho a que esto violento no suceda. Es decir, no solo tengo derecho a no morir, sino que a que nadie a mi alrededor desaparezca. Si mi papá me viola, si mi mamá me golpea, yo tengo derecho a ser escuchada por la justicia para que esto deje de suceder. No siempre tiene que ser, sí o sí, que mi papá o mi mamá tengan una patria o patria potestad, que ellos puedan decidir sobre mí, sobre qué es lo que me lastima o no.

El interés superior del niño debe plantearse de manera radical, en primera persona, en voz de la niña y el niño expresando lo que les duele. El interés real del niño o la niña nos guía en qué es lo que va a ser mejor. El derecho a tener relaciones y a conocer tu historia, a saber quién es tu papá y tu mamá y a tener cierta relación. Si mamá y papá son violentos, si golpean, si violan, si tal, no podés convivir con ellos, no podés estar expuesto a su violencia y tampoco podés quedar en la calle, así que ese padre y esa madre tendrán que trabajar para sostenerte en otro lugar seguro, con tu abuela, con una mamá que el Estado disponga. Se debe resguardar la paz infantil y la responsabilidad de nuestros progenitores y progenitoras los pone en obligatoriedad de trabajar por nosotros. Si decidieron o no decidieron tenernos, si nos tuvieron inconscientemente porque no usaron forro o bebieron demasiado alcohol, porque estaban eufóricos, por ignorancia o por lo que fuera, eso implica igualmente responsabilidad y esa responsabilidad se sostiene también económicamente.

D.F. La teoría travesti es una teoría en construcción, una teoría encarnada. ¿Cómo crees que esta teoría tan profunda, densa, pero también de calle, puede ayudar a repensar al derecho?

M.W. Por suerte, esta pregunta tan profunda y tan hermosa está en proceso de ser contestada y, yo creo, que no solo por mí. Tengo intuiciones que las sujetas, las personas que estamos en la sociedad, tenemos que tener la posibilidad de poseer caminos, vehículos, puentes que permitan que este discurso instituyente que habla de cuáles son nuestras prácticas, qué es lo que sufrimos y no sufrimos, qué nos disgusta o no nos disgusta, qué nos obstaculiza y no nos obstaculiza el pleno desarrollo y demás cuestiones puedan entrar al discurso jurídico institucionalizado y transformarlo de manera permanente.

El discurso jurídico en las instituciones jurídicas, en el sentido que habla [Conrelius] Castoriadis, no puede estar instituido de manera totémica y quedarse ahí, intocable, sino que tiene que ser una teoría viva en permanente cambio, agua que circule y se mantenga oxigenada, fresca y no un pantano putrefacto en el que quien tiene la desgracia de entrar porque chocó,

porque cometió un error o algo, de repente se vea inmerso en una tragedia cuando las cosas, en verdad, no son tan graves. La tragedia es, por ejemplo, perder a una compañera porque se la llevaron detenida y la pusieron en un calabozo inhumano, inhumano y siendo portadora de VIH no le dieron la medicación, lo que hizo que muera de tuberculosis. Una atestigua esto y quiere exigir justicia y decir que esto ha sido un crimen, porque ocasionó una muerte evitable, porque no había razón para que esto sucediera, porque lo único que ella hacía era ser y sobrevivir en la prostitución. Una quiere que esto llegue a las instituciones jurídicas para hacerle entender esto al derecho, pero el proceso es todo engorroso, imposible, es una gran gesta, implica un gran movimiento económico y es infructuoso.

El hecho que recién en el 2018 tengamos en Argentina un caso reconocido, el asesinato de Diana Sacayán, que sienta jurisprudencia desde la figura del travesticidio, después de una gran lucha, de haber sido Diana misma una gran luchadora, da cuenta de esta falencia. Al haber sido asesinada [Diana] y al tener todo un movimiento articulado de disidencia sexual y feminista dispuesto a tratar de empujar y ser una fuerza instituyente logra un primer fallo. Esto es inverosímil. Tienen que democratizarse las instituciones judiciales. Te diré que hasta tendríamos que votar a los jueces y a las juezas y, sobre todo, tendríamos que tener mecanismos de marcar a aquellos jueces y aquellas juezas que no realizan la tarea de manera pertinente. Estoy hablando de que, por ejemplo, una jueza en la provincia de La Pampa, en Argentina, en ocasión del diálogo social por el matrimonio igualitario, expresó que ella no iba a admitir el casamiento, porque la virgen, en sueños, le había dicho que esto iba a ser una tragedia. Entonces, yo, como civil, necesito, debo tener un canal, un vehículo para decir que esta mujer, no sé si por locura o por criminalidad, está diciendo algo ilógico e injusto y no puede ser jueza. Y yo quiero también no solo cuestionarla a ella en su posibilidad de administrar justicia, sino decir quiénes la postularon para que llegue a jueza, quiénes han sido los que han permitido que ella llegue a jueza. Y luego de cuestionar esto. Quiero saber también cuál es la institución educativa, universitaria, que ha facilitado que esa mujer tenga un título habilitante para llegar a ser jueza y cuestionar todo esto, porque es esa la cadena.

Esto mismo ocurre con médicas y médicos que han dicho, en ocasiones que si se aprobaba la interrupción voluntaria del embarazo en Argentina con una ley de aborto libre, seguro y gratuito, ellos lo iban a hacer sin anestesia, porque ellos sabían cómo. Yo quiero saber cómo es que esas personas realizan sus tareas específicas sobre las que supuestamente tienen un *expertise* y que tendrían que ver que sea de la mejor manera para cada paciente, tomen venganza o revancha sobre una persona en absoluta situación de vulnerabilidad. ¿Qué es esta extorsión que nos hacen quienes nos tienen en sus manos? Cada juez, cada jueza que largan con innumerable cantidad de pruebas en cuanto a violación, el caso de La Manada en España, y que con sus fallos nos hacen sentir burladas y burlados, es una cuestión de machismo: “yo juez tengo la pija, o mejor, yo tengo el falo y digo que esto es justicia”. Se debe cuestionar todo esto y, como digo, no solo a esas personas en el desempeño de su labor, sino a quienes las han llevado hasta ese lugar con títulos universitarios. Todo esto me parece importantísimo, porque esto impacta de manera directa el crecimiento de nuestras democracias y de cómo son las relaciones interpersonales que construimos. Creo que la justicia debería estar para equilibrar las relaciones, ver cómo deberían ser nuestras relaciones cuando fallan, cuando hay algo que se sale del cauce, estar ahí para apoyarnos, para fortalecernos, para tratar de eliminar la violencia y no para recrudecerla, para abusar de nosotros. Además, en esas situaciones donde estamos en un grado muy profundo de vulnerabilidad frente a las instituciones, frente a otros.

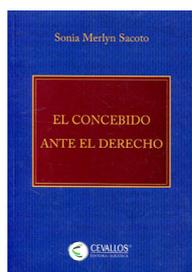
Iuris Dictio.

N° 24, DICIEMBRE 2019

E-ISSN 2528-7834

Reseñas

Re-
señas.



El concebido ante el Derecho.

SONIA MERLYN SACOTO (2018).

Editorial Jurídica Cevallos: Quito

JOHANNA EGAS VELASCO¹
Corte Constitucional del Ecuador

Hace pocas semanas, el 17 de septiembre de 2019, la Asamblea Nacional del Ecuador negó la propuesta de despenalización del aborto en casos de violación, por lo que la obra que atañe el presente análisis cobra particular importancia. Sonia Merlyn Sacoto pretende justificar que el embrión humano es titular de derechos desde el momento en que se produce la concepción. Esta es una discusión que, a pesar de los intentos, no ha podido ser zanjada y no existe una respuesta concluyente.

El libro objeto de esta reseña se caracteriza por su alto nivel de investigación y constituye un insumo para el debate relativo a la titularidad de derechos del embrión. Un elemento fundamental de la obra es el ejercicio comparativo entre la legislación ecuatoriana y peruana sobre la protección que ofrecen al concebido. La autora, con el afán de contrarrestar argumentos contrarios a su postura y reafirmarla, ha abordado este tema de forma integral y holística pues contiene interesantes apuntes históricos, filosóficos, ontológicos, éticos, jurídicos, médico-biológicos y religiosos. De la lectura de esta obra queda clara la tenacidad de los argumentos con los que la autora defiende la vida desde la concepción. A pesar de la diferencia de posturas, vale destacar la propuesta sobre el tratamiento, custodia y soluciones jurídicas frente al trato que se debe dar a los embriones crio conservados, lo cual representa un importante aporte.

Con el fin de partir de un panorama amplio de la obra en comentario, inicio esta reseña explicando la estructura de la misma. El libro se encuentra conformado por cuatro capítulos: I: La titularidad de derechos del concebido; II: Antecedentes del status jurídico del concebido; III: Status jurídico del concebido en Ecuador y Perú; IV: La Crio-conservación de embriones.

El primer capítulo es el que más me ha llamado la atención por lo que realizaré mayor énfasis en este. La autora pretende establecer el momento en el que inicia la vida. Para ello, utiliza varios criterios: médico-biológico, ontológico y ético. Sobre el criterio médico-biológico, Merlyn Sacoto afirma que la vida humana inicia con la concepción, para ello se refiere a la teoría de que esta inicia con la fecundación, entendiendo como tal a la unión de los gametos sexuales.

La segunda teoría —con la cual, de hecho, se alinea la autora— es que la vida inicia con la concepción al producirse la singamia. A criterio de la misma, a partir de dicho momento se forma un cigoto con un código genético propio y completo, el cual ya merece protección. Previo a la formación del cigoto, cuando aún no se ha producido la singamia y existe un ovocito pronucleado, Merlyn Sacoto propone que en virtud del *in dubio pro embrión*, dicho ovocito merece ser considerado como cigoto y por lo tanto, recibir la misma protección. Bajo esta concepción, la autora sugiere que —por ejemplo— la anticoncepción de emergencia tendría

¹ Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Actualmente asesora en la Corte Constitucional del Ecuador. Correo electrónico: johannalejandra.egas@gmail.com

efectos abortivos. Sin embargo, la ciencia ha demostrado que esta pastilla impide la concepción de células sexuales, por lo cual no tiene efectos abortivos.

La tercera teoría propone que la vida humana inicia con la implantación; criterio que fue adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. A juicio de la autora, esta teoría es inaceptable pues la implantación no añade, rectifica o modifica el embrión y la circunstancia de que la mujer no tenga sensibilidad física, y por lo tanto, síntomas del embarazo, se produce porque el cigoto aún no ha tenido necesidad de la madre dentro de su proceso continuo de formación.

La cuarta teoría defiende que la vida humana inicia con la actividad cerebral. En opinión de la autora, coincidir con esta teoría implicaría discriminar a la humanidad y aceptar que existen categorías de seres humanos que no merecen vivir. La quinta teoría expone que la vida inicia con la viabilidad del embrión fuera del útero; la autora la califica de discriminatoria.

En lo personal, considero que las cinco teorías antes expuestas sólo reafirman que el inicio de la vida es un debate que no ha sido agotado. Ni científica ni jurídicamente existe una respuesta clara de cuándo inicia la vida. Consecuentemente, la alineación con una de estas teorías implica sólo una convicción subjetiva. Partiendo de esa consideración, en lo personal, me inclino a pensar que la teoría de la viabilidad del embrión es la más acertada en este debate. Ello por cuanto es la forma que protege en mayor manera los derechos de las mujeres —en caso que decidan abortar—; verdaderas personas sujetas de derechos, a diferencia de una masa de células (mórula, blastocito, blástula, embrión).

Los otros dos criterios estudiados por Merlyn Sacoto son el ontológico y el ético. En lo concerniente al primero, la autora analiza corrientes sobre la humanización progresiva y la humanización continuada, enfocándose en las maneras en las que se forma el ser humano. Respecto al criterio ético, la autora alude a la dignidad humana desde una perspectiva cristiana sobre la base de los evangelios de la biblia y la concepción de la dignidad en tratados internacionales, así como en los ordenamientos jurídicos peruano y ecuatoriano. Con base en ello, la autora concluye que la dignidad humana debe ser respetada a partir de la concepción.

El segundo capítulo de esta obra expone el estatus jurídico del *nasciturus* en el Derecho Romano, en las Siete Partidas, en el Derecho Indiano y Aborigen. Así, la autora evalúa el tratamiento del concebido como una víscera parte del cuerpo de la madre, la protección de este por motivos sucesorios y patrimoniales, la pena en los casos de aborto (producida porque se entendía a este acto como una lesión del derecho al marido y como un atentado al orden familiar y contra el Estado porque se perdía un futuro sujeto tributario). Para finalizar este capítulo, la autora no pierde la oportunidad de, una vez más, resaltar el tratamiento jurídico del concebido según la Iglesia Católica. A pesar de que se debe respetar el derecho a la libertad religiosa, un debate científico y jurídico como es este, dentro de un Estado laico, no puede ser solventado a partir de los dogmas católicos y morales.

Al llegar al tercer capítulo, Sacoto contempla y estudia los ordenamientos jurídicos de Ecuador y Perú. Para ello, inicia con la falta de regulación sobre el tema y arriba a la conclusión de que ambos ordenamientos jurídicos protegían la vida del concebido antes del nacimiento pero sin reconocerle la titularidad de derechos. Conforme el paso del tiempo, ambas legislaciones pasaron de reconocer al concebido como potencialidad de vida humana e incluso como objeto a sujeto de derecho.

Ahora bien, ante lo expuesto por la autora se deben efectuar varias consideraciones. En primer lugar, no existe certeza alguna de en qué momento particular inicia la vida, por lo cual se han desarrollado varias teorías al respecto. No hay luces que indiquen que se llegará a un acuerdo respecto a dicho inicio, por consiguiente, partir del absoluto de que la vida se produce

con la singamia podría ser un error en sí mismo. Además, la autora utiliza el principio *in dubio pro embrione* para dotar de protección al ovocito pronucleado. No obstante, esta concepción imposibilitaría el uso de la anticoncepción de urgencia (pastilla del día después) pues dado que la misma impide la anidación del embrión en el útero de la mujer, constituiría una afección al desarrollo del concebido. Así lo sostiene la autora que de, hecho, califica dicho impedimento como “aborto de un concebido”.

Lo anterior es un error por cuanto no sólo que la anticoncepción de urgencia no es abortiva, ya que su función es inhibir la habilidad del endometrio para la anidación del embrión humano y, de hecho, no termina con un embarazo en curso²; sino que, además, el indubio pro homine debería aplicar a favor de la vigencia de los derechos de la mujer de forma tal que no se exponga su vida e integridad.

Adicional a ello, pretender prohibir la pastilla del día después por considerarla abortiva, podría constituir una restricción a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres; ya que de alcanzar la prohibición de venta de este método anticonceptivo, se impediría a las mujeres tener la opción de acceder a mecanismos que les permitan decidir sobre su reproducción.

La discusión en relación al momento en el que inicia la vida es un tema ético y religioso pero sin base científica concluyente, por lo que no se puede imponer una visión subjetiva por sobre los derechos de las mujeres. El estatus jurídico de un óvulo fecundado es el de una célula o parte del cuerpo humano de la mujer que está sujeta a sus decisiones, las cuales deben ser libres y están por encima de un potencial derecho basado en una mera expectativa de vida.

De ninguna manera se puede pretender equiparar la protección del derecho a la vida de una persona con una mera expectativa de vida de embriones, que posiblemente se aniden al útero, posiblemente se desarrollen y posiblemente nazcan. La mera expectativa de vida de posibles seres humanos, que según Merlyn Sacoto, son titulares del derecho a la vida desde antes de la singamia, no constituye un derecho, puesto que son solamente una mera posibilidad, más no una certeza. En consecuencia, los óvulos fecundados, no son titulares del derecho a la vida sino hasta que sean seres con capacidad de vida autónoma viable extrauterinamente³.

Jurídicamente, el embrión no tiene el derecho a la vida, sino que sólo tiene una garantía de protección, la cual está relacionada con el respeto que el Estado le debe a la mujer que se embaraza. Luego, el sujeto directo de la protección es la madre embarazada.

En segundo lugar, un debate relativo al embrión y a su protección jurídica no puede ser agotado en la protección de los derechos del concebido y analizado de forma aislada de la mujer, que es quien debe cargar con el embarazo. Lo anterior considerando que el embrión no puede tener derechos por sí mismo, sino sólo a través de la mujer. De ahí que un análisis de este tipo amerita la consideración de los derechos de la mujer. Lo contrario se traduce en cierta forma de deshumanización de la mujer y de degrado total, al punto de que sus derechos, cuerpo y libertad se encuentran supeditados a la formación de un nuevo ser, convirtiéndola así en una incubadora humana. Es primordial comprender que la mujer cumple un rol central durante la fecundación y el embarazo, en consiguiente, debe ser el sujeto más importante, pues además esta sí es una persona titular de derechos.

La autora defiende que la vida se debe proteger desde la concepción conforme lo establecido en el artículo 45 de la Constitución del Ecuador. No obstante, siguiendo con la línea de prescindir de la mujer, ella omite considerar a la Carta Magna en su integralidad. En particular, la autora no contempló los derechos de las mujeres a tomar decisiones libres e

² James Trussell, Elizabeth G. Raymond, Kelly Cleland. Emergency Contraception: A Last Chance to Prevent Unintended Pregnancy. <https://ec.princeton.edu/questions/ec-review.pdf> (acceso: 02-09-19)

³ Ver Corte Suprema de Estados Unidos. Caso Roe v. Wade. 22 de enero de 1973, págs. 160-161.

informadas sobre su salud y vida reproductiva, autonomía, libre desarrollo de la personalidad, entre otros. A la luz de estos derechos, la maternidad debe ser una elección libre, voluntaria y jamás puede ser una imposición estatal, moral, ni religiosa.

La autora debió contemplar que las mujeres son seres humanos ya nacidos, titulares del derecho a la vida y libertad, mientras que los embriones son potenciales seres humanos que tienen estos derechos en suspenso hasta que alcancen la viabilidad extrauterina. A mi parecer, en respeto de la dignidad humana, derechos sexuales y reproductivos, libre desarrollo de la personalidad, entre otros, el Estado no puede legislar sobre el cuerpo de las mujeres y obligarlas a llevar a término embarazos no deseados.

En tercer lugar, si bien la autora no se ha referido de forma expresa a la penalización del aborto, resulta obvia su posición al respecto. La autora omitió considerar que la penalización del aborto no disminuye ni desincentiva su cometimiento y promueve la clandestinidad, lo que deriva en que las mujeres arriesguen sus vidas e integridad al someterse a abortos. Entonces, si se pretende precautelar y respetar la vida de las personas, debería ser la de las mujeres. El Estado tiene la obligación de proteger la vida de las mujeres de los riesgos a la salud y vida derivados de abortos⁴ clandestinos. Luego, la obligación de protección debe ser requerida por la madre pero no debe ser invocada por otras personas en contra de la mujer que desea interrumpir el embarazo. Esto por cuanto las consecuencias y los riesgos producidos por la interrupción del embarazo son altos. Incluso si aceptara las conclusiones de la autora sobre el momento en el que inicia la vida, igualmente estaría a favor de la despenalización del aborto por los riesgos a la vida e integridad de las mujeres que surgen en virtud de abortos clandestinos.

Por último, en el capítulo final, la autora desarrolla su posición sobre la crio conservación de embriones. Se refiere a varios supuestos sobre el destino de los embriones congelados, a la custodia del embrión supra numerario en caso de divorcio y muerte de progenitores. Merlyn Sacoto realiza una propuesta interesante sobre la protección a los derechos de filiación, así como a la identidad de estos embriones congelados en casos de transferencia post portem de embriones crio conservados, planteando el establecimiento de una regla especial para el caso de los concebidos en el laboratorio. La autora propone la reforma del artículo 62 del Código Civil para que no se nieguen los derechos de filiación del concebido en el caso en el que una mujer quiera inscribir el nacimiento de su hijo concebido por una transferencia posterior a la muerte del padre, en el Registro Civil. Por la presunción de derecho sobre la fecha de concepción establecida en el artículo 62 *ibídem*, se podría negar la inscripción con los apellidos paternos.

Sin embargo, difiero con la autora en que no debería permitirse la congelación de embriones sino en circunstancias excepcionales, puesto que es una forma de restringir la libertad de decisiones de las personas en lo concerniente a su planificación familiar. Ello bajo el entendido que la congelación es una forma de preservar los embriones resultado de un tratamiento de fecundación *in vitro*.

En definitiva, nos encontramos ante una obra que denota un alto nivel investigativo. A pesar de disentir con la autora en muchas de sus posiciones, es importante resaltar el valor que aporta a la titularidad de derechos del concebido y a la crio conservación de embriones. Sin embargo, inclusive si coincidiera con la autora respecto al momento en el que inicia la vida y a la titularidad de derechos del embrión, promovería la despenalización del aborto bajo la consideración de que las mujeres arriesgan su vida, salud e integridad en abortos clandestinos.

⁴ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 36, párr. 9.

FECHA DE PUBLICACIÓN

Este número de la revista se publicó en el dominio web <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/index> el día 15 de diciembre de 2019.

