

Iuris Dictio.

Nº 29, JUN. 2022

E-ISSN 2528-7834

*Dossier: Actores no estatales
y derechos humanos*

Coordinador: Juan Pablo Albán

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), Andrés Jakab (Universidad de Salzburgo, Austria), Esther Torrelles (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

Paula Cantos Cárdenas, Martín Cordovez, Juan Felipe Idrovo, María Paz León, Eduarda Navarrete, Ángeles Obando, Tamyá Pinos Camacho, Alicia Salgado Macías, Steven Vásquez Jácome, Miguel Ángel Villegas.

Revisores pares

Belén Aguinaga, Vanessa Aguirre, Alfonso Bautista, Carlos Bichet Nicoletti, Renata Bregaglio Lazarte, Alberto Brown, José Luis Castro, Daniel Cerqueira, Maikel Colón Pichardo, Johanna Egas, Genoveva Espinoza Santeli, Sorily Figuera, Christel Gaibor Flor, Ernesto Flores, Ricardo Hernández, Diego Jadán-Heredia, Elisa Lanas, Stephanie Manosalvas, Andrés Martínez, María Fernanda Montenegro, Juan Sebastián Naranjo Tapia, Milagros Noli, Sara Berenice Orta Flores, Óscar Pérez Peña, Esteban Polo, Juan Francisco Pozo, Diego Quesada, Daniel Rodríguez Infante, Andrés Rousset, Yesenia Ruiz, Oswaldo Santos Dávalos, Farith Simón Campaña.

Diseñadora

Mayra Overney-Falconí

Maquetador

Felipe Trávez

Webmaster

Jaime Páez

Licencia legal: Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.



LC: KHK 10 .197 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: revistaiurisdiction@usfq.edu.ec

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

POLÍTICA DE PUBLICACIÓN

1. Enfoque y alcance

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.

2. Política de secciones

Iuris Dictio posee cinco secciones: dossier, miscelánea, traducciones, reseñas y entrevistas.

Dossier

Esta sección 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 dossier 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 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).

Miscelánea

Esta sección 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 20.000 y 40.000 mil caracteres (sin espacios).

Traducciones

Esta sección busca que artículos publicados en otras lenguas diferentes al castellano puedan difundirse en este idioma. Para que el artículo sea republicado debe ser relevante para el estudio del derecho e incorporar el manual de estilo de la revista, incluso si el artículo original fue escrito con otro sistema de citación. Será la dirección editorial (sin evaluación de pares ciegos) quien decida sobre la publicación de todos los artículos traducidos. La persona traductora deberá tener el permiso del autor/a así como de la institución donde el artículo fue publicado por primera vez. Su extensión no debe superar los 25.000 caracteres.

Reseñas

Esta sección 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 los 18.000 caracteres y deben ser originales e inéditas.

Entrevistas

Esta sección busca recoger entrevistas inéditas 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. Su extensión no debe superar los 25.000 caracteres.

3. Proceso de evaluación por pares

Los artículos recibidos tanto para dossier como para miscelánea, 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, las entrevistas y las traducciones no estarán sujetas a la evaluación por pares. Para la evaluación cada árbitro par deberá rellenar la siguiente ficha después de haber leído el artículo a evaluarse: Formulario de evaluación.

4. Frecuencia de publicación

La publicación de la revista es semestral, teniendo una edición en junio (enero-junio) y otra en diciembre (julio-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.

5. Política de acceso abierto

Todo el contenido de la revista está publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Al ser una publicación online que se difundirá bajo la plataforma OJS (Open Journal Systems) que ahora se está implementando en la revista, 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 así como USFQ Press tienen la potestad de impresión de ciertos ejemplares para el uso en bibliotecas y otros espacios distintos al ciberespacio.

6. Verificación de originalidad y autenticidad

El Equipo Editorial de *Iuris Dictio* verifica la originalidad de los artículos recibidos con Turnitin, software antiplagio que evalúa el artículo, haciendo una comparación de porcentajes de similitud con otros artículos publicados en internet.

Los artículos deberán presentar las ideas propias del autor/a. En caso de detectar plagio, el artículo no será publicado y se procederá a informar al autor/a del documento original.

7. Publicación y edición de la revista

USFQ Press es el órgano que publica la revista y el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito es el órgano desde donde nace y se asienta esta publicación. Los costes de publicación de la Revista son asumidos por internamente por USFQ Press y el Colegio de Jurisprudencia de la USFQ. Las personas autoras no tienen que pagar ninguna tasa para la edición y publicación del artículo (article-processing charges, APC). *Iuris Dictio* no subvenciona artículos (waivers).

8. Tiempo de publicación

Iuris Dictio publica los artículos, reseñas, entrevistas y traducciones 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.

9. 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>), además del propio Código de Honor y Convivencia (<https://www.usfq.edu.ec/es/codigo-de-honor-y-convivencia>).

10. Sponsors

Colegio de Jurisprudencia.

11. 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, reseñas y entrevistas podrán estar escritos en castellano o inglés, las dos lenguas oficiales de la revista.

Las traducciones deberán estar escritas en castellano.

12. Derechos de autoría

Los autores que publican en esta revista están de acuerdo con los siguientes términos:

1. Los/as autores/as conservan los derechos de autoría y otorgan a la revista el derecho de primera publicación de la obra.

2. Los textos publicados en la revista *Iuris Dictio* están sujetos a una licencia de reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons BY-NC-SA que permite compartir la obra con terceros, distribuirla, comunicarla públicamente y hacer obras derivadas y usos comerciales siempre que éstos reconozcan su autoría, su publicación inicial en esta revista, la institución editora y las condiciones de la licencia. Ésta se puede consultar completa en: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>.

3. Se permite a los/as autores/as establecer por separado acuerdos adicionales para la distribución no exclusiva de la obra publicada en la revista -por ejemplo en repositorios institucionales, sitios web o libros- siempre señalando expreso su publicación inicial en *Iuris Dictio*.

4. Se alienta a los/as autores/as a publicar en línea el manuscrito previo a la publicación, antes y durante el proceso de envío, ya que puede conducir a intercambios productivos, así como a una citación anterior y mayor de los trabajos publicados (véase al respecto: <http://opcit.eprints.org/oacitation-biblio.html>).

13. Envíos en línea

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/iurisdiction/index>

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

ÍNDICE

DOSSIER

Estándares Interamericanos sobre empresas y Derechos Humanos. Obligaciones estatales frente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes Inter-American Standards on Business and Human Rights. State Obligations Regarding the Rights of Children DAVID CASTILLO AGUIRRE	15
Businesses and Human Rights: Regional Approaches Empresas y Derechos Humanos: enfoques regionales DIANA MARÍA GUEVARA DUQUE	29
Aplicación de la teoría del <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico ecuatoriano Application of the <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> Theory in International Human Rights Law and the Ecuadorean Legal System NATALIA BARONA MARTÍNEZ	45
La procedencia de la Acción de Protección contra particulares en el Ecuador The Writ of Protection Against Individuals and Private Entities in Ecuador SEBASTIÁN ABAD JARA Y ROBERTO EGUIGUREN CALISTO	61

MISCELÁNEA

El pensamiento iusfilosófico de Ignacio Agramonte y Loynaz: concepciones sobre Derecho Administrativo The Philosophical Thought of Ignacio Agramonte y Loynaz: Conceptions on Administrative Law RAÚL MARRERO-FENTE	81
Energía geotérmica en Ecuador, condiciones actuales y necesidad de una legislación específica Geothermal Energy in Ecuador: Current Conditions and the Need for a Specific Legislation JERÓNIMO CARCELÉN PACHECO Y CARLOS IZQUIERDO APOLO	95
La política de prevención del embarazo en niñas y adolescentes y los derechos del niño The Policy for the Prevention of Pregnancy Among Girls and Adolescents and the Children's Rights JEAN PIERRE RUIZ LUZARDO	111

Compliance Programs y su incorporación en la legislación penal ecuatoriana
Criminal Compliance Programs and their Incorporation in the Ecuadorian Criminal Law
MARIANA TOALÍ BAYANCELA DELGADO 129

Habilidades innovadoras a favor de la praxis en mediación
Innovative Skills in Favor of Praxis in Mediation
JAIDIVI NÚÑEZ VARÓN Y ELIZABETH GARCÍA ALARCÓN 141

ENTREVISTAS

Entrevista a Catalina Botero Marino
Actores no estatales y Derechos Humanos: diagnóstico y propuestas para la protección
de la libertad de expresión
Interview with Catalina Botero Marino
Non-State Actors and Human Rights: Diagnosis and Proposals for the Protection
of Freedom of Expression
ALICIA SALGADO MACÍAS Y JUAN FELIPE IDROVO 159

Entrevista a Jorge Luis Roggero
La relación entre el Derecho y la Literatura
Interview with Jorge Luis Roggero
The Relationship Between Law and Literature
KARELLYS DE LOS ÁNGELES OBANDO HIDALGO 167

Iuris Dictio.

Nº 29, JUN. 2022

E-ISSN 2528-7834

*Dossier: Actores no estatales
y derechos humanos*

Coordinador: Juan Pablo Albán

Dossier.



ESTÁNDARES INTERAMERICANOS SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS.
OBLIGACIONES ESTATALES FRENTE A LOS DERECHOS
DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
Inter-American Standards on Business and Human Rights.
State Obligations Regarding the Rights of Children

DAVID CASTILLO AGUIRRE¹
Universidad Hemisferios, Quito, Ecuador

Resumen

En este mundo globalizado, los Estados americanos enfrentan un reto: encontrar el equilibrio entre el desarrollo económico y el ejercicio de los derechos humanos, incluido el cumplimiento de las obligaciones por parte de los actores —estatales y no estatales—. Este artículo analiza los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) en el contexto del informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”. Para tales fines, se muestra la evolución de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y empresas —tanto en el sistema universal como en el interamericano—, para luego explorar el informe, con especial énfasis en el desarrollo de las obligaciones de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos. Finalmente, se reflexiona sobre la situación de los derechos humanos de los NNA con respecto a las actividades empresariales y se realizan algunas conclusiones.

Palabras clave

Derechos humanos, Responsabilidad empresarial, Obligaciones estatales, Niños, niñas y adolescentes.

Abstract

In this globalized world, the American States face a challenge: to find the balance between the economic development and the exercise of human rights, including the fulfillment of the state and non-state actors' obligations. This article analyses children human rights in the context of the report of Inter-American standards on business and human rights. For these purposes, it shows the evolution of international instruments on human rights and companies —both in the universal and in the Inter-American system—, to then explore the report, with special emphasis on the development of the obligations to respect, fulfil and protect human rights. Finally, it reflects on the human rights situation of children regarding business activities and makes conclusions.

Key words

Human Rights, Corporate Responsibility, State Obligations, Children.

¹ Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar. Candidato a doctor en Derecho por la Universidad Austral de Buenos Aires. Profesor investigador en la Universidad Hemisferios. Correo electrónico: dmcastilloa@profesores.uhemisferios.edu.ec; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1219-7934>.



1. Introducción y *methodus*

El continente americano no es ajeno a los procesos de globalización. Este contexto favorece el desarrollo de actividades empresariales que “no solo son fuente de beneficios económicos y sociales, sino también causan impactos negativos sobre el disfrute de los derechos humanos [...]” (Iglesias, 2020, p. 1562). En este mundo globalizado, los Estados americanos enfrentan un reto: encontrar el equilibrio entre el —tan necesario— desarrollo económico y el ejercicio de los derechos humanos, incluido el cumplimiento de las obligaciones por parte de los actores —estatales y no estatales—.

El debate sobre la relación entre empresas y derechos humanos no es una novedad. Las empresas multinacionales “tienen más poder que muchos países y sus decisiones tienen un impacto de gran magnitud en los derechos humanos” (Pérez, 2020, p. 3). La discusión sobre la protección y respeto a los derechos humanos debe incluir la responsabilidad del sector privado. La autora indica que los Principios de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos —conocidos como principios de Ruggie— son una piedra sobre la que se empezó a desarrollar el marco internacional de la responsabilidad de las empresas en esta materia (2020, p. 3). No obstante, es necesario que estos principios no sean vistos como una simple guía de buenas prácticas, sino como una verdadera obligación legal, a fin de evitar lesionar los derechos de los individuos —en sus acepciones tanto personal, como colectiva y social— en los lugares en donde las empresas ejercen sus operaciones (Cantú, 2013, p. 316).

Los dos principales órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH y CorteIDH, respectivamente), promueven “una conducta empresarial responsable en las Américas” (Iglesias, 2020, p. 1562). En este contexto, se analiza el informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, elaborado por la CIDH. Para tales fines, se muestra la evolución de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y empresas —tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano—, para luego explorar el informe de la CIDH, con especial énfasis en el desarrollo de las obligaciones de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) con respecto a las actividades empresariales.

Este artículo es producto de una investigación teórica que se desarrolla a través de fuentes doctrinarias y normativas. El propósito es (re)construir, sobre la base del pensamiento lógico, el núcleo teórico de la relación entre el derecho y la empresa (Villabella, 2009, p. 926). El método que se utiliza es análisis-síntesis, por medio del cual se descompone el objeto de estudio —informe de la CIDH— para luego recomponerlo a partir de la integración de sus elementos y “destacar el sistema de relaciones existente entre las partes y el todo” (Villabella, 2009, 937). El análisis permite extraer los aspectos o cualidades más importantes del informe, con el fin de analizar cada uno por separado. La síntesis permite integrar el objeto para obtener una comprensión general del informe analizado.

2. Empresa y derechos humanos en el sistema universal

La relación entre derechos humanos y empresas adquiere especial relevancia en la década de 1990, como “consecuencia de la rápida expansión económica debido a la globalización” (Villalta, 2020, p. 185). En las últimas décadas, se presta mayor atención a las obligaciones —deberes— no estatales en materia de derechos humanos, aquellas que tienen que ver con los actores privados de las sociedades. Ahora bien, las obligaciones o deberes no estatales —aplicables tanto a particulares como las empresas— se complementan, a su vez, con las obligaciones estatales de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos. La obligación

de respetar constituye la obligación más inmediata y básica de los derechos humanos. Implica no interferir o poner en peligro los derechos. Es una obligación de carácter negativo —no hacer— que busca mantener el goce del derecho y su cumplimiento es inmediatamente exigible. Constituye una prohibición absoluta y definitiva contra el abuso de poder del Estado (Melish, 2003, p. 176). “Aunque la obligación está dirigida fundamentalmente a los agentes estatales, también alcanza la conducta de los particulares, pues tanto Estado como privados deben abstenerse de interferir en los derechos” (Nava Cortez, 2011, p. 39).

La obligación de garantizar tiene por objeto mejorar y restituir el derecho humano en caso de violación. Se trata de una obligación de naturaleza positiva del Estado que busca asegurar la realización del derecho. Consiste en el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. “Requiere que los Estados adopten medidas afirmativas, de índole judicial, legislativa y ejecutiva [...] de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Melish, 2003, p. 177).

La obligación de proteger también es una conducta positiva del Estado, que debe “desplegar múltiples acciones con el objetivo de proteger a las personas de las interferencias provenientes de sus propios agentes y de particulares” (Nava Cortez, 2011, p. 39). Esto implica el accionar del Estado cuando una persona se encuentra en un riesgo, real e inminente, de ver vulnerados sus derechos por parte de un particular. El Estado incumpliría su obligación si, conociendo el riesgo, no realiza las acciones necesarias para impedir la violación de los derechos humanos.

Los Estados han elaborado diversos instrumentos que buscan regular la relación empresa-derechos humanos. Destacan, entre ellos, los siguientes: i) Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para las Empresas Multinacionales (1976); ii) Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1977); iii) Pacto Mundial de las Naciones Unidas referente a derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anti-corrupción (2000); iv) Estándares de desempeño de sostenibilidad social y ambiental de la Corporación Financiera Internacional (2006); v) Marco de Ruggie de 2008 aprobado en forma unánime por el Consejo de Derechos Humanos; vi) Guía de Responsabilidad Social, ISO 260000 de la Organización Internacional de Estandarización de 2010 y los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos aprobados por la Resolución de Naciones Unidas 17/4. A/HRC/ RES/17/4 de 6 de julio de 2011 (Villalta, 2020, p. 188).

Los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, cuyo fin es proteger, respetar y remediar los derechos fundamentales, fueron elaborados por el profesor Ruggie y se concretan en tres cuestiones básicas: i) el Estado tiene el deber de proteger los derechos humanos frente al abuso proveniente de terceras partes, incluidas las empresas; ii) responsabilidad empresarial: las empresas deben actuar de manera diligente con el fin de evitar vulnerar los derechos humanos; y, iii) las personas cuyos derechos humanos sean vulnerados por parte de las empresas deben disponer de medidas de reparación efectiva, incluyendo recursos judiciales y no judiciales, además de una compensación.

El problema de los mencionados instrumentos es que no son de carácter obligatorio. El sistema universal todavía busca crear un instrumento jurídicamente vinculante que permita “declarar la responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos y su reparación” (Villalta, 2020, p. 191). Cantú (2013) indica que una de las principales críticas en contra de los principios de Ruggie es que son un ejercicio de voluntarismo. La adopción de

una postura *soft law* perpetúa la imagen de que las empresas no tienen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos (p. 335).

[E]l no haber abordado la problemática desde la perspectiva exigida desde hace décadas no hace más que mantener la incertidumbre jurídica en torno a la responsabilidad internacional de las empresas en materia de derechos humanos, [...] al no existir posibilidades de exigirles su cumplimiento, y al continuar permitiéndoles su participación en las negociaciones y los negocios internacionales sin tomar en consideración la trascendencia (tanto positiva como negativa) de sus inversiones [...] (Cantú, 2013, p. 336).

Por último, es importante destacar la Observación General Nro. 16 del Comité de los Derechos del Niño (2013). Este instrumento se refiere a las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. Admite que no existe ningún instrumento internacional —jurídicamente vinculante— sobre las responsabilidades del sector empresarial; no obstante, el Comité considera que las obligaciones de respetar los derechos del niño se entienden más allá de los servicios e instituciones del Estado y se aplican a los actores privados, incluías las empresas. Por tanto, estas deben “cumplir sus responsabilidades en relación con los derechos del niño y los Estados deben velar por que lo hagan” (párr. 8). Además, se hace énfasis en que las empresas no deben mermar la capacidad del Estado para cumplir sus obligaciones hacia los niños.

3. Empresa y derechos humanos en el sistema interamericano

Desde el 2011, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó distintas resoluciones —generales y recomendatorias— destinadas a promover una conducta empresarial responsable. Estas resoluciones reconocen el rol de las empresas para el desarrollo económico, a la vez que destacan que son agentes clave en el desarrollo sostenible y la reducción de las desigualdades de la región (Iglesias, 2020, p. 1563).

La resolución Nro. 1786 (XXXI-O/01) sobre la Promoción de la Responsabilidad Social de las Empresas en el Hemisferio reconoce, por vez primera, que las empresas —sin importar su tamaño— juegan un papel central en la creación de prosperidad y pueden aportar al desarrollo sostenible. Según Iglesias, la resolución marca un punto de partida, pues “encomendó al Consejo Permanente de la OEA el análisis de la responsabilidad social de las empresas, con el fin de precisar su alcance y contenido dentro del contexto interamericano” (2020, p. 1564). Por su parte, la resolución 1871 (XXXII-O/02) alienta a los representantes de los Estados a exponer los avances que se han desarrollado sobre la materia en cada uno de sus países. Además, solicita al Consejo Permanente fomentar el intercambio de experiencias entre la OEA, otras organizaciones multilaterales, instituciones financieras internacionales, el sector privado y las organizaciones de la sociedad civil, con el fin de coordinar y fortalecer las actividades de cooperación en materia de responsabilidad social de las empresas (p. 1564). Iglesias agrega que las resoluciones 1953 (XXXIII-O/03) y 2013 (XXXIV-O/04) promueven el análisis, intercambio y divulgación de información y de los avances alcanzados por los Estados miembros en materia de responsabilidad empresarial.

Existen otras resoluciones que instan a los Estados miembros a apoyar los programas e iniciativas de promoción de la responsabilidad social de las empresas. Las resoluciones 2336 (XXXVII-O/07) y 2483 (XXXIX-O/09) exhortan a los Estados miembros a que promuevan el uso de directrices, herramientas y prácticas óptimas aplicables en materia de responsabilidad social de las empresas. Las resoluciones 2554 (XL-O/10) y 2687 (XLI-O/11) invitan a los Estados miembros a apoyar las iniciativas para “fortalecer sus capacidades para la gestión

y desarrollo de los recursos naturales de manera ecológicamente sostenible y con responsabilidad social” (Iglesias, 2020, p. 1565).

Los principios de Ruggie influyeron en la perspectiva del sistema interamericano (Carillo y Arévalo, 2017, p. 71). La resolución 2753 (XLII-O/12) promueve, de manera expresa, que los Estados “insten a las empresas a la implementación de los Principios Rectores”. Además, hace un llamado al diálogo entre el sector privado y los órganos legislativos para que traten acerca de la responsabilidad social; un primer paso hacia la evolución de un enfoque que deje atrás la filantropía de la RSE y busque que las empresas respeten los derechos humanos por medio de estándares “articulados en el marco de las obligaciones y compromisos internacionales de los Estados” (Iglesias, 2020, p. 1566).

4. Estándares Interamericanos del informe de la CIDH: obligaciones de respetar, garantizar y proteger

Como se viene advirtiendo, debido a la influencia del sistema universal, la cuestión sobre la relación entre derechos humanos y empresas tocó también el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA). La Asamblea General solicitó a la CIDH realizar una investigación acerca de los estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos. Así se creó la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA). Su mandato implicó elaborar un informe temático que permita esclarecer el contenido de las obligaciones de los Estados según los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia. En resumidas cuentas, el informe desarrolla “mínimos exigibles” a los Estados y las empresas para “respetar y garantizar el disfrute de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales” (Iglesias, 2020, p. 1563), y busca identificar y fijar estándares que “coadyuven al cumplimiento de las obligaciones de los Estados en el contexto de las actividades empresariales” (p. 1568). Molina (2018) y De Casas (2019) explican que los estándares en el SIDH cumplen una función de guía para el actuar de los Estados —se replica el defecto de los instrumentos del sistema universal—. Es por esta razón que se consideran como *soft law*, pues orientan el actuar en la construcción de normativa y política pública para regular el actuar de las empresas con relación a los derechos humanos.

El informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” no es vinculante ni ejecutable; no obstante, establece importantes estándares que tienen como objetivo alterar los sistemas jurídicos nacionales y activar la política de los Estados miembros. Los estándares han guiado las políticas estatales en beneficio de los derechos de grupos como las mujeres, niños, niñas y adolescentes, y pueblos indígenas. Por esta razón, el informe debería ser visto como un aporte de insumos. Una hoja de ruta para un plan regional sobre empresas y derechos humanos (Iglesias, 2020, p. 1569). Si bien la doctrina y la jurisprudencia de la CorteIDH han desarrollado el contenido de las obligaciones de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, era necesario que, desde el SIDH, se realice un pronunciamiento sobre estas obligaciones en relación con las actividades empresariales.

4.1. Obligación de respetar en relación con las actividades empresariales

En el informe se menciona que la obligación de respeto “implica que los Estados deban abstenerse de desplegar conductas vinculadas a actividades empresariales que contravengan el ejercicio de los derechos humanos” (párr. 69). Por ejemplo: si un Estado adopta un acuerdo de inversión o comercio que esté en conflicto con sus obligaciones de derechos humanos o colabora de alguna manera con la conducta de una empresa —pública o privada— que implique violaciones a los derechos humanos, incumpliría la obligación de respetar.

La acción o inacción de las entidades empresariales puede generar responsabilidad directa a los Estados. Esta afirmación se sostiene en los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, en los que se enumeran los supuestos: i) si la empresa actúa siguiendo instrucciones del Estado o bajo su control; ii) cuando una entidad empresarial esté facultada por el derecho del Estado para ejercer atribuciones del poder público —delegación o concesión—; y, iii) en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio. (párr. 70). Estos tres supuestos se pueden ampliar si se aplica la doctrina de la complicidad, mediante la cual sería posible establecer responsabilidad estatal por transgredir la obligación de respeto en relación con el actuar de terceros “cuando se evidencie alguna situación de aquiescencia, tolerancia o colaboración estatal en los hechos constitutivos de la violación” (párr. 74).

4.2. Obligaciones de garantizar y proteger en relación con las actividades empresariales

En su informe, la CIDH y la REDESCA no establecen un apartado específico para desarrollar la obligación de proteger. Esta obligación se trata dentro del acápite sobre la obligación de garantizar, pues tienen correspondencia. El deber del Estado de proteger los derechos humanos en el campo de empresas y derechos humanos “encuentra una base convencional en los instrumentos interamericanos y coincide con la referida obligación general de los Estados de garantizar dichos derechos” (párr. 80).

La “naturaleza continua e integrada de las obligaciones en materia de derechos humanos no solo exige la abstención, sino también la acción positiva de los Estados” (párr. 82). Es así como se identifican cuatro deberes estatales —interconectados e interrelacionados— para cumplir con la obligación de garantía en el contexto de actividades empresariales: i) deber regular y adoptar disposiciones de derecho interno; ii) deber de prevenir violaciones a los derechos humanos en el marco de actividades empresariales; iii) deber de fiscalizar —supervisar— tales actividades; y, iv) deber de investigar, sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales para víctimas en dichos contextos (párr. 86).

En el campo de las empresas y los derechos humanos, el deber de regular y adoptar disposiciones de derecho interno incluye adoptar legislación interna y políticas para proteger los derechos humanos dentro del marco de la actividad empresarial. Esto supone implementar garantías —sustantivas y procesales— que:

(A) aseguren el respeto a los derechos humanos en juego en aquellas disposiciones que regulan el comportamiento empresarial, incluyendo la creación, operación y disolución de las empresas, así como la consecuente derogación y prohibición de adoptar legislación o políticas que debiliten, socaven o nieguen estos derechos, por ejemplo, en el ámbito productivo, comercial o de inversión (párr. 106).

Si bien algunos Estados han elaborado Planes Nacionales de Acción sobre empresas y derechos humanos, la CIDH y la REDESCA destacan que el Estado debe hacer énfasis en las normas jurídicas vinculantes de derechos humanos y las consecuencias que se puedan desprender para las empresas bajo su jurisdicción. Caso contrario, la sola existencia de los planes podría generar vacíos jurídicos o contradicciones —anomias o antinomias— graves que podrían derivar en el incumplimiento de sus obligaciones internacionales (párr. 109). “Dichos marcos normativos deben recoger claramente las obligaciones estatales y los efectos jurídicos sobre las responsabilidades de las empresas bajo su jurisdicción” (párr. 112).

Por su parte, el deber de prevenir exige que las autoridades adopten medidas adecuadas “para evitar que los riesgos reales contra los derechos humanos provenientes de la

actuación de empresas de los que tengan o deberían tener conocimiento se concreten” (párr. 89). Cuando se identifique los posibles impactos y riesgos concretos derivados de las actividades empresariales, los Estados deben adoptar —o requerir y asegurar— que la empresa implemente medidas de corrección. Esto quiere decir que el Estado no podría invocar la imposibilidad de prevenir la consumación de un riesgo “si no ha adoptado las medidas de garantía que la situación obliga” (párr. 90).

La adecuación de marcos normativos para regular la actuación de las empresas en el campo de los derechos humanos es un presupuesto que facilita y refuerza el deber de prevención del Estado. Lo mismo sucede con la implementación de políticas de protección en casos de actividades empresariales riesgosas, la creación de estrategias para superar violaciones extendidas relacionadas con las actividades de determinadas industrias o sectores económicos, o el establecimiento o fortalecimiento de mecanismos de tutela judicial para casos de violaciones de derechos humanos donde estén involucradas empresas. (párr. 90). Verbigracia, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva 23/17, detalla las obligaciones de prevención estatal respecto de daños medioambientales significativos donde pueden estar involucradas empresas. La CIDH y la REDESCA señalan que la estrategia de prevención debe ser integral. Esto implica que busca prevenir factores de riesgo y fortalecer las instituciones que puedan responder ante el fenómeno a enfrentar (párr. 94).

Con respecto al deber de fiscalizar o supervisar las actividades empresariales, se indica que comprende “tanto servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como los ofrecidos por particulares” (párr. 97). Es decir, cuando los actores empresariales brindan servicios relacionados con bienes de interés social, el Estado debe vigilar y controlar el comportamiento de los agentes privados que actúan por delegación o concesión (párr. 98). Este deber se explica mediante ejemplos sobre derechos laborales (párr. 99); proyectos extractivos, de explotación o desarrollo (párr. 100); protección de territorios indígenas y áreas de reserva natural (párr. 101); y, actividades peligrosas como la elaboración de fuegos artificiales (párr. 102). En todo caso, la CIDH y la REDESCA explican que la obligación de fiscalizar o supervisar es más estricta dependiendo del tipo de actividad y la naturaleza de la empresa. Mientras mayor sea el vínculo de la empresa con el Estado y más riesgosas sean sus actividades para los derechos humanos, mayor debería ser la supervisión estatal.

En cuanto al deber de investigar, sancionar y asegurar —el más desarrollado en el informe—, se explica que las personas que han sufrido violaciones a sus derechos humanos tienen derecho a obtener, de los órganos competentes del Estado, el esclarecimiento de los hechos y el establecimiento de responsabilidades que correspondan como producto de una investigación y juzgamiento (párr. 122). Un recurso es efectivo en la medida en que determina la existencia de la violación, sirve para reparar el daño causado y permite castigar a los responsables. El Comité DESC ha señalado: “Los Estados Partes deben proporcionar medios adecuados de reparación a las personas o grupos perjudicados y asegurar la rendición de cuentas de las empresas” (párr. 124). Por su parte, la Corte IDH, en el caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, de 9 de marzo de 2018, hace especial énfasis en la obligación estatal de investigar responsabilidades en casos de vulneraciones a los derechos de los niños.

Según la CIDH y la REDESCA, “la ausencia de investigación, sanción y acceso a reparación efectiva ante violaciones de derechos humanos atribuibles a terceros, como pueden ser las empresas, puede comprometer la responsabilidad del Estado” (párr. 130). Esto se debe a que, si los Estados no actúan, podría parecer que están tolerando las violaciones a los derechos humanos perpetuadas por las empresas a través de la impunidad. Esta preocupación se profundiza porque la Comisión y la Relatoría han identificado que las empresas matrices

no suelen ser investigadas por abusos de derechos humanos cometidos por sus subsidiarias. Cuando se trata de empresas transnacionales, algunos Estados aplican la doctrina *forum non conveniens*, que indica que los tribunales pueden “negarse a aceptar jurisdicción de conocer un caso en un asunto donde haya un foro aparentemente más apropiado” (párr. 132). La aplicación de esta doctrina ha impedido la investigación y, por ende, la sanción de las empresas. En el informe se menciona que se debería valorar debidamente la aplicación de restricciones en la aplicación de esta doctrina (párr. 134).

En adición, existen otros casos en los que la única forma de observar el comportamiento y, eventualmente, declarar la responsabilidad de la empresa en cuestiones sobre violaciones a los derechos humanos, es a través de las demandas en los Estados de origen. “Esto sucede, por ejemplo, en esquemas cuando alguna de sus filiales o grupos empresariales en los que participa ha quedado disuelta, es declarada insolvente o no posee los recursos suficientes para hacer frente a una demanda judicial por daños y perjuicios” (párr. 133). La CIDH y la REDESCA muestran ejemplos para asegurar el acceso a la justicia en estos complejos contextos: i) establecer regímenes jurídicos de responsabilidad compartida de la empresa matriz; ii) ofrecer asistencia jurídica para la parte de demandante; iii) permitir demandas colectivas relacionadas con derechos humanos; y, iv) establecer litigios de interés público (párr. 134).

Es así como se establece la necesidad de que el derecho corporativo —empresarial— no amenace el efectivo ejercicio de los derechos humanos y el acceso a la justicia. En el informe se menciona: “Los tecnicismos del derecho corporativo no pueden esgrimirse como normas absolutas cuando su uso desconozca su función social, que les da sentido, y cuando conlleven a la impunidad en materia de violaciones contra los derechos humanos” (párr. 135). Sin duda se trata de un tema de alta complejidad, pues las personas jurídicas tienen derecho a que respete el velo societario y no se desconozca su personalidad jurídica. Al respecto, la CIDH y la REDESCA subrayan:

La investigación y posible sanción de empresas domiciliadas en el territorio o bajo la jurisdicción de un Estado que genere afectaciones a nivel local o transnacional a los derechos humanos no significa necesariamente levantar la institución del velo corporativo o descartar la personalidad jurídica separada porque no responsabiliza a la empresa matriz por los actos de sus filiales ni a las empresas por los actos de sus socios comerciales, sino por sus propios actos u omisiones en materia de derechos humanos respecto del supuesto identificado, como por ejemplo, el respeto a estos y la aplicación de la debida diligencia en esta área (párr. 136).

En el informe se indica que, en aquellos casos de empresas que se encuentren involucradas en violaciones de derechos humanos, es necesario que los Estados implementen y aseguren garantías de debido proceso para las partes: i) igualdad de armas; ii) debida motivación; iii) imparcialidad; y, iv) plazo razonable (párr. 137). Por último, se resalta que las víctimas deben tener un rol central en la reparación y se debe tener en cuenta sus testimonios y experiencias para alcanzar una reparación accesible, asequible, oportuna y adecuada que no victimice a los titulares de los derechos afectados. La reparación debe ser preventiva, compensatoria y disuasoria (párr. 146).

5. ¿Qué hay sobre los NNA?

Una vez que se trató el tema sobre la evolución de los instrumentos internacionales que buscan regular la relación entre las actividades empresariales y los derechos humanos y el alcance de las obligaciones contenidas en el informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares

Interamericanos”, corresponde reflexionar sobre la situación de un sujeto vulnerable en particular: los niños, niñas y adolescentes.

El instrumento jurídico internacional de mayor relevancia en materia de derechos de la infancia es la Convención de los Derechos del Niño (1990). La adopción de esta Convención mira, por vez primera, a los NNA como sujetos de derechos y no como “adultos menores”, objeto de intervención y corrección estatal. El paso de la “doctrina de la situación irregular” a la “doctrina de la protección integral” significa transitar de una concepción de menores, considerados como objetos de tutela y protección segregaria, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derechos (Beloff, 1999, p. 10).

Desde la adopción de la Convención se aprobaron diversos instrumentos internacionales que abordan los derechos humanos de la niñez. Es por esta razón que en el informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” se dedica un apartado específico para analizar los derechos de los NNA en el contexto de las actividades empresariales y los derechos humanos. La primera preocupación sobre derechos y empresas tiene que ver con el trabajo infantil. Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

218 millones de NNA, entre 5 y 17 años, están ocupados en la producción económica a nivel mundial. Entre ellos, 152 millones son víctimas del trabajo infantil; y 73 millones están en situación de trabajo infantil peligroso. El continente americano concentraría el 5,3 % del trabajo infantil, esto es 10,7 millones de personas (1 de cada 19), asimismo los niños correrían más riesgo de ingresar a trabajar, aunque se subraya que esto se puede deber a que el trabajo que realizan las niñas no siempre es visible. Por su parte, el sector agrícola concentraría la mayor cantidad de niños y niñas trabajando con 71 %, seguido del sector de servicios con 17 % y el industrial con 12 %. Además de los efectos sobre su salud física y riesgos para la vida e integridad personal, se resalta la existencia de patrones de ansiedad, trastornos del estado de ánimo, baja autoestima, depresión, trastornos somáticos y problemas sociales y cognitivos, como repercusiones negativas en la salud mental de este grupo como consecuencia del trabajo al que se ven obligados a realizar y la falta o insuficiente protección por parte de los Estados (párr. 355).

Las cifras muestran una desalentadora realidad. El trabajo y la explotación infantil derivan en la violación a los derechos humanos de un grupo vulnerable que requiere especial protección de parte de los Estados. Las actividades empresariales, sin importar que se precien como privadas, no pueden vulnerar los derechos de los NNA. Por esta razón, la Comisión y su Relatoría consideran que una medida eficiente para eliminar el trabajo infantil es proporcionar oportunidades de trabajo para jóvenes en lugar de excluirlos de las oportunidades de empleo formativas y “prestar atención a las condiciones de trabajo para padres, madres y personas cuidadoras” (párr. 354).

A propósito de esta propuesta: no se niega que la creación de oportunidades de trabajo formativo para jóvenes —en lugar de excluirlos— podría ser de utilidad; no obstante, esta recomendación parece insuficiente. En primer lugar, porque no queda del todo claro cómo se crearían esas oportunidades de trabajo y, sobre todo, qué actor es el obligado a crearlas. En adición, esta propuesta se enfoca solo en los jóvenes, sin tomar en cuenta que el trabajo infantil afecta a niños y niñas que no están en edad de trabajar; sin mencionar la diferencia entre las zonas urbanas y rurales, cuestión que no es abordada. Por último, esta parte del informe se enfoca en la obligación de fiscalizar y supervisar, pero no se refiere a la obligación de prevenir.

La segunda preocupación de la CIDH se relaciona con los posibles efectos negativos en los derechos humanos de los NNA cuando se implementan proyectos de extracción que

pueden afectar las condiciones de vulnerabilidad especiales de las niñas y adolescentes indígenas. La llegada de trabajadores y jornaleros a zonas alejadas puede generar situaciones de trata o explotación sexual (párr. 358). Es por esta razón que los Estados deben prestar especial atención a las actividades que realizan las empresas en zonas vulnerables de su territorio. En el caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, de 19 de mayo de 2014, la Corte IDH hace especial énfasis en el deber de garantía en relación con la violencia contra la mujer y señala que las niñas son “particularmente vulnerables” (párr. 134).

Este problema parece quedar corto dentro del informe. Decir que los Estados deben prestar “especial atención” a las actividades que realizan las empresas que implementan proyectos de extracción es decir lo obvio. La situación de las niñas y adolescentes en la región es sumamente complicada, ya que su realidad está “cruzada” —intersección— por “múltiples y variadas identidades que derivan de la propia historia del continente como territorio originario rico y diverso, y a la vez de colonización, conquista y explotación” (UNICEF, 2021, p. 28). Las niñas y adolescentes son un grupo especialmente vulnerable, con problemáticas propias relacionadas con el ejercicio de sus derechos que no son desarrolladas dentro del informe, como son: embarazo infantil y adolescente, trabajo doméstico, matrimonio infantil (incluyendo unión temprana) y derechos de niñas y adolescentes LGTBI+. Nuevamente, el informe se enfoca en el deber de fiscalizar y supervisar, pero no se considera el deber de prevenir.

La última preocupación del informe se relaciona con el derecho a la salud de los NNA. La CIDH señala que existen preocupantes estadísticas de obesidad y sobrepeso de niñas y niños. Según el informe de la Organización Panamericana de la Salud (2015), los escolares de 6 a 11 años alcanzarían tasas de hasta el 34,4 % y en adolescentes de 12 a 19 años, llegarían hasta el 35 por ciento. En términos generales, del 20 % al 25 % del total de la población de niños y adolescentes de América Latina sufriría de sobrepeso y obesidad.

De igual manera, indica que, en la región de las Américas, existen altos índices de consumo de tabaco en jóvenes. Argentina (24,1 %), Chile (20,3 %), México (19,8 %), San Vicente y las Granadinas (19,4 %), Bolivia (18,7 %), y Nicaragua (17,6 %); también resalta que Trinidad y Tobago alcanzaría hasta 17,2 % de consumo de cigarrillos electrónicos por parte de jóvenes. A su vez, en toda la región del caribe angloparlante existen altos porcentajes de niños y niñas que habrían probado un cigarrillo por primera vez antes de los 10 años, sobrepasando tasas del 20 por ciento (párr. 359).

Por otra parte, el consumo de bebidas alcohólicas comienza a temprana edad y el 20 por ciento de los consumidores adolescentes latinoamericanos consume hasta la intoxicación (párr. 359). Estas cifras ponen en evidencia que existen productos —legalmente permitidos— que ponen en riesgo el derecho a la salud de los NNA. La CIDH y su REDECA responsabilizan, en primera instancia, a los Estados por ignorar sus obligaciones de prevención en materia de derechos humanos. De la misma forma, se afirma que las empresas implementan estrategias para aumentar sus ventas e impedir que los Estados limiten la comercialización, publicidad y consumo de sus productos (párr. 360).

En este punto el informe señala directamente a los Estados como primeros responsables de las violaciones al derecho humano a la salud de los NNA, aunque deriven de actividades empresariales. Esto debido a la falta de prevención; sin embargo, el problema va más lejos. El hecho de que las empresas “impidan” a los Estados que se limite la comercialización, publicidad y consumo de sus productos envuelve un interesante dilema: ¿cómo puede la empresa impedir que el Estado limite su accionar? ¿No debería ser al revés? Como se ha dicho, el Estado —que ostenta el poder— debe cumplir con su deber de regular y adoptar las disposiciones de derecho interno que considere necesarias para garantizar el derecho a la salud

de los NNA, aunque esto signifique limitar la comercialización, publicidad y consumo de ciertos productos. Esto no es sencillo, porque entran en juego los derechos —e intereses— de las empresas, pero el interés superior del niño es el que debería prevalecer. En el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, de 31 de agosto de 2010, la Corte IDH se refiere específicamente a la obligación estatal de proteger con relación al principio de interés superior del niño (párr. 201). En todo caso, llama la atención que el informe no se refiera a ninguna de las obligaciones estatales y únicamente se limite a exponer la problemática.

6. Conclusiones

Como se aprecia a lo largo de este artículo, las discusiones sobre derechos humanos y empresas están lejos de concluir. El desarrollo de instrumentos internacionales sirve, principalmente, para reforzar las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Los Estados son los primeros encargados de respetar, garantizar y proteger los derechos fundamentales. Ahora bien, debido a que las violaciones a los derechos humanos también pueden proceder desde privados —incluidas las empresas—, es imposible inobservar su comportamiento sin dejar en claro el alcance de sus responsabilidades. Podría decirse entonces que, si bien el principal garante de los derechos humanos es el Estado, las empresas no pueden refugiarse en el ámbito de lo privado para perpetuar acciones que vulneren derechos humanos.

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y actividades empresariales adolecen de una condición propia de su naturaleza: forman parte del *soft law* y no pueden crear nuevas obligaciones para los Estados o las empresas. Surge la pregunta: ¿para qué sirven estos instrumentos? Para recordar a los Estados las obligaciones contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes —*hard law*— y establecer estándares que permitan mejorar la realidad de las personas titulares de derechos, especialmente en contextos desfavorables. En este escenario emerge el informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”. En este artículo se destacaron: las obligaciones o deberes estatales y su relación con las actividades empresariales, y los derechos de los NNA en estos contextos.

Los cuatro deberes estatales son igualmente importantes y su cumplimiento podría mejorar la realidad de los NNA con relación a las actividades empresariales. La regulación y adopción de disposiciones de derecho interno es una decisión político-jurídica que los Estados deberían adoptar. Por ejemplo: Alemania podría ser pionero mundial al presentar un proyecto de ley sobre el fortalecimiento de la debida diligencia empresarial para evitar los impactos sobre los derechos humanos en las cadenas de valor globales. Esta ley impondría obligaciones de *due diligence* para que las grandes empresas con sede en Alemania se responsabilicen legalmente por sus actos violatorios de derechos humanos, imponiendo multas y responsabilidades ilimitadas. Los Estados podrían hacerse eco de esta iniciativa y elaborar proyectos de ley que sirvan para regular las actividades empresariales, no solo desde el derecho corporativo, sino también desde el enfoque de derechos humanos.

Con respecto a la prevención de violaciones a los derechos humanos de los NNA en el marco de actividades empresariales, se considera que este deber debe estar atado al deber de fiscalizar —supervisar—. El informe permitió apreciar que el trabajo infantil, la explotación sexual y el derecho a la salud son las mayores preocupaciones de la CIDH. Por esta razón, los Estados no pueden limitarse a esperar que las empresas respeten sus marcos jurídicos vigentes, deben implementar políticas de prevención y fiscalización para evitar la consumación de actos u omisiones que deriven en la violación a los derechos humanos de los NNA. Los derechos de los NNA son prioritarios y su interés es un principio y derecho que no puede ser visto de manera excepcional; debe ser la regla a partir de la que se crean las normas y políticas que los afectan.

Es imposible dejar de reconocer el importante rol que cumplen las empresas en el desarrollo; no obstante, ese rol no puede extralimitarse hasta el punto de vulnerar derechos humanos. Llama la atención el caso sobre productos que afectan la salud de los NNA. Los Estados suelen regular la venta de cigarrillos y bebidas alcohólicas mediante rangos de edad: se prohíbe la venta a menores dieciocho años. A simple vista, esta medida normativa protege a los NNA, pues no permite que accedan a productos que afectarían su salud; sin embargo, la realidad, en cifras, demuestra que esta prohibición es insuficiente. Este problema es aún más complicado cuando se trata de productos que no están prohibidos para los NNA y causan obesidad o sobrepeso. Esta realidad invita a reflexionar: quizás las prohibiciones, aunque necesarias, sean insuficientes. Es por este motivo que la prevención estatal debe reforzarse para trascender la visión de la prohibición y pensar más en la educación, el deporte y la nutrición.

Por último, cuando existan violaciones a los derechos humanos de los NNA por parte de las empresas, es fundamental que los Estados investiguen y sancionen los hechos. La impunidad empresarial envía el mensaje a la sociedad de que las empresas tienen el poder de vulnerar derechos humanos sin que existan consecuencias. De igual manera, cuando las violaciones a los derechos de NNA se perpetúen, los Estados, en conjunto con las empresas, deben implementar medidas de reparación integral participativas que permitan la restitución —siempre que sea posible— de los derechos vulnerados, así como las medidas de indemnización, satisfacción, rehabilitación y no repetición.

Aunque sea complejo conciliar los intereses económicos empresariales con los derechos humanos, las empresas deben comprender que la incorporación de normas y políticas que respeten estos derechos servirá para desarrollar sus actividades en mejores condiciones para sus accionistas, empleados y consumidores. Como lo dijo Ruggie: “No conozco ninguna empresa que haya quebrado por invertir en derechos humanos y algunas que sí, por no hacerlo”.

Referencias bibliográficas

- Beloff, M. (1999). Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo para Armar y Otro para Desarmar. *Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay*. Santiago: UNICEF.
- Cantú Rivera, H. (2013). Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del *status quo*? *Anuario Americano de Derecho Internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México. Vol. XIII, 2013. (pp. 313-354)
- Cantú Rivera, H. (2018). *Responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos*. Primera edición. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Carrillo-Santarelli, N. & Arévalo-Narváez, C. (2017). The Discursive Use and Development of the Guiding Principles on Business and Human Rights in Latin America *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 30. 61-118.
- CIDH (2019). *Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Washington D.C.: CIDH.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Observación General Nro. 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. Aprobada por el Comité en su 62 ° periodo de sesiones (14 de enero a 01 de febrero de 2013). CRC/C/GC/16.

- De Casas, I.C. (2019). ¿Qué son los estándares de derechos humanos? *Revista Internacional de Derechos Humanos*. 9. 291-301.
- Gonza, A. (2016). Integrating Business and Human Rights in the Inter-American Human Rights System. *Business and Human Rights Journal*. 1. 357-365
- Iglesias Márquez, D. (2020). La interamericanización de la cuestión sobre empresas y derechos humanos. En Pérez Adroher, López de la Vieja de La Torre y Hernández (eds.). *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización* (pp. 1561-1584). Madrid: Dykinson.
- Melish, Tara. (2003) Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos. Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES). Yale Law School.
- Molina Vergara, M. (2018). Estándares jurídicos internacionales: necesidad de un análisis conceptual. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. 25. 233- 256.
- Pérez Adroher, A. (2020) Prólogo. Pérez Adroher, López de la Vieja de La Torre y Hernández (eds.). *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización* (pp. 1561-1584). Madrid: Dykinson.
- Servicio Profesional en Derechos Humanos (2011). *Fundamentos teóricos de los derechos humanos*. Nava Cortez (ed.). Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- UNICEF. (2021). Derechos de las niñas para un futuro en Igualdad: renovando compromisos en América Latina y el Caribe.
- Villabella Armengol, C. (2009). *La metodología de la investigación y la comunicación jurídica*. México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.
- Villalta Vizcarra, E. (2020). Responsabilidad social de las empresas en situaciones de riesgos y amenazas. *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, 24, 185-200.

BUSINESSES AND HUMAN RIGHTS: REGIONAL APPROACHES

Empresas y Derechos Humanos: enfoques regionales

DIANA MARÍA GUEVARA DUQUE¹

Universidad Internacional del Ecuador, Quito, Ecuador

Abstract

Transnational corporations (TNCs) have great political, economic, and legal power around the world, supported by a structure that protects their interests, situation that is clearer when TNCs' activities have adverse impacts on human rights. This has been proven in cases such as Chevron and its effects in the Ecuadorian Amazon region, or the collapse of the Rana Plaza building in Bangladesh in 2013.

Against this background, the international community recognized the need to fill the legal vacuum in regard to TNCs' activities, and two main frameworks were created. First, the Norms on the Responsibility of TNCs and other Business Enterprises with regard to Human Rights (2003), which were never formally adopted; and the Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) (2011), which are strictly voluntary. Afterwards, in 2014, the UN Human Rights Council acknowledged the indispensability of a legally binding instrument regarding human rights and TNCs, therefore, creating a specialized working group for this purpose.

The aforementioned efforts are part of the International System, which raises the following questions: Are regional bodies addressing this issue? Do any of the regional human rights instruments have dealt with it in any way? The focus of this paper will be to compare and contrast existent human rights regulations related to transnational corporations' impact on human rights, focused on the European and the Inter-American regional systems.

Keywords

Human Rights, Transnational Corporations, Inter-American System, European System, Standards.

Resumen

Las empresas transnacionales (ETN) tienen un gran poder político, económico y legal en todo el mundo, respaldado por una estructura que protege sus intereses, situación que se hace más clara cuando las actividades de las ETN tienen impactos adversos sobre los derechos humanos. Esto ha sido probado en casos como el de Chevron y sus efectos en la región amazónica ecuatoriana, o el colapso del edificio Rana Plaza en Bangladesh en 2013.

En este contexto, la comunidad internacional reconoció la necesidad de llenar el vacío legal con respecto a las actividades de las ETN, y se crearon dos marcos principales. Primero, las Normas sobre la Responsabilidad de las ETN y otras Empresas Comerciales en materia de Derechos Humanos (2003), que nunca fueron adoptadas; y, los Principios

¹ Abogada con una subespecialización en Relaciones Internacionales por la Universidad San Francisco de Quito, MSc en Política Pública Internacional por University College London y LL.M. en Derecho Internacional y Comparado, con mención en Derechos Humanos, por The George Washington University Law School. Correo electrónico: diana.guevara18@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8218-9745>.



Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (PRNU) (2011), que son estrictamente voluntarios. Posteriormente, en 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU reconoció la necesidad de un instrumento jurídicamente vinculante en materia de derechos humanos y las ETN, por lo que se creó un grupo de trabajo especializado para tal fin.

Los esfuerzos antes mencionados son parte del Sistema Universal, lo que plantea las siguientes preguntas: ¿Los organismos regionales están abordando el tema? ¿Alguno de los instrumentos regionales de derechos humanos lo aborda de alguna manera? El enfoque de este artículo será comparar y contrastar la normativa existente en materia de derechos humanos dirigidas a la regulación del impacto de las empresas transnacionales en los derechos humanos, tanto dentro del sistema regional europeo como el interamericano.

Palabras clave

Derechos humanos, Empresas transnacionales, Sistema Interamericano, Sistema Europeo, Estándares.

1. Introduction

Transnational corporations (TNCs) have profound effects on human rights. Through foreign investment, they bring employment and economic growth for local communities, improving the living standards of their people and furthest aiding with the realization of human rights, economic, social and cultural rights (ESCR) in particular, with the consideration that when discussing ESCR, within the Inter-American system, environmental rights are considered part of this grouping. Nevertheless, for their political, economic, and legal power, there is a potential harm and adverse impacts on human rights, like infringements to the rights to life and health or widespread environmental damages (McBeth, 2010, p. 245). This has been proven in cases such as Chevron and its effects in the Ecuadorian Amazon region, or the collapse of the Rana Plaza building in Bangladesh in 2013. There is a variety of human rights that could be potentially infringed by TNCs' activities, including the rights to life, personal integrity, dignity, freedom of expression, access to information, to live free from discrimination and violence, and to judicial protection and remedies.

A corporation can be involved in human rights violations in different ways. As listed by Jason Karp (2014), in first place, the corporation might be "complicit with a state's human rights violations". Secondly, it may have involvement in a situation "which [it is] bound up in daily aspects of governance together with states and where human rights violations are said to occur". Finally, there is the option "in which companies have greater freedom of action from state interference/regulation [...], leading to accusations of human rights violations" (p. 16). Much has been discussed, both academically and legally, regarding the best approach and method to regulate TNC's activities, whereas if they should be separated from domestic-level discussions and if human rights standards used for other non-state actors can be similarly applied, and if it possible, how to apply them (Karp, 2014, p. 16). The general opinion of the international community is that there is a need to fill the legal vacuum with regards to TNCs' activities.

Legal development has occurred in the International Human Rights System in these matters, which raises the question: Are regional bodies addressing the issue? If so, do regional human rights instruments deal with this issue? The focus of this paper will be to compare existing regulations related to TNCs' impact on human rights between the European and the American regional systems. To achieve this, it is important to start with a brief revision of

the existent initiatives in the Universal Human Rights system. Following, it will analyze both the European and American frameworks and initiatives, with a focus on the legal structures, policies, and its application through decisions from the regional courts. As a conclusion, this paper will provide a comparison between the current state of the regional approaches and a recommendation of plausible methods to increase accountability from TNCs.

2. Initiatives within the Universal Human Rights System

The international community, within what is considered the Universal Human Rights system, is at the heart of the United Nations mechanisms and has made considerable efforts towards the creation of a series of rules to regulate TNCs' and other businesses' influence in the scope of human rights.

Firstly, the Norms on the Responsibility of TNCs and other Business Enterprises concerning Human Rights, approved on August 13th, 2003, by the United Nations Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, constitute a relevant first step “[...] in holding businesses accountable for their human rights abuses [...] in] a succinct, but comprehensive, restatement of the international legal principles applicable to businesses with regard to human rights, humanitarian law, international labor law, environmental law, consumer law, anticorruption law, and so forth” (Weissbrodt and Kruger, 2003, p. 901). These norms set general obligations, the right to equal opportunity and non-discriminatory treatment, the right to security of people, rights of workers, as well as an obligation for TNCs and other business enterprises to respect national sovereignty and human rights, including environmental protection measures and general provisions of implementation. Nevertheless, despite the fact of its relevance, they are considered with “no legal standing”².

Secondly, Professor John G. Ruggie, Special Representative of the UN Secretary-General on business and human rights, presented the UN Human Rights Council (UNHRC) a report with concrete recommendations resulting in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, which were adopted by the UNHRC by Resolution 17/4 on 16 June 2011. The Principles have three main pillars: States' duty to protect human rights; the corporate responsibility to protect, referring to acting with due diligence; and the access to remedy if the rights are not respected (Office of the High Commissioner of Human Rights of the United Nations, 2010, p. 6). These are a “[...] set of guidelines for States and companies to prevent, address and remedy human rights abuses committed in business operations” (UN Human Rights Council, 2014, p. 2). In the same resolution, the UNHRC established a topic-specific working group.

Finally, the UNHRC (2014), acknowledging the necessity of a legally binding instrument, established “an open-ended intergovernmental working group [...] to elaborate an international legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises” (p. 2). The Open-ended Intergovernmental Working Group (OEIGWG) has already held seven sessions and they are working on a revised draft of a legally binding instrument on business activities and human rights (UN Human Rights Council, 2021, p. 2). During the last session, that focused on State-led negotiations, discussions proceeded article by article, with specific revision of the changes introduced in the third revised draft. The OEIGWG will hold an eighth session in 2022, since the updated draft will be presented by the Chair-Rapporteur no later than by the end of July 2022. The Chair-Rapporteur is expected to update the draft legally binding

² See more in: Choudhury, B. (2018).

instrument taking into consideration the compilation of the concrete textual proposals submitted by States during the seventh session and the outcomes of the consultations as reports by the friends of the Chair³.

3. Regional frameworks and initiatives

3.1. European system

3.1.1. General legal regional framework

In formal terms, the European Convention on Human Rights (ECHR) applies to violations of human rights by States. Article 1 reads “[t]he High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention” (European Convention on Human Rights, 1950). This provision is understood as within the scope of the States’ obligation to bring protection against human rights-related abuses. The same convention defines the European Court of Human Rights’ jurisdiction as limited to applications received by persons, non-governmental organizations (NGOs) or groups of individuals “claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights outlined in the Convention or the Protocols thereto” (Art. 34). Despite this jurisdictional restriction, “international human rights bodies have gradually defined [...] the duties of States to control the conduct of non-state actors to avoid interference with human rights, giving rise to the notion of ‘indirect’ obligations” (O’Brien, 2018, p.17).

Furthermore, the European Social Charter (ESC) determines that Member States “accept as the aim of their policy, to be pursued by all appropriate means both national and international in character, the attainment of conditions in which the [rights and principles contained in the ESC] may be effectively realized” (1996, Part 1). These obligations are “the basis of the state’s duty to take effective domestic measures to prevent human rights abuses by non-state actors” (O’Brien, 2018, p. 18). The Additional Protocol Providing for a System of Collective Complaints established a mechanism that allows social partners and NGOs to file collective complaints, through the European Committee of Social Rights, against States for their alleged breach to the ESC. Nevertheless, the ESC recognizes rights that may have implications for businesses, mainly worker-related, and recognizes negative and positive duties for States.

3.1.2. About the Council of Europe Recommendation CM/Rec (2016)3 of the Committee of Ministers to Member States on human rights and business, adopted on March 2nd, 2016

Its preamble recognizes that “business enterprises have a responsibility to respect human rights” and recalls “member States’ obligation to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined” in the ECHR. The Committee of Ministers recommended member States to:

1. Review national legislation and practice;
2. Ensure wide dissemination of the recommendation among competent authorities and stakeholders to raise awareness of corporate responsibility to respect human rights;
3. Share examples of good practices related to the implementation;
4. Share plans on national implementation of the UN Guiding Principles;
5. Examine the implementation of the recommendations no later than 5 years after the adoption (2021).

³ Group of ambassadors in Geneva to act as friends of the Chair, which shall reflect a balanced regional representation, to start consultations with a view to facilitating and advancing work on the draft legally binding instrument during the inter-sessional period, aiming at ensuring the broadest possible cross-regional support.

The Recommendation includes detailed suggestions for the implementation of the UN Guiding Principles, including the need to take into consideration three fundamental pillars, which are: non-discrimination, gender perspectives, and a “full spectrum of international human rights standards”.

Furthermore, it calls on member States to enable corporate respect for human rights, referring to the application of measures to encourage or require that “business enterprises domiciled within their jurisdiction apply human rights due diligence throughout their operations”, and that “business enterprises conducting substantial activities within their jurisdiction carry out human rights due diligence [...]”. The Recommendation includes a description of what a company’s due diligence process should include: “project-specific human rights impact assessments, appropriate to the size of the business enterprise and the nature and context of the operation”, suggesting measures that States could take. Additionally, member States are encouraged to require greater transparency and reporting on human rights measures adopted by businesses, including corporate responsibility and due diligence (Council of Europe, 2016, ¶ 20 -21).

Furthermore, the Recommendation addresses “measures to facilitate access to justice for victims of business-related abuses via judicial and non-judicial remedy mechanisms [...]and] highlights additional steps required to protect the rights of specific groups including workers, human rights defenders, and children” (Council of Europe, 2016, ¶ 21).

After the adoption of the Recommendations, an online platform for Human Rights and Business was adopted to enable the sharing of National Action Plans (NAPs) and implementing actions⁴. The platform allows users to search and view the NAPs and implementing actions of member States, as well as standards and guidelines applicable to Human Rights and Business.

3.1.3. Decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR)

As part of the positive obligations doctrine developed by the ECtHR, States are required to abstain from interfering with human rights and “obliged to adopt protective or preventive measures to avert human rights abuses by third parties”, including TNCs. Therefore, “intervention may be required by States to secure human rights under the ECHR ‘even in the sphere of the relations of individuals between themselves’” (O’Brien, 2018, p. 19).

It is worth noting that there is a wide theoretical discussion on the issue of *horizontal application of human rights* (also called *drittwirkung*). According to this legal concept, originally developed in the German legal system and that literally translates as “third effect” or effects from third parties, a government can be held responsible for failing to prevent the violation of an individual’s human rights by another person or private non-state actor through either judicial or law enforcement mechanisms, that is, the application of human rights provisions in the private sphere. This principle was adopted by the European Court of Human Rights in the case of *X and Y v. The Netherlands*, where the ECtHR said that:

[...] although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: [...] there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life [...]. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves” (1985, ¶23).

⁴ Online Platform for Human Rights and Business (2016).

With this interpretation, the ECtHR acknowledges that the States' obligations can go into the private sphere. This perspective has been replied in several other decisions, like *Moldovan and Others v. Romania and Ouranio Toxo and Others v. Greece*.

In *Osman v. United Kingdom*, the ECtHR held the UK responsible for abuses perpetrated by non-state actors by determining that

[...] where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life in the context of their [...] duty to prevent and suppress offences against the person [...], it must be established to its satisfaction that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures [...] (1998-VIII ¶116).

Furthermore, the ECtHR has found that “[a] state’s acquiescence or complicity with the acts of private individuals breaching human rights can [...] engage its responsibility under the ECHR” (O’Brien, 2018, p. 20), in cases like *Ireland v. the United Kingdom*.

Moreover, the ECtHR has identified a positive duty of States to regulate private industry, in the context of “States’ failures to prevent harms to human rights by corporations” (O’Brien, 2018, p. 20). In *Taşkın and Others v. Turkey*, in the context of pollution caused by a gold mining company, the ECtHR decided that

[...] where the dangerous effects of an activity to which the individuals concerned are likely to be exposed have been determined as part of an environmental impact assessment procedure in such a way as to establish a sufficiently close link with private and family life [...]. If this were not the case, the positive obligation on the State to take reasonable and appropriate measures to secure the applicant’s rights under paragraph 1 of Article 8 would be set at naught (2004-X, ¶113).

Similarly, in *Fadeyeva v. Russia*, “the applicant complained that the operation of a steel plant endangered her health and well-being” and the ECtHR found that “[...] the State’s responsibility in environmental cases may arise from a failure to regulate private industry” (O’Brien, 2018, p. 20), giving rise to States’ positive duty to take reasonable and appropriate measures to secure human rights.

The ECtHR has decided on cases relating to violations arising from business activities on interference with freedom of expression and privacy by media companies (*Axel Springer AG v. Germany*, 2012); abuses occurring in private hospitals (*Storck v. Germany*, 2005) and schools (*Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 1993); interference by employers with the right to form and join trade unions (*Wilson, the National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom*, 2002); and legislation and other regulatory measures required of States to tackle human trafficking (*Rantsev v. Cyprus and Russia*, 2010) (O’Brien, 2018, p. 21).

Finally, although not a human rights court, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has discussed how intimately connected with businesses are other less common types of rights, like the right to be forgotten. In *GC and Others v. CNIL*, as it is practically impossible for Google to get consent for everything their search results present, users must first inform Google about the personal data they do not consent to being listed. The CJEU also determined that private companies should have bigger responsibilities, like controlling

user-generated content online. In *Glawischnig-Piesczek v. Facebook*⁵, it concluded that to remove identically worded content previously determined as defamatory, national courts may order Facebook to monitor all posts shared by the users.

3.1.4. Recent legal developments

On 10 March 2021, the European Parliament adopted a legislative initiative report calling for “the urgent adoption of a binding EU law that ensures companies are held accountable and liable when they harm - or contribute to harming - human rights, the environment and good governance” (p. 9). This report sets out recommendations to the European Commission (EC) on corporate due diligence and accountability, including a draft directive, proposing the introduction of “a mandatory corporate due diligence obligation to identify, prevent, mitigate and account for human rights violations and negative environmental impacts in business’ supply chains” (Richmond *et al.*, 2021, ¶1).

The draft directive (European Parliament, 2021, pp. 1-40) recommends a very wide scope, in the sense that large undertakings governed by the law of a member state, private or state-owned, publicly listed small and medium-sized undertakings and high-risk and medium-sized undertakings would be covered by the proposed legislation. The directive also includes companies governed by third country law if they provide goods or services in the EU market. This is an interesting addition, considering its application means broadening the application of the legislation to organizations based outside the EU.

The directive also recommends determination of specific duties and obligations for enterprises, making them “take all efforts to identify and assess potential or actual impacts on human rights, the environment or good governance caused by, contributing to or linked to their operations or business relationships, using a risk-based monitoring methodology that takes into account the impact, nature and context of the undertaking’s operations” (European Parliament, 2021, p. 35). About investigations, sanctions and penalties, the directive grants Member States discretion to set proportionate, turnover-based sanctions in accordance with their national laws, which may include temporary or indefinite exclusion from public procurement processes, state aid, public support schemes and even seizure of commodities. A key aspect included is that stakeholders should be allowed to voice concerns on potential or actual adverse impacts and enterprises must provide a mechanism to enable it, as early-warning and mediation system.

Finally, on 23 February 2022, the European Commission published the proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence draft directive, with the objective of fostering “sustainable and responsible corporate behavior and to anchor human rights and environmental considerations in companies’ operations and corporate governance” (p. 1). The way the European system has shaped its guidelines, decisions, and legislation on business and human rights (BHR) differs in certain ways from what the Inter-American system’s approach has been. The following section will provide a glimpse of how the issue has been tackled in the Americas.

⁵ *Glawischnig-Piesczek v. Facebook* (2019).

3.2. Inter-American system

3.2.1. Inter-American Commission on Human Rights report: “Indigenous Peoples, Afro-Descendent Communities, and Natural Resources: Human Rights Protection in the Context of Extraction, Exploitation, and Development Activities”

The Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) oversees the States’ obligations regarding the extraction, exploitation, and development activities concerning natural resources. In the report on ‘Indigenous Peoples, Afro-Descendent Communities, and Natural Resources: Human Rights Protection in the Context of Extraction, Exploitation, and Development Activities’, published on December 31st, 2015, The Commission recognizes the importance of development projects, but highlights that States have “ineluctable obligations to respect and guarantee relevant rights in all settings, including [...] extraction and development activities” (2015, p. 9). The IACHR also mentions the range of human rights that can be impacted by the implementation of extractive and development projects, like the rights to life, to health, to personal integrity, to a healthy environment, to non-discrimination, to cultural identity and religious freedom, to personal liberty and social protest, information and participation, to protection from forced displacement, and the collective rights of the indigenous people and Afro-descendant communities over their territories and its natural resources, as seen in the rights of consultation and consent.

The IACHR’s legal analysis focuses on the duty to respect and ensure all human rights with due diligence, and to bring domestic legislation in line with the regional human rights instruments. By interpreting the American Declaration of the Rights and Duties of Man and the American Convention on Human Rights evolutionarily and systematically, the Commission considers that the States’ obligations include six main components: (i) the duty to adopt an appropriate and effective regulatory framework, (ii) the obligation to prevent violations of human rights, (iii) the mandate to monitor and supervise extraction, exploitation, and development activities, (iv) the duty to guarantee mechanisms of effective participation and access to information, (v) the obligation to prevent illegal activities and forms of violence against the population in areas affected by extraction and development activities, and (vi) the duty to guarantee access to justice through investigation, punishment and access to adequate reparations for violations of human rights committed in these contexts (2015, p. 10).

The Commission addresses impacts on some rights, specifically,

violations of the right to collective ownership of indigenous and tribal peoples, and Afro-descendent communities over their lands, territories and natural resources; the right to cultural identity and religious freedom; the right to life, health, personal integrity, and a healthy environment; economic and social rights such as food, access to water and labor rights; the right to personal liberty and social protest; and protection from forced displacement (IACHR, 2015, p. 11).

Finally, the report provides recommendations to the States on the obligations and lines of action they should follow under international human rights law, including a) design, implementation and effective enforcement of “a normative framework for the protection of human rights applicable to extractive, exploitation, and development activities”; b) prevention, mitigation and suspension of the negative impacts of extractive and development activities; c) “take reasonable steps to prevent violations of human rights where there is a real and immediate risk”; d) adoption of the necessary measures to put in place or strengthen systems of monitoring and control of extraction or development”; and, e) “take decisive actions to fight against impunity for human rights violations committed in the context of business activities

of extraction or development, through extensive and independent investigations, imposing sanctions [...] and providing [...] reparations to the victims” (IACHR, 2015, pp. 178-179).

3.2.2. Special Rapporteurship on Economic, Social, Cultural, and Environmental Rights report: Business and Human Rights: Inter-American Standards

On January 27th, 2020, the Special Rapporteurship on Economic, Social, Cultural, and Environmental Rights (REDESCA, by its initials in Spanish) of the IACHR published its report called: Business and Human Rights: Inter-American Standards, the first time that the IACHR comprehensively addresses the issue. The report begins with an identification of the fundamental Interamerican standards, like the centrality and focus on the person and human dignity; the universality, indivisibility, interdependence, and interrelation of human rights; the prevailing importance of equality and non-discrimination; the rights to development, healthy environment and defend human rights; the transparency and access to information; the need of free, previous and informed consultation; the mechanisms of prevention and due diligence; extraterritoriality; and the fight against corruption (IACHR, 2019, pp. 33-42).

The report develops the obligations that States must fulfill in the context of business and human rights from the perspective of the Inter-American system. First, referring to States’ general obligation to respect, found in Art. 1.1 of the Convention, determines that “the respect obligation implies that States should abstain from deploying behaviors related to business activities that contravene the exercise of human rights” (IACHR, 2020, p. 48). This situation could arise in investment or commerce agreements, if the State controls the company, or with State acquiescence. Concerning the general obligation to guarantee human rights, REDESCA identifies four duties, to i) regulate and adopt domestic legal provisions; ii) prevent the violation of human rights in the context of business activities; iii) oversee said activities; and iv) investigate, sanction, and ensure the access to integral reparations for the victims in these contexts (IACHR, 2020, pp. 54-55).

It also develops on the extraterritorial scope of the States’ obligations, evaluating if the acts or omissions attributed to the State might denote international responsibility for violation of human rights (IACHR, 2020, pp. 81-82). The discussion relating to the extraterritoriality of human rights obligations in general and in the context of business and human rights. Traditionally, the discussion of the extraterritorial application of human rights obligations has centered on the understanding of jurisdiction as “effective control”. Nevertheless, more recently, this understanding has been extended to cases in which the State has no *effective control* over the right-holder, but only over a potential cause of harm to that person, to apply it to cases of environmental harm, relating to States’ duties to prevent, protect or remedy, or in BHR cases where private persons are causing the harm (businesses or corporate entities)⁶.

The Report mentions the possible legal effects for companies from the general obligations of States to respect and guarantee human rights, concluding that “under the current Interamerican order, the legal content of human rights and the corresponding State obligations generate effects on businesses, although with different degrees and scope than those required of States [...]” (IACHR, 2020, p. 101). Hence, progressively, the situations and specific aspects that the authorities should oversee will have to be clarified by the System.

Furthermore, it talks about areas of special priority for the IACHR and REDESCA: the transitional justice and accountability of economic actors; the essential public services

⁶ For further discussion, see: Besson (2020).

and privatization contexts; climate change; aspects regarding business, fiscal policies, and influence on public decision-making; and the relation between businesses and information and communication technologies (IACHR, 2020, pp. 105-154). The Report underlines that “companies can be positive agents for the respect and guarantee of human rights, as well as can generate or motivate with their actions and behavior key changes [...] to transform those experiences of impunity and human rights abuses [...]” (IACHR, 2020, p. 51). Finally, the text concludes with recommendations for States, businesses, and to actors within the Organization of American States.

For example, for States, REDESCA recommended them to review and adapt the internal regulatory framework applicable to the context of business and human rights; for businesses, REDESCA mentioned that the recommendations for States have effects on businesses, reason, why companies must be oriented and guide their actions and processes by those international human rights standards applicable as the case, may be, refraining from infringing, contributing to, facilitating, encouraging or aggravating human rights violations and address negative human rights consequences in which they have any involvement; and to actors within the OAS to incorporate the applicable standards related to state obligations of respect, guarantee, cooperation and extraterritoriality in matters of human rights in the periodic evaluations that the Working Group of the Protocol of San Salvador carries out on the observance of economic, social, cultural and environmental rights.

3.2.3. Decisions of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)

The IACtHR has approached State responsibility in diverse ways. First, in *González Medina and Family v. Dominican Republic*, the IACtHR said that a State’s international responsibility can be based on acts or omissions: “[...] it is sufficient to demonstrate that acts or omissions have been verified that have allowed the perpetration of these violations or that a State obligation exists that the State has failed to meet” (2012, ¶133). Complementarily, in the case of the *Pueblo Bello Massacre v. Colombia*, the Court stated that “[...] it is not necessary to determine [...] the guilt of the authors or their intention; nor [...] to identify individually the agents to whom the acts that violate the human rights embodied in the Convention are attributed” (2006, ¶112).

Furthermore, the IACtHR’s jurisprudence has stated that violation of human rights can occur when the acts or omissions are committed by a particular non-state actor, like businesses or economic actors. In the case of *Velázquez-Rodríguez v. Honduras*, the Court determined that “[a]n illegal act which violates human rights, and which is initially not directly imputable to a State [...] can lead to international responsibility of the State [...] because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention” (1988, ¶172).

The IACtHR has found States internationally responsible for breach of their obligations in cases in which businesses were involved. In the case of the *Workers of the Hacienda Brasil Verde v. Brazil*, the Court analyzed the ‘knew or should have known’ principle and concluded that the State did not act with the required due diligence to adequately prevent the specific human rights violation discussed in the case, which was the existence of a contemporary form of slavery, and that it did not act in a reasonably expected way to end the violation (2016, ¶315-343).

The Court has also found violation of human rights for acquiescence, tolerance, or collaboration in the constitutive facts in the context of actions of non-state actors, specifically paramilitary groups. This notion was developed in a series of cases against Colombia,

known as Case Vereda, La Esperanza, Yarce and others. In the case of the *19 Merchants v. Colombia*, the Court declared the State responsible for its collaboration in the acts before the third party's illegal act, the State's acquiescence to the meeting of the third parties in which the act was planned and the active collaboration of the State in the execution of the illegal acts (2004, ¶135).

The Court has also referred to States' duty to implement effective supervision and oversight mechanisms to protect indigenous territories and natural reserve areas from the harm that might originate from the acts and omissions of private actors. In the Case of the *Kaliña and Lokono People v. Suriname*, the IACtHR established that "the State has the obligation to protect the areas of both the nature reserve and the traditional territories to prevent damage to the indigenous lands, even damage caused by third parties, with appropriate supervision and monitoring mechanisms [...]" (2015, ¶221). The Court added that "the State is also responsible for supervising and monitoring actions taken on the affected territory in order to achieve its prompt rehabilitation so as to ensure the full use and enjoyment of the rights of the peoples" (¶222).

In cases on collective rights of indigenous populations, the IACtHR considered the consequences derived of businesses' actions and their human rights impact. In the Case of the *Saramaka People v. Suriname*, the Court said that "[n]ot only have the members of the Saramaka people been left with a legacy of environmental destruction, despoiled subsistence resources, and spiritual and social problems, but they received no benefit from the logging in their territory" (2007, ¶153). Similarly, in the Case of *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, the Court evaluated the business' behavior, asserting that "the company's actions [...] failed to respect the established structures of authority and representation within and outside the communities" (¶191) or that "the company's actions did not form part of an informed consultation" (¶209). In the Case of the *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, the IACtHR attributed direct responsibility to the companies involved by recognizing that their "activities [...] resulted in the adverse impact on the environment and, consequently, on the rights of the indigenous peoples [...]" (2015, ¶223). The decision cited the UN Guiding Principles: "States must protect against human rights abuse within their territory and/or jurisdiction by third parties, including business enterprises. [Requiring] appropriate steps to prevent, investigate, punish, and redress such abuse through effective policies, legislation, regulations and adjudication." (¶224). The fact that this decision specifically mentions the UNGPs reflects the complementarity of the universal and regional systems, and the IACtHR's practice that it has the authority to use the content of other international instruments to inform the analysis of the content of the American Convention.

Furthermore, the Advisory Opinion 23/17 details that States have the obligation to prevent significant environmental damage within and outside of their territory, including cases in which businesses can be involved. Thus,

States must: regulate activities that could cause significant harm to the environment in order to reduce the risk to human rights; supervise and monitor activities under their jurisdiction that could produce significant environmental damage and [...] implement adequate and independent monitoring and accountability mechanisms; require an environmental impact assessment when there is a risk of significant environmental harm; institute a contingency plan in order to establish safety measures and procedures to minimize the possibility of major environmental accidents; and, mitigate significant environmental damage, even when it has occurred despite the State's preventive actions (2017, ¶174).

This Advisory Opinion is significant in the matter under analysis because it included the notion of extraterritorial obligations of the States, in a strategic move to strengthen the development of its jurisprudence in what it relates to States' duties, especially when referring to cross-border harm.

More recently, the IACtHR adopted two decisions worth mentioning. First, in the *Lemonth Morris and other v. Honduras* case (Miskitos Divers), the Court addresses the working and health conditions of Miskito divers who work for a fishing company that operates in their territory (of the Miskitos). The Court reviews the friendly agreement reached by the parties and makes a clear reference to the UNGPs. The Court states that “[...] the States have the duty to prevent human rights violations caused by private companies, for which they must adopt legislative and other measures to prevent such violations, and investigate, punish and repair such violations when happen” (2021, ¶48). With this background, the Court determines that it is the obligation of the States to carry out regulations, in laws and public policies, so that the companies that operate in their territories adopt actions aimed at the correct respect of all the human rights recognized in the different instruments of the system. However, despite the value of the inclusion of the UNGPs in the judgment, the Court did not make any specific application to the case sub judice, nor did it order that Honduras enact specific laws or policies to protect human rights from the activities of private companies; therefore, the effect of including the UNGPs lost its strength.

A similar situation occurred in the case of *Vera Rojas et al. v. Chile*, where the Court, by developing the right to health of girls and boys with disabilities and the role of the state in ensuring that private companies offer a quality and efficient service, in the sense of what is developed in its jurisprudence, with mention to the notion of progressiveness” (2021, ¶100); and to speak of the UNGP in the context of the state duty to regulate and supervise private companies that offer public services do not affect the rights to life and personal integrity of people ” (2021, ¶84-89). Despite the facts of the case, there is no reference to the issue of BHR that implies a true development of jurisprudence and standards applicable to future analogous cases. Similarly, the Court did not order specific measures from the State that could prevent future human rights violations, especially in the context of the business operations in relation to private health insurance companies and harmful practices that they can apply when pursuing their interests, without considering human rights.

After taking a look of this background, it can be concluded that although the Court has begun to apply the theory of BHR and non-binding international standards such as the UNGP, by only focusing on a considerate analysis and leaving aside an inclusion of the issue in the ordered reparations, the Court has missed great opportunities to determine standards and to create guidelines for the countries of the region.

4. Conclusions

Both the European and the Inter-American systems, are in line with what the universal system of human rights has indicated about corporate activity and human rights. This is shown on the adoption and incorporation of the UN Guiding Principles in their own regional guidelines, frameworks, reports, and jurisprudence, as well as the notions of corporate responsibility and due diligence. This demonstrates certain consistency and real complementarity between the regional systems and the universal system, not reflecting a hierarchical relationship between them, but more of a dialectical approach in which there is constant interaction and integration that aims to have human rights protection systems support each other.

The notion of indirect obligations for states has been developed and reflected in both systems' jurisprudence, with a heavy reliance on due diligence as the main standard for the indirect introduction of human rights obligations to TNCs. Thus, the similarities show a trend to expand states' duties, including their duty to take effective domestic measures to prevent human rights abuses by non-state actors.

Due to the specific circumstances, the Inter-American system has more widely developed jurisprudence relating to businesses' activities, their influence, and possible human rights violations, as, regionally, TNCs operations have had a particularly negative effect in the indigenous populations. This can be evidenced in paradigmatic cases like *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, where the IACtHR attributed direct responsibility to businesses for human rights violations; and the *Sarayaku v. Ecuador* case, in which the Court determined that collective rights of indigenous population were affected due to the consequences of businesses' actions. Nevertheless, considering the most recent developments (Corporate Sustainability Due Diligence draft directive) in the European sphere, there are more legislative prospects in Europe with a higher chance of actual national implementation due to the way the system is set up.

Regional systems must continue developing standards, not only focusing on developing them through jurisprudence, but also in preventing the human rights violations, by enabling dialogue that involves all stakeholders, including states, NGOs, civil society, experts, and business representatives, so that those standards are not only compatible with the regional and universal systems, but also feasible and achievable in practice. Considering that Europe has its integration mechanisms to develop standards for BHR and given the differences with the Inter-American system and its lack of common legislation on the matter, a regional and further comprehensive monitoring mechanisms should be adopted, aimed at obtaining specific information on states' actions with the objective of to making sure that businesses and TNCs abide their obligations to respect human rights, in the context of their activities.

The European Parliament's report and proposed draft directive is a clear move and sign of support for the implementation of mandatory human rights and environmental obligations not only for local businesses, but also for TNCs that have shown a tendency of taking advantage of the legal vacuums to exercise their activities freely. This proposal is truly valuable as, once implemented, it will have a real transformative impact on how human rights are protected in the regional European context.

Despite the recognition and importance of the regional human rights systems, it is still the States' main responsibility to regulate business and TNCs' activities in their jurisdictions. Hence, States must commit to adopting stricter legislation that sets clear paths of action for businesses that requires them to respect human rights in the context of their activities. That legislation should also enable domestic tribunals to provide effective judicial protection and guarantees in case of human rights violations.

Bibliographic References

- Besson, S. (2020). *Due Diligence and Extraterritorial Human Rights Obligations - Mind the Gap*. Boston: ESIL Reflections.
- Council of Europe (2016). Online Platform for Human Rights and Business. Available in: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/online-platform-for-human-rights-and-business#%2247020395%22:0,%2247492180%22:0>

- Choudhury, B. (2018). Balancing soft and hard law for business and human rights. *International and Comparative Law Quarterly*, 67(4), 961-986. doi:10.1017/S0020589318000155
- Richmond, F., Stuart, G., and Haque, A. (2021). *EU: European Commission adopts report corporate due diligence and accountability*. Global Compliance News. <https://www.globalcompliancencews.com/2021/04/10/eu-european-commission-adopts-report-on-corporate-due-diligence-and-accountability250321/>
- Karp, D. J. (2014). *Responsibility for Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- McBeth, A. (2010). *International Economic Actors and Human Rights*. New York: Routledge:
- O'Brien, C. M. (2018). *Business And Human Rights.: A Handbook for Legal Practitioners*. Colorado: UOC.
- Weissbrodt, D. and Kruger, M. (2003). Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights. *The American Journal of International Law*.

Sentences

- European Court of Human Rights (1978). *Ireland v. the United Kingdom*, A25.
- _____. (1985). *X and Y v. Netherlands*, A9.
- _____. (1998-VIII). *Osman v. the United Kingdom*.
- _____. (2004-X). *Taşkin and Others v. Turkey*.
- _____. (2005-VII). *Moldovan and Others v. Romania* (No.2).
- _____. (2005-X). *Ouranio Toxo and Others v. Greece*.
- _____. (2005-IV). *Fadeyeva v. Russia*, 2005-IV.
- European Conservatives and Reformists Group (2019). *Case C-136/17, GC and Others v. CNIL*.
- _____. (2019). *Case C-18/18, Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland*.
- Inter-American Court of Human Rights (1988). *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Merits, Judgement. (ser. C) No. 4 on July 29, 1988.
- _____. (2004). *19 Merchants v. Colombia*. Merits, Reparations and Costs, Judgment. (ser. C) No. 109 on July 5, 2004.
- _____. (2006). *Pueblo Bello Massacre v. Colombia*. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 140 on January 31, 2006.
- _____. (2007). *Saramaka People. v. Suriname*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment. (ser. C) No. 172 on November 28, 2007.
- _____. (2012). *Gonzalez Medina and family v. Dominican Republic*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment. (ser. C) No. 240 on February 27, 2012.
- _____. (2012). *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and Reparations, Judgment. (ser. C) No. 245 on June 27, 2012.
- _____. (2015). *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*. Merits, Reparations and Costs, Judgment. (ser. C) No. 309 on November 25, 2015.
- _____. (2016). *Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment. (ser. C) No. 318 on October 20, 2016.
- _____. (2017). *Case of Vereda, La Esperanza, and Yarce & others. v. Colombia*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment. (ser. C) No. 318 on August 31, 2017.

- _____. (2021). *Lemoth Morris and others (Miskitos Divers) v. Honduras*. Decision on August 31, 2021.v
- _____. (2021). *Vera Rojas and others v. Chile*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment on October 1, 2021.

Conventions, treaties and conferences

- Council of Europe (1950). European Convention on Human Rights. Approved by the Council of Europe on November 4th, 1950. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf
- _____. (Revised, 1996). European Social Charter. Originally approved by the Council of Europe on October 18th, 1961. <https://rm.coe.int/168007cf93>
- Office of the High Commissioner of Human Rights of the United Nations. (2011) *Guiding principles on Business and Human Rights*. Adopted by the Human Rights Council on June 15, 2011. https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf
- UN Human Rights Council. (2014) *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprise with respect to human rights*. Draft. https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9

Observations, opinions, recommendations, and reports

- European Parliament. (2021). *Recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability*. Adopted on March 10th, 2021 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.pdf
- _____. (2021). *Resolution on MEPs: Companies must no longer cause harm to people and planet with impunity*. Adopted on March 10th, 2021. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210304IPR99216/meps-companies-must-no-longer-cause-harm-to-people-and-planet-with-impunity>
- European Commission. (2022). *Report on Corporate sustainability due diligence*. Adopted on April 3rd, 2022. https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en
- Human Rights and Business. (2016). Committee of Ministers to Member States. *Recommendation CM/REC(2016)3*. Adopted on March 2nd, 2016.
- Human Rights Council. (2021). *Report on the seventh session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*. October 25 to 29, 2021. <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>
- Organization of American States. (2015). Inter-American Commission on Human Rights. *Reports on Indigenous peoples, Afro-descendent communities, and natural resources: Human rights protection in the context of extraction, exploitation, and development activities*. Adopted on December 31st, 2015.
- _____. (2017). Inter-American Commission on Human Rights. *Advisory Opinion OC-23/17 on the Environment and Human Rights (State obligations in relation to the environment in the context of the protection and guarantee of the rights to life and to personal integrity – interpretation and scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights)*. No. 23. Adopted on November 15th, 2017.
- _____. (2019). Inter-American Commission on Human Rights. *Report Businesses and Human Rights: Inter-American Standards. Special Rapporteurship on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights*. Adopted on November 1st, 2019.

- ____. (2020). Inter-American Commission on Human Rights, Special Rapporteurship on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights. *Thematic Report on “Business and Human Rights: Inter-American Standards”* / Adopted on January 27th, 2020. https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2020/014.asp

APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE*
EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO¹
Application of the *Drittwirkung der Grundrechte* Theory
in International Human Rights Law and the Ecuadorean Legal System

NATALIA BARONA MARTÍNEZ²
Corte Constitucional del Ecuador, Quito, Ecuador

Resumen

Históricamente se ha entendido que los derechos humanos, considerados bajo sus sistemas de protección local e internacional, pueden ser exigibles de manera vertical al Estado. Sin embargo, en los últimos años, la corriente de la eficacia horizontal de los derechos, para su exigibilidad entre pares, ha tomado gran importancia en la doctrina y jurisprudencia. El presente trabajo analizará el desarrollo e implicaciones de la eficacia horizontal desde el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional ecuatoriano, viendo a ambos sistemas como complementarios en la protección de derechos.

Palabras clave

Drittwirkung, Eficacia horizontal de los derechos, Personas particulares, Derecho constitucional, Derechos humanos.

Abstract

Historically, it has been known that human rights, considered under their local and international protection systems, can be enforced vertically against the State. Nevertheless, in the last years, the third-party effect, which states that rights can be enforced between individuals, has taken great importance among jurists and jurisprudence. This article will analyze the development and implications of the third-party effect from international law and Ecuadorian constitutional law, looking them as complements for the protection of human rights.

Keywords

Drittwirkung, Third-party effect, Private Parties, Constitutional Law, Human rights.

1. Introducción

Los derechos humanos, usualmente vistos como límites al poder estatal, pueden ser también exigibles entre personas particulares que no tengan relación alguna con el Estado; sino, como simples agentes privados en relaciones con sus pares. Sin embargo, tal exigibilidad implica una regulación distinta y particular respecto de aquella en donde el Estado

¹ Adaptación del trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada en mayo de 2020, dirigido por el Dr. Juan Pablo Albán.

² Asesora de despacho de jueza constitucional en la Corte Constitucional del Ecuador. Abogada *magna cum laude* por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: baronanati@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4538-0759>.



es únicamente el ente responsable para el respeto y garantía de los derechos. Dicha regulación se ha generado a través del desarrollo jurisprudencial y doctrinario de la llamada teoría del *Drittwirkung der Grundrechte* (también conocida como eficacia horizontal de los derechos o *Third-party effect*). El presente artículo estudiará qué implica la teoría de la eficacia horizontal de los derechos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como el surgimiento de las obligaciones entre particulares.

Al efecto, y dado que la protección de los derechos humanos existe tanto a nivel nacional como internacional, el *Drittwirkung der Grundrechte* debe ser estudiado desde estas dos perspectivas pues, especialmente en el caso de Ecuador, ambas son directamente aplicables y atañen a contextos particulares de protección de los derechos. Por un lado, a nivel internacional en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), se estudiarán las implicaciones de la teoría, a pesar del impedimento de la competencia *ratione personae* para la legitimación pasiva de particulares ante cortes internacionales de derechos humanos. Y, por otro lado, el análisis del trabajo se centrará también en la normativa nacional ecuatoriana para entender cómo funciona la teoría y su efectividad en el plano local.

Para ello, el trabajo empezará estudiando el origen y naturaleza de la teoría, así como las cuestiones debatidas alrededor de ella [§ 2]; para después analizar el empleo e implicaciones de la eficacia horizontal de los derechos en el SIDH [§ 3]; y, finalmente, las formas de aplicación y consecuencias del *Drittwirkung der Grundrechte* en Ecuador [§ 4].

2. Naturaleza de la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte*

Actualmente, resulta casi innato pensar que el respeto y protección de los derechos humanos de las personas son exigibles al Estado, toda vez que son considerados como límites al poder público (Nikken, 1999, p. 20). Esta afirmación se ve atada a la idea de que -usualmente- el individuo se encuentra en desventaja frente al poder estatal. Para compensar tal desequilibrio en las relaciones Estado-ciudadano, dado que los ciudadanos fueron quienes otorgaron tal poder al Estado, es razonable que este proteja sus derechos fundamentales a cambio (Gough, 1958).

Sin embargo, tal idea se ha ido desarrollando poco a poco. Por ejemplo, una de las primeras muestras en este sentido es el emblemático caso *Lüth* de 1958, que trata sobre el recurso de amparo propuesto por Erich Lüth en contra de la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo que lo había condenado, como presidente del Club de Prensa de esta ciudad, a abstenerse de boicotear públicamente a la película *Unsterbliche Geliebte*, sobre propaganda nazi. En este caso, el Tribunal Federal Constitucional alemán se preguntó si los derechos fundamentales de las personas (naturalmente parte del derecho público) pueden afectar las relaciones privadas. El Tribunal concluyó que, si bien los derechos fundamentales deben ser protegidos respecto de actuaciones estatales, ellos también incorporan valores que deben ser observados a través de todo el ordenamiento jurídico; por lo que, “[l]a sustancia de los derechos fundamentales se encuentra expresada indirectamente en las normas de derecho privado”. Asimismo, el Tribunal fundamentó que tiene competencia para revisar las decisiones judiciales de derecho privado únicamente para corregir errores sobre derechos fundamentales y no sustantivos (Sentencia del Tribunal Federal Constitucional de Alemania, 1958, *Caso Lüth/ BVerfGE 7 Veit Harlan vs. Erich Lüth*, 1958).

A partir de tal decisión, en Europa se empezó a generar con mayor fuerza la idea de que los derechos fundamentales de las personas ya no sean solamente exigibles de manera vertical; es decir, en contra de actuaciones u omisiones estatales, sino también respecto de personas privadas (Drzemczewski, 1979, pp. 197-198). Nació, por lo tanto, la teoría sobre la eficacia horizontal de los derechos, o conocida en alemán como *Drittwirkung der Grundrechte*. En

la misma época del fallo de *Lüth*, al otro lado del océano, la Corte Suprema de Estados Unidos tenía en auge su teoría del *state action*, a través de la cual este órgano judicial “[...] insistía en la participación, en al menos algún grado, de una autoridad [...]” (Mijangos y González, 2008, p. 9) frente a afectaciones de derechos fundamentales. Uno de los casos más simbólicos al respecto, es *Adickes v. S.H. Kress & Co.*, que tiene como antecedente la demanda de una profesora de raza blanca en Misisipi, a quien se le negó el servicio en un restaurante local por haber acudido con seis estudiantes de raza negra. En este caso, la Corte razonó que no puede existir discriminación si es que no hubo intervención estatal, pues la 14^{va} Enmienda de la Constitución de Estados Unidos no prohíbe a los ciudadanos la expresión de sus preferencias personales y la segregación era considerada como una costumbre social.

Paralelamente, algunos autores europeos fueron críticos a la teoría del *Drittwirkung*. Por ejemplo, Alexy consideraba que ella ve a los derechos como normas sumamente abiertas e indeterminadas debido a su expansión, lo cual hace que él los entienda más bien como principios o mandatos de optimización hasta el punto de eliminar el nivel de subjetividad en ellos, y que sean principios objetivos. Asimismo, Cannaris criticó a la teoría por “[...] propiciar la inseguridad jurídica, acabar con la autonomía privada y subordinar el derecho privado al constitucional [...]” (Estrada, 2000, p. 116).

Sin embargo, el criterio mayoritario en la doctrina ha sido favorable a la eficacia horizontal de los derechos. Reconocidos autores como Drzemczewski (1979), Clapham (1993), Ovey & White (2002), Alkema (1988) y De Vega (2003), tomaron como objeto de estudio al *Drittwirkung*, analizando sus implicaciones a nivel internacional y local. De hecho, el planteamiento detrás de esta teoría está presente -al menos implícitamente-, incluso antes del fallo de *Lüth*; como, por ejemplo, en el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948, preámbulo), hecho también perceptible en otros sistemas de protección de derechos humanos, como el europeo, universal, y africano (Ferrer Mac-Gregor Poisot y Pelayo Möller, 2019, p. 889). Actualmente, “[...] debe estar fuera de duda que los individuos tienen deberes emanados de los tratados y del derecho internacional, y que dichos deberes pueden estar relacionados con los derechos humanos” (2019, p. 888); pues, en palabras de Borowski, “el argumento substancialmente central para la existencia de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales yace en que los intereses de libertad e igualdad del individuo, protegidos por las disposiciones constitucionales, no se encuentran solamente amenazados por peligros originados por el Estado, sino también por los particulares con similar poder” (2019, pp. 7 y 8). De hecho, la existencia de normas que habilitan la legitimación pasiva en contra de particulares a nivel interno (Ferrer Mac-Gregor Poisot, 2006, p. 23), ya indica también que localmente los particulares tienen obligaciones para la protección de los derechos.

Así, aunque la interrogante sobre la viabilidad o no de la eficacia horizontal se encuentra superada, existen todavía cuestiones sobre las cuales el análisis de la teoría es complejo, tanto a nivel nacional como internacional, siendo dos de ellas el objeto principal de estudio de este trabajo. La primera cuestión gira en torno a la discusión sobre qué implica la teoría. Por un lado, una perspectiva explica que el *Drittwirkung* prevé que las normas de derechos humanos se aplican a las relaciones entre privados; y, por otro lado, existe la interrogante de si es que la teoría se refiere más bien a la exigibilidad de derechos entre individuos (Zwaak, 2006, p. 29) (temas que son precisamente criticados por doctrinarios como Eric Engle, por la ambigüedad que conllevan) (Engle, 2009, pp. 165-173).

Para la segunda cuestión, hay que considerar que la teoría ha sido interpretada a través de su eficacia horizontal directa o indirecta. Por su parte, la corriente del efecto horizontal directo o inmediato (*unmittelbare*) -que fue planteada en sus inicios por Hans Carl

Nipperdey- implica que las normas de derechos humanos sean directamente aplicables en las relaciones entre particulares. Al respecto, la doctrina ha concebido que esta corriente se compone de dos variantes: “de acuerdo con la primera variante, los ‘derechos de terceros’ entran llanamente en el lugar del Estado como destinatario de los derechos fundamentales, mientras que en la segunda variante son modificados los efectos de los derechos en la relación horizontal de cara a los efectos verticales, esto es, entre el Estado y los particulares” (Borowski, 2019, p. 9). Borowski advierte que la consideración de tales variantes es importante puesto que la argumentación de quienes defienden la eficacia indirecta suele referirse únicamente a la primera de ellas (Borowski, 2019, p. 9). Y, por su parte, el efecto horizontal indirecto o mediato (*mittelbare*) -planteado originalmente por Günter Dürig- dice que “los valores y principios de los derechos fundamentales deben ser considerados por las cortes cuando decidan casos sobre derecho privado” (Clapham, 1993, p. 165)³.

Es decir, el efecto horizontal directo no cuestiona la posibilidad de la aplicación de normas de derechos entre particulares, sin necesidad de la intermediación de un agente estatal (considerando, por ejemplo, al principio de igualdad y no discriminación); mientras que el efecto indirecto es más cauto y se basa en la buena moral, buena fe, u orden público (Drzemczewski, 1979, p. 199). Así, para Borowski, la diferencia decisiva entre el *Dritt-wirkung* inmediato y mediato es que según el último, “para las relaciones entre particulares, son aplicables solamente las disposiciones legales, aquellas de derecho civil, incluso cuando su contenido pudiera estar imbuido de manera determinante por los criterios de los derechos fundamentales”, y en el primero, los derechos aplicables a las relaciones entre particulares son de naturaleza constitucional inmediata (2019, p. 12). La eficacia de ambas perspectivas de la eficacia horizontal será analizada en el contexto de este artículo a nivel internacional y local ecuatoriano. Como se verá a lo largo de este trabajo, estas cuestiones se relacionan entre sí, pues la discusión sobre las implicaciones de la teoría se puede resumir en sus alcances directo o indirecto frente a la exigibilidad de respeto de derechos entre particulares.

Ahora bien, para entender la lógica del análisis posterior en este trabajo se debe, “[...] hacer una distinción estricta entre la operación del *Dritt-wirkung* a nivel nacional/ constitucional y el asunto que la teoría genera [a nivel internacional]” (Clapham, 1993, pp. 164-165). Según Clapham, la aplicación a nivel nacional dependerá del marco normativo y constitucional de cada Estado para -ya sea- (i) la aplicación directa de un instrumento convencional; o, (ii) la aplicación de derechos constitucionales respecto de privados. Por otro lado, - desde el Derecho Internacional Público (en adelante, DIP)- la aplicación internacional del *Dritt-wirkung* es un poco más controversial, pues resulta complicado salirse del paradigma que Clapham llama “*the standard assumption*”, que se basa en la idea de que únicamente los Estados tienen *ius standi* en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) (1993, p. 165). Como se verá más adelante, esta distinción es sumamente importante, pues la aplicación del *Dritt-wirkung* en cada una de estas dimensiones tiene sus particularidades en razón de las relaciones que cada una regula y de la naturaleza de cada uno de los sistemas.

En la siguiente sección se analizará el desarrollo del *Dritt-wirkung* a nivel internacional, haciendo especial énfasis al SIDH. Se estudiará el alcance de la aplicación en el marco de los casos contenciosos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), y las obligaciones de los particulares en este sentido.

³ Sobre la discusión en torno a las corrientes directa e indirecta de la eficacia horizontal, sus ideas fundantes y críticas se sugiere ver Estrada, A. J. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

3. Práctica del SIDH en la aplicación del *Drittwirkung*

En virtud de la aplicación del *Drittwirkung* a nivel internacional, es clara la existencia de una especie de impedimento, toda vez que los sujetos del DIP son principalmente los Estados (Becerra, 2017, p. 116) y la exigencia del respeto de los derechos como normas primarias respecto de particulares no es procesalmente posible. No obstante, la Corte IDH ha ido introduciendo a la teoría del *Drittwirkung* de manera lenta y sutil a lo largo de su jurisprudencia.

En el SIDH, el juez Antônio Cançado-Trindade fue quien comenzó a mencionar expresamente al *Drittwirkung* en el contexto de una revitalización del DIDH (Corte IDH, 1998, párrs. 28-29), dejando parcialmente de lado la idea absoluta del *state action* para planear la aplicación de las normas de derechos humanos respecto del Estado y de privados más allá del *ius standi* excluyente ante esta corte. Cabe aclarar, sin embargo, que a nivel internacional el *state action* no puede ser completamente abandonado pues los tratados de derechos humanos

[...] no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. *Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales* de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, *asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción* (énfasis añadido) (Corte IDH, 1982, párr. 9).

En este sentido, el nivel internacional de aplicación del *Drittwirkung* conlleva y regula específicamente la relación Estado-ciudadano, en donde el Estado responde y es responsable por cualquier vulneración a los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción (CADH, 1969, artículo 1). Ahora, sin perjuicio de esto, si bien las personas particulares no tienen legitimación pasiva en el DIDH por la naturaleza sus tratados; el *Drittwirkung* implica precisamente la aplicación de las normas de derechos humanos en las relaciones Estado-ciudadano y/o ciudadano-ciudadano, no necesariamente para la declaración de la vulneración de un derecho (para lo cual sí existe la condición de que el sujeto imputable sea solamente el Estado), sino para la exigencia de su respeto a nivel colectivo (Corte IDH, 2003, párr. 140). Con ello, se puede advertir que, desde el DIDH, la exigibilidad de derechos entre particulares se acerca a la segunda variante planteada por Borowski [§ 2], pues “[...] la vinculatoriedad de los derechos fundamentales entre particulares tiene otro alcance y fuerza legal que la del Estado en las relaciones verticales” (2019, p. 10).

En la siguiente sección se hará un análisis normativo y jurisprudencial para la justificación de la inmersión de esta teoría en el SIDH y poder entender el papel que juegan las cortes internacionales en la eficacia horizontal de los derechos en el marco de sus facultades convencionales.

3.1. Justificación normativa y jurisprudencial de la eficacia horizontal desde las obligaciones estatales

Haciendo un análisis cronológico, la eficacia horizontal de los derechos está presente desde la adopción de la DADH [§ 2]. Asimismo, en la CADH, la razón por la cual se puede deducir al *Drittwirkung* respecto de las obligaciones estatales es porque el respeto de los derechos es “[l]a obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter

o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención” (Gros Espinell, 1991, p. 65). En este sentido, un Estado podría ser internacionalmente responsable frente a la existencia de actitudes de tolerancia, aquiescencia u omisión respecto de violaciones a derechos generadas por personas particulares⁴. Respecto a la obligación de garantía,

[l]a ‘horizontalidad’ de los derechos ha permitido que la Corte IDH haya determinado en varios casos responsabilidad internacional estatal por violación de derechos humanos por no prevenir, investigar y efectivamente sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos aun si estos son particulares, o en su defecto, no se ha podido establecer si eran agentes estatales o no (Ferrer Mac-Gregor Poisot y Pelayo Möller, 2019, p. 891).

En el emblemático caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte IDH analiza la extensión de las obligaciones estatales desde la CADH y -a pesar de que no menciona expresamente al *Drittwirkung*- explica que, si bien el Estado es el sujeto imputado por las violaciones de derechos, sus obligaciones no se limitan a prevenir, investigar, sancionar o reparar. De hecho, si es que la violación de derechos no es directamente imputable al Estado, esta puede -de todas formas- “[...] acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la *falta de la debida diligencia para prevenir la violación* o para tratarla en los términos requeridos para la Convención” (énfasis añadido) (Corte IDH, 1988, párr. 172; 2011b, párr. 124). Análogamente, en el marco del caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, la Corte IDH señala que “[...] la Convención Belém de Pará obliga a los Estados partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra la mujer” (Corte IDH, 2009, párrs. 252-253). Es decir, el SIDH puede centrarse en las obligaciones del Estado, teniendo como antecedente una relación entre particulares.

Ahora bien, es pertinente mencionar que la Corte IDH ha aclarado que el deber de prevención tampoco puede generar responsabilidad internacional en cualquier caso, pues puede resultar muy amplio aplicado en las relaciones entre particulares. La Corte ha dicho que debe tratarse de “[...] una *situación de riesgo real e inmediato* para un individuo o grupo de individuos determinado y a las *posibilidades razonables* de prevenir o evitar ese riesgo” (Corte IDH, 2006a, párr. 123). Sin embargo, como se analizará más adelante [§ 4.2], el deber de prevención -particularmente en el marco de las relaciones privadas- se puede ver también a través de garantías políticas, normativas, institucionales o jurisdiccionales; lo cual no impide completamente al Estado de velar por el respeto de los derechos entre particulares (CIDH, 2019, párr. 89).

Con respecto al deber de adoptar medidas de derecho interno, este “[...] debe realizarse a través de lo que se denomina ‘control de convencionalidad’, según el cual el juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales [...]” (Corte IDH, 2008, párr. 180), con el fin de que el Estado parte no invoque su derecho interno para justificar el incumplimiento de normas convencionales (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969, Artículo 27). Toda vez que, en el marco del SIDH, el *Drittwirkung* se enfoca en las obligaciones estatales con antecedentes en las relaciones privadas, si es que los Estados no adoptan disposiciones acordes a la CADH y su interpretación autorizada para el

⁴ Según el artículo 2 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados sobre hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la acción u omisión del Estado pueden implicar la configuración de un hecho internacionalmente ilícito en la medida en que las normas primarias permitan que dichas conductas violen el DIP (o, en este caso, el DIDH). En este sentido, los Estados parte de la CADH pueden violar normas de este tratado por su omisión en la norma primaria de prevención.

beneficio de las relaciones entre particulares -o no modifican o derogan aquellas contrarias a la CADH-, su conducta acarreará responsabilidad internacional.

Sobre el control de convencionalidad y su relación con el *Drittwirkung*, se hará un análisis más profundo en la sección sobre la viabilidad de la aplicación indirecta en Ecuador [§ 4.2]. Por el momento, es suficiente aclarar que esta obligación estatal también implica la presencia del *Drittwirkung* en la misma medida que el deber de prevención.

3.2. Eficacia horizontal directa en la jurisprudencia de la Corte IDH

Existen casos en la jurisprudencia interamericana en donde “[e]l actuar del Estado respecto a los conflictos de derechos entre particulares han sido los antecedentes directos de la disputa ante esta instancia internacional” (Ferrer Mac-Gregor Poisot y Pelayo Möller, 2019, p. 892), enfatizando en el desarrollo jurisprudencial de esta teoría en el SIDH. Dada la complejidad del tema, y los eminentes casos provenientes de relaciones entre privados, en su momento la Corte IDH se planteó si era pertinente aplicar al *Drittwirkung* de manera directa (*unmittelbare*) o indirecta (*mittelbare*).

Con el fin de hacer un breve análisis comparado para entender el desarrollo del SIDH, en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (en adelante, SEDH) el efecto de la horizontalidad es mediato o indirecto en razón de la falta de competencia de la Corte Europea *ratione personae* (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950, Artículo 35, numeral 3). La justificación detrás de este enfoque es que “[...] los derechos del Convenio están inferidos para que privados, sobre la base de la obligación de los Estados de tomar medidas para hacer posible el ejercicio de los derechos, también tengan que hacer cumplir su derecho con otros” (Zwaak, 2006, pp. 29-30). De esta forma, los privados están convencionalmente obligados para el respeto de los derechos; pero -al mismo tiempo-, la práctica del Tribunal es hacer alusión a las obligaciones positivas de los Estados para justificar su competencia en razón de la persona, provocando la imputabilidad indirecta del Estado por acciones de particulares.

Así, por ejemplo, en el caso *Young, James & Webster vs. Reino Unido*, la Corte Europea determinó que la promulgación legislativa del *Trade Union Labour Relations Act* fue la acción que violó el derecho a la libertad de asociación de los trabajadores sindicales, por impedir que se nieguen a formar parte de un *closed shop* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1981, *Caso Young, James & Webster vs. Reino Unido*). Asimismo, en *X & Y vs. Países Bajos*, a pesar de tratarse de un caso de violencia intrafamiliar que atañía al respeto a la vida privada, el análisis giró en torno a las obligaciones positivas del Estado, “[...] las cuales pueden involucrar la adopción de medidas para asegurarlo, incluso en la esfera de las relaciones entre privados” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1985, *Caso X & Y vs. Países Bajos*).

Por tanto, en materia del *Drittwirkung*, el enfoque del SEDH mira a las obligaciones positivas de los Estados, pero tampoco deja de lado el hecho de que los derechos deberán hacerse valer entre privados; por lo que las peticiones individuales solamente son llevadas al Tribunal de Estrasburgo de forma indirecta (Zwaak, 2006, p. 29). Así, las obligaciones de los particulares pueden nacer de los artículos 8, 9, 10, 11; o, a través del artículo 17, el cual prevé la prohibición del abuso de derecho por parte de un Estado o cualquier particular a dedicarse a una actividad o acto que pueda afectar derechos (Clapham, 1993, pp. 167-170).

La Corte IDH, por su parte, en el mismo sentido de brindar argumentos alrededor del Estado como sujeto del DIDH por su competencia en razón de la persona, le ha dado mas bien a su jurisprudencia un enfoque de aplicación directa de la horizontalidad

de los derechos. Según Mijangos, la aplicación mediata a nivel internacional no es enteramente correcta, pues -analizando a los casos desde un punto de vista material- el efecto es directo porque lo que hace la Corte IDH es tratar a la responsabilidad internacional estatal desde antes de la violación de derechos por parte de privados (Mijangos y González, 2008, pp. 20-21). De hecho, en caso de haber implementado completamente la eficacia indirecta, la Corte IDH se hubiese convertido en una corte de apelaciones o cuarta instancia⁵ (Corte IDH, 2012, párrs. 16-18), lo cual hubiese desnaturalizado al sistema (Mijangos y González, 2008, pp. 20-21).

Por tanto, la vía por la que se ha optado en el SIDH ha sido analizar a la eficacia horizontal de forma directamente aplicable al Estado y a los particulares, considerando la naturaleza de cada relación (vertical y horizontal) según la segunda variante de la corriente inmediata del *Drittwirkung*. Así, no se abandona completamente al *state action* (que es básicamente la razón de ser del DIDH); pero el Estado tampoco es el único obligado a respetar los derechos de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, sino también personas particulares a través de sus actuaciones (Corte IDH, 1998, párrs. 28-29). De hecho, el *state action* es necesario en el DIDH porque, en caso de plantearse la idea de la legitimación pasiva de particulares ante cortes internacionales, este se transformaría en Derecho Penal Internacional.

La Corte IDH ha visibilizado esta posición en algunos de sus casos contenciosos, así como a través de su competencia consultiva. Al respecto, cabe destacar la Opinión Consultiva No. 18 que, en pocas palabras, explica que los derechos contenidos en la CADH son de naturaleza *ius cogens* y, por ende, de exigencia *erga omnes* (Corte IDH, 1982, párr. 140). En materia de prestación de servicios públicos, en casos como *Ximenes Lopes vs. Brasil o González Lluy vs. Ecuador*, la Corte IDH hizo alusión al deber estatal de prevención y fiscalización “[...] aún cuando el servicio de salud lo preste una entidad privada” (Corte IDH, 2015a, párr. 184; 2006c, párr. 146; 2007, párr. 119). Asimismo, respecto de la actividad de empresas extractivas, “[...] el Estado tiene el deber de proteger [...] con el fin de prevenir daños en el territorio indígena, inclusive aquel que proceda de terceros, a través de mecanismos adecuados de supervisión y fiscalización” (Corte IDH, 2015b, párr. 221).

En este sentido, en atención a las cuestiones propuestas al inicio de este trabajo, desde el SIDH la interpretación de la eficacia horizontal es directa porque si bien la responsabilidad internacional será del Estado, muchas veces las violaciones son causadas por agentes privados, lo que hace que evidentemente exista una doble responsabilidad para el respeto de los derechos más allá de la sola comparecencia del Estado ante esta corte internacional. En consecuencia, en el SIDH no solo se aplica la normativa internacional a las relaciones entre privados (como pasa en el SEDH por su interpretación mediata del *Drittwirkung*), sino que realmente la exigencia de los derechos es para ambos actores: Estado y personas privadas.

4. Aplicación del *Drittwirkung* en Ecuador

Para el análisis complementario de la eficacia horizontal a nivel nacional/constitucional en Ecuador, hay que tomar en consideración que el plano de aplicación ya no es intrínsecamente conexo con las relaciones Estado-ciudadano como en el DIDH, pues nos encontramos en un escenario que no necesariamente se encuentra regulado por tratados internacionales de derechos humanos, sino por la Constitución de la República (en adelante, CRE) en

⁵ Sobre la fórmula de la cuarta instancia en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ver Resolución No. 29/88, considerando quinto; y Resolución No. 39/96, párrs. 48-71. En el marco de la jurisprudencia de la Corte IDH, ver *Palma Mendoza y otros vs. Ecuador*, párrs. 16-18; *Mejía Idrovo vs. Ecuador*, párr. 18; y *González Medina y familiares vs. República Dominicana*, párr. 38.

donde es posible la regulación de relaciones entre pares (ciudadano-ciudadano). Por este motivo, la aplicación del *Drittwirkung* a nivel local tiene implicaciones distintas y mucho más amplias que en el SIDH, pues las relaciones reguladas tienen más afinidad con la idea detrás de la eficacia horizontal como tal (sin la existencia del impedimento por la competencia *ratione personae* en cortes internacionales de derechos humanos).

Para ello, se analizará cómo la teoría puede implicar tanto: (i) la aplicación entre particulares de las normas de derechos humanos; así como (ii) la exigibilidad de los derechos entre particulares, para finalmente entender la aplicación de este punto a través de la eficacia horizontal directa e indirecta y sus variantes respecto de ambos planteamientos.

4.1. Implicaciones de la eficacia horizontal de los derechos en Ecuador

La discusión sobre las implicaciones de la teoría (abordada asimismo en el plano internacional, § 3), cobra sentido también en este punto, pues analizando la normativa ecuatoriana, se puede entender que ambas perspectivas -aparentemente divergentes- no son realmente excluyentes entre sí, sino compatibles y complementarias la una con la otra. Como se pudo ver en la sección anterior, en el SIDH es posible la aplicación directa (y consecuente exigencia) de las normas de derechos humanos en las relaciones Estado-ciudadano y ciudadano-ciudadano; lo cual no significa que sea necesaria la legitimación pasiva de las personas particulares. Sin embargo, a nivel nacional la aplicación de estas perspectivas es mucho más clara porque que la CRE da paso -de manera bastante amplia- a la regulación constitucional de las relaciones entre privados, tomando como base principal a los numerales 4 y 5 del artículo 86 de la CRE, que anotan como deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos: colaborar en el mantenimiento de la paz y seguridad, y respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento.

4.1.1. Aplicación entre particulares

La aplicación de las normas de derechos humanos entre particulares (sin consideración del derecho de acción que le corresponde, o la sola exigencia de su respeto) puede ser posible en Ecuador por distintas vías. Para analizarlas, es necesario hacer una distinción, pues la aplicación puede provenir de distintos tipos de normas, así como dentro de un procedimiento en particular. En primer lugar, con respecto a los procedimientos para la aplicación horizontal de las normas de derechos humanos, puede darse, (i) en procesos de garantías jurisdiccionales; así como en (ii) cualquier proceso administrativo o judicial.

Claramente, en el marco de las garantías jurisdiccionales, la aplicación de las normas de derechos humanos es, no solo necesaria, sino intrínseca de ellas. En la medida en que estas garantías “[...] descansan en la intervención jurisdiccional cuando las [garantías] políticas o las normas no cumplen con sus objetivos o violan derechos” (Ávila, 2011, p. 232), los particulares, en calidad de accionantes, pueden demandar la violación de un derecho por un acto de otro particular y la consecuente reparación integral. Llamen la atención aquellas acciones que tienen una legitimación pasiva más amplia, como la acción de protección, el *habeas corpus*, *habeas data*, o medidas cautelares, para las cuales todos los jueces de instancia pueden fungir como jueces constitucionales (Corte Constitucional del Ecuador, 2017; 2021a; 2021b; 2021c; 2021d).

De la misma manera, la aplicación horizontal de las normas de derechos humanos se puede dar en el contexto de cualquier proceso administrativo o judicial a través del efecto de irradiación de los derechos [§ 4.2]. Sin importar la existencia de la vulneración de un derecho o no, las autoridades administrativas o judiciales siempre deben considerar las normas de

derechos humanos en sus decisiones, siendo esencial la aplicación de los principios y garantías previstos en la CRE; lo cual no debe resultar una tarea desconocida para los operadores de justicia en virtud de su obligación de la aplicación de los controles de convencionalidad y constitucionalidad [§ 4.2].

Ahora bien, con respecto a las normas que pueden ser declaradas como vulneradas en el contexto de las relaciones entre privados pueden ser, como lo explica Clapham (1993, p. 165) [§ 2], convencionales o constitucionales. Ecuador resulta una excelente representación de esta aseveración desde la perspectiva de un sistema monista, pues las garantías jurisdiccionales “[...] tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos [...]” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], 2009, Artículo 6), en cuyo caso, cualquiera de las dos normas puede ser alegada, y las autoridades están obligadas a respetarlos y repararlos (Spielmann, 1998) en la medida del principio pro persona (LOGJCC, 2009, Artículo 2, numeral 1). Por el contrario, desde el punto de vista de un sistema dualista, si bien los instrumentos internacionales no pueden ser directamente aplicables, sus disposiciones deben encontrarse en sintonía con el ordenamiento nacional, lo cual implica ya -de cierta manera- que existe una eficacia horizontal de los derechos, no desde una aplicación directa de las normas internacionales, sino desde las locales (Ovey y White, 2002).

4.1.2. Exigibilidad de los derechos entre particulares

Por otro lado se encuentra el complemento de la aplicación de los derechos: “[...] *the enforcement of these rights against another individual*” (Zwaak, 2006, p. 29). Al término “enforcement” se lo puede entender como la necesidad de la existencia de un mecanismo que ampare contra actos que violen derechos fundamentales para buscar la exigibilidad del derecho entre particulares; o simplemente para exigir el respeto o para hacer valer los derechos respecto de otros individuos, lo que -consecuentemente- implica entender el origen y naturaleza de las obligaciones entre pares. En el sistema jurídico ecuatoriano, ambas perspectivas tienen cabida.

En primer lugar, la necesidad de la existencia de un mecanismo que ampare contra actos que violen derechos fundamentales (CADH, 1969, Artículo 25, numeral 1) se encuentra no solo a nivel nacional, sino también en derecho comparado latinoamericano⁶. En Ecuador, a través de las garantías jurisdiccionales se puede ver no solamente la aplicación horizontal de las normas de derechos; sino también la posibilidad de exigir ante los jueces competentes la declaración de la violación de un derecho, y su consecuente reparación integral. La CRE brinda la oportunidad a cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad a proponer las acciones previstas en ella (2008, Artículo 86, numeral 1) con el fin de hacer valer sus derechos en caso de que ellos se vean vulnerados.

Precisamente, la discusión de si es que la eficacia horizontal es -únicamente- la aplicación o la exigibilidad del respeto de los derechos entre particulares queda zanjada en este punto, pues mediante la aplicación de garantías jurisdiccionales, pueden efectivamente aplicarse normas de derechos, pero también exigirse a nivel judicial. Así, es importante mirar a la aplicación y al derecho de acción como un complemento en sus perspectivas nacional e

⁶ El usualmente conocido como recurso de amparo, se encuentra en varios países a nivel constitucional. Para conocer más sobre la expansión mundial del amparo, ver, Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. (2006). Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el Derecho Procesal Constitucional Comparado. En Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. y Fix-Zamudio, H. (coords.). *El Derecho de Amparo en el Mundo* (pp. 3-39). México: Editorial Porrúa.

internacional, pues no puede existir una aplicación sin la posibilidad de exigir el respeto del derecho como tal.

4.2. Viabilidad de la aplicación horizontal directa e indirecta en Ecuador

Como resultado del análisis previo, en esta sección se argumentará que la aplicación y exigibilidad de los derechos entre particulares conllevan también la eficacia directa o indirecta del *Drittwirkung* en el sentido de que ninguno de los dos tipos de eficacia necesita la declaración de la vulneración de un derecho como tal para su viabilidad.

Con respecto a la corriente de la eficacia horizontal directa o inmediata, es necesario aclarar que, tal como se mencionó al inicio de este trabajo, esta se concentra desde dos alcances de la eficacia horizontal: internacional y nacional/constitucional [§ 2]. Por un lado, a nivel internacional existe una aplicación directa a partir de la segunda variante -sin perjuicio de la competencia en razón de la persona- alrededor del análisis de las obligaciones del Estado y su falla en el deber de prevenir una violación en particular. Por otro lado, a nivel local, existe también eficacia directa que, en contraste con la perspectiva internacional, debido a las relaciones que regula (ciudadano-ciudadano) se ve reflejada en las garantías jurisdiccionales que se pueden presentar en contra de particulares. Es decir, son dos alcances distintos, pero completamente válidos, a la eficacia directa de los derechos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Complementariamente, la eficacia directa es efectiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano toda vez que, en las demandas de garantías, es viable la alegación de la vulneración de derechos convencionales por su aplicación directa e inmediata. Esta situación, por ejemplo, no tiene cabida en países como España y Alemania porque “[...] sus tribunales constitucionales, por disposición de sus leyes que los regulan, han proclamado que los derechos solo pueden tener una eficacia indirecta o mediata entre particulares, por lo que a través del recurso de queja constitucional o del amparo no es posible que sean tutelados directamente” (Eto Cruz, 2011, p. 71) (lo cual se puede corroborar también con el caso *Lüth*).

Asimismo, se encuentra si bien es cierto que, por la aplicación y exigibilidad de derechos entre particulares, podría considerarse que existe una transferencia del efecto vertical al efecto horizontal (Borowski, 2019, p. 9) para justificar la predominancia de la primera variante del *Drittwirkung* inmediato; la regulación de las relaciones entre particulares a nivel local se inserta de manera más precisa en la segunda variante. Entre las diversas razones que permiten fundamentar esta idea, más allá de la existencia de garantías jurisdiccionales que tienen una legitimación pasiva más abierta o cerrada respecto de particulares, se encuentra que el artículo 16 de la LOGJCC, en su último inciso señala que “[e]n los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza”. De esta forma, la carga probatoria es mayor para las relaciones entre particulares, salvo los casos expuestos.

Por su lado, la eficacia indirecta también se encuentra presente en el ordenamiento ecuatoriano de distintas formas. Dado que la aplicación de la eficacia horizontal se puede dar también en cualquier proceso administrativo o judicial [§ 4.1.1], en ellos resulta necesario que los operadores de justicia tomen en cuenta al efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*), que es uno de los principios obtenidos del fallo de *Lüth* que dice que “[...] los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, ‘para todos los ámbitos del derecho’” (Alexy, 2009, p. 6). Por ende, el alcance de la eficacia horizontal a través de su aplicación mediata es mucho más amplio que la directa pues, de todas formas, los derechos siempre serán tomados en

cuenta en las relaciones entre particulares, independientemente de la acción que se tome. En palabras de Borowski, “en la tesis de la *Drittwirkung* mediata la tarea del tribunal es observar de manera proporcional los efectos constitucionales de las disposiciones civiles vigentes entre los particulares” (2019, p. 14).

En el sistema nacional, el efecto de irradiación de los derechos puede verse reflejado a través del control de convencionalidad y control de constitucionalidad. Con respecto al primero, tiene base normativa en los artículos 1.1 y 2 de la CADH [§ 3.1], e implica verificar la aplicación “[...] entre las normas jurídicas internas que [se] aplican en los casos concretos y la [CADH]. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino la interpretación que del mismo ha hecho la [Corte IDH] [...]” (Corte IDH, 2006b, párr. 124). En este sentido, el Estado ecuatoriano (no solamente a través del Poder Judicial, sino todas sus autoridades) (Corte IDH, 2011a, párr. 239) debe velar por el mejor cumplimiento de sus obligaciones internacionales y su consecuente deber de prevención para evitar la vulneración de derechos convencionales, adoptando disposiciones de derecho interno concordantes con la CADH. Así, por ejemplo, es posible evitar la vulneración de derechos por actos de particulares a través de la implementación de garantías políticas y normativas para que después, a través de la eficacia directa, entren en juego las garantías jurisdiccionales para reparar aquellos derechos violados (Ávila, 2011, p. 232).

Asimismo, por el principio de supremacía constitucional, el control de constitucionalidad permite entender a la eficacia horizontal indirecta porque, en virtud de este concepto, cualquier decisión no debe oponerse a la CRE (Barragán Romero, 2000, pp. 82-83). Con respecto al control de constitucionalidad abstracto, “[...] tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o forma [...]” (LOGJCC, 2009, Artículo 74) a través de acciones de inconstitucionalidad. Así, para evitar que cualquier norma viole derechos en el contexto de las relaciones entre particulares, el control abstracto procurará actuar con el fin de respetar los principios y derechos de la CRE ya sea en un contexto de una relación Estado-ciudadano, o ciudadano-ciudadano. Por último, el control de constitucionalidad concreto funciona para “[...] garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales” (LOGJCC, 2009, Artículo 141); con lo cual es posible que, a través de una consulta de constitucionalidad de norma, en el marco de cualquier proceso judicial se pueda verificar la correspondencia de las normas infraconstitucionales aplicadas a las relaciones entre particulares, con la CRE y los derechos que contiene.

5. Conclusiones

Para entender a la teoría de la eficacia horizontal de los derechos, no es aconsejable verla únicamente como la posibilidad de hacer efectivos los derechos entre particulares o como la sola aplicación de los derechos en las relaciones entre particulares. El desarrollo de la teoría del *Drittwirkung* a lo largo de los años y en los distintos sistemas jurídicos del mundo, ha permitido que ella no se reduzca solamente a una posibilidad, sino que pueda presentarse en distintos formatos, dependiendo del contexto jurídico y los actores en él. Como se ha podido evidenciar a partir del análisis de este trabajo, una de las primeras conclusiones es que el *Drittwirkung* -ya sea a nivel internacional o nacional/constitucional- no abarca única y excluyentemente a la aplicación o a la exigibilidad de los derechos humanos entre particulares, ya que no puede haber exigibilidad de los derechos entre particulares sin la posibilidad de aplicarlos (independientemente de su forma directa o indirecta).

A nivel internacional -siendo un contexto con influencia del *state action* por la naturaleza del DIP, DIDH y las relaciones que ellos regulan-, la exigibilidad de los derechos nace respecto de dos actores: el Estado y los agentes privados. Para el Estado, naturalmente está obligado en la medida de sus compromisos internacionales a través de la ratificación a los tratados de derechos humanos (tratándose, particularmente en el contexto de este trabajo, la CADH). En casos de violaciones a derechos como consecuencia de una relación entre personas particulares, prevalece en el SIDH el deber del Estado de debida diligencia, prevención y fiscalización que pudo haber evitado dicha vulneración. Sin embargo, los otros actores que no pueden comparecer en cortes internacionales también tienen el deber de velar por los derechos de sus pares porque su respeto es de carácter *erga omnes* y, si bien el Estado responderá internacionalmente, el deber de protección les corresponde a todos. De forma complementaria, la aplicación de la eficacia horizontal es directa en el SIDH en razón de que no es necesaria la declaración de la vulneración de un derecho para hablar de *Drittwirkung* como tal. La sola consideración de un antecedente privado en instancias internacionales y su pertinente análisis, ya implica que los jueces interamericanos toman en cuenta a la eficacia de los derechos entre particulares.

Asimismo, desde la perspectiva de la regulación de las relaciones ciudadano-ciudadano, la eficacia horizontal de los derechos está presente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de distintas aplicaciones. Desde la exigibilidad de los derechos entre particulares, hay que considerar que su respeto nace por la naturaleza *erga omnes* de los derechos convencionales por la aplicación directa e inmediata. Con la exigibilidad, a nivel nacional también aparece la aplicación directa en el marco de las garantías jurisdiccionales con legitimación pasiva amplia; y, la eficacia mediata reflejada en el efecto de irradiación de los derechos, los controles de constitucionalidad y convencionalidad, y las garantías políticas y normativas (instituciones que pueden actuar como medios preventivos o represivos). Complementariamente, para la aplicación del *Drittwirkung*, más allá de la existencia de garantías jurisdiccionales, existen también otros procesos administrativos o judiciales que pueden implicar la aplicación de normas de derechos humanos convencionales o constitucionales.

Sin embargo, todavía cabe preguntarse qué tan lejos debe llegar la eficacia horizontal. Si bien a nivel internacional su aplicación puede estar mucho más limitada, es necesario analizar si el ordenamiento ecuatoriano debería ampliar más las condiciones para la efectividad de esta teoría y brindar más opciones a los particulares. ¿Sería viable la eliminación de las condiciones de subordinación e indefensión para la acción de protección y permitir una justicia más directa de los derechos? ¿Es necesaria dicha condición? O, ¿podría el Estado responder a nivel nacional como lo hace a nivel internacional a través del *Drittwirkung*? Son preguntas que aún deben analizarse en trabajos posteriores; pero, por el momento es importante tomar en cuenta el reconocimiento de la eficacia horizontal en Ecuador en sus distintas fases, lo cual únicamente brinda mayor protección a las personas.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 11.
- Alkema, E.A. (1988) The third-party applicability or “Drittwirkung” of the ECHR. En *Protecting Human Rights, the European Dimension: Studies in honour of Gérard J. Wiarda* (pp. 33-45). Köln: Heymanns.

- Ávila Santamaría, R. (2011). De amparo a la acción de protección jurisdiccional. En Martínez Molina, D. (ed.). *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana* (pp. 231-267). Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición.
- Barragán Romero, G. (2000). El control de la constitucionalidad. *Iuris Dictio* 2.
- Becerra Ramírez, M. (2017). *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional*. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
- Borowski, M. (2019). La Drittwirkung ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales. *Revista Derecho del Estado* 45.
- Clapham, A. (1993). The “Drittwirkung” of the Convention. En Macdonald, R. St. J., Matscher, F. y Petzold, H. (eds.). *The European System for the Protection of Human Rights* (pp. 163-206). Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*.
- De Vega, P. (2003). La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte). *Pensamiento Constitucional* 9.
- Drzemczewski, A. (1979). Drittwirkung’ and the EHRC – an interim assessment. *Kingston Law Review* 9.
- Engle, E. (2009). Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung). *Hanse Law Review* 5(2), 165-176.
- Estrada, A. J. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Eto Cruz, G., et al (eds.) (2011). Angel S. Siri. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1957. *El Tribunal Constitucional reescribe el Derecho: Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. (2006). Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el Derecho Procesal Constitucional Comparado. En Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. y Fix-Zamudio, H. (coords.). *El Derecho de Amparo en el Mundo* (pp. 3-39). México: Editorial Porrúa.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. y Pelayo Möller, C. M. (2019). Artículo 32: Correlación entre deberes y derechos. En Fuchs, M. C y Steiner, C. (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, 2da Ed. (pp. 885-895). Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2019).
- Gough, J.W. (1958). The Social Contract. *The Philosophical Review*, 67 (2).
- Gros Espiell, G. (1991). *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: Análisis comparativo*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile.
- Mijangos y González, J. (2008). The doctrine of the Drittwirkung der Grundrechte in the case law of the Inter-American Court of Human Rights. *InDret, Revista para el análisis del Derecho* 1.
- Nikken (1999). Sobre el concepto de derechos humanos. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Seminario sobre derechos humanos, La Habana, 30 y 31 de mayo, 1 de junio de 1996* (pp. 17-36). San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Spielmann, D. (1998). Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention. En Sudre, F. (ed.). *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*. (133-174). Bruselas: Nemesis.
- Ovey, C. y White, R.C.A. (2002). *Jacobs & White European Convention on Human Rights*, 3era Ed. Oxford: Oxford University Press.

Zwaak, L. (2006). General Survey of the European Convention. En Van Dijk, P. et al (eds.). *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4ta Ed. (pp. 1-93). Amberes: Intersentia.

Sentencias y resoluciones

- Corte Constitucional del Ecuador (2017). Sentencia No. 354-17-SEP-CC de 25 de octubre de 2017.
- ____. (2021a). Sentencia No. 2064-14-EP/21 de 27 de enero de 2021.
- ____. (2021b). Sentencia No. 1229-14-EP/21 de 11 de agosto de 2021.
- ____. (2021c). Sentencia No. 2951-17-EP/21 de 21 de diciembre de 2021.
- ____. (2021d). Sentencia No. 832-20-JP/21 de 21 de diciembre de 2021.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988). *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.
- ____. (1998). *Caso Blake v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Voto concurrente del juez Cançado-Trindade.
- ____. (2006a). *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006.
- ____. (2006b). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- ____. (2006c). *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia, 4 de julio de 2006.
- ____. (2007). *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007.
- ____. Humanos (2008). *Caso Heliodro Portugal vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008.
- ____. (2009). *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- ____. (2011a). *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- ____. Humanos (2011b). *Caso Familia Barros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011.
- ____. Humanos (2012). *Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador*. Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2012.
- ____. (2015a). *Caso González Lluy vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015.
- ____. (2015b). *Caso Pueblos Kallina y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.
- ____. (1982). Opinión Consultiva OC-2/82 sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 24 de septiembre de 1982.
- ____. (2003). Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de septiembre de 2003.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1981). *Caso Young, James & Webster vs. Reino Unido*. Sentencia de 13 de agosto de 1981.
- ____. (1985). *Caso X & Y vs. Países Bajos*. Sentencia de 26 de marzo de 1985.
- Tribunal Federal Constitucional de Alemania, 1958, *Caso Lüth/ BVerfGE 7, 198, Veit Harlan c. Erich Lüth*. <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=51>

Tratados y legislación

Constitución de la República del Ecuador (2008). Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), San José, 1969.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), Viena, 1969.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), Belém dos Pará, 1994.

Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), Roma, 1950.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN CONTRA PARTICULARES
EN EL ECUADOR¹The Writ of Protection Against Individuals and Private Entities
in EcuadorSEBASTIÁN ABAD JARA²
Cambridge University, Cambridge, UKROBERTO EGUIGUREN CALISTO³
Corte Constitucional del Ecuador, Quito, Ecuador**Resumen**

El presente artículo analiza los mecanismos jurisdiccionales previstos en la Constitución del Ecuador para la protección de derechos frente a agentes no estatales. Se estudia el desarrollo legal y jurisprudencial de las cinco causales de procedencia de la acción de protección en contra de particulares: cuando estos prestan servicios públicos propios o impropios, generan daño grave, o colocan a la persona en estado de subordinación, indefensión o discriminación. Además, se busca identificar supuestos prácticos en los cuales la vulneración de derechos cometida por privados habilita a la justicia constitucional a conocer, resolver y reparar un caso.

Palabras clave

Garantías jurisdiccionales contra particulares, Acción de protección, Servicios públicos, Daño grave, Subordinación e indefensión, Discriminación.

Abstract

This article analyzes the jurisdictional mechanisms designed in the Constitution of Ecuador to protect rights against non-state agents. It reviews the legal and jurisprudential development of the five causes of activation of the writ of protection against individuals: when they provide public services, generate serious damage, or place the person in a state of subordination, defenselessness, or discrimination. In addition, it seeks to identify practical cases in which the violation of rights committed by private parties enables its constitutional review.

Keywords

Jurisdictional Guarantees Against Individuals, Writ of Protection, Public Services, Serious Damage, Subordination and Defenselessness, Discrimination.

¹ Los autores de este artículo han contribuido en partes iguales.

² Correo electrónico: sebastian.abadj@gmail.com; ORCID: 0000-0003-1493-0009.

³ Abogado con subespecialización en derechos humanos por la Universidad San Francisco de Quito, maestría en derecho constitucional por la Universitat de Valencia. Correo electrónico: robertoeguiguren@gmail.com; ORCID: 0000-0003-3247-1571.



1. Introducción

Históricamente, la noción de derechos nació para proteger a las personas de los excesos del poder público, que ocupa una posición preponderante en sus relaciones con los particulares (Corte Constitucional del Ecuador, 282-13-JP/19, párr. 29). Por ello, es principalmente el Estado el sujeto pasivo llamado a respetar y garantizar los derechos.

Ahora bien, fundamentalmente los derechos son límites al poder y este se puede ejercer en escenarios distintos al público, por lo que progresivamente se ha expandido su eficacia hacia las relaciones entre particulares. Aunque, por regla general, estas relaciones se producen en un plano de igualdad, existen casos en los que se pueden configurar escenarios de asimetría que ponen a una parte en situación de desventaja o vulnerabilidad frente a otra, en donde pueden producirse vulneraciones de derechos (párr. 87).

Aunque se trata de un avance relativamente reciente⁴, en el desarrollo actual del constitucionalismo ecuatoriano, no queda duda de la aplicación horizontal de los derechos respecto a otros tipos de poder además del público. El art. 83.5 de la Constitución incluye como uno de los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos el “[r]espetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento”. El art. 426 señala además que todas las personas están sujetas a la Constitución. Como consecuencia de lo anterior, se prevé también la procedencia de las garantías jurisdiccionales respecto de los particulares⁵. La Corte Constitucional (CCE) ha señalado que esta ampliación se da como consecuencia del reconocimiento constitucional de los principios *pro persona*, de igualdad material y de supremacía constitucional (354-17-SEP-CC).

En el diseño constitucional actual, existen ocho garantías jurisdiccionales y, bajo ciertas condiciones, todas pueden ser activadas en contra de particulares. Así, la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) prevén expresamente la procedencia contra particulares de las acciones de protección, hábeas data⁶,

⁴ Usualmente se señala a la acción de amparo de la Constitución de 1998 como el primer antecedente, pero previo a ello, en las reformas realizadas en 1997 a la Constitución de 1979, se introdujo la acción de hábeas data y el derecho a acceder a los datos en propiedad de entidades privadas. La posterior ampliación de la eficacia horizontal de los derechos con la acción de amparo contra particulares en 1998 estaba limitada exclusivamente a cuando estos (i) actúen por delegación o concesión de una autoridad pública; o, (ii) su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

⁵ Al respecto, la CCE ha señalado que: “La posibilidad de que los derechos constitucionales influyan en las relaciones jurídicas privadas fue inicialmente desarrollada por el Tribunal Federal Alemán mediante la doctrina de *unmittelbare Drittwirkung* o efecto horizontal de los derechos. En Ecuador se reconoce un efecto horizontal directo que implica que los derechos constitucionales vinculan y regulan directamente a los actores privados, en las circunstancias previstas en la Constitución y en la ley” (832-20-JP/21, párr. 81).

⁶ El hábeas data respecto de particulares está reconocido en el art. 92 de la Constitución, que establece que toda persona tiene derecho a acceder a documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales que consten en entidades privadas. Pese a que su reconocimiento data de 1997, los avances legislativos para darle contenido han sido tardíos, escasos y precarios. El hábeas data se puede dirigir contra particulares y entidades privadas cuando se haya configurado la negativa, expresa o tácita, de la petición de acceso, eliminación, anulación, rectificación o modificación de datos personales (55-14-JD/20, 2020, párr. 29); o, cuando se haya dado “un uso de la información personal que vulnere un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo cuando exista orden de jueza o juez competente” (2064-14-EP/21, 2021, párr. 141). El tratamiento de datos personales solo puede ocurrir bajo el consentimiento expreso e inequívoco del titular, o por mandato de la ley. El particular que realice tratamiento de datos personales requiere una declaración de voluntad libre, específica, informada e inequívoca del titular (LOPD, art. 4). Este deber incluye informar el uso que se va a dar al dato personal y la finalidad que se persigue (2064-14-EP/21, párrs. 103-105 y 87).

hábeas corpus⁷, por incumplimiento⁸ y de acceso a la información pública⁹. Asimismo, existe la posibilidad de plantear medidas cautelares contra particulares y la posibilidad de iniciar acciones de incumplimiento en contra de particulares, cuando estos incumplan disposiciones emitidas en sentencias de garantías jurisdiccionales; e, incluso, si se asume una noción amplia de particulares, la acción extraordinaria de protección también podría verse como un mecanismo a activarse en contra de particulares, cuando se la utiliza para impugnar laudos arbitrales o decisiones de la justicia indígena¹⁰.

Por las limitaciones espaciales, el presente trabajo analiza el desarrollo legal y jurisprudencial de los supuestos de procedencia de la acción de protección en contra de particulares. Se presta atención a la identificación de supuestos prácticos en los cuales la vulneración de derechos cometida por privados habilita el acceso a la justicia constitucional.

2. La acción de protección contra particulares

Prevista en el art. 88 de la Constitución, la acción de protección (AP) tiene por objeto el “amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución” y puede plantearse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales cometida por un particular en los siguientes supuestos: “[1] si la violación del derecho provoca daño grave, [2] si presta servicios públicos impropios, [3] si actúa por delegación o concesión, o [4] si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”. Según el art. 39 de la LOGJCC, la AP es subsidiaria respecto a las demás garantías jurisdiccionales, por lo que procede ante vulneraciones de derechos cometidas por particulares no amparadas por otra garantía específica.

Los análisis empíricos que se han realizado evidencian que la AP es poco utilizada para reclamar vulneraciones de derechos cometidas por particulares. En un estudio realizado en 2013 por Storini y Navas en las ciudades de Guayaquil y Cuenca, se identificaron solo 3 acciones iniciadas contra particulares, concluyéndose que el 99% de las acciones se dirigen contra funcionarios públicos (p. 172). En esta misma línea, en un estudio realizado en 2016 por Castro-Montero *et al* respecto a la AP en la ciudad de Quito, se evidencia que los particulares aparecen como demandados en menos del 5% de casos (p. 37).

Como se mencionó, en la AP la legitimación pasiva de particulares está taxativamente limitada a los supuestos previstos en el art. 88 de la Constitución y desarrollados en el art. 41 numerales 4 y 5 de la LOGJCC:

⁷ El hábeas corpus procede contra todo particular sin que se requieran requisitos adicionales. Según los arts. 89 de la Constitución y 43 de la LOGJCC, la acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, así como proteger la vida, integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad “por orden de autoridad pública o de cualquier persona”. Según el art. 45.2.e) de la LOGJCC, en el caso de que la privación de libertad sea llevada a cabo por particulares, se debe presumir su arbitrariedad cuando este no “justifique la privación de libertad”.

⁸ Según el art. 53 de la LOGJCC, la acción por incumplimiento puede activarse contra particulares cuando (i) actúen en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos; o, (ii) cuando sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de derechos humanos impongan una obligación a entes no estatales.

⁹ A partir de las disposiciones de la LOGJCC y la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la acción de acceso a la información pública puede plantearse contra: (i) entidades privadas que tengan participación del Estado o sean concesionarios de este; (ii) organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado; (iii) instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado; y, (iv) organizaciones no gubernamentales.

¹⁰ A pesar de que no son estrictamente entes estatales, tampoco se trata de particulares en el sentido de vinculatoriedad horizontal de los derechos, en cuanto tanto los árbitros como las autoridades indígenas ejercen funciones jurisdiccionales reconocidas en la Constitución (arts. 171 y 190).

- a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;
- b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;
- c) Provoque daño grave;
- d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo;

5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

La CCE ha resaltado que estos supuestos son taxativos, pero no concurrentes (282-13-JP/19, párr. 47), por lo que basta que se verifique uno de ellos para que proceda la acción. Sin embargo, estos supuestos no son excluyentes entre sí y, frecuentemente, podrá cumplirse más de uno en un caso concreto.

En la sentencia 1357-13-EP/20, la Corte estableció que, cuando el demandado es un particular, los jueces están obligados a pronunciarse en sentencia respecto a la existencia de uno de los supuestos de legitimación pasiva del art. 41 de la LOGJCC. La falta de este pronunciamiento configura una vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación por incongruencia frente al derecho (2020, párr. 36). Finalmente, la Corte también ha resaltado que la verificación de uno de los supuestos para que exista legitimación pasiva de un particular en una AP no implica que, necesariamente, se haya producido la violación de derecho alegada (832-20-JP/21, 102).

A continuación, analizamos cada uno de los supuestos de legitimación pasiva de la AP contra particulares.

3. Particulares que presten servicios impropios o de interés público

Para establecer cuándo procede el primer supuesto de legitimación pasiva de particulares, conviene iniciar definiendo el concepto de servicio público. La Constitución no establece una definición, pero sí les asigna importantes características a los servicios públicos, principalmente, la función de garantizar los derechos constitucionales (*vid.* arts. 11.9, 37.4, 47.3, 52, 85, 277, 314).

El art. 85 de la Constitución eleva a los servicios públicos a la jerarquía de garantías institucionales de los derechos. El art. 66.25 establece, además, al acceso a servicios públicos como un derecho en sí mismo. Resulta una consecuencia lógica de estas normas que la prestación de servicios públicos esté prevista como uno de los supuestos en que los particulares pueden vulnerar derechos constitucionales (2951-17-EP/21, 2021, párr. 109).

La Constitución enumera una serie de servicios a los que les asigna este carácter, lo que da luces respecto a sus características. Sin constituir una lista taxativa, el art. 314 establece aquellos servicios públicos cuya responsabilidad es exclusiva del Estado: “agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias”. Al regular el derecho a la huelga, el art. 326.15 prohíbe la paralización de los servicios públicos de “salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones.” Adicionalmente, el art. 264.4 identifica a la depuración de aguas residuales y manejo de desechos sólidos como servicios públicos.

Dentro de los servicios públicos, se puede diferenciar entre aquellos servicios públicos propiamente dichos y aquellos denominados impropios. Los *servicios públicos propios* son definidos por el art. 34 del Código Orgánico Administrativo (COA) como “aquellos cuya titularidad ha sido reservada al sector público en la Constitución o en una ley”. Mientras que,

la misma norma define a los *servicios públicos impropios* como “aquellos cuya titularidad no ha sido reservada al sector público” y frente a los cuales la administración pública interviene en su regulación, control y, de modo excepcional, en su gestión. Para la prestación de servicios públicos impropios el Estado puede implementar figuras como la autorización, pero no es necesaria una delegación estatal.

En la sentencia 1894-10-JP/20, la CCE hizo referencia a la posibilidad de vulneraciones de derechos cometidas por los particulares cuando prestan servicios públicos impropios como la educación (2020, 55). Otros tipos de prestaciones que pueden considerarse servicios públicos impropios incluyen los servicios de salud, de farmacia, de transporte público, transporte de combustibles, servicios de taxis y las actividades financieras. Además, el art. 40 del Código de Ingenios establece al internet como un servicio público impropio.

En la sentencia 2951-17-EP/21, la Corte se pronunció respecto a la legitimación pasiva en AP de prestadores privados del servicio público de salud. Ejerciendo control de mérito, la CCE conoció una AP presentada en contra de la clínica privada La Primavera y dos doctores que laboraban en el establecimiento, debido a la atención médica brindada durante un parto (2021, párr. 95).

Para verificar la existencia de legitimación pasiva, la Corte señaló que el art. 362 de la Constitución incluye expresamente a la salud como un servicio público y lo catalogó como de carácter impropio (párr. 109). Verificado aquello, la Corte estableció que la entidad demandada –Clínica La Primavera–, al tratarse de un establecimiento privado para la prestación del servicio público impropio de salud, contaba con legitimación pasiva en el caso. Adicionalmente, la Corte también estableció dicha legitimación respecto de los doctores Diego Alarcón y Germania Tatés, que prestaron el servicio en el caso específico (párrs. 111 y 112).

En otro ejemplo de este supuesto de legitimación pasiva, la sentencia 956-14-EP/21 estableció la procedencia de una AP en contra de las Juntas Administradoras de Agua Potable¹¹, como prestadoras del servicio público de agua potable. La Corte estableció la legitimación pasiva de la Junta demandada en los siguientes términos:

[...] se verifica que las Juntas Administradoras de Agua Potable, tanto en la legislación que se encontraba vigente al momento de la presentación de la AP como en la actualidad, prestan un servicio público de agua potable y son reguladas y controladas por el Estado, antes a través del Consejo Nacional de Recursos Hídricos y ahora mediante la Autoridad Única del Agua. En consecuencia, se encuentra que la Junta Administradora de Agua Potable de San Antonio se adecua a lo previsto en el art. 41 numeral 4 literal a) de la LOGJCC (2021, párr. 57).

A pesar de establecer la legitimación pasiva de la Junta Administradora de Agua Potable demandada, luego de revisar el mérito de la AP, la Corte decidió desestimar la acción por considerar que no se verificó la vulneración del derecho a la igualdad alegado en el caso. Este pronunciamiento confirma que la existencia de legitimación pasiva en la AP contra particulares por verificarse uno de los supuestos del art. 41 de la LOGJCC, no implica necesariamente que se haya producido la vulneración alegada.

En definitiva, puede señalarse que los particulares que prestan servicios públicos impropios pueden ser legitimados pasivos de una AP, siempre que la vulneración de derechos tenga que ver directamente con la prestación del servicio.

¹¹ A la época de los hechos del caso, las Juntas Administradoras de Agua Potable se encontraban reguladas por el art. 78 de la Ley de Agua. En la actualidad, las juntas se regulan en el art. 43 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua.

4. Particulares que presten servicios públicos por delegación o concesión

El art. 34 del COA define a los servicios públicos propios como “aquellos cuya titularidad ha sido reservada al sector público en la Constitución o en una ley”. El art. 316 de la Constitución prescribe que, de forma excepcional, el Estado podrá delegar la prestación de los servicios públicos a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, en los casos que establezca la ley. El art. 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones señala que la modalidad de delegación podrá ser: concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley. Al actuar necesariamente bajo delegación estatal, la procedencia de la AP en el caso de servicios públicos propios prestados por particulares resulta a todas luces justificada.

Conviene resaltar que, mientras el art. 88 de la Constitución se refiere en general a los particulares que actúen “por delegación o concesión”, el art. 41 de la LOGJCC se refiere exclusivamente a la delegación o concesión de servicios públicos, dejando por fuera otros tipos de concesiones como las de obra pública o demaniales (Quintana, 2020, 175). Al no haberse desarrollado este supuesto en la LOGJCC, somos de la opinión que, en aplicación de los arts. 11.3 y 426 de la Constitución y 4.2 de la LOGJCC, debería aplicarse directamente el art. 88 de la Constitución y proceder la AP también en los casos de concesiones de obra pública o demaniales, siempre que hayan vulnerado derechos en el ejercicio de dicha concesión.

5. Particulares que provoquen daño grave

El art. 88 de la Constitución y 44.4 la letra c) de la LOGJCC establecen como supuesto de legitimación pasiva de particulares el que la vulneración de derechos haya generado un daño grave. En la doctrina, esta causal suele criticarse por ser demasiado amplia, afirmándose que esta puede cumplirse con la sola existencia de una vulneración de derechos. Así, por ejemplo, el profesor Juan Francisco Guerrero considera que se puede alegar un daño grave en prácticamente cualquier conflicto, lo que, en su criterio, puede llevar a la desnaturalización de la AP (2020, p. 71). En la misma línea, Ismael Quintana considera que la existencia de daño grave es la vía más amplia para la procedencia de la AP contra particulares, pues, afirma, “la sola violación de derechos es calificada por la ley y la doctrina como grave” (2020, p. 178).

Nosotros sostenemos algo distinto. Consideramos que la gravedad no puede agotarse solamente en la vulneración de derechos como tal. De ser así, no tendría sentido que el constituyente y el legislador hayan previsto una legitimación pasiva limitada para la AP pues, por el criterio de gravedad, entrarían todas las vulneraciones que podrían subsumirse a los demás supuestos.

Para definir la noción de daño grave, consideramos indispensable diferenciar la vulneración de derechos, de la afectación o consecuencias que esta genera en cada caso concreto. Según el art. 9 de la LOGJCC, “[s]e entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce”. Así, el daño no es sinónimo a la violación del derecho, sino que se refiere al efecto o consecuencias que esa violación genera en la persona o colectivo, dadas las particularidades del caso concreto. Esto ha sido confirmado por la Corte recientemente en la sentencia 832-20-JP/21. Al analizar la posible procedencia de la AP contra un particular bajo el supuesto de daño grave, la Corte indicó que “un daño se produce por el detrimento, menoscabo, perjuicio, lesión que una persona experimenta como consecuencia de una vulneración de derechos” (párr. 109).

En este sentido, la gravedad no es sinónimo de la violación del derecho, sino es la consecuencia generada por la violación en el caso concreto. Se trata de un análisis esencialmente práctico que depende sustancialmente de los sujetos involucrados y las circunstancias

específicas de cada caso. Entre otros muchos ejemplos, la misma violación de un derecho constitucional puede generar una afectación mayor a una persona en situación de vulnerabilidad respecto de una que no lo está. No resulta equivalente el daño generado por la violación del derecho a la motivación en un acto de simple administración, de aquel generado en una sentencia penal condenatoria. La privación del derecho a una vivienda adecuada y digna genera mayor afectación a quien se expulsa de su única vivienda y no tiene medios para procurarse otra, de a quien cuenta con varios inmuebles a su nombre.

El desarrollo y clarificación de este concepto resulta especialmente importante si se toma en cuenta que, además de en este supuesto, constantemente el constituyente y el legislador se refieren a la gravedad como un elemento diferenciador en el marco de las garantías jurisdiccionales. Se hace referencia a la necesidad de verificar la gravedad de la vulneración de derechos como elemento para la admisión de la acción extraordinaria de protección (LOGJCC, art. 62.8), para que la Corte seleccione un caso para emitir jurisprudencia vinculante (LOGJCC, art. 25) y para conceder medidas cautelares (LOGJCC, art. 27).

Es cierto que la jurisprudencia de la Corte no ha ayudado a aclarar este concepto y, en muchas ocasiones, ha confundido a la gravedad del daño como sinónimo de la vulneración de un derecho. Sin embargo, también es posible observar pronunciamientos de la Corte que dan luces respecto a cómo determinar la gravedad del daño generado por una vulneración de derechos. Usualmente, se suele definir al daño grave haciendo referencia a la irreparabilidad, intensidad o frecuencia de la violación. En la sentencia 66-15-JC/19, se señaló que un daño es irreversible cuando no se puede volver a un estado o condición anterior, es intenso cuando el daño es profundo, importante, como cuando produce dolor o su cuantificación es considerable o difícil de cuantificar y, es frecuente cuando sucede habitualmente e incluso cuando se puede determinar un patrón en la violación (2019, párr. 29).

De manera reciente, la CCE estableció una definición clara de qué entiende como daño grave en el contexto de la procedencia de la AP contra particulares:

[...] un daño grave se produce ante el detrimento, menoscabo, perjuicio o lesión que una vulneración de derechos genera en una persona y que, es de tal magnitud, que produce efectos permanentes, irreversibles e intensos. Además, para analizar si en un caso existe un daño grave es necesario que se tome en cuenta la naturaleza del derecho que haya sido afectado. Para que un daño grave sea imputado a una persona, se requiere que exista un nexo causal entre su acción u omisión y el hecho generador del daño (832-20-JP/21, 2021, párr. 112).

En la sentencia 176-14-EP/19, al incluir a la gravedad como un presupuesto para la procedencia del control de mérito en la acción extraordinaria de protección, la Corte señaló que la gravedad de un caso “puede estar dado por la condición del sujeto, el grado de invasión en la esfera de protección del derecho u otras particularidades que puedan ser advertidas por la Corte” (párr. 57). En el contexto de la AP, consideramos además que la gravedad puede verificarse por la existencia de una multiplicidad de víctimas que puedan calificar a la violación de un carácter masivo.

Además, dependiendo de las circunstancias concretas, las afectaciones a personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria han sido catalogados por la Corte como graves. Por ejemplo, en el auto de selección 983-18-JP, la Sala de Selección de la Corte consideró que el caso cumplía el parámetro de gravedad puesto que se trataba de afectaciones de derechos ocurridas a personas en condición de refugio, una mujer embarazada y un niño recién nacido que atravesaban particulares situaciones de vulnerabilidad (2019, párr. 8).

De todo lo antes expuesto, se puede concluir que, para verificar la existencia de daño grave como requisito de procedencia de la AP contra particulares, la jueza o juez constitucional debe determinar que:

1. Existe un daño grave puesto que el grado de afectación que la vulneración del derecho generó en la persona o comunidad afectada es de una magnitud que generó efectos permanentes, irreversibles o intensos.

Para determinar su existencia, pueden constituir factores indicativos, entre otros, los siguientes: (1.1.) el estado de vulnerabilidad de los sujetos involucrados o su pertenencia a grupos de atención prioritaria, particularmente aquellos en situación de doble vulnerabilidad; (1.2.) la cantidad de víctimas, que doten a la violación de un carácter masivo; (1.3.) la frecuencia de la violación, es decir si esta se repite en el tiempo, se puede evidenciar un patrón o tiene incluso un carácter permanente; (1.4.) el grado de invasión en la esfera de protección del derecho o derechos involucrados; (1.5) la imposibilidad fáctica de reparar el perjuicio causado.

2. El daño pueda ser imputado a la persona demandada, por existir un nexo causal entre su acción u omisión y el hecho generador del daño.

A pesar de que suele afirmarse que se trataría de la causal más amplia, no es fácil encontrar ejemplos donde esta haya sido aplicada. Como excepción, puede mencionarse la sentencia 832-20-JP/21, en donde la Corte analizó la posible procedencia de esta causal y, a pesar de constatar la existencia de un daño grave, consideró que no existía legitimación pasiva en tanto este no podía imputarse a la persona demandada.

En dicho caso, María Ángela Carabajo Morocho, adulta mayor de 76 años con discapacidad física y auditiva y de fuertes convicciones católicas, presentó una AP en contra del sacerdote Ángel Leonardo Lobato Bustos y de la señora Nohemí Deifilia Cajas, afirmando que, aprovechándose de la relación de confianza y posición de autoridad del sacerdote, le habían engañado para que transfiriera la titularidad de su único inmueble. Como resultado, la señora Carabajo alegó que perdió su vivienda y se encontraba en condiciones de precariedad extrema que afectaban su derecho a una vida digna.

La accionante alegó la existencia de una relación de subordinación o indefensión frente al sacerdote y la señora Cajas. El caso del sacerdote será analizado en el supuesto de indefensión. En el caso de la señora Cajas, la Corte consideró que no existía la relación de indefensión alegada, sin embargo, era posible que se haya configurado la causal de daño grave, en atención a las extremas condiciones de vulnerabilidad de la accionante, que podían haberse incrementado a raíz de quedarse sin su único medio de vivienda.

La Corte consideró que efectivamente existió un daño grave a la accionante por cuanto la venta de su bien inmueble la puso en situación de vulnerabilidad extrema ya que este era su único medio de vivienda. Sin embargo, a pesar de constatar el daño, la CCE concluyó que no existían pruebas que demuestren un nexo causal entre este y la actuación de la señora Cajas, por lo que esta no tenía legitimación pasiva para ser demandada en dicha acción (párrs. 111-113).

6. Estado de subordinación o indefensión frente a un poder de cualquier tipo

Este supuesto de legitimación pasiva de particulares se refiere a dos estados distintos, la *subordinación* ante un poder de cualquier tipo y la *indefensión* ante un poder de cualquier tipo. El primero se refiere a la existencia de una relación jurídica y el segundo a una situación de carácter fáctico (354-17-SEP-CC 2017, p. 26).

6.1. Subordinación ante un poder de cualquier tipo

En la sentencia 354-17-SEP-CC, la Corte definió a una relación de subordinación como “una relación jurídica en la que existirá siempre una parte supeditada a otra ya sea en virtud de un contrato o de una norma jurídica y que dicho desnivel en virtud de tener que acatar una decisión arbitraria o ejecutar lo pactado mediante un contrato, sea generador de la vulneración de derechos constitucionales” (pp. 26-27). El Organismo señaló que existen casos comunes y de muy variada índole en los que se hace necesaria la intervención de un juez que equipare la balanza, a fin de evitar que por la condición de subordinación se cause daño y se irrespete los derechos de las personas. Sin embargo, no ofreció ejemplos de cuáles serían algunos de estos casos comunes.

El ejemplo clásico de una situación de subordinación constituye la relación laboral entre empleado y empleador, en especial considerando que la Constitución reconoce una serie de derechos laborales y principios aplicables a este tipo de relaciones. Sin embargo, la evidente desigualdad histórica en la relación laboral ha sido objeto del desarrollo de una rama del derecho específicamente diseñada para corregirla: el derecho laboral. Ante la existencia de la vía laboral ordinaria destinada a afrontar esta relación de subordinación, en la sentencia 1679-12-EP/20, la CCE analizó si la AP puede ser una vía adecuada y eficaz para conocer conflictos de naturaleza estrictamente laboral.

La Corte resolvió que, en general, la vía laboral ordinaria es la adecuada y eficaz para este tipo de conflictos, principalmente, por dos razones: (1) el proceso laboral ordinario se basa en principios y reglas orientadas a proteger al trabajador y a equilibrar la situación de subordinación en la que se encuentra frente a su empleador, por lo que resulta una vía idónea para reparar la vulneración de derechos laborales y es efectiva al tener la capacidad de generar el resultado para el cual ha sido concebido; y, (2) la mayoría de los conflictos laborales requieren probar una serie de hechos que pueden requerir un mayor espacio de práctica y contradicción de la prueba de aquel previsto en el diseño procesal de la AP (párr. 65). Por lo anterior, la Corte estableció que, en general,

[...] discusiones de índole estrictamente laboral, tales como el pago de remuneraciones adeudadas u otro tipo de haberes laborales, la verificación de las causales de procedencia del visto bueno u otras alegaciones respecto a la terminación de la relación laboral como despido intempestivo y, en general, conflictos cuya pretensión sea el reconocimiento de haberes laborales, cuentan con una vía adecuada y eficaz ante la justicia ordinaria (párr. 66).

Ahora bien, la Corte resaltó que la improcedencia general de acciones de protección en conflictos laborales no es ni puede ser absoluta, en cuanto “implicaría la completa desnaturalización de la AP como la garantía más idónea para la tutela de derechos constitucionales” (párr. 67). Así, la Corte señaló que pueden existir situaciones fácticas excepcionales en las cuales la vía ordinaria deje de ser eficaz o adecuada.

La vía ordinaria deja de ser eficaz cuando se producen situaciones fácticas, como la urgencia o necesidad emergente de atender una situación particular, que determinan su ineficacia para la tutela de un derecho (párr. 69). La vía laboral deja de ser adecuada, cuando el conflicto excede el ámbito estrictamente laboral. Es decir, cuando las controversias tienen en su origen un conflicto laboral, pero las actuaciones en contra de los trabajadores han afectado otro tipo de derechos, como en situaciones de discriminación, esclavitud o trabajo forzado u otras afectaciones graves al derecho a la integridad personal (párr. 68).

En lo que respecta a excepción relativa a actos discriminatorios, esta es una consecuencia lógica de la procedencia de la AP contra todo particular cuando se trata

de discriminación, prevista en el art. 41.5 de la LOGJCC, por lo que se la analizará en dicha sección.

Con relación a las situaciones de esclavitud y trabajo forzado, un ejemplo claro donde se verificó esta excepción es el proceso No. 23571-2019-01605 seguido ante la Unidad Judicial contra la Violencia a la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar del cantón Santo Domingo relativo a las personas que vivían dentro de las haciendas de la compañía Furukawa Plantaciones C.A. (Furukawa). En dicha acción, 123 personas y familias afrodescendientes que trabajaban en la extracción de fibra de abacá para entregarla exclusivamente a la empresa Furukawa sin contratos de trabajo, seguridad social y bajo condiciones indignas¹², demandaron a la empresa¹³, afirmando que esta los había sometido por décadas a la modalidad de esclavitud conocida como servitud de la gleba¹⁴.

Después de citar los supuestos previstos en la sentencia 1679-12-EP/20, el juez de primera instancia concluyó que se cumplió el primero de estos dado que la reclamación trascendía de la simple exigencia de derechos laborales e involucraba la afectación de otros derechos de las víctimas, como violaciones a la prohibición de esclavitud y servidumbre en todas sus formas, actos de discriminación y una multiplicidad de otros derechos. En cuanto a la legitimación pasiva, el juez determinó que procedía la AP en contra de la compañía privada por la existencia de una relación de subordinación frente a un poder económico:

[...] se verifica la existencia del poder económico de la compañía Furukawa y la situación de subordinación con sus trabajadores personas en pobreza, analfabetas o alfabetas funcionales, mayores adultos, mujeres embarazadas, niños, niñas, y adolescentes, entre otros factores que inciden en su imposibilidad de defender sus derechos. (...) En la práctica esto se traduce a que Furukawa valiéndose del poder económico que posee, ha comprado haciendas, ha construido campamentos o cuartos que iban a ser utilizadas como morada por las personas que trabajen en ese lugar y sus familias, bajo condiciones indignas, se sirve de su poder para vulnerar sus derechos, por ejemplo busca la forma de negar relaciones laborales simulando la existencia de contratos de arrendamiento para hacer entrever que esas personas no serían sus trabajadores si no sus arrendatarios o a su vez los trabajadores de los arrendatarios, y con ello deslindar cualquier responsabilidad.

Dado que los supuestos de legitimación pasiva no son excluyentes, el juez consideró además que se verificó tanto el supuesto de *discriminación*, al verificar un trato injustificado por razones de sexo, situación socio-económica y origen étnico; como el supuesto de *daño grave*, debido a su irreparabilidad, en cuanto muchas personas habían sufrido mutilaciones y discapacidades por las condiciones generadas por Furukawa; la frecuencia del daño al ocurrir de forma sistemática y permanente; y, su intensidad, manifestada en la cantidad de derechos vulnerados a los accionantes.

¹² En la sentencia, el juez determinó que la vida de las víctimas en estos campamentos se desarrollaba en condiciones indignas que vulneraban el conjunto de sus derechos humanos, no tenían un trabajo digno, no podrían acceder al ejercicio del derecho a la salud o una vivienda adecuada, identificó además vulneraciones a los derechos a la educación, al trabajo, al agua, alimentación, seguridad social, identidad, derecho a la libertad y la prohibición de esclavitud.

¹³ Los accionantes demandaron también a una serie de instituciones del Estado ecuatoriano. Debido al alcance del presente trabajo, únicamente nos referiremos a las vulneraciones imputadas de forma directa a la empresa privada.

¹⁴ *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*: Art. 1.- (...) b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición.

Otro ejemplo claro de falta de adecuación de la vía laboral ordinaria puede observarse en la sentencia T-982/01 del 2001 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, relativa a vulneraciones al derecho a la libertad religiosa. En dicho caso, la accionante, que profesaba la religión Adventista del Séptimo Día, presentó la tutela en contra de su empleador por haberla despedido tras negarse a laborar los días sábados, señalando que su religión le impedía realizar cualquier actividad en dicho día. En la sentencia, se determinó la procedencia de la tutela por estado de subordinación en cuanto se verificó que la accionante pretendía que se proteja su derecho a la libertad religiosa y no que se le protejan derechos legales emanados del contrato de trabajo. La sentencia resalta que, aunque la persona ya fue indemnizada por el despido sin justa causa, este monto no repara la vulneración al derecho constitucional fundamental a la libertad religiosa y de cultos.

Otras relaciones de subordinación que podrían derivar en la procedencia de la AP contra particulares pueden ser: aquella mantenida entre asociaciones de copropietarios de conjuntos residenciales y sus coasociados; colegios de profesionales y sus miembros; hijos respecto a la patria potestad de sus padres; y, artesanos y sus dependientes (sentencia 832-20-JP/21, párr. 89).

6.2. Indefensión ante un poder de cualquier tipo

La sentencia 832-20-JP/21 estableció la siguiente definición de la situación de *indefensión* como causal de procedencia de la AP contra particulares:

La indefensión se caracteriza por la existencia de [una] situación objetiva de marcada desventaja de una de las partes frente a la otra, con motivo de una relación producida por la imposición material de quien ostenta una posición de superioridad, por las circunstancias fácticas o por la preeminencia social o económica de una de ellas; circunstancias que impiden además contar con un medio de defensa para repeler los ataques que sufre la persona en situación de desventaja. (...) [Un] factor determinante es la situación de debilidad y desventaja que presenta una de las partes, lo cual puede ser independiente de la disposición de medios idóneos de defensa. Por consiguiente, es más probable que se generen situaciones de indefensión en los casos de personas que se encuentren en estado de vulnerabilidad producida por circunstancias como la marginación económica y social (95.2.).

Solo de manera reciente este supuesto ha sido aplicado por la CCE en casos concretos de indefensión ante poderes de tipo religioso y social. La indefensión frente a un poder religioso fue tratada en la ya mencionada sentencia 832-20-JP/21, al determinar la legitimación pasiva del Sacerdote Ángel Lobato. La Corte consideró probada la existencia de legitimación pasiva por este supuesto de la siguiente forma:

105. La Corte observa que entre el sacerdote y la accionante existía una relación de confianza basada en la fe católica de la accionante, quien acudía a la misa impartida por el sacerdote Ángel Lobato Bustos, se confesaba con él y consideraba que no podía objetar los mandatos que el sacerdote emitía. El sacerdote era considerado por la accionante como una voz autorizada y poderosa, de manera tal que sus consejos eran recibidos por ella como un mandato obligatorio. A esto se suma la situación de vulnerabilidad producida por la marginación económica y social en la que se ve inmersa la accionante.

106. La Corte verifica que entre la accionante y el sacerdote se había configurado una relación asimétrica, en la que por un lado predominaba el poder del sacerdote y, por otro, la situación de desventaja e indefensión de la accionante. A juicio de la Corte Constitucional, esta

relación de desventaja y las circunstancias particulares de este caso configuran el supuesto de indefensión frente a un poder religioso (...).

Por otro lado, el supuesto de indefensión ante un poder social fue analizado por la CCE en la sentencia del caso 1229-14-EP/21. En resolución de mérito, la Corte conoció la AP presentada por una congregación religiosa adscrita a los testigos de Jehová en Ecuador en contra del presidente del barrio central de la parroquia Ilumán, cantón Otavalo, por haberse impedido la construcción de una iglesia perteneciente a dicha congregación¹⁵. Aunque no se identifica expresamente que se trata del supuesto de indefensión ante un poder social, consideramos que la situación descrita se subsume en dicho criterio:

[...] la Corte encuentra que la legitimación pasiva del presidente del barrio central de Ilumán guarda relación con el presupuesto de indefensión. Aquello, en virtud de que este al representar al grupo mayoritario de habitantes de dicha localidad, habría ejercido una relación de poder frente al grupo minoritario, esto es al colectivo de habitantes de Ilumán que decidió cambiar de religión para profesar los dogmas de los testigos de Jehová (párr. 69).

Como un ejemplo adicional, en la sentencia 282-13-JP/19, la Corte señaló que, bajo determinadas circunstancias, un medio de comunicación desde su posición de poder podría estar en la capacidad de afectar derechos de personas particulares (párr. 49), lo que podría constituir otro supuesto de indefensión ante un poder de carácter social.

Una relación de indefensión ante un poder económico que derivó en vulneración de derechos puede verse en el caso analizado por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-375 de 1997. Este se refiere a la tutela planteada por un propietario de una microempresa de fabricación de velas que dependía para la obtención de parafina de la empresa Terpel Sur S.A., única distribuidora en la región. Por un reclamo administrativo contra la empresa, Terpel le suspendió la venta de parafina, negándole por completo acceso al mercado. La Corte Constitucional observó que el microempresario tenía una dependencia total con Terpel al ser el único proveedor de un insumo indispensable que difícilmente podía ser sustituido. Por ende, ante la retaliación tomada por Terpel ante el reclamo iniciado por el microempresario, la Corte consideró que se había configurado una situación de indefensión ante un poder económico que vulneró el derecho al trabajo del propietario de la fábrica y sus operarios.

Otro posible supuesto de indefensión puede ser desarrollado por la Corte a partir del caso 1141-19-JP, seleccionado para la emisión de jurisprudencia vinculante. Aunque no se lo identifica como tal, en el auto de selección se hace referencia a una potencial situación de indefensión de una mujer por violencia patrimonial ejercida por su expareja. En el caso, la accionante señaló que vive en un inmueble de propiedad de su ex cónyuge, sobre quien presentó una denuncia por violencia psicológica y se dictaron medidas de protección a su favor. En retaliación, el ex cónyuge, propietario del inmueble pero no habitante del mismo, solicitó el retiro del medidor eléctrico de la vivienda y la accionante se vio impedida de solicitar uno nuevo al no ser la propietaria del inmueble. La Sala de Selección señaló que se justifica la selección del caso en cuanto “la suspensión del servicio no sería únicamente la expresión del

¹⁵ En el año 2013, “La Torre del Vigía-Ecuador”, perteneciente a los testigos de Jehová, adquirió un predio con la finalidad de construir un lugar de culto en el barrio central de la parroquia Ilumán. La asamblea general del barrio central de Ilumán había resuelto que se prohíba la construcción de una iglesia de los testigos de Jehová. Un grupo de aproximadamente cien personas se habría presentado en la propiedad de los testigos de Jehová exigiendo ingresar a la misma. Bajo supuestas amenazas de destruirla, varias personas lograron ingresar al predio y ocasionaron daños en el inmueble (1229-14-EP/21, párrs. 1-5).

propietario de su libre disposición de los bienes, sino el resultado de violencia basada en género contra la mujer, que a través del corte de servicio eléctrico podría impactar negativamente en el derecho a la vida digna, la integridad y a la vivienda adecuada” (2021, párr. 8).

7. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona

El último supuesto de legitimación pasiva de particulares en la AP se refiere a actos de discriminación. Este es el más amplio de los supuestos previstos y responde a la irradiación del derecho a la igualdad sobre todo el ordenamiento jurídico, incluyendo las relaciones sociales entre particulares¹⁶. Al establecer este supuesto de procedencia de la AP contra particulares, el constituyente estableció que las violaciones a la prohibición de discriminación, como núcleo duro del derecho a la igualdad, son siempre tutelables a través de la AP. Una cuestión relevante en estos casos es que, según el art. 16 de la LOGJCC, además de presuntas violaciones a derechos de la naturaleza, el supuesto de discriminación es el único en el que se revierte la carga de la prueba en contra de particulares por vulneraciones cometidas contra otros particulares.

La procedencia general de la AP contra toda persona por actos de discriminación debería, en principio, excluir la necesidad de crear acciones ordinarias para la tutela de este derecho. A pesar de esto, con posterioridad a la creación de la AP y a la LOGJCC, en el año 2015, la Asamblea Nacional reformó el Código de Trabajo (CT) e introdujo una acción ordinaria para casos de discriminación laboral: la acción de ineficacia del despido.

Esta acción está orientada a la declaración de ineficacia del despido de las personas trabajadoras en estado de embarazo y a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones (CT, arts. 195.1 y 195.2). Sin embargo, los incisos cuarto y quinto del art. 195.3 del CT extienden esta acción para cualquier caso de despido por discriminación, en cuyo caso el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional pero no al reintegro.

Debido a la extensión que el art. 195.3 del CT da a esta acción, para todo supuesto de discriminación laboral, cabe plantearse si se puede considerar como una vía idónea y eficaz que implique la improcedencia de la AP para este tipo de discriminación. En nuestra opinión, la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:

1. La sentencia 1679-12-EP/20 expresamente incluye a la discriminación dentro de los supuestos en que la vía laboral ordinaria no sería adecuada por exceder el ámbito estrictamente laboral. Además, la sentencia 3-19-JP/20 confirma la procedencia de la AP para todo caso de discriminación en contra de una persona embarazada por su condición de gestación.

2. La acción de ineficacia del despido no es eficaz por la limitación temporal irrazonable a su ejercicio. Según el art. 195.2 del CT, la acción debe proponerse en el plazo de 30 días, lo que constituye un tiempo a todas luces absurdo para plantear una acción, particularmente si la persona se encuentra atravesando un embarazo o fue víctima de otras formas de discriminación laboral. Con el agravante de que, si se ejerce la acción fuera de este plazo,

¹⁶ Un caso paradigmático de discriminación por razones de etnia cometida por particulares es el caso No. 10311-2017-00308, en que un grupo de estudiantes indígenas de Otavalo presentaron una AP contra los propietarios de una discoteca, por haberles negado repetidamente la entrada al local por su vestimenta y rasgo físicos. A pesar de aceptarse la acción en segunda instancia, la reparación se limitó a la emisión de disculpas públicas por parte del propietario del local. Otro caso relevante es el proceso No. 17254-2010-0572, en el que se declaró la vulneración del derecho a la igualdad cometido por una liga barrial de fútbol, en razón de la discriminación cometida por razones de identidad de género. La acción fue planteada por las integrantes de un club de fútbol sancionadas por haber cometido “actos obscenos dentro o fuera del campo de juego”, toda vez que algunas integrantes del equipo exhibieron muestras de afecto entre personas del mismo sexo. Ambos casos fueron seleccionados por la CCE, bajo los Nos. 0618-17-JP y 276-12-JP, respectivamente, y se encuentra pendientes de resolución.

de acuerdo con el art. 1 de la Resolución No. 05-2016 de la Corte Nacional de Justicia, debe declararse de oficio la caducidad de la acción.

3. La inversión de la carga de la prueba a favor de la persona accionante convierte a la AP en una acción más adecuada. En este tipo de casos, puede resultar en extremo complicado para la víctima obtener pruebas que demuestren la discriminación y, al contrario, el empleador se encuentra en una mejor posición para demostrar que la terminación de la relación laboral se debió a otros motivos.

4. Finalmente, la acción de despido ineficaz (en los demás casos de discriminación) únicamente implica el pago de una indemnización adicional, mientras la AP permite al juez adoptar una reparación integral que responda a la totalidad de afectaciones particulares producidas en cada caso.

Por las razones anteriores, consideramos que la AP constituye la vía idónea para todo caso de discriminación, incluyendo aquellos que se originan en una relación de naturaleza laboral.

8. Improcedencia de la AP presentada por el Estado en contra de particulares

A partir de una lectura integral de los supuestos del art. 88 de la Constitución para la procedencia de la AP contra un particular, la Corte concluyó que todos requieren que el particular accionado se encuentre en una situación de poder o desequilibrio respecto de la parte accionante (282-13-JP/19, 2019, párr. 47). Por ello, la Corte señaló que “constituye a todas luces un abuso que el Estado pretenda que se le reconozca una calidad de subordinación o indefensión respecto de un particular [y] no puede admitirse que el Estado, a través de sus órganos, presente una [AP] alegando una vulneración de sus derechos por parte de un particular” (párr. 49).

Se ha sostenido que este precedente “impide que el Estado accione contra un concesionario o, en general, contra el particular prestador de servicios públicos propios o impropios ora cuando el particular, por acción u omisión, le provoque daño grave al Estado” (Quintana, 2020, p. 162). Consideramos que esta crítica puede resultar un tanto apresurada y puede no considerar el precedente en su totalidad.

La Corte es clara en señalar que lo improcedente es que los órganos del Estado activen esta garantía “con la pretensión de tutelar como propios derechos constitucionales inherentes a la dignidad humana” (282-13-JP/19, párr. 43). Por ello, el hecho de que el Estado no sea, en general, titular de derechos, no implica que sus organismos estén impedidos de presentar acciones de protección a favor de terceros¹⁷. Por ello, la Corte reconoció que, considerando el objeto de esta garantía y su legitimación activa amplia, “podrían existir casos en que las instituciones públicas presenten acciones de protección con el objetivo de tutelar derechos de personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, e incluso de la naturaleza” (párr. 43). Incluso algunos, como la Defensoría del Pueblo, tienen el deber de hacerlo (párr. 38).

Incluso, la Corte resaltó que tampoco se puede excluir por completo la titularidad de derechos por parte del Estado (párr. 43). Por ello, en la sentencia 1041-16-EP/21, la Corte aclaró que este precedente no excluye que las entidades del Estado puedan activar las garantías jurisdiccionales para tutelar aquellos derechos que la Constitución les reconoce expresamente. En cuanto el art. 321 de la Constitución incluye a la propiedad pública y estatal dentro del

¹⁷ En la sentencia 66-15-JC/19, al analizar las medidas cautelares autónomas, la Corte señaló que, en cuanto estas pueden ser presentadas por cualquier persona, un servidor público en ejercicio de sus funciones y representación institucional puede plantearlas siempre que se trate de prevenir o detener una violación de derechos de las personas (2019, párrs. 38-39).

ámbito de protección del derecho a la propiedad, la Corte resolvió que el Estado sí está habilitado para activar las garantías jurisdiccionales en protección de este derecho (párr. 26).

En definitiva, consideramos que la improcedencia de la AP contra particulares presentada por el Estado no es absoluta y este sí puede activarla cuando (1) pretende proteger derechos de las personas o de la naturaleza; y, (2) reclama ámbitos de protección de un derecho que no se vinculan directamente con la dignidad humana, como los derechos procesales, o, se le reconocen expresamente en la Constitución, como el derecho de propiedad.

9. Consideraciones finales

El análisis realizado en el presente trabajo demuestra que los supuestos de procedencia de las garantías jurisdiccionales contra particulares son amplios. Aunque en ciertos casos su procedencia es excepcional, en otros proceden contra particulares sin necesidad de requisito especial alguno, como en las acciones de hábeas corpus y hábeas data. En el caso de la AP, aunque tiene cinco causales taxativas de procedencia, dentro de estas se pueden incluir un número considerablemente alto de relaciones ocurridas entre particulares.

A pesar de lo anterior, la evidencia empírica y la aún escasa jurisprudencia al respecto demuestran que las garantías jurisdiccionales son poco usadas contra particulares. La eficacia horizontal de los derechos humanos reconocida en la Constitución parece no haberse traducido en el ejercicio constante de las garantías jurisdiccionales contra entes no estatales, al menos no con la frecuencia en la que estas son activadas en contra del Estado. Este desinterés puede deberse también a la limitada jurisprudencia emitida por la CCE en esta materia, que no ha prestado demasiada atención a desarrollar los supuestos de procedencia de la AP y demás garantías contra particulares, así como las particularidades procesales de su activación contra entes no estatales.

Esto parece haber comenzado a cambiar a partir del año 2021, en el que la CCE resolvió distintos supuestos de procedencia de las garantías jurisdiccionales y, particularmente, de la AP contra particulares, considerando a clínicas privadas, sacerdotes, juntas de agua potable, líderes de barrios y otros particulares como legitimados pasivos de una garantía jurisdiccional. Sin embargo, aún existen una serie de vacíos y supuestos no desarrollados que merecen ser abordados por la CCE a través de la selección y revisión de casos de este tipo, que coadyuven a efectivizar la dimensión horizontal de los derechos humanos establecida en la Constitución.

Referencias bibliográficas

Doctrina

- Castro-Montero, J., Lanos, L., Valdivieso, P. y García, W. (2016). La AP como mecanismo de garantía de los derechos: configuración institucional, práctica y resultados. *Ius Humani. Law Journal*, 5, 9-43.
- Guerrero, J. (2020). *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador*. Quito: CEP.
- Quintana, I. (2020). *La Acción de Protección*. Quito: CEP, 3ed.
- Storini, C. y Navas, M. (2016). *La AP en Ecuador: Realidad jurídica y social*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

Sentencias

- Corte Constitucional del Ecuador (2017). *Sentencia No. 354-17-SEP-CC* de 25 de octubre de 2017.

- (2019). *Auto de selección No. 983-18-JP*, 18 de abril de 2019.
- (2019). *Sentencia No. 282-13-JP/19*, 4 de septiembre de 2019.
- (2019). *Sentencia No. 66-15-JC/19*, 10 de septiembre de 2019.
- (2019). *Auto de selección No. 1141-19-JP*, 23 de septiembre de 2009.
- (2019). *Sentencia No. 176-14-EP/19*, 16 de octubre de 2019.
- (2020). *Sentencia No. 1357-13-EP/20*, 8 de enero de 2020.
- (2020). *Sentencia No. 166-12-JH/20*, 8 de enero de 2020.
- (2020). *Sentencia No. 1679-12-EP/20*, 15 de enero de 2020.
- (2020). *Sentencia No. 1894-10-JP/20*, 4 de marzo de 2020.
- (2020). *Sentencia No. 3-19-JP/20*, 5 de agosto de 2020.
- (2021). *Sentencia No. 1041-16-EP/21*, 9 de junio de 2021.
- (2021). *Sentencia 1229-14-EP/21*, 11 de agosto de 2021.
- (2021). *Sentencia 956-14-EP/21*, 10 de noviembre de 2021.
- (2021). *Sentencia 832-20-JP/21*, 21 de diciembre de 2021.
- (2021). *Sentencia 2951-17-EP/21*, 21 de diciembre de 2021.
- Corte Provincial de Imbabura (2017). Sentencia de 20 de julio de 2017 emitida dentro del proceso No. 23571-2019-01605. No. 10311-2017-00308.
- Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Quito (2010). Sentencia de 10 de septiembre de 2010 emitida dentro del proceso No. 17254-2010-0572.
- Unidad Judicial contra la Violencia a la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar del Cantón Santo Domingo (2019). Sentencia de 19 de abril de 2021 emitida dentro del proceso No. 23571-2019-01605.
- Corte Constitucional de Colombia Sentencia No. T-982/01.
- (2016). Sentencia No. T-145/16.
- (2018). Sentencia No. T-293/18.

Legislación

- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2002). *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.
- (2005). *Código del Trabajo*. Registro Oficial Suplemento No. 167 de 18 de octubre de 2005.
- (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 3 de marzo de 2009.
- (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Suplemento No. 52 del 10 de septiembre de 2009.
- (2010). *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010.
- (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 12 de mayo de 2015.
- (2016). *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos*. Registro Oficial Suplemento 899 de 09-diciembre de 2016.
- (2017). *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial Suplemento No. 31 de 20 de junio de 2017.

Convenciones

Organización de las Naciones Unidas. (1956). *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*, 30 de abril de 1957.

Iuris Dictio

Miscelánea

Nº 29, JUN. 2022

E-ISSN 2528-7834

m

i

s

c

e

l

á

n

e

a

.

 USFQ
PRESS

EL PENSAMIENTO IUSFILOSÓFICO DE IGNACIO AGRAMONTE Y LOYNAZ:
CONCEPCIONES SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO
The Philosophical Thought of Ignacio Agramonte y Loynaz:
Conceptions on Administrative Law

RAÚL MARRERO-FENTE¹

University of Minnesota, Minneapolis, Estados Unidos

Resumen

Ignacio Agramonte y Loynaz (1841-1873) es una de las figuras históricas de la lucha por la Independencia de Cuba. Aunque su acción política y militar es famosa, su etapa de estudiante de Derecho es poco conocida. Este artículo es una aproximación a un pensamiento temprano de Agramonte sobre Derecho Administrativo en ocasión de una *sabatina* en la Real y Literaria Universidad de La Habana en 1862. En el mismo se discuten aspectos concretos del derecho administrativo como la centralización y las estructuras políticas administrativas que pone a debatir, la articulación de un modelo estatal diferente y el uso de fuentes pocos comunes.

Palabras clave

Derecho administrativo, Centralización, Poder Ejecutivo, Administración pública, Doctrinarismo francés.

Abstract

Ignacio Agramonte y Loynaz (1841-1873) is one of the historical figures of the fight for the Independence of Cuba. Although his political and military action is famous, his time as a law student is little known. This article is an approach to an early thought of Agramonte on Administrative Law on a *Sabatina* at the Real y Literaria Universidad de La Habana in 1862. In it, specific aspects of administrative law are discussed, such as centralization and administrative political structures that puts to debate, the articulation of a different state model and the use of unusual sources.

Keywords

Administrative Law, Centralization, Executive Power, Public Administration, French Doctrinarism.

1. Preliminar

Ignacio Agramonte y Loynaz fue uno de líderes de la lucha por la Independencia de Cuba en el siglo XIX. Nació en Puerto Príncipe (Camagüey) el 13 de diciembre de 1841. Obtuvo los títulos de Bachiller en Artes en 1859. Bachiller en Jurisprudencia en 1863 y Licenciado en Derecho en 1865 en la Real y Literaria Universidad de La Habana. Redactó varios decretos de la Asamblea de Representantes del Centro, entre estos, los de abolición de la esclavitud, el

¹ Catedrático de Literatura y Derecho en el Departamento de Español y Portugués de la Universidad de Minnesota, Estados Unidos. Correo electrónico: rmarrero@umn.edu; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5691-757X>.



26 de febrero de 1869, y de organización administrativa (civil y militar) de la República en Armas. Fue uno de los dos redactores de la primera Constitución de Cuba, el 11 de abril de 1869. Elegido diputado a la Cámara de Representantes de la República en Armas, renunció al ser nombrado Mayor General del Ejército Libertador y jefe de la División de Camagüey. Falleció en combate en Jimaguayú (Camagüey), el 11 de mayo de 1873. Sobre la vida y obra de Agramonte pueden consultarse los estudios de Betancourt (1928), Casasús (1937) y Cento (2014), que en conjunto ofrecen una visión amplia y balanceada. Recientemente, Cento (2014) publicó nuevas cartas y documentos de Agramonte, que se suman a la importante documentación que aparece en la obra de Jiménez Pastrana (1974).

El artículo estudia las ideas de Agramonte en torno al Derecho Administrativo, presentadas en una ponencia universitaria. Es un trabajo temprano, de 1862, previo a su participación en la primera Guerra de Independencia Cubana (1868-1878). Comenzamos por explicar el contexto político-jurídico del Derecho Administrativo en Cuba, prestando atención a la evolución del ordenamiento jurídico en la Isla, de acuerdo a los cambios políticos en la Península, para destacar su carácter especial como provincia de ultramar. En segundo lugar, se traza la trayectoria de los estudios de Derecho Administrativo en Cuba en el contexto español y latinoamericano del siglo XIX. De esta forma podemos entender el estado de la disciplina en el momento histórico preciso en que interviene Agramonte y comprender por qué el tema de la centralización era una de las cuestiones palpitantes de la disciplina. Asimismo nos permite distinguir las diferencias doctrinales entre las escuelas iusadministrativas en Iberoamérica, y nos ayudará a conocer mejor la formación intelectual de Agramonte. En tercer lugar se describe el contexto de la sabatina de Agramonte desde la perspectiva del Derecho Administrativo. Este es el punto central en el argumento de Agramonte que analizamos a partir de una lectura detenida de su ponencia para entender por qué la descentralización en clave política incluye inevitablemente el derecho a la libertad y a la independencia en la Cuba colonial. De ahí la necesidad de referirnos brevemente al contexto español que lleva al absolutismo para comprender el modo específico e histórico de un derecho administrativo centralista y como este perjudicaba a Cuba. En la parte central del artículo se discuten las ideas de Agramonte sobre la centralización y las estructuras políticas administrativas que pone a debatir, la articulación de un modelo estatal diferente y el uso de fuentes pocos comunes, que incluyen a los tratadistas españoles más relevantes de la época y el doctrinarismo francés. Finalmente, mencionamos la influencia de Agramonte en el ordenamiento constitucional y en las leyes orgánicas sobre la Administración Pública durante la primera Guerra de Independencia de Cuba.

2. El contexto político-jurídico del Derecho Administrativo en Cuba

El Derecho Administrativo en Cuba se origina en el derecho hispano, entendiendo además el complejo sistema que de hecho tiene raíces en Cataluña o el País Vasco. Desde la conquista de América, en el siglo XVI, aparecen un conjunto de normas jurídicas agrupadas en torno al denominado Derecho Indiano, dentro de las cuales tenían vigencia en Cuba la *Recopilación de leyes de Indias* (1680), las *Ordenanzas de Cáceres* (1641) reguladoras de asuntos locales, en especial los municipios y que estuvo vigente hasta 1854. A las que se agregan las ordenanzas de Intendentes promovidas por las reformas borbónicas del siglo XVIII, por medio de las cuales se crearon los Intendentes de Hacienda con plenas capacidades administrativas. A partir de la Revolución francesa surge el derecho administrativo moderno, que en España podemos ubicar desde la Constitución de Cádiz de 1812, la cual marca el tránsito del Antiguo Régimen al Estado Liberal. Entre la diferenciación que se hace con

los territorios de ultramar, podemos señalar la disposición segunda de la Constitución de Cádiz, que estableció “un régimen jurídico especial para las provincias de Ultramar”; reiterada en la Constitución de 1845, artículo 80: “las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales” y que encuentran su desarrollo legislativo en el Real Decreto de 18 de junio de 1852 (Decreto Bravo Murillo), sobre el estatuto de los empleados públicos, y en el Real Decreto de 9 de julio de 1860, conocido como Decreto de O’Donell. Mientras que en materia de jurisdicción contencioso-administrativa eran aplicables algunas de las Leyes de Indias, y las leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, el Real Decreto de 7 de agosto de 1854, la Real Cédula de 30 de enero de 1855, y el Real Decreto de 4 de julio de 1861 (Matilla, 2021, pp. 7-48).

2.1. Los estudios de Derecho Administrativo en Cuba en el contexto español y latinoamericano del siglo XIX

La enseñanza del derecho administrativo era reciente en los estudios jurídicos en España, donde comenzó en 1842 (Martínez Neira, 2005, p. 12), llegando a Cuba en esa misma fecha (López, 1864, p. 91). A partir de 1845, “se instauró un Sistema de listas que estuvo vigente hasta la revolución de 1868: en todos estos años el gobierno prescribía los libros por los que debían estudiarse las distintas materias de cada licenciatura” (Martínez Neira, 2005, p. 22). Estas listas de textos obligatorios también eran vigentes en Cuba, y por esta razón Agramonte utiliza la obra de Manuel Colmeiro. Martínez Neira clasifica esta obra entre las “que tratan de la administración, en su doble aspecto de ciencia y derecho”, por lo que van a orientarse en estas dos direcciones (2005, p. 22). El libro de Colmeiro aparece como uno de los tres manuales de Derecho Administrativo aprobados a partir de la lista del curso de 1850-1851 y se mantuvo vigente hasta 1868 (Martínez Neira, 2005, p. 23). Su obra *Elementos* (1858; 1865; 1870; 1875; 1887) “fue el libro con el que empezaban y terminaban los estudios político y administrativo los estudiantes de Derecho... durante gran parte del siglo XIX” (Gallego Anabitarte, 1983, pp. 756-57; Matilla, 2011, p. 218).

En la época del discurso de Agramonte hay un marcado interés por el derecho administrativo en Europa y en América Latina. Es necesario precisar que las circunstancias históricas y políticas, en las cuales ven la luz estos tratados son diferentes en el caso de España, Cuba y América Latina. El contexto español viene determinado por la influencia de la escuela francesa de derecho administrativo, la labor de los gobiernos moderados quienes impusieron la tendencia a la centralización y a la organización del aparato administrativo.

La situación del derecho administrativo en Cuba reflejaba las condiciones de una sociedad colonial y esclavista en la que imperaba el derecho hispánico matizado por las denominadas leyes especiales para las provincias de ultramar. Por otra parte, los órganos locales cubanos, como los municipios, carecían de autonomía en las tomas de decisiones administrativas, ya que los mismos estaban supeditados al poder ejecutivo de los Gobernadores Capitanes Generales.

En América Latina, estas obras nacen como resultado de los procesos de Independencia y la necesidad de organizar los nuevos Estados nacionales y su aparato administrativo, entre las que destacan *México considerado como nación independiente y libre* (1832), de Simón Tadeo Ortiz de Ayala; *Opúsculo de derecho constitucional y administrativo* (1852), de M. R. Veytia; *Lecciones de Derecho Administrativo* (1852), de Teodosio Lares; *Ensayo sobre la administración pública de México y medios para mejorarla* (1853), de Luis de la Rosa; el *Manual de administración* (1857), de Francisco de Paula Madrazo; *Principios elementales de Derecho administrativo chileno* (1859), de Santiago Prado Bustamante; y *Elementos de Direito*

Administrativo Brasileiro comparado com o Direito Administrativo Francês, segundo o método de P. Pradier-Fodéré (1857), de João Vicente Pereira do Rego.

2.2. Contexto de la sabatina de Ignacio Agramonte, el 22 de febrero de 1862

Ignacio Agramonte estudia la asignatura de Derecho Administrativo con el profesor José Domingo Guerrero, en la Real y Literaria Universidad de La Habana, el año académico 1861-1862. Gracias a las investigaciones de Díaz (1975) se esclareció un error importante en la historiografía agramontina. La disertación sobre la administración fue presentada en una sabatina en 1862 y no es el discurso de graduación del 8 de junio de 1865. El 22 de febrero de 1862, Agramonte participa como disertante en una academia sabatina con el tema: “La administración que permite el franco desarrollo de la acción individual, á la sombra de una bien entendida concentración del poder, es la más ocasionada á producir óptimos resultados, porque realiza una verdadera alianza del orden con la libertad” (Jiménez, 1974, p. 57). El tema del discurso sobre la administración corresponde a la materia de Derecho Administrativo, y como tal empleó como referencia principal la obra de Manuel Colmeiro, *Derecho Administrativo Español* (1858), que era el texto oficial del curso (Díaz, 1975, p. 150). También consultó *Elementos de derecho político y administrativo de España* (1858), del propio Colmeiro. El moderador de la sabatina fue el profesor José Domingo Guerrero, quien ocupaba la cátedra de Derecho Administrativo y Público Español y de Indias (Díaz, 1975, p. 128; Matilla, 2011, p. 212). Dos años después de la sabatina de Agramonte, en 1865 Pedro José Guiteras en *Historia de Cuba* analiza las doctrinas sobre la centralización. Sus ideas coinciden con la crítica a la centralización expuestas por Agramonte. Guiteras destaca que el problema de fondo en el caso cubano es la concentración de todos los poderes del gobierno colonial, los cuales, para su funcionamiento, necesariamente llevan a la centralización (1928, III, pp. 338-339).

3. Descentralización en clave política: el derecho a la libertad desde la colonia

Antes de comentar la tesis de Agramonte es necesario referirnos brevemente al contexto español que lleva al absolutismo, para entender el modo específico e histórico de un derecho administrativo centralista y como este perjudicaba a Cuba. A la muerte de Fernando VII, en 1833, comienza la evolución de la Administración pública en España en sus ámbitos normativo, gubernativo y jurisdiccional, y en sus tres niveles: Estado, Provincia y Municipio. Es un período intenso donde suceden varios regímenes políticos y Constituciones (1837 y 1845), y representa el tránsito del Antiguo Régimen al Estado liberal. A esto se suma un debate doctrinal con gran influencia del pensamiento francés, cuyas resonancias están presentes en algunos de los postulados de Agramonte. Como parte de estas transformaciones de la Administración pública podemos mencionar las leyes de Ayuntamientos de 1840 y 1845 (Nieto, 1996, p. 308).

En Cuba, como reacción a la Independencia de América Latina, el Estado Absolutista de Fernando VII se empeña en construir una nueva organización territorial a partir de 1825 con la división en tres departamentos: Occidente, Centro y Oriente, cada uno encabezado por un comandante general. También crearon los distritos cuyos jefes militares eran la autoridad de los Ayuntamientos. Todas estas autoridades militares respondían directamente al Gobernador Capitán General, quien comienza a tener facultades omnímodas desde ese mismo año hasta 1878. En 1825, comienza sus labores la Comisión Militar Ejecutiva y Permanente, un tribunal especial militar con jurisdicción única sobre los delitos políticos, delitos de los esclavos y crímenes comunes, que funcionó hasta 1856 (Castellanos, 2018, p. 9). En 1842 se dicta el *Bando de Gobernación y de Policía de la Isla de Cuba* (Bando de Buen Gobi-

erno), las cuales regulaban aspectos de la vida cotidiana local, incluyendo los bailes. En 1851, la Junta de Fomento pierde su autonomía, aumentando “la centralización administrativa” (Guerra, 1975, p. 516). El 27 de julio de 1859, la Corona dicta el *Real Decreto para la Organización y régimen de los Ayuntamientos de la Isla de Cuba*, por medio del cual se establece un nuevo régimen municipal que recorta toda autonomía local. Entre las características de este modelo administrativo centralista está la subordinación total de los poderes locales a las autoridades centrales en la Isla, al convertirse el nombramiento de los Alcaldes y los Tenientes de Alcaldes, en prerrogativa del Gobernador Capitán General, quien también era el Presidente de todos los Ayuntamientos y tenía la autoridad para disolverlos y nombrar nuevos Alcaldes y Concejales (Carrera Jústiz, 1905, II, p. 354).

Ignacio Agramonte inicia su exposición sobre materia de Derecho Administrativo con la frase: “La sociedad no se comprende sin orden, ni el orden sin un poder que lo prevenga y lo defienda, al mismo tiempo que destruya todas las causas perturbadoras de él” (Jiménez, 1974, p. 57). Así define los rasgos de una sociedad a partir del poder y el orden, en concordancia con las tesis de Manuel Colmeiro: “El objeto del poder es el bien, su medio el orden, su instrumento la ley, su esencia la justicia” (1858a, p. 2). Según Colmeiro, el poder es inseparable de la sociedad y su existencia condiciona la sobrevivencia de esta. La idea también había sido expuesta en sus *Elementos* (Cap. IV); mientras que en el Capítulo VI de *Derecho administrativo* afirmaba “sin orden publico no hay seguridad personal” (Colmeiro, 1858a, p. 344). Teniendo estos antecedentes a mano entra Agramonte directamente en el tema:

Ese poder, que no es otra cosa que el Gobierno de un Estado, está compuesto de tres poderes públicos, que cuales otras tantas ruedas de la máquina social, independientes entre sí, para evitar que por un abuso de autoridad, sobrepujando una de ellas las demás revistiéndose de un poder omnímodo, absorba las públicas libertades; se mueven armónica mente compensándose, para obtener un fin determinado, efecto del movimiento triple uniforme de ellas. Me ocuparé de uno de esos poderes del poder ejecutivo administrativo sólo de él, porque tal es el terreno en que me coloca la proposición que defiendo. En ella se ha tomado la palabra administración en una de sus diversas acepciones: en la del ejercicio del poder ejecutivo en toda la extensión de sus atribuciones (Jiménez, 1974, p. 58).

Primero resume la teoría de la tripartición de poderes de Montesquieu con relación al funcionamiento del Estado, citada por Colmeiro. Señala entonces Agramonte que va a concentrar su análisis en el poder ejecutivo administrativo, aclarando el sentido del término administración: “En ella se ha tomado la palabra administración en una de sus diversas acepciones: en la del ejercicio del poder ejecutivo en toda la extensión de sus atribuciones” (Jiménez, 1974, p. 58), siguiendo postulados de Colmeiro, que consideran que la función central del poder ejecutivo es la administración: “Administrar, pues, significa gobernar, en cuanto gobernación equivale al ejercicio del poder ejecutivo [...]” (1858a, p. 7). Poco después Agramonte aborda otro punto central en el Derecho Administrativo de la época afirmando:

El individuo mismo es el guardián y soberano de sus intereses, de su salud física y moral: la sociedad no debe mezclarse en la conducta humana, mientras no dañe á los demás miembros de ella. Funestas son las consecuencias de la intervención de la sociedad en la vida individual ; y más funestas aún cuando esa intervención es dirigida á uniformarla, destruyendo así la individualidad, que es uno de los elementos del bienestar presente y futuro de ella. Debe el hombre escoger los hábitos que más convengan á su carácter, á sus gustos, á sus opiniones, y no amoldarse completamente á la costumbre arrastrado por el número (Jiménez, 1974, p. 60).

En este pasaje Agramonte se adscribe a la teoría individualista, apoyada en el utilitarismo económico que rechaza el intervencionismo estatal en los individuos. Aunque, como señala Sebastián Martín, él estaba a favor de “un intenso intervencionismo estatal” (2013, p. 665). Tema objeto de atención especial por Agramonte, porque elabora su argumento en dos partes. En la primera, se detiene en el análisis de los conceptos de uniformidad, como un adelanto de la discusión de los temas que verdaderamente le interesan, a saber, la crítica a la imposición de unidad y a la centralización, entendidos ambos desde la perspectiva de un sujeto colonial, como es el caso cubano en el siglo XIX: “Una sociedad compuesta de miembros de aquella índole, en la que por la uniformidad de costumbres, de modo de pensar, no hay tipos distintos [...] se paralizará en su marcha progresiva. Dígalo si no la China, el Oriente todo” (Jiménez, 1974, p. 61). Agramonte se inscribe aquí en la defensa del individualismo pero amplifica la breve mención general de Colmeiro: “una concentración despótica” (1858a, p. 5), ilustrándola con los ejemplos concretos de China y el Oriente, a tono con las teorías sobre el despotismo oriental que estaban en boga en el siglo XIX. En el caso de Agramonte su manera de proceder al análisis de la centralización tiene matices en relación con los textos de Colmeiro y otros autores contemporáneos. Para Agramonte la centralización ejercida desde el poder es el problema principal:

La centralización llevada hasta cierto grado, es, por decirlo así, la anulación completa del individuo, es la senda del absolutismo: la descentralización absoluta conduce a la anarquía y al desorden. Necesario es que nos coloquemos entre estos dos extremos para hallar esa bien entendida centralización ó bien entendida descentralización, que permite florecer la libertad al par que el orden (Jiménez, 1974, p. 61).

Este párrafo contiene quizá la esencia de la premisa de su disertación. Recordemos que de acuerdo con el tema asignado debía argumentar la defensa de una posición que explicara convincentemente cómo podía funcionar en la sociedad esa “verdadera alianza del orden con la libertad”. Se trataba en todo caso de explicar cómo podían coexistir estos dos elementos que desempeñaban a menudo un papel antagónico y eran causas de conflictos sociales. Posiblemente, Agramonte tiene en mente aquí las tesis del pensador de origen prusiano Johann Peter Friedrich Ancillon, autor del célebre *Du juste milieu; ou, Du rapprochement des extrêmes dans les opinions* (1837), obra donde elabora las bases filosóficas del discurso sobre el término medio o el equilibrio en las opiniones. Agramonte conoció este texto posiblemente a través de su profesor Antonio Bachiller y Morales, que menciona a Ancillon en sus *Elementos de la Filosofía del Derecho* (1857, p. 143). Orden y libertad es la tesis central en el argumento que defiende Agramonte, con la cual identifica genialmente el problema central de la vida política en el conflicto entre estos dos elementos. Agramonte explica la centralización desde una perspectiva diferente: “Frecuentemente se confunde la unidad con la centralización; pero la unidad es: la uniformidad de intereses, de ideas y sentimientos entre los miembros del Estado; y la centralización: la acumulación de las atribuciones del poder ejecutivo en un gobierno central” (Jiménez, 1974, p. 61). Aquí nuestro autor parece responder también a este axioma de Colmeiro: “La centralización es la unidad en la nación y en el poder, ó la unidad en el territorio, en la legislación y en el Gobierno” (1858a, p. 18). La diferencia de principios subyace en este punto: para Colmeiro la centralización es un instrumento en la construcción de la unidad nacional, dentro de la cual también incluye los territorios coloniales, como el de Cuba. A esto hay que agregar —como explica Pablo González-Mariñas— que la defensa que hace Colmeiro de la centralización tiene su origen en la historia política española del siglo XIX. En particular en la lucha contra los privilegios de los consejos locales que —como insti-

tuciones del Antiguo Régimen— representaban los intereses de las oligarquías locales frente a las libertades individuales. Esto explica por qué los liberales defendían la centralización. El mismo Colmeiro, en la primera edición de *Derecho administrativo* de 1850 confundía ambos conceptos, situación que supera en la edición de 1858 (González-Mariñas 1991, pp. 101-102), utilizada por Agramonte. Aclara González-Mariñas que Colmeiro introduce en la edición de 1858 un nuevo párrafo donde precisa las diferencias entre centralización política y centralización administrativa: “La centralización política consiste en la unidad del poder supremo ó soberanía [...]; y la centralización administrativa se muestra en la concentración de las facultades inherentes al poder ejecutivo, en cuanto promueve los intereses comunes” (Colmeiro 1858a, p. 20; González-Mariñas, 1991, p. 105). Agramonte ilustra su posición con dos ejemplos históricos para explicar la diferencia entre unidad y centralización. Menciona al imperio romano como ejemplo de centralización excesiva, pero falta de unidad; en contraste con “la moderna Inglaterra, donde hay unidad de sentir y pensar al mismo tiempo que descentralización administrativa” (Jiménez, 1974, pp. 61-62). Más allá del debate semántico Agramonte parece cuestionar la defensa de la centralización en la obra de Colmeiro, quien a su vez refleja la influencia de autores franceses como Cormenin. Estas son las razones teóricas de peso en defensa de la centralización que ayudan a entender la posición de Manuel Colmeiro porque forman parte del estado de la disciplina del Derecho Administrativo en España en el siglo XIX.

Independientemente del carácter académico de la disertación de Agramonte, hay un aspecto político dado que el análisis del Derecho Administrativo en Cuba en ese momento implica considerar la realidad cubana con una situación política diferente a la de España, por la situación colonial de la isla. La época estudiantil de Ignacio Agramonte está marcada por leyes dedicadas a la administración como el Real Decreto de 4 de julio de 1861, de Leopoldo O’Donnell, Ministro de la Guerra y de Ultramar, eliminando la competencia en materia administrativa de las Audiencias; el Real Decreto creando el Consejo de Administración, bajo la dirección del Gobernador superior civil; el Reglamento contencioso administrativo para dirimir competencias de jurisdicción y atribuciones entre las Autoridades judiciales y administrativas, en el que atribuye al Capitán General la autoridad única para decidir la competencia. Esta intensa labor legislativa en el campo del Derecho Administrativo confirma la importancia del debate sobre la manera de entender y funcionar la administración en la isla.

Hay además una tradición de lucha de los principieños contra gobernadores generales, como José Gutiérrez de la Concha (Bernal, 1871, p. 80; Galván Rodríguez, 2017, p. 328). El Capitán General de la Concha ejecutó una cruel represión contra Puerto Príncipe, llegando su clímax al fusilamiento del abogado Joaquín de Agüero y Agüero, el 12 de agosto de 1851. El abolicionista Agüero fue el líder del primer movimiento por la independencia de Cuba. Este joven abogado de Puerto Príncipe liberó a todos sus esclavos en 1843 y proclamó por primera vez la Declaración de Independencia de Cuba, el 4 de julio de 1851. El último elemento que debemos considerar es la tradición legalista principieña expresada en una importante tradición de abogados en la familia de Agramonte, la existencia desde 1800 de la Audiencia de Puerto Príncipe, máximo tribunal de la isla. La fundación de la Academia Teórica de Legislación y Jurisprudencia de Puerto Príncipe, en 1819, y del Colegio de Abogados de Puerto Príncipe, en 1831, la primera institución de su clase en Cuba y cuyo primer decano fue Ignacio Agramonte y Recio (Concha, 1853, p. 58; Pelegrín, 2018, pp. 84, 100). También es necesario apuntar que existen antecedentes de una “alternativa descentralizadora cubana”, representada por los proyectos de José Agustín Caballero, Gabriel Claudio Sequeira y Félix Varela y Morales (Franco, 2012). De estos, el más importante es el de Varela, cuyas ideas pu-

dieron llegar a Agramonte a través de José de la Luz y Caballero, su maestro en el colegio de El Salvador en La Habana, quien fue uno de los discípulos de Varela en el Seminario de San Carlos, y el profesor Antonio Bachiller y Morales, otro discípulo notable de Varela. El Padre Félix Varela y Morales (1788-1853) sacerdote, teólogo, filósofo y educador en el Real y Conciliar Colegio Seminario de San Carlos y San Ambrosio de La Habana, fue la figura intelectual iniciadora de la Independencia en Cuba y mentor de la primera generación de intelectuales cubanos del siglo XIX. Estos elementos nos ayudan comprender el posible subtexto político en la definición de Agramonte sobre las limitaciones de la centralización política:

La centralización limitada á los asuntos trascendentales y de alta importancia, á aquellos que recaen, ó que por sus consecuencias pueden recaer bajo el dominio de la centralización política, es indudable que es conveniente, más que conveniente, necesaria - pero es abusiva desde el momento en que, extralimitándose de la inspección y dirección que en aquellos negocios le corresponde, interviene en otros que no tienen esos caracteres. Por fuerte que sea un gobierno centralizado, no ofrece seguridades de duración, porque toda su vida está concentrada en el corazón, y un golpe dirigido á él lo echa por tierra. Los acontecimientos palpitantes aún y que han tenido lugar en Francia á fines del siglo pasado, confirman esta verdad (Jiménez, 1974, p. 62).

Otra vez, el tema subyacente es la crítica política al absolutismo y la falta de libertad que traslada a Francia, porque no puede criticar abiertamente a la Monarquía Española. La alusión a la Revolución Francesa por Ignacio Agramonte no es casual en este contexto, porque la misma estableció conceptual e institucionalmente los parámetros del debate legislativo sobre la descentralización. En primer lugar fijó los términos del debate, al formular la pregunta básica sobre la descentralización: ¿hasta qué punto son compatibles los requisitos de unidad nacional y los principios de igualdad ante la ley con la libertad local? Al asumir una oposición entre igualdad y unidad, por un lado; y libertad local por el otro, la Revolución francesa provocó que la democracia local siempre fuera secundaria con relación a la democracia nacional (Schmidt, 1990, p. 4). Es curioso, además que en la misma época en que Agramonte habla sobre la centralización, también hay un debate en Francia durante el cual se publican 24 libros y 72 trabajos dedicados al tema de la reforma administrativa del gobierno local (Schmidt, 1990, p. 37). La influencia de este pensamiento también llegó a autores como Manuel Colmeiro: “Centralizar es someter todas las personas y todos los intereses á la ley de la igualdad, y distribuir equitativamente los beneficios y las cargas anejas á la cualidad de ciudadano” (1858a, p. 19). No cabe duda de que el mismo Colmeiro deja ver claramente cuál es su posición en este debate sobre la centralización, cuando afirma: “La suerte de la libertad, así política como civil, está ligada al predominio de un régimen político y administrativo que ensalce el bien común disminuyendo y ordenando los intereses locales” (1858a, p. 19). La postura de Agramonte en este punto es diametralmente opuesta:

Por el contrario, el Gobierno que con una centralización absoluta destruya ese franco desarrollo de la acción individual y detenga la sociedad en su desenvolvimiento progresivo, no se funda en la justicia y en la razón, sino tan sólo en la fuerza; y el Estado que tal fundamento tenga, podrá en un momento de energías anunciar se al mundo como estable é imperecedero; pero tarde ó temprano, cuando los hombres, conociendo sus derechos violados, se propongan reivindicarlos, irá el estruendo del cañón á anunciarle que cesó su letal dominación (Jiménez, 1974, p. 64).

Ignacio Agramonte no se limitó a la obra de Manuel Colmeiro, también citó directamente a otros autores, entre ellos publicistas franceses como Jules Simon (1814-1896) filósofo, periodista y figura prominente del republicanismo francés. Discípulo de Victor Cousin, ocupó la cátedra de filosofía de este en la Sorbona (Bertocci, 1978, p. 7). En el inventario de bienes embargados a Ignacio Agramonte en 1868 figura “un tomo Liberty Sunon (trunca)” (Jiménez, 1974, p. 108), posiblemente se refiere a uno de los volúmenes de *La Liberté*, de Jules Simon. Su permanencia entre los textos de su biblioteca años después indica su admiración por esta obra. Agramonte posiblemente usó en su sabatina *La Liberté*, de Jules Simon, 2da. edición en 2 vols., en 8°, publicada en París por la Librairie de L. Hachette et Cie, en 1859. Comienza Simon hablando de los orígenes de la centralización y dice que aunque existió antes, se impuso con la Revolución, de 1789. La tesis central de la crítica de Simon es que bajo el pretexto de mantener la unidad del país, se sacrificó la libertad de los ciudadanos. Esta parece ser la misma idea de Tocqueville y que inspiró a Agramonte en este tema, y es la que introduce momentos de tensión con el texto que comenta de Manuel Colmeiro, quien defiende una centralización solapada para mantener los intereses de la Monarquía. Las ideas básicas de Simon pueden resumirse en esta frase: “La centralización es un método; es un método que se involucra aquí: método esencialmente opresivo, porque es el sistema preventivo que se aplica a todo” (Simon, 1859, p. 132)². Otra vez Agramonte comparte las mismas ideas de Jules Simon que establecen una correspondencia entre centralización y falta de libertad. Este es el punto subversivo del argumento porque introduce el tema de la libertad política, que en un contexto colonial como el de Cuba, en 1862, apuntaban a la Independencia de España. Agramonte conoce muy bien la postura de Simon sobre la centralización, pero adopta un tono conciliador apoyado en un pasaje inicial de la obra simoniana, que propone como remedio de la centralización la disminución del aparato burocrático, siguiendo el ejemplo inglés:

Lejos de tener todos estos inconvenientes una concentración bien entendida, disminuyendo el número de sus empleados, se les pagaría de un modo proporcionado a su trabajo y suficiente a satisfacer dignamente sus necesidades. Sólo así podrían dedicarse exclusivamente y con entusiasmo al cumplimiento de sus deberes. Este es el gran secreto para que la administración esté bien servida, dice Mr. Jules Simon, observando la administración inglesa (Jiménez, 1974, p. 63).

Agramonte también alude directamente a esta cita de Simon que compara las ventajas del sistema británico sobre el francés: “Tenemos el ejemplo de Inglaterra, cuyos negocios son tan buenos como los nuestros, con un personal veinte veces menor” (Simon, 1859, p. 143). En este caso Simon parece apuntar a la enorme burocracia francesa como un elemento negativo comparado con la inglesa, sin implicaciones sobre las diferencias políticas entre una república y una monarquía parlamentaria. Pero hay otros pasajes más importantes de la obra simoniana que influyen en las ideas de Agramonte, entre ellos, la crítica al comunismo:

La centralización hace desaparecer ese individualismo, cuya conservación hemos sostenido como necesaria a la sociedad. De allí al comunismo no hay más que un paso: se comienza por declarar impotente al individuo y se concluye por justificar la intervención de la sociedad en su acción, destruyendo su libertad, sujetando a reglamento sus deseos, sus pensamientos, sus más íntimas afecciones, sus necesidades, sus acciones todas (Jiménez, 1974, p. 62).

² Todas las traducciones del francés al español en las páginas 89 y 90 son mías.

Agramonte pudo tener en mente pasajes como este de *Elementos de la Filosofía del Derecho ó curso de Derecho Natural*, de Antonio Bachiller y Morales: “la exageración de la ley de igualdad ha creado muchos de los extravíos del comunismo, ese sueño dorado de los tiempos modernos y que lleva en sus ilusiones una nube preñada de males para el mundo” (1857, p. 41). Sin embargo, llama la atención la ausencia de la famosa obra de Juan Donoso Cortés, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo* (1851), por lo que podemos afirmar que la fuente principal de sus opiniones sobre este tema proviene de *La Liberté* de Simon:

El comunismo administrativo desarrolló más allá de la medida los siguientes efectos: carga el presupuesto al aumentar la deuda pública; a la larga, hace que la administración vete y sea difícil por la exageración de su principio; altera el carácter de los funcionarios, acostumbándolos al servilismo con sus líderes y a una diferencia muy cercana a la malevolencia hacia el público; degrada el carácter de la nación y reemplaza a un pueblo de trabajo por un pueblo de abogados; disminuye la riqueza común al disminuir la energía del agente principal de la riqueza; hace imposible la libertad política al hacer que todos los ciudadanos dependan del buen gusto del gobierno. Tales son las consecuencias fatales de la administración francesa, a pesar de la habilidad de su organización y la probidad de sus agentes” (1859, p. 138).

Agramonte estaba muy familiarizado con la historia de la Revolución Francesa, recordemos que entre sus libros confiscados hay “un tomo de los *Droit des hommes France*” (Jiménez, 1974, p. 108). La obra de Jules Simon está presente en el espíritu y en la letra en otros momentos de su exposición. Así, cuando Agramonte afirma: “La libertad de obrar consiste en hacer todo lo que le plazca á cada uno en tanto que no dañe los derechos de los demás” (Jiménez, 1974, p. 63), está inspirado en esta cita de Simon: “La libertad, de acuerdo con la definición de la Asamblea Constituyente, consiste en ser capaz de hacer todo lo que no perjudica a los demás, es decir, todo lo que no perjudica el derecho natural en los demás” (1859, p. 237). Agramonte añade además el derecho de información: “La prensa con razón es considerada como la representación material del progreso. La libertad de la prensa es un medio de obtener las libertades civil y práctica, porque, instruyendo á las masas, rasgando el denso velo de la ignorancia, hace conocer sus derechos á los pueblos y pueden éstos exigirlos” (Jiménez, 1974, p. 63). Aquí también encontramos el eco de Simon, quien menciona la llamada doctrina de 1789 para referirse a la Asamblea Constituyente, citando el artículo 11 de la Declaración de los derechos del hombre; y más enfático amplía: “[...] sin esta libertad de prensa, el único órgano en lo sucesivo de la vida intelectual y moral de las naciones, y una condición indispensable de toda resistencia legal. Haga lo que uno haga, no hay libertad en un país donde la prensa no es libre” (Simon, 1859, p. 278).

4. Conclusiones

El análisis de Agramonte no se adscribe totalmente a la denominada tendencia exegética (legalista o normativista) del método científico de los tratados jurídicos de la época. Especialmente llama la atención que él no concentra la discusión en el comentario de las disposiciones jurídicas en materia administrativa, sino en las ideas y principios sobre el tema y en algunos momentos indaga en elementos filosóficos de la materia discutida. Así, por ejemplo, nunca menciona normas jurídicas en materia administrativa contenidas en la *Recopilación de leyes de Indias*, las *Ordenanzas de Cáceres*, la Constitución de 1845, las leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, el Real Decreto de 7 de agosto de 1854, la Real Cédula de 30 de enero de 1855, o el Real Decreto de 4 de julio de 1861. Agramonte no se detiene en un análisis crítico con ejemplos puntuales de las instituciones políticas españolas, ni de las reglas formales de

funcionamiento de la administración pública. Sus comentarios se apoyan especialmente en el liberalismo doctrinario francés. De esta manera, puede hacer una crítica indirecta al marco político y constitucional del Derecho Administrativo, sin atacar frontalmente al ordenamiento jurídico colonial. Por esa razón, tampoco se detiene en el funcionamiento de los niveles de la Administración pública en Cuba.

Esta propuesta de Agramonte se genera en el contexto histórico cubano del siglo XIX, marcado por los procesos independentistas en América Latina, y en el que se agudiza el conflicto entre los intereses políticos insulares y la Monarquía Española. Este proceso culmina en el inicio de la Guerra de Independencia, de 1868. El modelo descentralizador de la Administración pública que defiende Agramonte en 1862 es, en realidad, una propuesta a favor de la libertad política y la independencia del pueblo cubano. Su originalidad se inscribe en el panorama de las ideas que circulan en la época sobre el modelo de Estado, la organización territorial de la administración, y la pugna entre civilismo y militarismo que articulan la noción de América Latina. Por esta razón, su *sabatina* contiene un programa de resonancias políticas con los movimientos independentistas latinoamericanos del siglo XIX.

Tampoco se limita al repertorio de textos de Derecho Administrativo obligatorios porque menciona o cita libros de autores alemanes y franceses de otras áreas de estudio (Derecho Constitucional, Economía Política, Filosofía, Derecho Público, Historia). En este aspecto reside su originalidad y el interés que pueda tener para la Historia del Derecho Administrativo este texto juvenil de un jurista cubano del siglo XIX.

Las ideas dadas a conocer por Agramonte cuando era estudiante universitario cobran realidad en normas jurídicas adoptadas por los cubanos que se alzaron en armas contra el gobierno español en la Isla. Así podemos mencionar como ejemplos de textos moldeados por las ideas contra la centralización de la administración, una carta del Comité Revolucionario de Camagüey, el 7 de febrero de 1869, donde Agramonte señala: la “administración española que con su desmedida centralización, corta el libre ejercicio de la acción individual y, que con un fárrago inmenso de empleados da pábulo a la desmoralización y consume el tesoro público” (Casasús, 1981, p. 56). Estas ideas se inscriben en el debate entre Agramonte y Carlos Manuel de Céspedes sobre el modelo de Estado, la centralización del poder y la relación entre civilismo y militarismo. Agramonte se opone a la declaración de facultades omnímodas por Céspedes, quien se autoproclamó el 10 de octubre de 1868 Capitán General: “[...] hemos insistido e insistimos con el ciudadano Céspedes para que, renunciando a las prerrogativas y facultades omnímodas, conque se ha revestido, constituyamos el gobierno provisional republicano, acatando, y reconociendo todos los derechos del pueblo” (Casasús, 1981, p. 97). El 10 y 11 de abril de 1869, se reúnen los insurgentes cubanos en Guáimaro para organizar las bases institucionales de la República en Armas. En ese momento hay dos posiciones políticas. La primera es la de Céspedes, que propone un gobierno centralizado con las funciones civiles y militares concentradas en una persona, siguiendo el modelo español de los Capitanes Generales. La segunda es la de Agramonte, que defiende la tripartición de poderes de un gobierno republicano, con subordinación del poder militar al poder civil. El argumento civilista de Agramonte triunfa en el debate constitucional y es elegido redactor principal de la primera Constitución de la República de Cuba, la cual fue adoptada el 11 de abril de 1869. Conocida como Constitución de Guáimaro establece la separación de poderes: el poder legislativo en la Cámara de Representantes (Art. 1), el ejecutivo en el Presidente (Art. 16), que puede ser nombrado y depuesto por la Cámara (Art. 7), y el poder judicial independiente (Art. 22), de esta manera intentaba evitar la centralización y concentración de poder. En este texto constitucional se define un gobierno civil que subordina y controla al poder

militar, porque nombraba y deponía al General en Jefe del Ejército. También vemos la influencia del pensamiento agramontino en la adopción de varias leyes orgánicas por la Cámara de Representantes, entre estas la Ley de Organización Administrativa del 9 de agosto de 1869, que contempló la división territorial en cuatro Estados compuestos por distritos, y estos a su vez agrupados en prefecturas y subprefecturas. Todos los funcionarios administrativos eran elegidos por votación popular. Este modelo descentralizado ensayó por primera vez en Cuba una verdadera autonomía local y la participación popular en el control de los funcionarios de la Administración pública.

Referencias bibliográficas

- Ancillon, J. (1837). *Du juste milieu; ou, Du rapprochement des extrêmes dans les opinions*. Bruxelles: Hauman, Cattoir et Compe.
- Bachiller y Morales, A. (1857). *Elementos de la Filosofía del Derecho ó curso de Derecho Natural*. La Habana: Imprenta del Tiempo.
- Bertocci, P. (1978). Jules Simon. *Republican Anticlericalism and Cultural Politics in France, 1848-1886*. Columbia & London: University of Missouri Press.
- Betancourt Agramonte, E. (1928). *Ignacio Agramonte y la revolución cubana*. La Habana: Dombecker.
- Carrera Jústiz, F. (1905). *Introducción a la historia de las instituciones locales en Cuba*, La Habana: La Moderna Poesía, 2 tomos.
- Casasús, J. (1937). *Vida de Ignacio Agramonte*. Camagüey: Imprenta Ramentol.
- _____. (1981). *Jalones de gloria mambisa*. Miami: La Moderna Poesía.
- Castellanos Rubio, A. (2018). La justicia excepcional en la primera mitad del XIX cubano: orden público y gobierno militar de los territorios coloniales. *Almanack* 18, 6-55.
- Cento Gómez, E. (2014). *De la primera embestida: correspondencia de Ignacio Agramonte (noviembre 1868-enero 1871)*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- Colmeiro, M. (1858a). *Derecho administrativo. 2. ed., ajustada a la legislación vigente, y copiosamente aumentada con nuevos tratados y un apéndice de jurisprudencia administrativa*. Madrid: A. Calleja.
- _____. (1858b). *Elementos del derecho político y administrativo de España*. Madrid: Imp. de Gabriel Alhambra.
- Concha, J. de la. (1853). *Memorias sobre el estado político, gobierno y administración de la Isla de Cuba*. Madrid: Establecimiento tipográfico de D. José Trujillo.
- Díaz, T. (1975). *Ignacio Agramonte, estudiante y jurista*. La Habana: Universidad de La Habana.
- Franco, A-F. (2012). *Cuba en los orígenes del constitucionalismo español: la alternativa descentralizadora: (1808-1837)*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Galván Rodríguez, E. (2017). El Capitán General de Cuba (1763-1898). En J. Alvarado Planas (ed.). *La administración de Cuba en los siglos XVIII y XIX*. (pp. 307-348). Madrid: Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gallego Anabitarte, A. (1983). Las asignaturas de Derecho Político y Administrativo: el destino del Derecho Público Español. *Revista de Administración Pública*, 100-102 (45), 705-804.

- González Mariñas, P. (1992). Centralización e descentralización no pensamento de Manuel Colmeiro. *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, no. 0, 97-114.
- Guerra, R. (1975). *Manual de Historia de Cuba*. Madrid: Ediciones R.
- Guiteras, P. (1928). *Historia de la Isla de Cuba*, La Habana: Cultural, 3 tomos.
- Jiménez Asencio, R. (1998). La administración pública en los orígenes del Estado constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 52, 305-328.
- Jiménez Pastrana, J. (1974). *Ignacio Agramonte: documentos*. La Habana: Editorial Ciencia sociales.
- Martín, S. (2013). Liberalismo e historia en el derecho político. Semblanza de Manuel Colmeiro y Penido (1818-1894). *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 637-668.
- Martínez Neira, M. (2005). Relevancia del Derecho Administrativo francés en la educación jurídica española. *Forum historiae iuris*, 5, 1-21.
- Matilla Correa, A. (2011). *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba. José María Morilla y el Breve tratado de Derecho Administrativo (1847)*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson.
- _____. (2021). *Breve Historia de la Justicia administrativa en Cuba hasta 1958*. La Habana: Unijuris.
- Nieto, A. (1996). *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*. Barcelona: Ariel.
- Pelegrín Taboada, R. (2018). Shades of Liberalism: Lawyers and Social, Political and Legal Transformations in Nineteenth Century Cuba. *FIU Electronic Theses and Dissertations*. <https://digitalcommons.fiu.edu/etd/3895>
- Simon, J. (1859). *La Liberté*. Paris: Librairie de L. Hachette et Cie.
- Schmidt, V. (1990). *Democratizing France: The Political and Administrative History of Decentralization*. Cambridge: Cambridge University Press.

ENERGÍA GEOTÉRMICA EN ECUADOR, CONDICIONES ACTUALES
Y NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN ESPECÍFICA¹Geothermal Energy in Ecuador: Current Conditions
and the Need for a Specific LegislationJERÓNIMO CARCELÉN PACHECO²

Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría, Santiago, Chile

CARLOS IZQUIERDO APOLO³

Pérez Bustamante y Ponce, Quito, Ecuador

Resumen

Se identifica la necesidad de promulgar una legislación específica que regule el desarrollo de la industria de generación eléctrica, usos directos industriales y de calefacción a partir del aprovechamiento de recursos geotérmicos. Para este fin, se abordarán conceptos preliminares e introductorios que expliquen el funcionamiento de la energía geotérmica y su potencial en la región, para luego desarrollar un análisis de la situación actual de esta industria en Ecuador, que incluye el estudio del marco regulatorio eléctrico y los procedimientos de concesión contemplados en la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica y su reglamento. Para finalmente, realizar un breve análisis de derecho comparado y determinar ciertos criterios regulatorios que deberían tomarse en cuenta para una Ley de Energía Geotérmica en Ecuador.

Palabras clave

Energía geotérmica, Energías renovables no convencionales, Derecho eléctrico, Concesiones eléctricas.

Abstract

This article identifies the need to enact specific legislation to regulate the development of the electricity generation industry, direct industrial uses and heating from the use of geothermal resources. For this purpose, preliminary and introductory concepts that explain the functioning of geothermal energy and its potential in the region will be addressed, which will allow developing an analysis of the current situation of this industry in Ecuador, including the study of the electrical regulatory framework, and the concession procedures contemplated in the Organic Law of the Public Service of Electrical Energy and its regulations. Finally, a brief comparative law analysis will be carried out to determine certain regulatory criteria that should be considered for a Geothermal Energy Law in Ecuador.

¹ Los autores de este artículo han contribuido en partes iguales.

² Profesor en la Cátedra Derecho Minero en la Universidad Diego Portales; Programa de Desarrollo Minero de la Universidad Central; del Magister en Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica de Chile; del Magister en Derecho Minero y Aguas de la Universidad Finis Terrae, y de la Escuela Europea de Negocios. Presidente del Consejo Geotérmico Chileno A.G. (2018-2020). Actualmente cursa un Doctorado en Derecho y es profesor visitante de University of Western Ontario, Canadá. Socio en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Correo electrónico jeronimo.carcelen@ppulegal.com; <https://orcid.org/0000-0002-6659-7722>.

³ Abogado por la PUCE, con un LLM con mención en Derecho Regulatorio por la Pontificia Universidad Católica de Chile, asociado en Pérez Bustamante y Ponce. Correo electrónico cizquierdo@pbplaw.com; <https://orcid.org/0000-0001-5710-0262>.



Keywords

Geothermal Energy, Non-Conventional Renewable Energies, Electricity Law, Electricity Concessions.

1. Planteamiento del problema

El Ecuador, al igual que casi todos los Estados a nivel global, está en proceso de sustituir el uso de combustibles fósiles, el llamado cambio de la matriz energética. Sin embargo, muchas energías renovables están limitadas, desde la perspectiva operativa, por condiciones climáticas fluctuantes.

Un sistema eléctrico eficiente debe asegurar una provisión ininterrumpida de energía eléctrica, lo que puede verse comprometido si se parte de una generación basada en fuentes inconstantes. Por su parte, aun cuando una central de generación eléctrica con base en energía geotérmica es una fuente estable de generación, a saber, que no depende de condiciones climáticas; es una tecnología no explotada aún en el Ecuador.

A este respecto, el marco normativo ecuatoriano contempló la posibilidad de que se entregue a la iniciativa privada ciertos proyectos de generación con base en energías renovables. Al 2022 se han lanzado dos procesos de licitación; no obstante, no se ha considerado ningún proyecto de energía geotérmica. Dadas las características de esta tecnología, los países que aprovechan este tipo de energía cuentan con una normativa específica.

Por esa razón, el presente artículo analiza las características propias de la energía geotérmica e identifica los elementos mínimos que deberá contemplar una legislación específica enfocada al Ecuador.

2. Descripción de la energía geotérmica, sus beneficios y desafíos

2.1. Conceptos preliminares

La geotermia es el calor que se produce en el interior de la tierra y es transferido a la superficie. En general, los lugares más apropiados para el aprovechamiento de este recurso están cerca de los volcanes. Este fenómeno natural responde a que, en principio, existe una relación directamente proporcional entre la profundidad de la corteza terrestre y el calor; es decir, a mayor profundidad la temperatura aumenta (Marzolf, 2014, p. 7).

Sin embargo, se suele dar un fenómeno por el cual el calor atrapado en el centro de la Tierra muchas veces asciende a la proximidad superficial. En ese sentido, la teoría de las placas tectónicas advierte que, como efecto del choque de éstas, una placa se superpone a otra mediante el proceso de subducción. En consecuencia, la placa que se incrusta hacia el centro de la tierra provoca que el material caliente -fundido- ascienda a lo largo de los cordones volcánicos de las cordilleras. Al ascender el calor, este puede ser aprovechado (Dickson y Fanelli, 2004, pp. 4-9).

El principio físico que permite aprovechar este recurso para la generación eléctrica ocurre en razón de que se produce un “choque” de fluidos geotérmicos con una fuente de calor existente en las profundidades, como consecuencia de ello, la temperatura y la presión de los fluidos aumentan siendo expulsados a la superficie, esto permite accionar motores o turbinas generando así energía eléctrica.

La energía geotérmica es clasificada como un recurso natural renovable debido a que el calor de un reservorio activo es continuamente restaurado de forma natural, y los fluidos geotérmicos extraídos se restablecen por recarga natural y por reinyección una vez empleados. Sin embargo, en dependencia de las características del sistema geotérmico es posible inyectar

agua superficial y obtener el ciclo antes descrito (Goldstein, Bertani y Gutiérrez, 2011, pp. 401-436).

2.2. Ventajas y desafíos

La energía geotérmica tiene atributos que la convierten en una excelente alternativa para diversificar y limpiar la matriz eléctrica de un país. Asimismo, es sustentable, renovable y autónoma, tiene la capacidad de proporcionar energía de base estable y segura a un costo operacional bajo con una vida útil de al menos 50 años.

Es una energía flexible que se complementa de manera eficaz con otras energías renovables “intermitentes” como la solar y eólica. Mientras que, la capacidad operativa de estas últimas depende de condiciones climáticas (niveles de viento o sol), una planta geotérmica producirá una cantidad estable de energía las 24 horas del día. Es decir, la energía geotérmica ofrece un altísimo factor de planta (hasta 96%) y proporciona energía de carga base fiable por muchas décadas. Esta característica es fundamental para el diseño de políticas públicas, pues los Estados buscan asegurar la provisión de un servicio de energía eléctrica confiable.

Por lo antes descrito, el cambio en las condiciones climáticas no tendrá mayores impactos en los costos ni la efectividad del uso de la energía geotérmica, pero su despliegue puede desempeñar un papel importante en su mitigación.

Está exenta de un proceso de combustión que emita dióxido de carbono. En términos ambientales, las centrales geotérmicas son de bajo impacto, a saber, utilizan muy poco terreno superficial comparado con otras energías renovables. Además, generan bajas o nulas emisiones de CO₂ y ruidos, pudiendo integrarse en armonía al paisaje y las comunidades (Gehring y Loksha, 2012, p. 152).

El primer uso registrado de energía geotérmica para la generación de electricidad ocurrió en Italia en 1904, un motor geotérmico de vapor en la población de Lardarello encendió cinco lámparas eléctricas; el mismo campo geotérmico, a finales de la década de 1930 generaba alrededor de 100 MW de energía eléctrica (Bradbrook y Rønne, 2014). Es decir, esta es una tecnología madura.

A pesar de que la energía geotérmica representa varios beneficios respecto de otras fuentes de generación eléctrica, afronta dificultades que debe superar para convertirse en un recurso atractivo para las inversiones en su desarrollo.

Las barreras que debe sortear se relacionan, por un lado, con una relativamente escasa localización de estos recursos; y por el otro, al alto riesgo y gasto intensivo de capital en la fase de exploración.

El desarrollo de un proyecto geotérmico consta de varias fases. La primera, de exploración o prefactibilidad está encaminada a confirmar la existencia de un yacimiento geotérmico adecuado para la generación eléctrica. Si el resultado es positivo se inicia la segunda fase, el diseño y factibilidad de proyecto. Y, finalmente, la fase de construcción y operación de la planta (Marzolf, 2014, p. 39).

Si dividimos el total de un costo de un proyecto para sus distintas fases, encontramos que: (i) la exploración y confirmación del recurso, que representa alrededor del 10% al 15% del costo total de inversión; (ii) las perforaciones de pozos de producción e inyección, que representa alrededor del 20% al 35%; (iii) las instalaciones de superficie del 10% al 20%; y, (iv) la construcción de la Planta, que puede variar desde el 40% al 60% de la inversión. (Bromley et al, 2010).

2.2.1. Riesgo de los proyectos geotérmicos y costo acumulado de la inversión.

Como se observa a continuación, el riesgo asociado a un proyecto geotérmico disminuye conforme se avanza en su desarrollo; sin embargo, se requiere una inversión intensiva de capital en la confirmación de la existencia del recurso.

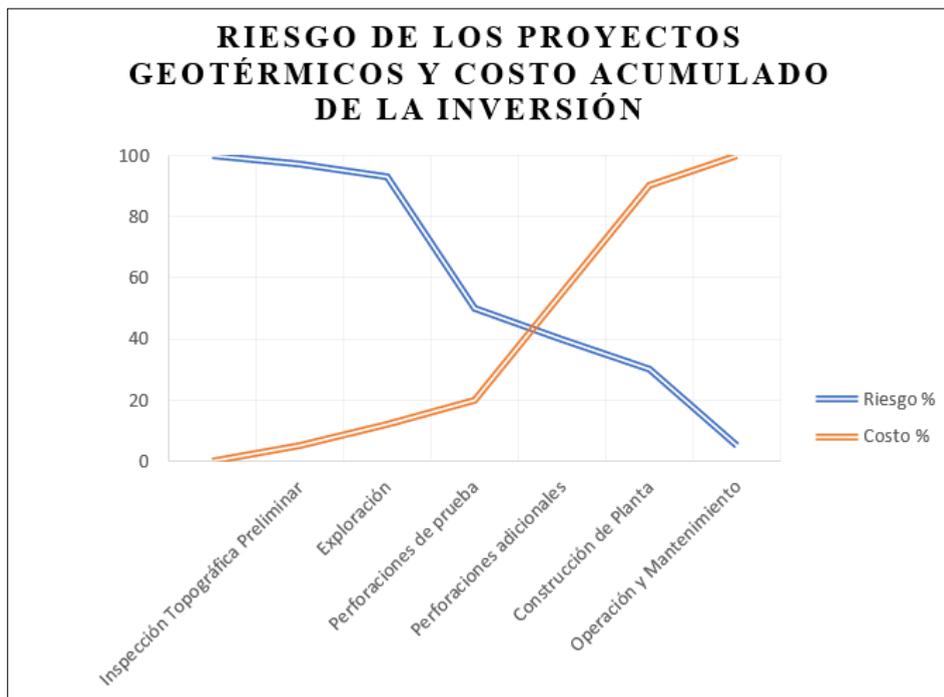


Figura 1. Riesgo de proyectos geotérmicos. Manual de Geotermia de Gehringer y Loksha.

En vista a que estos recursos son subterráneos, los métodos de exploración sirven para localizar y estimarlos (Goldstein, Bertani y Gutiérrez, 2011, p. 415). No es posible comprobar si el recurso geotérmico existe en la cantidad y calidad aprovechable sino hasta después de que se ejecuten las perforaciones y se evalúe el yacimiento; es decir, luego de que se han realizado cuantiosas inversiones.

En América Latina y el Caribe, la exploración geológica cuesta alrededor de US\$4 millones por MW, puede durar hasta tres años y tiene una tasa de éxito de alrededor del 60%. En ese sentido, para mitigar dicho riesgo, las políticas de subvenciones y financiamiento concesional desempeñan un papel clave en la viabilidad de los proyectos geotérmicos.

Un ejemplo exitoso son los programas de financiamiento multilateral que contemplan la transferencia del riesgo; en estos casos, se financia la fase de perforación con un esquema de donación contingente, si la exploración no tiene éxito, los recursos otorgados se considerarán financiamiento no reembolsable; por el contrario, si los resultados son positivos el financiamiento se transforma en un crédito concesional pagadero años más tarde (Banco Interamericano de Desarrollo, 2020).

Consecuentemente, el desarrollo de esta tecnología requiere de una participación propositiva de los gobiernos y los organismos multilaterales, como se verá a continuación, existe potencial geotérmico que valida la búsqueda de mecanismos para ser aprovechado.

2.3. Potencial geotérmico

El mayor desarrollo de la geotermia ha ocurrido en las últimas tres décadas. Hoy en día la capacidad instalada en el mundo alcanza los 13.454 MW. Estados Unidos y Filipinas son los países con la mayor capacidad instalada, unos 3.567 y 1.868 MW, respectivamente. No obstante, el potencial explotable de energía geotérmica en el mundo es mucho mayor. (Ritcher, 2017).

En el caso de América Latina y el Caribe, el BID publicó un informe pormenorizado del potencial geotérmico de cada país. A rasgos generales, la región tiene un potencial geotérmico entre 11 y 55 GW. Sin embargo, en la actualidad solo México, América Central, el Caribe y Chile cuentan con plantas operativas de generación con una capacidad total de 1.7 GW, una fracción del potencial de la región.

Específicamente, en el caso ecuatoriano el desarrollo de la energía geotérmica está alineado con la denominada transformación de la matriz energética, se han realizado las primeras perforaciones exploratorias en algunas áreas con potencial, y la expectativa es contar con la primera planta en un periodo de 5 a 10 años (Banco Interamericano de Desarrollo, 2020).

Si bien existen distintas apreciaciones sobre el potencial del país para generar energía geotérmica, una estimación académica lo consideró en 3000 MW (Lloret y Labus, 2014).

La situación geográfica del Ecuador lo convierte en un país con un interesante potencial geotérmico; sin embargo, no se han generado proyectos para el aprovechamiento de este recurso. Como se verá, no se ha expedido normativa específica que aborde las dificultades que tienen que sortear los proyectos geotérmicos.

3. Energía geotérmica en el marco normativo ecuatoriano

3.1. Tratamiento Constitucional

El Constituyente de Montecristi consideró a la energía en todas sus formas como un sector estratégico para el desarrollo del país, por ello de conformidad con el artículo 313, reservó para el Estado el derecho de administrarla, regularla, controlarla y gestionarla. Del mismo modo, el artículo 261, números 7 y 11, estableció la competencia exclusiva del Estado central sobre los recursos naturales y los recursos energéticos.

La Norma Suprema en su artículo 408 consagra la propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado de todos los productos del subsuelo. En consecuencia, al amparo de esta disposición, la geotermia correrá la misma suerte que los minerales e hidrocarburos.

Es así, en Ecuador el uso y la explotación geotérmica requerirá autorización expresa del Estado, en calidad de dueño de tales recursos, y al tratarse de un sector estratégico, la competencia queda reservada para su nivel central.

Otro aspecto relevante, es que la Norma Constitucional impone en los artículos 413 y 414, la obligación al Estado de promover la eficiencia energética y el desarrollo de energías renovables diversificadas; y, la obligación de adoptar medidas para la mitigación del cambio climático mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero y de la contaminación atmosférica.

3.2 Tratamiento legal

Hasta el momento no se ha expedido legislación específica que regule los procedimientos de asignación, exploración y explotación de recursos geotérmicos. Lo que existe es un marco de carácter general, compuesto por la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica

(LOSPEE) promulgada en el 2015, que es desarrollada por su Reglamento General del año 2019, reformado en 2021.

La energía geotérmica es catalogada, junto con la solar, eólica, biomasa, mareomotriz e hidroeléctrica de capacidades menores, como Energías Renovables No Convencionales (ERNC); en ese sentido, la normativa define directrices para su aprovechamiento.

En el artículo 26 de la LOSPEE, se estableció la obligación del Estado de promover el uso de ERNC, y crear así un sistema eléctrico sostenible; del mismo modo, se contempla que estos recursos cuenten con condiciones preferentes en su regulación.

A manera de antecedente, es importante precisar que, por regla general, las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica serán realizadas por empresas públicas o mixtas en las cuales el Estado tenga la mayoría accionaria. El título por el cual se autorizan estas actividades toma la denominación de autorizaciones de operación.

La excepción para que estas actividades se deleguen a la iniciativa privada está establecida en el artículo 25 de la LOSPEE, bajo tres causales: (i) cuando sea necesario para satisfacer el interés público, colectivo o general; (ii) cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas; y, (iii) cuando se trate de proyectos de ERNC que no consten en el Plan Maestro de Electricidad. En estos tres casos, la participación privada toma la denominación de contratos de concesión, y en los dos primeros casos se requiere de una licitación o Proceso Público de Selección (PPS).

Ahora bien, en cuanto a los contratos de concesión la ley prevé dos figuras: la generación y la autogeneración. La diferencia entre ambas radica en que los proyectos de autogeneración buscan cubrir los consumos propios de las empresas vinculadas a estos proyectos, y solo los excedentes pueden ser comercializados; mientras que, los generadores pueden comercializar directamente su energía con empresas distribuidoras, grandes consumidores y exportadores de energía.

El desarrollo del sector eléctrico debe obedecer a una planificación nacional, el legislador ideó dos herramientas para la elaboración de políticas públicas:

- El Plan Maestro de Electricidad (PME), actualizable cada 4 años, contiene un estudio de la proyección de la demanda esperada para el próximo decenio. En relación con las ERNC delinea la expansión de proyectos de generación.
- El Plan Nacional de Eficiencia Energética (PLANEE), con este se busca incrementar el uso eficiente de los recursos energéticos mediante la ejecución de programas y proyectos de eficiencia energética. Dada la situación actual en el país de la energía geotérmica, este segundo instrumento no contiene ninguna pauta aplicable a esta industria.

3.2.1. Procedimiento de concesión

Como se analizó en el punto anterior, la Norma Constitucional impone la obligación de contar con una autorización estatal para el desarrollo y aprovechamiento de recursos naturales. Al no existir un procedimiento específico para la energía geotérmica, es aplicable el procedimiento general establecido en el artículo 25 de la LOSPEE y desarrollado en los artículos 118 al 131 de su Reglamento General.

En el ámbito de participación privada en la generación de energía eléctrica, se requiere suscribir un contrato de concesión. La norma desarrolla dos procedimientos, el parámetro que determina cuál se debe seguir, es la inclusión del proyecto dentro del Plan Maestro de Electricidad o no.

3.2.1.1. Proceso Público de Selección (PPS)

Dentro del Plan Maestro de Electricidad, constan áreas identificadas por el Estado ecuatoriano para el desarrollo de proyectos con potencial geotérmico. Si un interesado tiene la intención de obtener un contrato de concesión sobre estas áreas deberá participar en un PPS.

El PPS inicia con la convocatoria, que da paso a etapa de precalificación de oferentes, en la que se verificará su capacidad técnica legal y financiera, y solo quienes cumplan los requerimientos podrán participar en las siguientes etapas.

Los oferentes calificados deben preparar sus ofertas técnicas y económicas. Posteriormente, el Ministerio calificará dichas ofertas y adjudicará el proyecto al oferente que presente las mejores condiciones, y finalmente, suscribirá el contrato de concesión.

Ahora bien, en 2016 se expidió el primer PME, en dicho instrumento se consideraron 5 proyectos de energía geotérmica de interés para el Estado ecuatoriano. En la actualización de 2020, se mantuvieron los mismos sin modificación alguna.

Nombre del Proyecto	Potencial Estimado
Chachimbiro	178 MWe
Tufiño-Chiles-Cerro Negro (binacional Colombia)	330 MWe
Chalupas	283 MWe
Chacana-Cachiyacu	83 MWe
Jamanco	26 MWe

Figura 2. Proyectos de energía geotérmica. Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables.

3.2.1.2. Propuesta de particulares o concesión directa

Este procedimiento se encuentra un poco menos desarrollado por la normativa, sin embargo, los artículos 29 de la LOSPEE, y 22, 23 y 130 de su Reglamento brindan los parámetros generales.

En el caso de que el proyecto no se encuentre planificado, la iniciativa radica en el sector privado. Las empresas deben elevar una propuesta al Ministerio, con lo cual se debe realizar el análisis y estudio correspondiente.

Este tipo de proyectos pueden ser autorizados bajo dos figuras: (i) proyectos de generación para negociación de energía con las empresas distribuidoras (contratos regulados) o directamente con grandes consumidores (contratos bilaterales); o, (ii) proyectos de auto-generación, en este caso los excedentes podrán ser negociados tanto con empresas distribuidoras como con grandes consumidores.

En el caso de que se trate de proyectos de generación, si a criterio de la Autoridad el proyecto es de interés público, convocará a un PPS, y se seguirá el procedimiento descrito en el punto anterior, con la salvedad de que el proponente contará con el beneficio de una bonificación adicional para su oferta económica, y la posibilidad de mejorar la oferta cuando se presenten otros oferentes.

Si el proyecto propuesto no es de interés público, el Ministerio otorgará directamente al proponente el título habilitante y posteriormente suscribirá el contrato de concesión.

Cuando se trate de proyectos de autogeneración, y no estén explícitamente incorporados en el PME, el proponente lo podrá desarrollar, a su cuenta y riesgo, previa autorización expresa del Ministerio.

3.2.2. Particularidades

Es importante señalar que, al finalizar el plazo del contrato de concesión, todos los bienes deben ser revertidos y transferidos obligatoriamente y sin costo alguno al Estado ecuatoriano, conforme se encuentra establecido en el artículo 32 de la LOSPEE y 139 del reglamento. Es decir, la normativa establece un modelo de concesión Build, Own Operate and Transfer BOOT, que es una especie de contrato de concesión, por la cual, el sector privado asume el diseño, financiamiento, construcción y posterior operación de un proyecto, para luego explotarlo durante un periodo de tiempo acordado contractualmente, y una vez finalizado, la propiedad de la infraestructura pasa al Estado, que puede decidir seguir explotándolo por sí mismo, o volver a concesionarlo al sector privado (Lodoño, 2014).

3.2.3. Situación actual

En septiembre del 2020 y 2021, el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables inició los PPS denominados “Bloque Proyectos ERNC”. Bajo esta figura se concesionó un total de 200 MW en el año 2021, y se busca concesionar 500 MW en el año 2022; no obstante, fueron excluidos los proyectos de generación a base del aprovechamiento de energía geotérmica en ambas licitaciones.

4. Argumentos a considerar para una Ley de Energía Geotérmica

El rol de principal de una ley exclusiva para la regulación de la energía geotérmica es asegurar un clima de inversión favorable (Bradbrook y Rønne, 2014).

Cómo se ha visto, dado que la exploración y prospección implican altos montos de inversión y son actividades de alto riesgo, resulta poco realista esperar inversiones significativas sin que haya confianza de la existencia de un modelo legal de derechos y responsabilidades diseñado previamente.

Esto solo podría ocurrir si una ley fija los parámetros mínimos de un sistema de dominio del recurso, y establece un régimen detallado para su exploración, explotación y desarrollo.

Aunque se pueden adaptar las leyes que regulan el sector minero o petrolero para abarcar el aprovechamiento de la energía geotérmica, este enfoque puede generar inconvenientes respecto de a una clasificación errónea o incompleta de los diferentes tipos de recursos geotérmicos (2014). Resulta así, que la vía más adecuada para el impulso de la energía geotérmica es aquella encaminada a la expedición de una ley específica, y el impulso de políticas públicas para su desarrollo.

Como se verá a continuación, en Latinoamérica los Estados que cuentan con una industria geotérmica, cuentan con legislación específica enfocada a este recurso.

5. Derecho comparado

Desde diversos enfoques, múltiples sistemas políticos han abordado el tema geotérmico. A continuación, se analizarán los principales criterios normativos aplicados en las leyes de energía geotérmica de México y Chile.

En América Latina, la primera planta de energía geotérmica entró en operación en México en 1973 (Bruni, 2014), actualmente, este país es el mayor generador de este tipo de energía en la región, con una capacidad instalada de 926 MW (Banco Interamericano de Desarrollo, 2020, p. 8). Por su parte, en Chile se construyó la primera planta de energía geotérmica en Sudamérica en el año 2017, con una capacidad de 48 MW (2020, p. 15).

Analizar la normativa de estos países permitirá identificar los mecanismos adoptados para el impulsado al desarrollo de esta tecnología.

Las leyes analizadas abordan las necesidades de la industria geotérmica desde los marcos constitucionales propios de cada país; asimismo, contemplan regulaciones específicas comunes, como lo son: la propiedad de los recursos geotérmicos e institucionalidad, y la regulación al aprovechamiento de esta energía.

5.1. México

5.1.1. Propiedad de los recursos geotérmicos e institucionalidad

En los Estados Unidos Mexicanos, la propiedad de los recursos geotérmicos está consagrada -indirectamente- en el artículo 27 de su Constitución, pues según esta disposición corresponderá a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales, y de todos los minerales o sustancias que, en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos.

La Ley de Energía Geotérmica estructura la institucionalidad que regirá al sector. En ese sentido, el Estado expide los registros, permisos, títulos de concesión geotérmica a través de la Secretaría de Energía, institución que también tiene a cargo la administración y revocatoria o caducidad de estos derechos.

El procedimiento de licenciamiento ambiental está a cargo de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales; mientras que, la fiscalización y control ambiental está a cargo de La Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, órgano administrativo de la Secretaría con autonomía técnica y operativa.

5.1.2. Regulación al aprovechamiento de energía geotérmica

La ley antes referida divide la vida de un proyecto geotérmico bajo las figuras de registro, permiso y concesión de explotación.

El registro permitirá a su titular la realización de trabajos de reconocimiento de un área determinada, con una vigencia de ocho meses.

El permiso por su parte permite la realización de trabajos de exploración de un área determinada, de hasta 150 km², con una vigencia de tres años, prorrogable por igual tiempo. Para obtener estas autorizaciones, los proponentes deberán acreditar capacidad técnica y económica.

La concesión de explotación permite el aprovechamiento de los recursos geotérmicos por un periodo inicial de 30 años. En este caso el proponente deberá presentar un cronograma financiero y operativo del proyecto, su viabilidad ambiental y de interconexión.

Durante la vigencia de las autorizaciones los titulares mantienen la obligación de presentar informes anuales y acreditar el cumplimiento de sus cronogramas.

5.2. Chile

5.2.1 Propiedad de los recursos geotérmicos e institucionalidad

La Constitución, en su artículo 14, número 24, regula el derecho de propiedad de minas canteras e hidrocarburos sin regular de forma directa los recursos geotérmicos. Por este motivo, la Ley de Energía Geotérmica en su artículo 4 hace un reconocimiento explícito del dominio estatal de los recursos geotérmicos (Ley 19.657).

El Estado actúa a través del Ministerio de Energía, ente que tiene a su cargo los procedimientos para otorgar, administrar y revocar las concesiones de energía geotérmica.

El proceso de autorización ambiental está a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, ente a responsable de la gestión y administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Mientras que, la fiscalización y control ambiental está a cargo de la Superintendencia del Medio Ambiente, órgano autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio.

5.2.2. Regulación al aprovechamiento de energía geotérmica

La Ley 19.657 establece un procedimiento de petición directa o licitación para acceder a una concesión de exploración, misma que posteriormente puede ser transformada en una concesión de explotación.

La norma consagra presupuestos en los cuales es obligatorio llevar a cabo un procedimiento de licitación: (i) cuando se trate de una concesión que recaiga, total o parcialmente sobre una de las fuentes probables, que es un listado elaborado por el Estado chileno mediante el cual identifica áreas con potencial geotérmico para la generación de electricidad; (ii) cuando existan dos o más solicitudes de concesión en trámite que recaigan sobre todo o parte del mismo terreno comprendido por una de ellas; y, (iii) cuando la Autoridad estatal lo considere pertinente. En los demás casos es posible un procedimiento de petición.

Para los procesos de licitación, como requisito para poder participar, se requiere acreditar un patrimonio mínimo. Se establece un proceso compuesto por dos etapas, una de calificación técnica, los que hayan superado ésta podrán acceder a la segunda presentando su oferta económica.

La vigencia de la concesión de exploración es de 2 años, que puede ser extendido por igual tiempo; se deja a salvo la facultad del titular de iniciar el procedimiento para acceder a la concesión de explotación en cualquier momento mientras se encuentre vigente su concesión, o hasta 2 años de vencida.

Mientras que, los titulares de un permiso de exploración que hayan cumplido con todos los requisitos y obligaciones que se desprenden de su concesión, podrán solicitar ante el Ministerio de Energía la concesión de explotación.

Durante la vigencia de las autorizaciones los titulares están obligados a presentar informes periódicos, el pago de patentes anuales durante la etapa de exploración y acreditar el cumplimiento de sus cronogramas.

5.3. Análisis de derecho comparado

Así las cosas, los países que tienen una industria geotérmica, en mayor o menor medida consolidada, han promulgado leyes para regular su aprovechamiento. Como punto de partida, la regulación debe adoptar una definición de energía geotérmica; posteriormente, delimitar la propiedad de los recursos geotérmicos, su relación con la propiedad de los predios superficiales y establecer la autoridad con la competencia para regular el sector.

Asimismo, se debe diseñar un sistema de licencias que garantice el derecho exclusivo para explorar y luego explotar los recursos geotérmicos por un periodo determinado; en ese sentido, las legislaciones analizadas dividen el aprovechamiento del recurso en exploración y explotación, con un procedimiento de licenciamiento para cada fase.

La exploración es impulsada, mientras que, para la explotación se han diseñado procedimientos por los cuales los interesados acrediten su capacidad técnica y económica, y propongan un cronograma de actividades, de esa forma, se busca asegurar la viabilidad de los proyectos.

Estas licencias están, de alguna manera, sujetas al cumplimiento de obligaciones como: entrega de informes periódicos de cumplimiento y pago de patentes anuales; de ese modo, un marco normativo debe contener causales de caducidad en caso del incumplimiento de los compromisos adoptados, y la posibilidad de efectuar renuncia de la concesión, en el caso de que se pierda la capacidad técnica o económica; por ello, se deben diseñar mecanismos para volver a concesionar un área y así proseguir con el proyecto.

Respecto del componente ambiental, es importante asegurar certeza jurídica en cuanto al procedimiento de licencia ambiental. Se destaca la legislación chilena, con la cual, dadas las características de la exploración, estas actividades no ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y las actividades de explotación ingresarán únicamente en la medida de que la planta de generación sobrepase los 3 MW de capacidad. Del mismo modo, aunque la regulación ambiental sea desarrollada en cuerpos normativos distintos al de aprovechamiento de energía geotérmica, el “sistema de ventanilla única” por el cual la evaluación ambiental de un proyecto se somete a una única revisión por parte de todas las entidades públicas con competencias ambientales y de la ciudadanía en general de forma previa a su aprobación, es una herramienta digna de emular, ya que genera un clima de seguridad jurídica para la atracción de las inversiones.

En cuanto al ámbito financiero, es importante que se establezcan incentivos. Un ejemplo de medidas exitosas se ha evidenciado en México, como la obligación de compra de certificados de energía renovable y la creación de programas de financiamiento y transferencia de riesgos, con los cuales indirectamente el Estado asume el riesgo de las primeras fases de la exploración geotérmica.

6. Consideraciones normativas para una Ley de geotermia en Ecuador

Como se señaló, las leyes de geotermia en la legislación comparada contienen ciertos criterios normativos comunes mínimos.

Adicionalmente, la Unión Europea a través de Energía Inteligente Europa (IEE por sus siglas en inglés), desarrolló un marco modelo para la regulación de energía geotérmica. El estudio lo dividió en tres ejes: Legal; Financiero; y, Medidas de Soporte o Complementarias (Geothermal Regulation - Heat and Intelligent Energy Europe, 2009).

Este modelo contempla un esquema base que debe ser observado en la elaboración de un marco regulatorio. Dentro de los aspectos legales, se destaca: la importancia de adoptar una definición de energía geotérmica; la necesidad de clarificar la propiedad sobre los recursos geotérmicos y establecer la autoridad con la competencia para regular el sector; la adopción de un sistema de licencias que garantice el derecho exclusivo para explorar y luego explotar recursos geotérmicos en un área definida por un periodo determinado; simplificar regulaciones y procedimientos administrativos; y regular el monitoreo y recopilación de datos relativos a los recursos geotérmicos que permitan establecer una línea base de su potencial.

En cuanto al ámbito financiero, se enfatiza la importancia de establecer incentivos. En primer término, fijar un valor mínimo por concepto de tasas administrativas, y su explotación no debería estar sujeto al cobro de regalías, dada la característica renovable de la energía geotérmica. De la misma forma se deberá diseñar una legislación fiscal que promueva el incremento de inversión en el sector. Finalmente, resultaría pertinente idear mecanismos para reducir el riesgo asociado a las perforaciones de exploración.

Una ley de energía geotérmica para el Ecuador, en primer término, debiera definir lo que se entiende por recurso geotérmico y los criterios técnicos para determinarlo (por ejemplo, temperatura). En general, las definiciones de energía geotérmica entregadas por las diver-

Las leyes tienen en común que en todas ellas se hace referencia a que dicha energía se obtiene del calor del subsuelo; además, cada legislación le agrega elementos característicos distintos (elementos que la componen, forma de ser producción, forma de extracción, carácter renovable, forma de utilización, entre otros). Dentro de esa definición podrá haber una distinción entre actividades de baja (usos directos) y alta entalpía (generación eléctrica).

Las leyes de geotermia establecen los derechos que se otorgan a los particulares para explorar o explotar los recursos geotérmicos y sus diversas formas de aprovechamiento (usos y actividades). Aunque existen algunas diferencias en el otorgamiento y alcance de estos derechos, normalmente responden a denominaciones tales como permisos, licencias, concesiones o contratos.

Respecto de las actividades asociadas a cada título, en general se establece que los particulares pueden adquirir derechos para explorar o explotar los recursos geotérmicos. En algunos casos como en México se distingue el permiso de exploración de la concesión de explotación y en otros como en Islandia se reconoce una sola figura, denominándose concesión, licencia o contrato de otorgamiento ya sea de exploración o explotación.

En el caso que se otorgue un título para cada etapa (exploración y explotación) o el título sea uno solo, pero se divida en dos etapas, es relevante que el marco normativo otorgue a su titular seguridad de que podrá transformar el título de exploración en explotación, ya que será a través del aprovechamiento de dichos recursos que podrá recuperar la inversión realizada durante las actividades de exploración.

En el mismo sentido, es habitual que las leyes de geotermia contengan normas que permiten ejecutar actividades para diferentes usos de la energía geotérmica, ya sea para la generación de energía eléctrica o para uso doméstico o industrial. En Chile, las concesiones de energía geotérmica sólo tienen por objeto la generación de electricidad; sin embargo, actualmente existe un Proyecto de Ley que Perfecciona la Ley Sobre Concesiones de Energía Geotérmica, que pretende modificar la legislación actual y distinguir los aprovechamientos someros de energía geotérmica de los aprovechamientos para plantas de generación eléctrica. Para ello, el Proyecto propone utilizar como elemento distintivo los metros de profundidad de perforación (400m) y la temperatura promedio máxima que alcanza (90°C). Esta clasificación adquiere relevancia en los procedimientos para obtener concesiones de exploración y explotación sobre los recursos geotérmicos.

Hay países que clasifican los recursos geotérmicos en razón a la temperatura o la entalpía, pero dicha clasificación no está reconocida en un cuerpo legal. En México, la Secretaría de Energía clasifica los sistemas geotérmicos de alta entalpía (más de 200°C), media entalpía (entre 150 y 200°C) y baja entalpía (entre 90 y 150°C).

En cuanto a los procedimientos para el otorgamiento de los títulos para desarrollar actividades de exploración o de explotación, estos se otorgan, principalmente, en un procedimiento administrativo a solicitud del interesado o a través de un procedimiento de selección objetiva regido con sujeción a los principios que gobiernan la contratación estatal.

Otro aspecto normativo para tener en consideración es la duración del título. Por una parte, es necesario considerar las actividades que se desarrollarán, el monto de inversión asociado a dichas actividades y los plazos de obtención de los permisos ambientales aplicables. Así, el título que autorice la exploración o explotación de los recursos geotérmicos debe estar vigente durante el tiempo suficiente para hacer viable el proyecto tanto operativa como financieramente.

En general, se establecen distintos plazos de duración al permiso de exploración y de explotación, pero en casi todos los países estos plazos son determinados y prorrogables,

salvo en Chile. La ley chilena, establece que la concesión de exploración tiene una duración de dos años, prorrogable por dos años más, y la concesión de explotación tiene una duración indefinida. En Islandia, la licencia de exploración se concede generalmente por un plazo que fluctúa entre 1 y 15 años, mientras que la licencia de explotación tiene una duración máxima de 65 años.

Además del ejercicio del derecho principal para explorar o explotar el recurso geotérmico, existen una serie de derechos o facultades que deberán ejercerse para el desarrollo de un proyecto de energía geotérmica, tales como acceso a los predios superficiales y aprovechamiento de recursos hídricos. Estos deben ser garantizados a favor del titular del permiso o licencia.

Como contrapartida a los derechos otorgados por el título correspondiente, el interesado deberá cumplir ciertas obligaciones, como la entrega de información geológica a la autoridad, el cumplimiento del cronograma técnico y financiero, además de la contratación de seguros.

Si bien aún no es un estándar de rango legal, tanto Australia como Canadá han elaborado metodologías para la estimación de reservas y recursos geotérmicos que sirven o podrían servir de base para la entrega de información geológica a la autoridad competente. Además, tanto la autoridad competente para otorgar permisos y concesiones, como la autoridad ambiental exigen la entrega de reportes periódicos respecto de las actividades ejecutadas. Por otra parte, habitualmente el concesionario debe pagar un derecho, patente o impuesto.

Finalmente, para efectos del otorgamiento de certeza jurídica, es importante que la ley de geotermia considere causales expresas de extinción del título, las que están directamente relacionadas con el incumplimiento con las obligaciones del concesionario.

Dentro de las legislaciones comparadas es posible encontrar ciertas causales comunes: (i) en caso de que los títulos estén sujetos a un plazo, procede como causal el cumplimiento del plazo de vigencia, sin que se solicite la prórroga; (ii) el no pago de la patente, título, impuesto o derecho correspondiente; (iii) renuncia del titular; (iv) incumplimiento grave de ciertas reglas establecidas en el título o en la legislación aplicable; (v) declaración de quiebra, disolución, liquidación del permisionario o concesionario; y (vi) no iniciar o desarrollar las actividades de exploración y/o de explotación dentro de un plazo determinado.

En resumen, un régimen legal efectivo para manejar y explotar recursos geotérmicos debe ser enfocado desde una perspectiva integral. Así, la base del sistema debe ser una ley de energía geotérmica que desarrolle los siguientes criterios normativos: (i) disposiciones generales; (ii) definición y propiedad; (iii) títulos; (iv) actividades y usos; (v) procedimiento; (vi) duración del título; (vii) derechos que otorgan los títulos; (viii) obligaciones; y (xi) extinción del título. No obstante, para que esta industria tenga un verdadero impulso, juntamente con la aprobación de una ley de energía geotérmica se deberán aprobar ciertos incentivos fiscales o beneficios asociados.

7. Conclusiones

El calor producido en las entrañas de la tierra es un recurso natural renovable que puede ser aprovechado para generar electricidad con una energía de carga base estable, a diferencia de la energía eólica o fotovoltaica. Su potencial en Ecuador y en la región es enorme y su utilización puede contribuir en la mitigación del cambio climático. Sin embargo, es una industria de altos riesgos financieros, ya que requiere una inversión intensiva de capital en las primeras fases, por lo que se han diseñado diversos mecanismos para administrar estos riesgos.

Particularmente en Ecuador, todos los productos del subsuelo son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado; del mismo modo, la energía es un sector estratégico de competencia del Estado central. Por regla general las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización, importación y exportación de energía eléctrica y servicio de alumbrado público, son realizadas por empresas públicas o mixtas en las cuales el Estado tenga la mayoría accionaria; sin embargo, la generación de electricidad con base al aprovechamiento de energía geotérmica podría ingresar dentro de las excepciones contempladas.

Actualmente no existe una norma que regule concretamente la energía geotérmica. La Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica contiene un marco general aplicable a todas las energías renovables no convencionales; en ese sentido, se prevé un modelo de concesión BOOT, por la cual, el sector privado asume el diseño, financiamiento y construcción de un proyecto, para luego explotarlo durante un periodo de tiempo, y una vez concluido, la propiedad de la infraestructura pasa al Estado. El mecanismo para acceder a esta concesión puede ser a través de un Proceso Público de Selección, respecto de áreas contempladas en el Plan Maestro de Electricidad, o, a través de propuestas elevadas por los particulares, respecto de áreas que no hayan sido identificadas por el Estado. Sin embargo, estos procedimientos no toman en cuenta las particularidades de la energía geotérmica, y hasta la fecha los campos con potencial geotérmico no han sido incluidos dentro de tales procesos.

Por las características inherentes al desarrollo de la energía geotérmica; resulta poco realista esperar inversiones significativas sin que haya confianza de que existe un sistema legal de derechos y responsabilidades diseñado previamente. La piedra angular sobre la que se debe basar este sistema legal es una ley de energía geotérmica que tome en consideración los mecanismos para la obtención, administración y extinción de un permiso para el aprovechamiento de este recurso; así como, aspectos ambientales y beneficios tributarios y financieros.

Referencias bibliográficas

- Banco Interamericano de Desarrollo. (2020). *Capturando el potencial geotérmico en América Latina y El Caribe*. BID. doi: <http://dx.doi.org/10.18235/0002702>
- Björn , B., Björn , A., Lochet, A., Björg , A., Þórunn , H., & Kristín , H. (2017). Iceland. En BBA, *Geothermal Transparency Guide*. BBA//Fjeldco.
- Bradbrook , A., & Rønne, A. (2014). New Advances in Geothermal Energy Law. En D. N. Zillman, A. McHarg, A. Bradbrook, & L. Barrera-Hernandez, *The Law of Energy Underground: Understanding New Developments in Subsurface Production, Transmission, and Storage*. New York: Oxford Scholarship Online.
- Bromley, C., Mongillo, M., Hiriart, G., Goldstein, B., Bertani, R., Huenges, E., . . . Zui, V. (2010). Contribution of geothermal energy to climate change mitigation: the IPCC renewable energy report. *Proceedings World Geothermal Congress 2010*. Bali-Indonesia.
- Bruni, Sandro. (2014). *Geotermia: una fuente sostenible de energía*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Dickson, M. H., & Fanelli, M. (2004). *What is Geothermal Energy?* Pisa, Italy: Istituto di Geoscienze e Georisorse, CNR .

- Gehring, M., & Loksha, V. (2012). *Manual de Geotermia: Cómo Planificar y Financiar la Generación de Electricidad*. Washington D.C.: Banco Internacional Para la Reconstrucción y el Desarrollo.
- Geothermal Regulation - Heat and Intelligent Energy Europe. (2009). *Geothermal Regulation Framework*. Dublin. Recuperado el 20 de Octubre de 2020, de https://ec.europa.eu/energy/intelligent/projects/sites/iee-projects/files/projects/documents/gtr-h_final_gtr_h_framework.pdf
- Goldstein, H., Bertani, B., & Gutiérrez-Negrín, L. (2011). Geothermal Energy. En R. P.-M. O. Edenhofer, *Renewable Energy Sources and Climate Change Mitigation: Special Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (págs. 401-436). Cambridge University Press.
- Lloret, A., & Labus, J. (2014). Geothermal development in Ecuador. "Short Course VI on Utilization of Low- and Medium-Enthalpy Geothermal Resources and Financial Aspects of Utilization. Santa Tecla.
- Lodoño, M. (2014). Asociaciones público privadas, modelo de desarrollo de infraestructura productiva y social en Colombia y el Mundo. *Revista de Derecho Público Nro. 33*, 803-825.
- Marzolf, N. C. (2014). *Emprendimiento de la Energía Geotérmica en Colombia*. Medellín: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Massachusetts Institute of Technology. (2006). *The Future of Geothermal Energy. Impact of Enhanced Geothermal Systems (EGS) on the United States in the 21st Century*. Idaho: Massachusetts Institute of Technology.
- Ritcher, Alexander. (2017). *Geolac 2017. Think GeoEnergy*. Obtenido de <http://www.think-geoenergy.com/map>
- Ritcher, Alexander. (2020). *Iceland Overview - Energy Market & Geothermal Energy*. Obtenido de <https://irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Events/2020/May/Overview--Energy-Market--Geothermal-Energy--Iceland.pdf?la=en&hash=6303B09B654AEE9D7F05C82E19D3C29A9DAF62B1>
- The Australian Geothermal Reporting Code Committee. (2010). *Australian Code for Reporting of Exploration Results, Geothermal Resources and Geothermal Reserves*. Obtenido de <http://www.dmp.wa.gov.au/Documents/Geological-Survey/Geothermal-Reporting-Code-Ed-2.pdf>
- The Canadian Geothermal Code Committee. (2010). *The Canadian Geothermal Code for Public Reporting*. Obtenido de <https://www.cangea.ca/uploads/3/0/9/7/30973335/canadiangeothermalcodeforpublicreporting.pdf>

Legislación

- Asamblea Constituyente Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449. 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2015). *Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica*. Registro Oficial Suplemento No. 418 de 16 de enero del 2015.
- Presidente de la República del Ecuador (2019). Decreto Ejecutivo No. 856. *Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica*. Registro Oficial No. 21, 20 de agosto de 2019
- Presidente de la República del Ecuador (2021). Decreto Ejecutivo No. 239. *Reformas al Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica*. Registro Oficial No. 575, 11 de noviembre de 2021.

- Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables. (2020). Plan Maestro de Electrificación. Ecuador.
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia Chile (2005). *Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile 1980*.
- Honorable Congreso Nacional. Chile (2000). *Ley 19.657 Sobre Concesiones de Energía Geotérmica*.
- Parlamento Islandia -Althing- (1998). Act No. 57. *Act on the survey and utilisation of ground resources*.
- Diario Oficial de la Federación. Mexico (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- Diario Oficial de la Federación. Mexico (2014). *Ley de Energía Geotérmica*.
- Diario Oficial de la Federación. Mexico (2014). *Ley Industria Eléctrica*.
- Diario Oficial de la Federación. Mexico (2015). *Ley de Transición Energética*.

LA POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL EMBARAZO EN NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LOS DERECHOS DEL NIÑO

The Policy for the Prevention of Pregnancy Among Girls and Adolescents and the Children's Rights

JEAN PIERRE RUIZ LUZARDO¹
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España

Resumen

Este artículo analiza la Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes en Ecuador periodo 2018-2025, desde tres aspectos: 1) el enfoque de los derechos del niño; 2) el principio de autonomía progresiva; y, 3) la Educación Integral en Sexualidad (EIS). La metodología empleada consistió en la comparación de la normativa internacional y lo establecido en la política. Finalmente, se concluye que este instrumento no contempla dichos elementos en su diseño.

Palabras clave

Políticas públicas, Derechos del niño, Autonomía progresiva, Adolescentes, Embarazo adolescente, Educación integral en sexualidad.

Abstract

This article analyzes the Intersectoral Policy for the Prevention of Pregnancy in Girls and Adolescents in Ecuador, period 2018-2025, from three aspects: i) the approach to the children's rights; ii) the principle of progressive autonomy; and iii) comprehensive sexuality education. The methodology used consisted of the comparison of international standards and the provisions of the policy. Finally, it is concluded that this instrument does not cover these elements in its design.

Keywords

Public Policies, Children's Rights, Progressive Autonomy, Adolescents, Adolescent Pregnancy, Comprehensive Sexuality Education.

1. Introducción

Los Derechos Humanos (en adelante DH) representan la lucha, conquista y construcción histórica de los derechos individuales y colectivos inherentes a todos los seres humanos sin distinción de ningún tipo. Se establecen y proclaman con el objetivo de garantizar la dignidad humana de las personas (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-OACNUDH, 2010).

El enfoque de DH es, en este sentido, una herramienta metodológica y analítica que permite aplicar los principios de "universalidad, inalienabilidad, interdependencia, igualdad

¹ Abogado cum laude por la Universidad San Francisco de Quito. Mediador por la Universidad de los Hemisferios, Especialista y Magíster en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), sede México. Candidato a PhD por la Universidad Pompeu Fabra. Actualmente es asesor de despacho de la Corte Constitucional del Ecuador. Correo electrónico: jpierre Ruiz.l@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/000-0001-9513-2230>.



y no discriminación, pro-persona, no regresividad y progresividad, participación e inclusión, rendición de cuentas e imperio de la ley” a todas las personas en los distintos ámbitos (Aguinaga et al., 2020, p. 14). Este enfoque da centralidad al reconocimiento de las personas como sujetos de derechos dentro de su contexto. Además, genera una nueva interpretación de los derechos a partir de las diversas necesidades identificadas, logrando el pleno desarrollo de las personas y la declaración de derechos clave que fomentan el alcance de otros (Serrano y Vázquez, 2013, p. 20).

Los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia, en concordancia con las obligaciones generales de los Estados en materia de DH, constituyen herramientas que deben ser aplicadas para tener una verdadera instrumentalización de los DH. En este sentido, es de vital importancia tomar en cuenta los Derechos del Niño al momento de diseñar políticas públicas enfocadas en los niños, niñas y adolescentes (NNA); ya que estos derechos no son secundarios, ni complementarios a los DH, sino que brindan una protección especial a los NNA al considerar derechos que no son aplicables a los adultos y viceversa.

Al igual que los DH, los derechos del niño son indivisibles, interdependientes, se vinculan unos con otros, y tienen como objetivo la protección de los NNA de cualquier tipo de situación que pudiera limitar su desarrollo integral. De ahí que, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) se enfoca en que los miembros se comprometan a incluirlos dentro de su legislación, así como a aplicarlos en sus instrumentos de política pública. Es de gran importancia que estas aseguren y fortalezcan el desarrollo de los NNA, sobre todo teniendo en cuenta que en esta etapa de la vida se encuentran particularmente vulnerables, en especial si se consideran las brechas de desigualdad existentes en los diferentes ámbitos.

La CDN es el primer código universal legalmente obligatorio enfocado en proteger los derechos de la niñez y adolescencia, bajo el cual los Estados miembros se comprometen a garantizar que los NNA tengan acceso a un sistema de cuidado integral de calidad que favorezca el pleno ejercicio de sus capacidades.

El Ecuador se encuentra suscrito a la CDN desde 1989; en los últimos años se ha modificado la normativa nacional a fin de ajustarla con lo expresado por la CDN y también se ha buscado su aplicación en la política pública.

Es por lo que, el presente artículo se enfoca en analizar la Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes en Ecuador para el periodo 2018-2025, con el propósito de evaluar si esta se enmarca en el enfoque de los Derechos del Niño, así como si contempla el principio de autonomía progresiva de las adolescentes, entendido como un elemento transversal de este enfoque; y si se considera adecuadamente a la Educación Integral de la Sexualidad (IES) como mecanismo para la prevención del embarazo adolescente.

Por tanto, el eje central de esta investigación consiste en responder la interrogante: ¿se incorpora el enfoque de derechos humanos de la infancia en la Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes en Ecuador para el periodo 2018-2025, en particular, el principio de autonomía progresiva de las adolescentes, y su derecho a una educación integral en sexualidad?

Este trabajo usa el término “enfoque de DH de la infancia” y no “niñez” por la siguiente razón. Al hablar de infancia se reconoce a todos los NNA como sujetos de derechos, lo que hace efectivo el pleno ejercicio de estos. Así, el enfoque de DH “se presenta como una guía fundamental para diseñar e implementar políticas públicas desde una perspectiva de los derechos de la infancia” (Pautassi y Royo, 2012, p. 21). Esto tomando en cuenta que, a lo largo de este estudio se busca determinar si las adolescentes son reconocidas como sujetas de derecho, hecho que guarda relación con la noción de DH como un proceso constante de

construcción de ciudadanía que se expresa en la fórmula del reconocimiento del “derecho a tener derechos” (Cillero, 2019, p. 5).

Para el examen de esta política el grupo específico de estudio son las adolescentes, entendidas como tal a aquellas entre los 12 y 18 años, según el *corpus iuris* del DIDH:

CDN: Art. 1 Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de la República del Ecuador Art. 4.- Definición de niño, niña y adolescente. - [...] *Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad* [el énfasis es mío].

Código Civil de la República del Ecuador. Art. 21.- Llamase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

Si bien las fuentes del DIDH hablan de “niños”, de acuerdo con la noción prescrita en el artículo 1 de la CDN esta denominación incluye a los NNA. Por sus obligaciones específicas y por su condición de género el propio *corpus iuris* también se refiere a ellas como adolescentes.

El artículo tiene un enfoque de investigación cualitativo y se basa en la revisión de doctrina referente a temas de derechos humanos, de la infancia, sexuales y reproductivos; por tanto, dentro de sus fuentes de consulta se encuentran instrumentos internacionales, así como la normativa ecuatoriana vigente referente al objeto de estudio. Como métodos se emplean el descriptivo, exploratorio y analítico.

La estructura del documento consiste en la definición de la problemática del embarazo adolescente en el Ecuador, después se realiza la presentación de la política en estudio y posteriormente se la analiza a partir de: 1) el enfoque de derechos del niño; 2) los tipos ideales encontrados en el derecho internacional en torno al principio de autonomía progresiva, considerado como elemento transversal que abarca empoderamiento, igualdad y no discriminación y los mecanismos de participación de las adolescentes; y, 3) los estándares encontrados en el *corpus iuris* del DIDH en cuanto a la EIS. Finalmente, se presentan las conclusiones generales.

Para determinar los tipos ideales en cuanto a la autonomía progresiva de las adolescentes y estándares referentes a la EIS se realiza el desempaque de los derechos, que es la desagregación de un derecho en subderechos, metodología que busca identificar de mejor manera las obligaciones generales relacionadas con el derecho en análisis, así como la retroalimentación respecto a los estándares que no fueron observados al momento de diseñar la política (Serrano y Vázquez, 2013). Algunos de estos derechos han sido identificados en los instrumentos internacionales del DIDH y otros son fruto del desarrollo de la jurisprudencia e interpretaciones oficiales de cada uno de estos, que en su totalidad forman el *corpus iuris* del DIDH.

2. Embarazo adolescente en Ecuador

El embarazo en adolescentes es una problemática de salud pública en Latinoamérica, región donde se tienen los índices de fecundidad adolescente más altos a nivel mundial (Ministerio de Salud Pública, 2018). Ecuador, según el Informe del Estado Mundial de Población realiza-

do por la Organización Panamericana de la Salud (OPS), en 2006, tiene la tercera tasa más alta de embarazo en adolescentes entre 10 y 19 años, después de Nicaragua y República Dominicana. La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2020) estima que unos 16 millones de adolescentes de 15 a 19 años y un millón de niñas menores de 15 años dan a luz cada año.

Las complicaciones relacionadas con el embarazo y el parto en adolescentes de 15 a 19 años según el Instituto Nacional de Estadística y Censo, INEC, incluyen: presencia de tumores placentarios, embarazos ectópicos, complicaciones en la labor de parto, entre otras (2018, p. 10). Las adolescentes enfrentan mayores riesgos de mortalidad y de complicaciones obstétricas relacionadas con el embarazo precoz o la práctica de un aborto inseguro (Ministerio de Salud Pública, 2018).

Siguiendo con el informe del Ministerio de Salud Pública (2018), cerca de 40% de las adolescentes ecuatorianas de entre 15 a 19 años tienen una vida sexual activa, y el 7% la inició antes de los 15 años. En la última década, el número de partos entre mujeres de 10 a 14 años se incrementó en 78%. En cuanto a la autoidentificación, son las adolescentes indígenas quienes registran una tasa más alta de embarazo, siendo esta del 15%. Al respecto, Plan Internacional – Ecuador (2019, p. 23) asevera que esta cifra oficial se encuentra sesgada debido a que, por vergüenza, muchos de los embarazos adolescentes no son atendidos en hospitales, sino en las casas de las embarazadas.

En el país, el embarazo adolescente ocurre por diferentes factores, entre ellos la violencia y las desigualdades de género, que afectan el desarrollo de los proyectos de vida de las adolescentes; pero sobre todo su acceso condicionado a servicios de salud sexual y reproductiva. A esto se le suma el desconocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos. (Ministerio de Educación, 2020).

3. Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes en Ecuador para el período 2018-2025

El objetivo general de la mencionada política radica en:

Contribuir a que las y los adolescentes accedan de manera universal a información, educación, educación integral de la sexualidad y servicios de salud sexual y salud reproductiva, para la toma de decisiones libres, responsables y saludables sobre su sexualidad y reproducción, a través del ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos para una vida libre de violencia. (Ministerio de Salud Pública, 2018, p. 26)

Para la consecución de este objetivo se plantearon seis lineamientos estratégicos articulados, a su vez, a sus objetivos específicos, tal como indica la siguiente tabla:

Lineamiento estratégico	Objetivos específicos
Fortalecer la actuación sectorial y la coordinación intersectorial para abordar la prevención del embarazo en niñas y adolescentes de acuerdo con el marco institucional.	Institucionalizar políticas públicas sectoriales e intersectoriales para ‘prevenir’ el embarazo y la violencia sexual en niñas y adolescentes.
Fortalecer los espacios de participación de la comunidad en la prevención del embarazo en niñas y adolescentes.	“Promover” el cambio de patrones socioculturales negativos que limitan la vivencia de la sexualidad, la salud sexual y salud reproductiva y naturalizan la violencia basada en género en niñas, niños y adolescentes.

Lineamiento estratégico	Objetivos específicos
Garantizar el acceso y permanencia de los y las adolescentes en el ámbito educativo	“Garantizar” el ingreso, la reinserción y permanencia de los y las adolescentes en el sistema educativo hasta la culminación del bachillerato.
Desarrollar entornos favorables en la familia para la prevención del embarazo en niñas y adolescentes.	“Promover” entornos familiares seguros y el fortalecimiento de factores protectores para el desarrollo integral de la sexualidad en niñas, niños y adolescentes.
Fortalecer los mecanismos de participación de adolescentes.	“Promover” mecanismos de participación que fomenten la exigibilidad de los derechos sexuales y derechos reproductivos de los y las adolescentes.
Fortalecer el desarrollo integral individual de las y los adolescentes.	“Promover” la salud y el desarrollo positivo en adolescentes.

Figura 1. Lineamientos de la Política. Elaboración propia con base en la política en análisis.

En consecuencia, mediante la implementación de esta política se busca reducir la tasa de embarazos adolescentes, así como el cumplimiento de las metas establecidas en la agenda 2030:

1. Disminuir de 76,5% a 63,5% la tasa específica de nacidos vivos en mujeres adolescentes entre 15 a 19 años al 2021
2. Reducir de 2,65% a 2,55% la tasa de nacimientos en adolescentes de 10 a 14 años por cada 1,000 mujeres al 2021.
3. Adicionalmente se busca contribuir a:
4. Reducir la razón de mortalidad materna y la de mortalidad infantil
5. Disminuir el embarazo no planificado, incluido el embarazo subsecuente en adolescentes
6. Reducir el número de uniones tempranas de niñas y adolescentes
7. Disminuir el embarazo subsecuente en adolescentes
8. Reducir la violencia con énfasis en violencia sexual en contra de niños, niñas y adolescentes

El diseño de la política tiene un abordaje ecológico, bajo el cual se consideran los factores que inciden en el embarazo de niñas y adolescentes, así como los riesgos que incrementan la probabilidad de embarazo y los elementos protectores que lo reducen. Así se menciona en la siguiente tabla:

Nivel	Objetivo
Nivel Macro Institucional	Institucionalizar políticas públicas sectoriales e intersectoriales para prevenir el embarazo y la violencia sexual en niñas y adolescentes.
Nivel Comunitario	Promover el cambio de patrones socioculturales negativos que limitan la vivencia de la sexualidad, la salud sexual y salud reproductiva y naturalizan la violencia basada en género en NNA.
Nivel Escolar	Garantizar permanencia en el sistema educativo hasta la culminación del bachillerato.
Nivel Familiar	Promover entornos familiares seguros y el fortalecimiento de factores protectores para el desarrollo integral de la sexualidad de NNA.
Niveles entre los pares	Entender la influencia que pueden tener los pares en la vivencia de la sexualidad, prevención del embarazo, permanencia o abandono de la escuela, etc.
Nivel Individual	Promover la salud y el desarrollo positivo en adolescentes.

Figura 2. Abordaje ecológico del embarazo adolescente. Elaboración propia con base en la política en análisis.

Además, la política integra varios enfoques, mismos que se detallan en la tabla siguiente:

Enfoque	Descripción
Enfoque de derechos	Se basa en el reconocimiento de las personas como titulares de DH, universales, inalienables, intransferibles, independientes e indivisibles.
Enfoque de igualdad	Supone garantizar la realización plena de nuestros proyectos de vida, en condiciones de igualdad de oportunidades, de equidad y justicia social.
Enfoque de género	Se entiende como el conjunto de mecanismos que inciden en los planes para eliminar las inequidades entre los géneros.
Enfoque de sexualidad integral	Plantea la necesidad de pensar la sexualidad no desde una perspectiva reproductiva, si no como parte del desarrollo integral del ser humano frente a las distintas etapas de su vida, en las que es fundamental la autonomía para decidir sobre a vida sexual sin violencia ni discriminación.
Enfoque de inclusión social	Hace referencia al derecho de todas las personas a vivir una vida libre de discriminación.
Enfoque de interculturalidad	Reconoce las relaciones que pueden establecerse entre culturas diversas.
Enfoque intergeneracional	Desarrolla un diálogo intergeneracional preservando el respeto, la dignidad, y la vivencia de los derechos de los y las adolescentes.

Figura 3. Enfoques de la Política. Elaboración propia con base en la Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes en Ecuador para el período 2018-2025.

Cabe señalar que esta política si bien fue presentada el 20 de julio del 2018 por el Ministerio de Salud Pública, hasta el momento no cuenta con una evaluación específica.

4. La política intersectorial a la luz del enfoque de los derechos de la infancia

A lo largo de la historia, los derechos de NNA han sido vulnerados bajo la noción de protección. Esta situación no ha dejado de ser una realidad en la actualidad, por ello, no es raro que se encuentren sometidos a conductas adultocentristas, al ser considerados como objetos sobre los cuales se tiene y se ejerce el poder (Ávila, 2012).

Los organismos internacionales han trabajado en una propuesta que busca eliminar la percepción que NNA son pertenencia de otros, por una visión que los concibe como sujetos de derechos al igual que las demás personas. Esta propuesta se hace evidente en la CDN, de la cual se deriva la Doctrina de la Protección Integral (DPI).

La DPI busca reemplazar la compasión por la protección, de ahí que para Buaziz se entiende como el conjunto de políticas que, si bien deben dictarse y ejecutarse por el Estado, requieren contar con la activa y comprometida participación de la familia y la sociedad, para garantizar que todos los NNA gocen de manera efectiva de los DH a ellos conferidos, teniendo presente que estos son sujetos en desarrollo (2010, p. 2).

A partir de su creación, la CDN cambió definitivamente la concepción de infancia que se tenía, dejando desde entonces de ser objetos de protección para pasar a ser vistos como humanos con un conjunto diferenciado de derechos (Naciones Unidas, 2020); ya que, a diferencia de los adultos, requieren de una atención y protección especial, adaptada y reforzada (CIDH, 2017). La CDN es profundamente respetuosa de la relación entre el NNA y su familia, sin dejar de lado la importancia de las políticas sociales y de protección (Cillero, 2019, p. 3). El Ecuador, es uno de los 197 Estados miembros de la CDN; por tanto, se encuentra

comprometido con el objetivo proteger a los NNA de cualquier daño que pudiera afectar su crecimiento y desarrollo.

La adopción de la CDN dentro del ordenamiento jurídico y diferentes instrumentos de política pública se reconoce en la Constitución de la República del Ecuador, CRE, en su artículo 1 prescribe que “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. En su artículo 3 que indica que el Estado debe “[...] garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la [CRE] y en los Instrumentos Internacionales”. Y, en su artículo 11 numeral 8 que menciona que “[...] El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de normas, la jurisprudencia y las Políticas públicas”.

Sobre los derechos de las adolescentes, el artículo 39 de la CRE prescribe la obligación del Estado de promover el ejercicio de los derechos de las adolescentes “a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público”. Además, en el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se reconoce la protección integral de las adolescentes y se asegura el ejercicio pleno de sus derechos, de acuerdo con el principio del interés superior del niño.

La Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes en Ecuador para el período 2018-2025, se diseña desde un abordaje ecológico, a través de este enfoque se logran desarrollar estrategias intersectoriales, basadas en la evidencia que contribuyen a mejorar las condiciones de vida de las adolescentes (Ministerio de Salud Pública, 2018).

Este abordaje ecológico abarca seis niveles que se encuentran relacionados con la vida de las adolescentes; por tanto, se consideran como factores protectores y los riesgos en cada caso. Su uso se justifica debido a que permite identificar aquellos elementos que incrementan la probabilidad de embarazo en adolescentes, así como los factores que ayudaran a reducirlo.

En cuanto al enfoque de la política, si bien se indica que tiene un enfoque de DH, no se habla sobre la aplicación de los derechos de la infancia. Hecho que es clave ya que los derechos del niño no son secundarios, ni complementarios a los DH, sino que brindan una protección especial a los NNA al considerar derechos que no son aplicables a los adultos, y viceversa.

Se evidencia entonces que la política en estudio se enmarca más en atender la problemática relativa al embarazo adolescente desde un abordaje ecológico, entendido como los diferentes niveles donde se desenvuelven las adolescentes; que en aplicar las observaciones y opiniones del Comité de Derechos de Niño para el abordaje del embarazo adolescente en el país.

5. La política intersectorial y la autonomía progresiva de las adolescentes

El ejercicio de los derechos de las adolescentes se relaciona directamente con el principio de autonomía progresiva, prescrito en el art. 5 de la CDN, así como en la Opinión Consultiva No. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2002 (Corte IDH) y la Observación General No. 7 del Comité de los Derechos del Niño (Comité DN). En la primera se indica que la autonomía progresiva de las adolescentes implica que estas son protagonistas de sus propias vidas, entendiendo que es un proceso gradual que no tiene que ver con la edad (Torrens, 2019, p. 71). En tanto que el Comité DN determina que la evolución de las facultades se refiere al proceso de maduración mediante el cual las adolescentes adquieren

progresivamente conocimientos y comprensión de sus derechos y saber cómo dichos derechos pueden mejorar (2006, p. 17).

Al respecto del desarrollo de las facultades de los NNA, la Corte IDH hace una distinción en su desarrollo físico e intelectual. Por ello, señala que debe matizarse el alcance de la participación de los NNA en los diferentes procedimientos, a fin de lograr la protección efectiva de su interés superior. Además, indica que este principio tiene como eje central el fortalecimiento de las capacidades de los NNA, tomando en cuenta varios factores sociales y familiares para el análisis de su estado de madurez, sin que ello implique dejar de lado el rol de padres o terceros, al momento de realizar la evaluación de sus capacidades.

Ejemplo de ello es que, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia del caso 0775-11-JP sobre la participación de las adolescentes ha establecido que:

[...] las normas relativas a los adolescentes ya no se circunscriben a la enunciación de obligaciones del Estado, la sociedad y la familia respecto del adolescente, sino que contienen una serie de derechos que pueden ser ejercidos por los adolescentes en forma progresiva por su sola condición de seres humanos (Corte Constitucional del Ecuador, 2018, p. 10).

Al respecto de la progresividad de la autonomía de las adolescentes, la sentencia 13-18-CN/21 establece que lo prescrito en el artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal no es compatible con los derechos de las adolescentes al libre desarrollo de la personalidad, a tomar decisiones libres sobre su sexualidad, vida y orientación sexual y privacidad, mismos que les son reconocido en el art. 66 de la Constitución. Por tanto, determina que se evalúe la capacidad de las y los adolescentes a partir de los catorce años de consentir una relación sexual, a fin de determinar si esta conducta debe ser sancionable o es el resultado de la evolución de facultades para ejercer sus derechos.

El análisis de la autonomía progresiva de las adolescentes en la política se realiza a partir de la identificación de tipos ideales relacionados con el empoderamiento y la igualdad y los mecanismos de participación; que se desprenden de la revisión de Instrumentos Internacionales de DH, Observaciones Generales de Comités de DH, Jurisprudencia del Sistema Interamericano de DH e informes por la CIDH, así como la CRE y normativa infra constitucional del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

6. Tipos ideales y evaluación del empoderamiento de las adolescentes

La definición de los tipos ideales del empoderamiento de las adolescentes se hace a partir de tres niveles: 1) individual, 2) familiar y comunitario, 3) sociocultural, que se muestran en la tabla siguiente:

Nivel individual	Nivel familiar y comunitario	Nivel sociocultural
1. Considera la creación de espacios seguros para las adolescentes, que permitan establecer relaciones interpersonales, expresarse y aumentar su presencia social.	1. Considera la promoción de relaciones positivas con una figura adulta significativa.	1. Considera la creación de oportunidades para la inclusión social de las adolescentes en actividades relacionadas con derechos sexuales reproductivos.

Nivel individual	Nivel familiar y comunitario	Nivel sociocultural
2. Considera la entrega de ayuda a las adolescentes para el manejo de sus emociones y factores externos.	2. Considera el fomento del acompañamiento de la familia en el proceso de cambios que ocurren en la adolescencia.	2. Considera la realización de intervenciones comunitarias que ayuden a comprender la dinámica del empoderamiento de las adolescentes según su cultura.
3. Considera la promoción de servicios de consejería que promuevan una sexualidad sana.	3. Considera derechos y deberes de los padres, madres o tutores de los NNA.	
4. Considera la educación para aumentar conocimientos respecto a salud sexual y reproductiva, derechos y opciones.	4. Considera el fomento de la participación y movilidad de las adolescentes en actividades comunitarias.	
5. Se establecen medidas para el derecho de las adolescentes a su desarrollo personal integral	5. Considera mecanismos para recabar las opiniones del niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio sobre todos los asuntos que lo afecten, y tener en cuenta sus opiniones.	
6. Considera condiciones y retos que enfrentan las adolescentes en cada una de las etapas vitales.		

Figura 4. Tipos ideales del empoderamiento de las adolescentes.
Elaboración propia a partir de Instrumentos Internacionales.

En los tipos ideales del nivel individual, la política refleja un cumplimiento total en cuanto al primer, tercer, cuarto y quinto tipo ideal; mientras que los tipos ideales que no se cumplen son el 2 y 6. En los tipos ideales del nivel familiar y comunitario, se tiene un cumplimiento total de todos los elementos descritos. En cuanto al nivel sociocultural no se cumple ninguno de los tipos ideales establecidos.

6.1. Tipos ideales y evaluación de la igualdad y no discriminación

Los tipos ideales identificados en cuanto al principio de igualdad y no discriminación, han sido los siguientes:

1. Se eliminan todos los obstáculos para tener acceso a información y a servicios de salud sexual y reproductiva, incluidos aquellos relacionados con el consentimiento de los tutores y la objeción de los trabajadores de la salud.
2. Recibir información médica sin el consentimiento de cuidadores legales, pudiendo someterse a determinados tratamientos e intervenciones médicas sin el permiso de un progenitor, cuidador o tutor como: prueba de VIH, educación sexual, métodos anticonceptivos y aborto seguro.
3. Las adolescentes tienen el control y la decisión libre y responsable sobre asuntos relacionados con su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva.

La política cumple con el estándar C, puesto que indica que las adolescentes deben tener el control y la decisión libre y responsable sobre su salud sexual y reproductiva, puesto que el enfoque intergeneracional de la política propone una reflexión hacia la transformación del adulto centrismo existente en la sociedad, para que se reconozca la capacidad de las adolescentes para tomar decisiones sobre su vida sexual. Mientras que los estándares A y B no se cumplen.

6.2. Tipos ideales y evaluación de los mecanismos de participación

Los tipos ideales identificados en cuanto a la existencia de mecanismos de participación para las adolescentes fueron los siguientes:

1. Se fomenta la participación de las adolescentes en el diseño, monitoreo y evaluación de políticas que le afecten o interesen.
2. Los procesos de participación son serios, genuinos, respetuosos, sostenidos, permanentes y directos para que las adolescentes participen en el desarrollo de las políticas y programas en todos los contextos pertinentes a su vida.
3. Se establecen indicadores relacionados con el acceso a información y participación respecto al derecho a la salud sexual y reproductiva.
4. Se crean consejos consultivos para conocer la opinión de las adolescentes respecto al sistema de salud en lo referente a la salud sexual y reproductiva.
5. Se considera el uso de foros, consultas, grupos focales, encuestas de opinión y de autopercepción para conocer directamente la opinión y experiencia de las adolescentes respecto a la salud sexual y reproductiva.

La política no refleja nivel de cumplimiento alguno con los estándares internacionales de este elemento. Si bien uno de los objetivos de la política reconoce la posibilidad de las adolescentes a la participación comunitaria, sectorial e intersectorial, no se hace alusión respecto a su participación en el diseño, monitoreo y evaluación de las políticas que les afecten o interesen, ni existen indicadores relacionados con el acceso a información y participación respecto al derecho a la salud sexual y reproductiva. La política tampoco menciona nada sobre la creación de consejos consultivos para conocer la opinión de las adolescentes respecto al sistema de salud, en lo referente a la salud sexual y reproductiva.

7. La política intersectorial y la educación integral en sexualidad

El enfoque de la EIS se basa en un marco de derechos que busca equipar a los y las adolescentes con los conocimientos que necesitan para determinar y gozar de su sexualidad a nivel físico y emocional, en el ámbito individual y social. Es por lo que, el Comité DN, en su Observación General No. 1 de 2001, ha determinado que la educación en la esfera de DH debe facilitar información de tratados existentes sobre el tema, y que los niños deben aprender por medio de la práctica, ya sea en el hogar, escuela o comunidad.

El desempaque del derecho de educación integral de la sexualidad se realiza bajo las obligaciones de garantía y promoción, al revisar diferentes normativas e instrumentos internacionales; al igual que en el caso del principio de autonomía progresiva, determinándose así los estándares que se detallan en la tabla siguiente:

Garantía	Promoción
A. El Estado garantiza la incorporación en las mallas académicas de las instituciones escolares materias relacionadas con la educación sexual en su integralidad, tomando en cuenta educación sobre sexo, relaciones interpersonales, existencia de adolescentes con necesidades especiales, planificación familiar, asignaturas que respondan a particularidades y contexto tanto en las parroquias rurales, urbanas y comunidades indígenas, y que esta educación sea brindada en un marco amplio de actuación, debe planear actuaciones desde lugares de ocio, medios de comunicación, eventos culturales o rituales tradicionales.	A. Promover el empoderamiento de las adolescentes como sujetas de derechos, al momento de recibir EIS basada en derechos y estándares internacionales.
B. Dentro de las instituciones educativas se deben impartir de manera periódica charlas relacionadas con la educación sexual en su integralidad utilizando un lenguaje claro y sin materiales con contenido sexista.	B. Se deben llevar a cabo campañas para la sensibilización con el objetivo de promover la participación de las adolescentes en la formulación de políticas públicas relacionadas con SSRR; promover el bienestar social, espiritual, moral, físico y mental de las adolescentes. Estos son transmitidos de manera gratuita a través de diversos medios de comunicación nacionales, y con un lenguaje claro y sin contenido sexista.
C. Educación Integral de la sexualidad sin autorización de terceros para las adolescentes con el fin de que conozcan los servicios de salud, identificar señales de advertencia para la prevención de la maternidad adolescente en todos los grupos sociales.	
D. La educación integral de la sexualidad debe tener como referencia la conciencia de las adolescentes y de su cuerpo incluidos aspectos anatómicos, fisiológicos y emocionales.	
E. Adoptar medidas administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de abuso físico o mental, trato negligente, explotación, incluido el abuso sexual mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, madres, o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.	

Figura 5. Estándares de la EIS. Elaboración propia a partir de Instrumentos Internacionales.

En los estándares de la obligación de garantía la política presenta un cumplimiento parcial: el estándar A cumple en cuanto a la creación de mallas académicas relacionadas con educación sexual en su integralidad y el uso de información científicamente rigurosa, pero no indica el contenido mínimo. Así, no se hace alusión a las particularidades —condiciones de vulnerabilidad— y diferentes contextos —geográfico, social y cultural— en que se desenvuelven las jóvenes para la implementación de la EIS. Además, aunque la política garantiza la implementación de la educación integral para la sexualidad dentro de la escuela y otros entornos cotidianos, no determina de forma completa acciones sobre cómo se desarrollarán estas actividades en otros lugares que no fueran las escuelas o colegios.

Respecto al estándar B, a pesar de que en el eje de acción 1.1. se reconoce el acceso de las adolescentes a educación integral para la sexualidad, en el diseño de la política no se determina la articulación entre estas y las charlas periódicas a adolescentes fuera del espacio físico educativo. En cuanto a la información relacionada con la sexualidad, la política en su diseño sí precisa que la información entregada a las adolescentes debe estar basada en evidencia científica.

En lo relativo al estándar C, se debe decir que, si bien la política implementa la EIS reconoce los derechos sexuales y reproductivos de las adolescentes, no indica nada respecto a su autonomía progresiva. No logra determinar una adaptación de la educación sobre derechos sexuales y reproductivos que recibirán las adolescentes reconociendo su calidad de sujetas de derecho.

Sobre el estándar D, la política reconoce en su diseño los derechos sexuales y reproductivos de las adolescentes. Sin embargo, no se determinan las atribuciones específicas de los entes ejecutores de esta respecto al desarrollo de este tipo de programas, así como tampoco la creación de conciencia de las adolescentes sobre sí mismas y sus cuerpos.

En cuanto al estándar E, en la política se identifica como una barrera en el acceso a la EIS para las adolescentes la falta de privacidad y confidencialidad. Además, pese a que se reconoce que los padres, madres o tutores necesitan información adecuada sobre la EIS, no se establecen acciones enfocadas en que estos reciban asesoría, información y asistencia adecuadas y pertinentes respecto al tema de la sexualidad para que a su vez puedan abordarlo con sus hijos e hijas. De igual forma, aunque se reconocen los derechos sexuales y reproductivos de las adolescentes, no se establecen acciones enfocadas a que las mismas se conviertan en referentes para otras jóvenes. Tampoco se considera trabajar con personajes provenientes del mundo de las artes, los espectáculos y deportes que sean admirados por las adolescentes y que sean modelos adecuados de comportamiento en materia de sexualidad.

Respecto a los estándares de la obligación de promoción, la política muestra un cumplimiento parcial de los mismos; ya que, por ejemplo, en el estándar A sí se reconoce como derecho de las adolescentes vivir a plenitud su sexualidad. El empoderamiento se contempla dentro de la política como mecanismo para el desarrollo de las habilidades y competencias, siendo este un factor que permite su protección, en consonancia con lo establecido por la CRE, pero advierte que “el poco conocimiento de las adolescentes sobre sus derechos y su sexualidad afectan su autonomía en la toma de decisiones” (Ministerio de Salud Pública, 2018, p. 14). En este sentido, no se determinan con claridad las barreras que estas deben superar para recibir dicha educación, como su edad, la injerencia de terceros o el desconocimiento de sus derechos.

Sobre el estándar B, la política habla de la creación de mecanismos de participación sectorial e intersectorial para que las adolescentes exijan sus derechos sexuales y reproductivos a través del enfoque de derechos; así como se señala que toda la información al respecto debe ser clara, veraz y científicamente rigurosa, y enfocada en eliminar patrones socioculturales negativos relacionados con la sexualidad, pero deja de lado el resto de los factores. Esto debido a que se centra en prevenir el embarazo mediante la erradicación de patrones socioculturales negativos relacionados con la sexualidad (línea de acción 2).

8. Conclusiones

Por todo lo expuesto, es claro que la Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes en Ecuador para el periodo 2018-2025 no incorpora, al menos desde la noción del DIDH, el enfoque de DH de la infancia, puesto que se encuentra diseñada desde

el enfoque de los DH, de forma general, y no desde los derechos del niño. Además, hace énfasis al abordaje ecológico y esto responde a que persigue la noción de prevención del embarazo, más no busca el reconocimiento de las adolescentes como sujetas de derecho.

Después de efectuar el contraste del elemento transversal autonomía progresiva de las adolescentes, sus componentes y los estándares del DIDH con lo expresado en la política, se evidenció en general, un bajo nivel de acatamiento de estos. Por lo que, las adolescentes siguen siendo concebidas como objetos de protección, más no como sujetas de derecho. De hecho, muestra un incumplimiento de lo establecido en la Constitución del Ecuador, así como de las obligaciones adquiridas por el Estado ecuatoriano al ser parte de la CDN.

En cuanto a la educación integral en sexualidad, también se muestra que la política es deficiente en este tema, ya que no se contempla un abordaje de la sexualidad de manera holística, aun cuando la CDN establece que la información por sí sola no es suficiente, ya que estos individuos necesitan la oportunidad de adquirir las aptitudes esenciales para la vida, así como desarrollar actitudes y valores positivos hacia su sexualidad.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. y Pautassi, L. (2016). *Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derecho*. Buenos Aires: Jornadas de Justicia y Derechos Humanos: políticas públicas para la construcción de ciudadanía, en el marco del Seminario Taller: Los Derechos Humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la desigualdad.
- ACNUR. (2018). *Comunicado de Prensa en el Día Internacional de la Niña: Los Estados deben escuchar a las niñas para acabar con los prejuicios y garantizar sus derechos, según los expertos de la ONU*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23703&LangID=E>.
- Aguinaga, B. et al. (2020). *Manual de Derechos Sexuales y Reproductivos para Operadores de Justicia*. Quito: Cevallos. Editora Jurídica.
- Ávila, R. (2012). *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: UASB.
- Aláez Corral, B. (2003). *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos (Grupo Anaya S.A).
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2006). *La política de las políticas públicas*. México: Planeta Mexicana.
- Buaiz, Y. (2010). *La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. Obtenido de http://netsalud.sa.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf
- Castillo, M. (2017). El papel de la participación ciudadana en las políticas públicas, bajo el actual escenario de la gobernana: reflexiones teóricas. *Revista CS*, 157-180.
- Castro, E. (2020, Mayo 26). *El método de desempaque para analizar casos de violaciones a derechos humanos*. Obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revista-metodhos/article/download/38543/35411>
- Cillero, M. (2019). *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios*. Obtenido de https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/1/?ui=2&ik=6a354b26d2&attid=0.2&permmsgid=msg-f:1679363615784677369&th=174e4c4f978faff9&view=att&disp=inline&realattid=f_kfqyk4zd1&salddbat=ANGjdJ_xwpG6R47rPNTqo4BeEe_XF69R0_R-Ob-tDYwwKDCLh2cCj--SL

- Cordero, B. (17 de Septiembre de 2018). Embarazo adolescente, un problema social en Ecuador. (U. D. FM, Entrevistador)
- Defensoría del Pueblo. (2012). *Compendio de los casos mas relevantes en relación al derecho a la igualdad y no discriminación, tramitados por la defensoría del pueblo en el periodo 2009-2012*. Quito: Defensoría del Pueblo. Obtenido de <http://www.dpe.gob.ec/images/descargas/compendio.pdf>
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. (2017). *Guía de Incidencias en Políticas Públicas y en normativa a nivel local*. Quito: Defensoría del Pueblo del Ecuador.
- Donell, O. (2001). *La Convención sobre los Derechos del Niño, estructura y contenido*. San José: Ulate.
- Galvis Ortiz, L. (2009). La Convención de los Derechos del Niño veinte años después. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 7(2), 587-619.
- Gómez de la Torre, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos. *Revista de Derecho*, 117-137.
- Gran Álvarez, M. (2006). La salud sexual y reproductiva. *Revista Cubana de Salud Pública*, 32(1), 1-2.
- INEC. (2018). *Embarazo adolescente*. Quito: INEC. Instituto Chileno de Medicina Reproductiva. (s/f). *¿Qué y cuáles son los métodos anticonceptivos?* Recuperado de http://icmer.org/wp_ae/informacion-general-2/
- IPPF. (2021). *Una definición de Educación Integral en Sexualidad*. Recuperado de https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_downloads/herramientas-desmitificando-datos-hojas-informativas.pdf
- Juárez, M & Cairo, P. (2009). Apropiación de derechos sexuales y reproductivos en la adolescencia: dimensiones de la ciudadanía. *Revista de Estudios de Género. La Ventana*, 148-180.
- López, N., Rodríguez, E., & Paricio, D. (19 de Abril de 2016). *La participación de los jóvenes en las políticas públicas dirigidas a ellos*. Obtenido de <http://www.publicaciones.siteal.iipe.unesco.org/eventos-del-siteal/22/la-participacion-de-los-jovenes-en-las-politicas-publicas-dirigidas-ellos>
- Martínez, M. (2020). *Los niños no pertenecen a nadie, pero son responsabilidad de todos*. Obtenido de <https://www.elsaltodiario.com/infancia/marta-martinez-munoz-los-ninos-no-pertenecen-a-nadie-pero-son-responsabilidad-de-todos>
- Merino, M. (2013). *Políticas Públicas. Ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos*. México: Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- Ministerio de Educación. (2020). *Guía metodológica para la prevención del embarazo adolescente*. Retrieved from <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/11/Guia-prevencion-embarazo-adolescente-segunda-edicion.pdf>
- Ministerio de Salud Pública. (2018). *Política Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y Adolescentes 2018 - 2025*. Quito: MSP.
- Morales, E. (2016). *Empoderamiento y transformación de las relaciones de poder. Un análisis crítico de los procesos institucionales de participación ciudadana*. Barcelona: UAB.
- Naciones Unidas. (2002). *Serie de Capacitación Profesional N°10. Manual de Planes de Acción Nacionales en Derechos Humanos*. New York: Naciones Unidas.
- Observatorio Social del Ecuador. (2019). *Situación de la niñez y adolescencia en Ecuador. Una mirada a través de los ODS*. UNICEF Ecuador.
- OMS/OPS, UNICER y UNFP. (2008). *Reunión de Empoderamiento de Mujeres Adolescentes*. Reunión, Guatemala.

- OPS-OMS. (2016). *Acelerar el progreso hacia la reducción de embarazos en la adolescencia en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Fondo de Población de las Naciones Unidas para la Infancia.
- OPS. (2004). *Indicadores de empoderamiento sobre*. El Salvador: OPS.
- _____. (2006). *Definición del empoderamiento desde la perspectiva de las adolescentes*. Obtenido de <https://www.paho.org/spanish/ad/fch/ca/ca-empoderamiento.pdf>
- _____. (2010). *Empoderamiento de mujeres adolescentes. Un proceso clave para lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Washington, DC: OPS.
- Pautassi, L., y Royo, L. (2012). *Enfoque de derechos en las políticas de infancia. Indicadores para su medición*. Santiago de Chile: CEPAL, UNICEF.
- Pedrido, V. (1 de Marzo de 2017). *El derecho a la educación sexual integral (ESI)*. Recuperado el 5 de Febrero de 2020, de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000232800>
- Naciones Unidas. (2020). *Infancia*. Obtenido de <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/children/index.html>
- Real Academia Española. (2021). *Desempacar*. Obtenido de <https://dle.rae.es/?id=CpuMUdp>
- Romero, A., & Anaya, N. (2013). La metodología del desempaque para el análisis de los derechos humanos. *Relacso: Revista Estudiantil Latinoamericana de Ciencias Sociales*(3), 1-11. Retrieved from <http://hdl.handle.net/10469/7306>
- Senplades. (2020). *Guía para la formulación de Política Pública*. Quito: Senplades.
- Serrano, S. (2013). *Los estándares internacionales de los derechos humanos: un sistema de derechos en acción*. México D.F.: CNDH.
- Serrano, S., & Ortega, A. (2018). *El principio de igualdad y no discriminación y la Perspectiva de Género*. México: FLACO México.
- Serrano, S., & Vázquez, D. (2013). *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*. México: FLACSO México.
- Serrano, S., & Vázquez, D. (2013). *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*. México: Flacso México.
- SIISE. (2020). *Grupos de edad: niños, niñas y adolescentes*. Obtenido de http://www.siise.gob.ec/siiseweb/PageWebs/glosario/figclo_gruedad.htm
- Torrens, M. (2019). *Autonomía progresiva*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- UNESCO. (2008). *Reflexiones en torno a la evaluación de la calidad educativa en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: UNESCO.
- _____. (2010). *Orientaciones técnicas internaciones sobre Educación en Sexualidad*. Obtenido de <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001832/183281s.pdf>
- _____. (2014). *Educación Integral de la Sexualidad: Conceptos, enfoques y competencias*. Obtenido de <http://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12799/4458/Educaci%C3%B3n%20integral%20de%20la%20sexualidad%20conceptos%2c%20enfoques%20y%20competencias.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- _____. (2018). *Por qué es importante la educación integral en sexualidad*. Obtenido de <https://es.unesco.org/news/que-es-importante-educacion-integral-sexualidad>
- UNICEF. (2018). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>
- _____. (2020). *La Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino>
- _____. (2020). *Los niños, niñas y adolescentes tienen derechos*. Obtenido de <https://www.unicef.org/chile/los-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes-tienen-derechos>.

- Vázquez, D. (2016). Capítulo Sexto. Test de identificación de núcleo de derechos. En D. Vázquez, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, poderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles* (págs. 127-156). México: IJJ-UNAM.
- Vázquez, D., y Delaplace, D. (2011). Políticas públicas con perspectivas de derechos humanos. Un campo en construcción. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 18(6), 35-64.
- Vincenzino, M. (2017). Sobre el derecho de niños y adolescentes. Subjetividad reguladora versus ciudadanía emancipadora. *Margen*, 1-7.

Legislación

- Código Civil, R.O. 46, 24 de junio de 2005, reformada por última vez R.O. N/D de 14 de marzo de 2022.
- Código de la Niñez y Adolescencia. R.O. 737, 03 de enero 2003, reformada por última vez R.O. N/D de 17 de enero de 2022.
- Constitución de la República del Ecuador, [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. N/D de 25 de enero de 2021.

Sentencias y Resoluciones

- Naciones Unidas. (2012). *Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas», Mediante resolución 67-146 del 20 de diciembre de 2012*. Naciones Unidas.
- Corte de Justicia de Chile, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Sentencia Febrero 24, 2012).
- Corte Constitucional del Ecuador (2018). Caso N° 075511-JP . Sentencia N° 003-18-PJO-CC, de 27 de junio de 2018.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N°34-19-IN/221 (Abril 21, 2021).

Convenciones, Tratados y Conferencias

- CDN. (1993). *Observación General No. 5 “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Viena: CDN.
- CDN. (2003). *Observación General N° 12 El derecho del niño a ser escuchado*. Naciones Unidas.
- CDN. (2013). *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidados alternativos. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. Informe, CDN.
- CDN. (2016). *Observación General No. 19, sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño*. UNICEF.
- CIDH. (1989). *Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas*. CIDH.
- CIDH. (1989). *Observación General No. 16 Comité de Derechos Económicos Sociales Culturales*. CIDH.
- CIDH. (2017). *Garantía de derechos niñas, niños y adolescentes*. Santiago: OEA.
- CIDH. (2017). *Hacia la garantía efectiva de los derechos niños, niñas y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*. Santiago: OEA.
- CIDH. (2019). *Anexo 1. Estándares y recomendaciones. Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes*. CIDH.
- Comité de Derechos del Niño. (2003). *Observación General N° 4 en el ámbito de la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Comité de Derechos del Niño.

- Comité de Derechos del Niño. (2017). *Observación General N°20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*. Comité de Derechos del Niño.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. (2006). *Observaciones Generales 14*. DEDAW.
- Comité de los Derechos del Niño . (2005). *Observaciones Generales N°4 Comité de los Derechos del Niño* . Comité de los Derechos del Niño .
- Comité Derechos del Niño. (2013). *Observación General N°15 Sobre el derecho al más alto nivel de salud*. Comité Derechos del Niño.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2001). *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*. Naciones Unidas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Garantía de Derechos de Niñas, niños y adolescente*. Santiago: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte IDH. (2002). *Opinión consultiva OC-17/2002*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°14: Igualdad y No Discriminación*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

COMPLIANCE PROGRAMS Y SU INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN
PENAL ECUATORIANA
Criminal Compliance Programs and their Incorporation in the
Ecuadorian Criminal Law

MARIANA TOALÍ BAYANCELA DELGADO¹
Universidad de Valencia, Valencia, España

Resumen

La responsabilidad penal de la persona jurídica se estableció en Ecuador en el año 2014 con la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal; sin embargo, la normativa sobre los programas de cumplimiento recién fue incorporada en febrero de 2021, con la llamada “Ley Anticorrupción”, el legislador reforma los artículos 45 y 49 del COIP e inserta a los *compliance programs* como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica. La atenuante está basada en la existencia de sistemas de integridad, normas, programas y las respectivas políticas de cumplimiento. En este contexto, la normativa reciente precisa de análisis, por tanto, en el presente texto se tiene como fin hacer un breve estudio del modelo ecuatoriano de responsabilidad penal de la persona jurídica y de los *compliance programs*, sus requisitos y los desafíos que la reforma plantea a la materia.

Palabras clave

Programas de cumplimiento normativo, Reforma COIP, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Derecho penal ecuatoriano, ISO 37301: 2021.

Abstract

Ecuador corporate criminal liability was introduced into the legal system in 2014 and is regulated in article 49 of the Ecuadorian Criminal Code. This article was reformed with the “Anti-corruption Law” in February 2021, in which the legislator designed the compliance regulations not as an exemption system, as is the case of Spain legislation, but as a mitigating measure of the penalty for the legal person. The mitigation is based on the existence of integrity systems, standards, programs, and compliance policies, as the legislator calls them. Recent regulations require an exhaustive study, however, this article is a short study of corporate criminal liability and an overview of the requirements listed in the recent reform and the challenges that due reform represent.

Keywords

Compliance, Ecuadorian Criminal Law, Corporate Criminal Liability, Ecuadorian Criminal Law, ISO 37301: 2021.

¹ Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Máster en Administración de Empresas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster en Derecho, Empresa y Justicia y Doctoranda en Derecho, Ciencia Política y Criminología por la Universidad de Valencia (España). Correo electrónico: toabayancela@gmail.com ;ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4292-4343>.



1. Introducción

En Ecuador, estuvo vigente por décadas el principio *societas delinquere nec punire potest* [una sociedad no puede delinquir]. En el año 2014, con la llegada del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), la legislación ecuatoriana reconoció el principio de que las personas jurídicas son responsables penalmente, por lo que cambia el silogismo a *societas delinquere potest*, una sociedad puede delinquir; esto, como respuesta a múltiples recomendaciones de los organismos internacionales de esta materia. La responsabilidad penal de la persona jurídica (en adelante RPPJ) fue incorporada en el COIP para cumplir con las obligaciones que se adquirieron tras la firma y ratificación de diferentes convenios internacionales. Ecuador, hasta el año 2015, estuvo en la lista de países que tenían deficiencias estratégicas según los informes del 2007² y del 2011 presentados por el Grupo de Acción Financiera GAFI (Bayancela, 2014, p. 46). El Ecuador, por alrededor de 5 años, estaba incluido en la lista de ICRG (International Country Risk Guide), el GAFI los clasificaban como de alto riesgo y esto implicaba altos costos para negociar entre países. El GAFI emitió recomendaciones a Ecuador en los informes de los años 2007 y 2011 y, las mismas ayudaron para que se establezca la RPPJ en el COIP.

La RPPJ se encuentra vigente desde el año 2014; sin embargo, aún estamos incipientes en la aplicación práctica, pues no se han conocido grandes casos resueltos. Existen avances teóricos, pero en cuanto a resultados pragmáticos y de beneficio para el país no hay, siendo evidente los casos de corrupción. Por ello es necesario no solo crear y asentar una norma, sino, para que sea verdaderamente efectiva, se debe implementar mecanismos para que se pase de esa vigencia formal y en desuso a una vigencia material.

Hasta febrero de 2021 no se contemplaba a los *compliance programs* (en adelante CP) como atenuante de la RPPJ. La falta de regulación sobre los CP dificultaba que se cumpla el objetivo por el cual se implementó la RPPJ en Ecuador, que fue precisamente endurecer las normas correspondientes para que las personas jurídicas no sean un foco en el cual se desarrollen con amplitud las actividades ilícitas al utilizarlas como pantalla para el cometimiento de delitos.

Por tanto, el presente texto tiene como objetivo principal demostrar la importancia de los CP, en especial cuando ya se prevé en el derecho penal la RPPJ. Por ello, se presenta una investigación teórica interpretativa y un breve estudio del actual modelo de RPPJ contemplada en el COIP, así como un análisis de la situación del CP en Ecuador; y los requisitos del CP que plantea la reforma para que se pueda considerar como atenuante. Finalmente, se exponen conclusiones.

2. Aspectos esenciales de la RPPJ y modelo de imputación ecuatoriano

Sobre la RPPJ se ha debatido mucho, especialmente, por la delincuencia económica que traspasa los límites fronterizos. Igualmente, resulta protagónico el papel de las empresas en negocios y actividades económicas en general; y, si bien no faltan voces y estudiosos que se oponen a la premisa, diariamente se utilizan a las empresas para el cometimiento de delitos.

Hay ordenamientos en contra y a favor de la RPPJ, y dentro de estos últimos están los sistemas legales español y ecuatoriano.

² El principal problema se encontraba en la escasa regulación a los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, especialmente en el caso de las personas jurídicas.

La RPPJ ha generado una importante discusión en la doctrina³ tanto internacional como nacional y, desde hace varios años, existen posiciones a favor y en contra⁴. En la doctrina nacional se ha analizado el modelo de la RPPJ que se establece en el artículo 49 del COIP, y la discusión existente se manifiesta entre dos principales modelos: el vicarial, y el de auto responsabilidad. El primero, el vicarial o de heterorresponsabilidad, basa su postulado en una transferencia de responsabilidad por parte de la persona física hacia la persona jurídica (Díaz Gómez, 2011). El segundo modelo es el de auto responsabilidad o responsabilidad directa de la persona jurídica, que deviene por la falta del debido control de la persona jurídica sobre la conducta de un trabajador “subalterno” que haya cometido el delito en provecho de la persona jurídica (Molina Fernández, 2010, p. 19); es decir, la persona jurídica, es responsable por no tener normas que controlen a sus empleados.

Entre los autores ecuatorianos que han analizado el tema de la RPPJ se encuentra García Falconí. El autor indica que el modelo vicarial no se adapta a la legislación penal ecuatoriana y sugiere que existe la necesidad de construir una dogmática específica para la persona jurídica que vaya en paralelo a la de la persona individual; y se inclina más por el modelo de responsabilidad directa porque considera que la persona jurídica tiene una independencia de sus órganos o directivos y, por tanto, no requiere ninguna transferencia para que se le impute la responsabilidad penal. Basa su teoría en que la legislación señala que se puede juzgar a la persona jurídica, aún si sus directivos procesados no comparecen en juicio (García Falconí, Zurita, 2017, p. 375).

Por su parte, Araujo Granda, sostiene que la normativa de RPPJ que contiene el COIP responde al principio de responsabilidad dual:

[...] quiere decir que en todas las circunstancias descritas, la responsabilidad penal que, en inicio, recaería sobre una persona natural perfectamente individualizada se aplicará también la pena correspondiente a las personas jurídicas de Derecho Privado, siempre y cuando se determine que de la conducta del individuo, se deriva un beneficio a la empresa o a sus socios [...] (Araujo Granda, 2014, p. 76).

Araujo Granda se inclina a considerar que en la realidad estamos expuestos a acciones empresariales que atentan contra los bienes jurídicos y la persona jurídica por igual, si es que no toma las medidas necesarias para desarrollar sus actividades de manera correcta, e inobserva normativa, dado que constituye una fuente de peligro (2014, p. 76).

Por otra parte, Espinosa Andrade, considera que en la práctica los dos sistemas no son mutuamente excluyentes y pueden ser utilizados como subsidiarios el uno del otro para sancionar a la persona jurídica y la culpabilidad de esta. La legislación ecuatoriana “se apalanca en el sistema cumulativo de responsabilidad autónoma de las acciones de las personas jurídicas. Sin embargo, mantiene también rasgos característicos del sistema vicarial” (Espinosa Andrade, 2021, p. 784), es decir, para el autor, el modelo ecuatoriano es mixto, aunque más apegado a la auto responsabilidad.

El modelo de RPPJ previsto en el COIP, desde mi punto de vista, es un modelo mixto de responsabilidad, pero con mayor tendencia a la auto responsabilidad, y considero que se hace más evidente con la nueva reforma del art. 49 del COIP en la que se estipula:

³ En contra: Edgardo Donna, Terán Lomas, Eugenio Raúl Zaffaroni; A favor: Klaus Tiedemann, Zugaldía Espinar, Silvina Bacigalupo.

⁴ Debate que no se ha tomado en cuenta en este artículo pues en la actualidad ya se encuentra incorporada la norma sobre la RPPJ, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el ecuatoriano.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. La responsabilidad penal de la persona jurídica subsistirá aun cuando no haya sido posible identificar a la persona natural infractora. (Artículo 49, COIP).

Dos palabras son claves para fundamentar la auto responsabilidad de la persona jurídica: cuando el COIP señala “independiente” y “subsistirá”, es decir, la persona jurídica puede ser responsable, aunque no sea posible determinar la actuación de una persona natural. De ahí, la importancia del *compliance*, porque se podría señalar que la persona jurídica no realizó el control suficiente sobre sus empleados si, por ejemplo, no incorporó medidas de *compliance* para prevenir delitos dentro de la organización.

En Estados Unidos existe una “filosofía llamada ‘del plazo y la zanahoria’ carrot and stick philosophy” que se traduce en premiar con penas más leves a aquellas personas jurídicas que, al cometer el delito, se hubieran dotado de uno de estos programas y castigar con penas más graves a aquellas que no lo hubieran hecho (Villegas García, 2016, p.112).

Precisamente es lo que actualmente se trata de hacer con la reforma del COIP; si las empresas mantienen un CP, podrían beneficiarse de la reducción de la pena.

La RPPJ se da solamente en los delitos que prevé el COIP, es decir, es un sistema *numerus clausus* entre los que se pueden encontrar diversos delitos contra el derecho a la propiedad, delitos contra los derechos de los consumidores, usuarios y otros agentes del mercado, delitos contra el derecho a la cultura, delitos contra el derecho al trabajo y la seguridad social, delitos contra el medio ambiente y la naturaleza, delitos contra los recursos naturales, delitos contra la gestión ambientales, delitos económicos, delitos contra el sistema financiero, delitos contra el terrorismo; y, se agrega con la reforma 2021, el delito de actos de corrupción en el sector privado. Por lo tanto, no cabe entonces inferir responsabilidad penal sino solo en aquellos delitos en los que expresamente se prevé en la norma. En el listado anterior no se contemplan algunos delitos que sí existen en otros países, por ejemplo, la corrupción en transacciones comerciales internacionales, delitos urbanísticos de construcción ilegal, y delitos de financiación ilegal de los partidos políticos.

3. Consideraciones generales acerca de *compliance* y *criminal compliance*

El concepto de *compliance* tiene su origen en el derecho anglosajón y significa, en su estricto sentido, “cumplimiento”. La norma ISO 37301: 2021 define al *compliance* como “el cumplimiento de todas las obligaciones de compliance de la organización”; y la misma norma define a las obligaciones del compliance como “requisitos que una organización tiene obligatoriamente que cumplir, así como aquellos que una organización elige voluntariamente”.

El *compliance* tiene su origen a finales del siglo XX en Estados Unidos, que con el objetivo de proteger al mercado comienza a establecer leyes para responsabilizar a las personas jurídicas, siendo pionera la Ley de Prácticas Corruptas en el extranjero (FCPA) en 1977. Tiempo después, producto del escándalo del caso Enron, expide la Ley Sarbanes Oxley (2002), en la que incorpora penas sumamente altas para las personas jurídicas, si no se demuestra que estableció medidas de control. En el Reino Unido se cuenta con la ley anti-soborno Bribery Act (2010).

En ese contexto nacen los CP, con mayor aplicación en el sistema anglosajón, sin embargo, actualmente adoptado por diferentes países, entre ellos España y ahora Ecuador. Los CP se utilizan como medida para evitar prácticas no adecuadas como corrupción, fraude,

lavado de dinero, soborno, etc. Es así que el CP establece “una serie de modelos, planes o sistemas documentados tendientes a evitar que se cometan delitos en la empresa o se puedan mitigar significativamente” (Alarcón Garrido, 2016, p. 63). Cabe recalcar que cada programa de cumplimiento debe ser individualizado, detallado y preciso, pues depende de la actividad que realiza cada tipo de empresa. Se lo define también como “el plan de ejecución cuyo norte es satisfacer los requisitos legales internos y externos relacionados a las regulaciones contractuales y penales de cumplir con la normativa nacional o internacional, previniendo incurrir en la comisión de delitos” (Balcarce, 2016, p. 160).

3.1. Compliance penal o criminal compliance

En el ámbito penal, el *compliance* se puede conceptualizar como la materialización del riesgo que, en caso de cumplirse, puede provocar responsabilidad. Se entiende a su vez, como *criminal compliance*, al “Sistema de Gestión de riesgos cuyas consecuencias están tipificadas como penales” (Ayala, 2016, p. 46) y también a “aquellas cuestiones que resultan precisamente de la especial necesidad de anticipación de la responsabilidad penal por los riesgos y la pretendida aminoración preventiva de los mismos” (Rotsch, 2012, p. 9). Por tanto, un buen programa de *compliance* debe establecer la prevención de riesgo de incumplimiento penal que, de materializarse, implicaría la RPPJ.

4. Implementación del *compliance program* en el modelo de RPPJ de Ecuador

4.1. Análisis situacional del *compliance* en Ecuador

En materia de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos (en adelante LAFD) sí se encuentra normativa *compliance*, pero es aplicable solamente a los sujetos obligados. La primera normativa de prevención del delito de lavado de activos se promulgó en el año 2005; sin embargo, establecía escasos requerimientos y no cumplía con el objetivo final. La segunda ley acerca de LAFD se promulgó en el 2016; los legisladores la denominaron Ley de Prevención de Lavado de activos y de Financiamiento de Delitos; en el artículo 4 de la mencionada ley se señala que las instituciones del sistema financiero y de seguros (IFIS), y las consideradas dentro de lo estipulado en el artículo 5, deben reportar frente la Unidad de Análisis Financiero (en adelante UAFE) toda operación inusual e injustificada que superen la cuantía de diez mil dólares de los Estados Unidos de América (Ley de LAFD, 2016).

Los sujetos obligados según la ley deben contar con un Código de Registro, el cual les permitirá entrar a la plataforma de la UAFE llamada Sistema de Anti Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SISLAFT). En esta plataforma los sujetos obligados deben cargar: “Reporte de Operaciones y Transacciones que igualen o superen el umbral (RESU), Reporte de Operaciones y transacciones inusuales (ROII), Operaciones propias, nacionales o internacionales que igualen o superen el umbral (REPO)” (Ley de LAFD, 2016).

La Ley también establece las funciones de la UAFE, que es el organismo de control ecuatoriano, cuya responsabilidad consiste en recopilar información concerniente a los reportes y ejecutar políticas en materia de PLAFD. En el artículo 12 se señalan las funciones de la UAFE, entre las cuales consta el imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones (LAFD, 2016).

La Superintendencia de Bancos nacional establece a su vez Normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (PLAFT) y otros delitos, en las que se indica puntualmente las “Políticas Compliance” y las cuales incluyen: contar con un Oficial de Cumplimiento, un Comité de Cumplimiento, tener Manual de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos que contiene las Políticas: Conozca a su cliente, Conozca

a su corresponsal, Conozca a su empleado, Conozca a su proveedor, Conozca a su mercado, entre otros requisitos, que deben cumplir los sujetos obligados.

4.2. Nueva normativa *compliance* en Ecuador

La reforma del COIP agrega en el artículo 45.7 letras de la a) hasta la d) las circunstancias atenuantes, siendo estas las siguientes:

- a) De forma espontánea haber denunciado o confesado la comisión del delito antes de la formulación de cargos con la que inicie la instrucción fiscal, o durante su desarrollo, siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio.
- b) Colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas, nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio.
- c) Reparar integralmente los daños producidos por la comisión del delito, antes de la etapa de juicio.
- d) Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización. (Artículo 45 COIP).

En el Ecuador la normativa *compliance* ya no será solamente para cumplimiento de los sujetos obligados, sino para todas las personas jurídicas de derecho privado. Dentro de la interpretación del artículo 45, número 7, letra d), en relación al *compliance program*, se indica que dicho programa se estableció con anterioridad y se lo hizo con el objetivo de prevenir el cometimiento de delitos. Además, que la empresa ha implantado las medidas necesarias para evitar que se produzcan esos delitos, es decir, es un *compliance ex ante*.

El CP debe contener una serie de requisitos que se estudian más adelante. Así mismo, señala que, dependiendo del tamaño de la empresa, será requerimiento colocar un departamento u órgano autónomo que podría ser el Departamento de Cumplimiento, que deberá contar con un Oficial de Cumplimiento, el mismo que tendrá independencia y a quien se le ha de proporcionar todos los recursos necesarios para que pueda prevenir la comisión de delitos y “pueda desarrollar de forma efectiva las funciones de supervisión, vigilancia y control que tenga encomendadas” (Bajo Albarracín, 2017, p. 118). O, en el caso de la PYMES, una persona responsable que cumpla las funciones de vigilancia y control.

4.3. ¿*Compliance* atenuante o eximente?

En el COIP no se contempla ninguna causa para la exención de la pena para las personas jurídicas, cuestión que sí se encuentra establecida en otros países que, de igual forma estipulan la RPPJ, como lo es España. Si bien, la nueva reforma al COIP incorpora la atenuante para la persona jurídica, persiste la necesidad de que se agreguen en el modelo de RPPJ de Ecuador los CP como eximente. La existencia de este *compliance*, en palabras de Aguilera Gordillo (2017),

[...] debería suponer que la empresa quede exonerada de responsabilidad penal o, al menos, la misma resulte atenuada. Además, y esta es una cuestión que no se suele destacar, constituyen herramientas que protegen también a los propios directivos y trabajadores de una posible atribución de responsabilidad penal a título individual en cuanto previenen la comisión de hechos delictivos y ayudan a resolver los problemas de imputación individual de los delitos que eventualmente pudieran llegar a cometerse (p. 45).

Esto se observa en otros países. Por ejemplo, en España, un cambio significativo que se dio con la reforma a la LO 1/2015 fue precisamente la introducción de la eximente de responsabilidad penal, entre la que se incluye el *compliance program*, que se encuentra en el artículo 31 bis. 5.

Al respecto, Silva Sánchez estudia al modelo de prevención de delitos como una eximente y considera que “el modelo de prevención adecuado tendería a la sustitución del estado de organización defectuosa (estructura de injusto o inicua: favorecedora o incapaz de evitar hechos de personas físicas), por una organización lo más correcta posible [...]” (2016, p. 393). Además, las circulares⁵ de la Fiscalía General del Estado Española (en adelante FGE) de los años 2011 y 2016 establecen, de manera más amplia, lo que deben contener los programas de cumplimiento normativo para que le sirva a la persona jurídica como eximente de responsabilidad penal. En ellos indican que “para que se configure la eximente, es necesario que se identifiquen las actividades, protocolos o procedimientos, modelos de gestión de los recursos financieros, informes de posibles riesgos e incumplimientos al organismo, sistema disciplinario que sancione el incumplimiento, verificación periódica del modelo” (FGE, 2011 y 2016).

A diferencia de Ecuador, en España sí se encuentran Sentencias que versan sobre la RPPJ. La STS 154/2016, de 29 de febrero⁶, resulta de especial relevancia, puesto que el Tribunal Español evalúa sobre la eximente y la importancia de contar con un *compliance program*. Asimismo, señala que la existencia de modelos de organización, que además deben cumplir con las exigencias son herramientas de control y eficacia, pueden ayudar a la eximente de responsabilidad de la persona jurídica, mientras que la inexistencia de esa herramienta de control podría configurar la RPPJ, es decir castiga a la PJ por no tener una cultura de cumplimiento. Se podría inferir entonces que si en la empresa no existen herramientas de control idóneas, la ausencia daría el núcleo típico de la RPPJ.

En Ecuador, los CP no tienen función eximente y se los agrega como circunstancia atenuante de la infracción penal. En la práctica se van a evidenciar ciertos problemas tales como: la posible creación de *compliance* de papel a manera de una lista de supermercado colocando el *check* en cada uno de los requisitos. En España, cuya normativa de RPPJ es bastante similar a la ecuatoriana, la FGE ya ha discutido este particular. La Circular 1/2016 de la FGE:

Exige la apreciación de la atenuante que se aporte al procedimiento material probatorio inédito que además sea concreta y particularmente eficaz. La simple prueba de carácter accesorio o que tan solo sirva para apuntalar hechos suficientemente acreditados por otros medios, no integra el sustrato fáctico de la atenuante, que está orientada más hacia los resultados de la colaboración que hacia los esfuerzos por la misma (FGE 2016).

Es decir, no cualquier prueba puede ayudar a la aplicación de la atenuante sino que debe ser una pieza clave en la investigación.

⁵ Es pertinente aclarar que las Circulares de la Fiscalía Española no son vinculantes, sin embargo ayudan en la interpretación de la norma.

⁶ Como antecedentes de hecho tenemos que se trata de tractores que saliendo originalmente de España a Venezuela, retornaron de este país con cocaína, implicados principalmente Avelino Javier y Remigio Gumersindo. Respecto a las personas físicas autoras del delito contra la salud pública objeto de condena la prueba es considerada bastante por las diligencias practicadas en el mismo juicio oral, valoradas por la Audiencia constatándose que la gestión de la recurrente tenían los autores del ilícito, lo que deriva en responsabilidad de TRANSPINELO S.L., y se cumplen los dos primeros requisitos del artículo 31 bis del Código Penal, tanto en su redacción original y en la vigente, así, la comisión de uno de los delitos catalogados de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete, en el caso, el delito contra la salud pública; y, que las personas físicas autoras del delito son integrantes de la persona jurídica, como administradores de derecho y de hecho.

Es importante resaltar que en la reforma también se incluyó una circunstancia agravante para la persona jurídica, la misma que se encuentra en el Art. 47 numeral 21 “haber sido sentenciada previamente por el mismo delito en el caso de las personas jurídicas nacionales o extranjeras para el cometimiento del delito, o valerse de la normativa vigente para evadir la responsabilidad en el cometimiento de los ilícitos.” (COIP, Artículo 47). En la aplicación práctica, los abogados, jueces y fiscales deberán tener mucha precaución cuando las empresas por tratar de atenuar su responsabilidad penal presenten un *compliance* de papel para descargar su defensa, y más bien deben aplicar todo el peso de la ley. Es necesario recalcar que para que la persona jurídica pueda atenuar la infracción penal tal como lo señala el art. 44 del COIP deberán existir al menos dos atenuantes y ninguna agravante.

4.4. Requisitos del *compliance program* en Ecuador

Los requisitos que deberá contener el programa de *compliance* se establecen en la reforma del artículo 49 del COIP que estipula:

Los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, deberán incorporar los siguientes requisitos mínimos, sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento⁷ que se dicte para el efecto, y de otras normas específicas” (Reforma COIP, 2021, Artículo 49).

El primer requisito es la “identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo” (Art. 49.1); a lo que se le puede titular, matriz de riesgos. Para poder hablar de riesgo de *compliance* es preciso acotar que se entiende por “riesgo”; la norma ISO 31000 lo define como “Efecto de la incertidumbre sobre la consecución de objetivos” (ISO 31000 2018). Por lo tanto, el riesgo en *compliance* es una condición incierta que se puede dar por el potencial incumplimiento de la normativa legal que, en caso de ocurrir, puede ocasionarle a la empresa pérdidas, y, en materia penal, la RPPJ. La evaluación de riesgos es uno de los pilares fundamentales del *compliance* y, para identificarlos, en principio se necesita hacer un diagnóstico que establezca cuáles son los potenciales riesgos de incumplimiento a los que se pueda ver expuesta la empresa. Para elaborarla, es necesario recopilar toda la información a través de un ciclo de entrevistas, previo a las cuales se deberá implantar la metodología para evaluación del nivel de riesgo de la empresa. Tras esta recopilación se planteará la matriz de riesgos correspondiente.

El segundo requisito comprende “los controles internos con responsables para procesos que representen riesgo” (Art. 49.2). El incumplimiento penal es un riesgo muy alto para la empresa; por tanto, después de la creación de la matriz de riesgos y una vez identificados los mismos, las fuentes de la que provienen esos potenciales riesgos, las consecuencias que podría generar su incumplimiento y la probabilidad con la que se pueden dar, se procederá al tratamiento y control de los riesgos con el fin de mitigarlos.

El tercer requisito es la “supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales” (Art. 49.3). Para cumplir este requisito se deberá realizar el monitoreo del CP de la empresa, para lo cual será necesario que la organización cuente con auditores internos y, cada cierto tiempo, se realicen auditorías externas. Las auditorías son fundamentales, y las mismas se deben realizar de forma

⁷ Al mencionar este Reglamento no se determina bien los requisitos y es necesario que el legislador aclare esta situación.

periódica. Esto dado que el sistema de *compliance* debe supervisarse y someterse a una evaluación constante, e incluso podrían optar por certificarse voluntariamente con la Norma ISO 37301:2021. Existen normas no obligatorias como la nueva Norma ISO 37301:2021, con la que las empresas a nivel mundial podrán certificar su sistema de gestión de Compliance, y podrán someterse voluntariamente a un examen y evaluación de sus programas de cumplimiento para así obtener esta certificación. Sin embargo, en países como España la Fiscalía General del Estado ha indicado que la certificación per se, no es prueba de la eficacia del CP.

El cuarto requisito son “los modelos de gestión financiera” (Art. 49.4 COIP). En otros países, que de igual manera tienen regulado el *compliance*, también se encuentra una referencia específica a los modelos de gestión financiera; por ejemplo, el número 3 del artículo 31 bis del Código Penal Español que indica que se “Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos” (Código Penal Español, reforma 2015, Art. 31 bis).

Ahora, es fundamental comprender el quinto requisito, que son los canales de denuncia o *whistleblowing*. Este sistema consiste en “establecer y dar a conocer un canal de comunicación directo para que los empleados, clientes o proveedores puedan denunciar el incumplimiento tanto de normas internas como de otras regulaciones que rigen la actividad de la empresa” (Puyol, 2017, p.14). Estos canales de denuncia ayudarán a que se pueda facilitar la denuncia ante un incumplimiento de *compliance*. El desafío que se viene con ello es precisamente la implementación de normas para la adecuada protección del denunciante.

Por su lado, el sexto requisito habla del código de ética, que representa uno de los documentos principales y otro de los pilares del *compliance*. En principio debe tener

un código de ética o conducta y hacerlo cumplir por todas las personas vinculadas a la empresa, donde se normalice y armonice la relación entre compañeros, clientes, proveedores, Administraciones Públicas, autoridades, la competencia, etc., para conseguir que todas las actuaciones empresariales sean guiadas por la ética y la moral. (Alarcón Garrido, 2016, p.75).

En complemento a lo expuesto por este autor, Moscoso et al., indican que dicho texto se basa “en valores, mejora la reputación de la entidad, otorga unidad y coherencia al sistema de autorregulación de la empresa, fortalece en los empleados el sentido de pertenencia a un grupo y señala a terceros la cultura corporativa de la empresa” (2017).

En concordancia con lo anterior, el séptimo requisito son los “Programas de capacitación del personal” (Artículo 49.7). Las empresas deberán brindar capacitación continua para que su personal cuente con la información necesaria; para conseguirlo, la mejor opción para establecer dichas capacitaciones sería el realizarlas de acuerdo a los niveles de la organización. De esta manera, a la Alta Dirección corresponde una capacitación más profunda, puesto que son los que deben estar realmente comprometidos con el programa de *compliance*; a los mandos medios, se debería canalizar otro tipo de capacitación y al nivel operativo, una capacitación más básica.

A continuación, se encuentran como octavo requisito los mecanismos de investigación interna, definido como “el protocolo implantado, por un lado, para evaluar el correcto funcionamiento y eficacia del plan de *compliance* y poder así detectar posibles riesgos de comisión de delitos o mala praxis” (Ramírez, 2021). Algunos de los mecanismos de investigación interna que se podrían implementar son proactivas, reactivas, previas a la investigación judicial, paralelas (Ramírez, 2021). Se debe aclarar que “las investigaciones internas buscan determinar los hechos relevantes asociados a conductas impropias de sus integrantes” (Sacconi, 2018, pp. 313-341).

El noveno requisito es el de informar al encargado de cumplimiento, sobre posibles riesgos o incumplimientos. Esto también lo vemos en el artículo 31 bis del Código Penal Español al señalar que: “Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.” (LO 1/2015, art.31 bis). Toda actividad implica un riesgo, por lo que este numeral se refiere a los posibles incumplimientos que se pueden dar y a la obligación de reportar que tienen los empleados o algún externo a la organización. En Ecuador, por ejemplo, el Oficial de Cumplimiento de un Banco tiene la obligación de reportar mensualmente al organismo de Control, que es la Superintendencia de Bancos, y en el informe establece cada una de las actividades que ha realizado en relación con las Políticas de Conozca a su cliente, a su empleado, a su proveedor, entre otras.

Si el Oficial de Cumplimiento encontrara una inusualidad dentro de la revisión de listas de observados o cualquier otra inconsistencia, deberá reportarlo; caso contrario, el COIP prevé en el Artículo 39 lo siguiente:

Omisión de control de lavado de activos.- La persona que, siendo trabajadora de un sujeto obligado a reportar a la entidad competente y estando encargada de funciones de prevención, detección y control de lavado de activos, omite el cumplimiento de sus obligaciones de control previstas por la Ley, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

En la legislación ecuatoriana el Oficial de Cumplimiento tiene responsabilidad penal si omite el cumplimiento de control del delito de lavado de activos, por ello es importante que todas las actuaciones deberán estar debidamente documentadas.

El décimo requisito es establecer normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema, las cuales deben estar claramente establecidas en el CP. Este texto debe señalar cuáles son las sanciones y con qué medidas se sancionan el incumplimiento de la norma, lo que se puede coordinar con la Dirección de Talento Humano y, además, deberá incluir de forma necesaria “un plan reactivo o protocolo de actuación ante la comisión de un delito y su régimen sancionador” (Bajo Albarracín, 2017).

Por último, el décimo primer requisito habla de las Políticas de Compliance, que son los “Programas conozca a su cliente o debida diligencia” (Artículo. 49.10 COIP). Este tipo de políticas ya estaban establecidas para los sujetos obligados según la normativa de PLAF; sin embargo, no se limita solamente a la política conozca a su cliente, sino que incluye: política conozca a su empleado, política conozca a su accionista, política conozca a su proveedor, política conozca a su mercado, política conozca a su corresponsal (LAFD, 2016). Lo mismo ocurre con la debida diligencia en la que se indica que se debe recopilar, verificar y actualizar la información del cliente, establecer perfiles transaccionales y de comportamiento, así como los procesos de monitoreo y la generación de reportes internos y externos. Cuando la investigación lo amerite se podría realizar también una debida diligencia ampliada, como lo establece la normativa de PLAFD. Desde mi punto de vista, sería óptimo si esta última se la utiliza como referente para una mejor comprensión de este requisito que ha colocado el legislador.

5. Conclusiones

La RPPJ se encuentra en nuestro ordenamiento desde el año 2014. En Derecho Comparado, España nos lleva ventaja con respecto a la aplicación de los CP, pues en Ecuador la actual normativa es escueta con respecto al tema de RPPJ y los CP, y seguramente requerirá más reformas en la que se incluya al CP como eximente o incluso para aclarar conceptos que se dejaron a un lado en la reforma 2021.

El reto con la nueva reforma es grande; tras analizar el artículo 49 del COIP he llegado a la conclusión que el legislador ha realizado cambios en la normativa penal por la presión de cumplir con lo requerido por el FMI, similar situación que en el 2014 cuando se introdujo la RPPJ con el fin de salir de la lista del GAFI y de las jurisdicciones con deficiencias estratégicas. Lo vuelve a hacer con la reforma introduciendo los CP, por lo que este fin no permite que se cree una norma adecuada a nuestro sistema en algo tan importante como lo es el CP.

A pesar de esta gran problemática, se ha tratado de resaltar la importancia de los CP, pues es necesario comenzar a fomentar una cultura de cumplimiento; de esa manera se conseguirá un efecto positivo para el país, pues todas las empresas van a tener que someterse a más controles y será más fácil eliminar las empresas pantalla. Los CP son de gran ventaja no solo para el sector privado sino para el mismo Estado, en otros países ya estamos viendo frutos de incorporar el *public compliance*. Lastimosamente, desde que se introdujo la RPPJ no se han visto resultados pragmáticos y de beneficio para el país. En la práctica se avencinan varios problemas, entre ellos que se utilice el CP de papel, por lo tanto, fiscales como jueces deberán tener cuidado en la detección de estas malas prácticas. El modelo de *compliance* que se introdujo con la reforma 2021 es un avance, sin embargo, falta mucho por hacer, y se espera que se pase de esa vigencia formal y en desuso a una vigencia material de la norma.

Referencias bibliográficas

- Aguilera Gordillo, R. (2016). *Compliance y responsabilidad penal corporativa*. Navarra: Thomson Reuters.
- Araujo Granda, M.P. (2014). *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ayala de la Torre, J.M (2016). *Claves prácticas Compliance*. Madrid: Lefebvre.
- Bacigalupo Sagesse, S. (1998). “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Barcelona: Editorial Bosch.
- Bajo Albarracín, J.C. (2017). *Sistemas de Gestión Compliance: Guía Práctica*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Balcarce F, Berruezo, R. (2016). *Criminal Compliance y Personas jurídicas*. Buenos Aires: Editorial BdeF.
- Bayancela Delgado, M.T. (2014). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Quito: <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/3457/1/1111624.pdf>
- Díaz Gómez, A. (2011). *El modelo de responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas tras la LO 5/2010*. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
- García Falconí, R. J. y Alba Zurita, E. (2017). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, especial enfoque al caso ecuatoriano*. En Pérez-Cruz Martín, A-J. (dir.) y Neira Pena, A. (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas (375-399)*. Navarra: Aranzadi.
- Molina Fernández, F.(2010). *Memento práctico penal 2010*. Madrid: Editorial Francis Lefebvre.
- Moscoso del Prado, J., Carzola Prieto L.M y Bercovitz, A. (2017). *Compliance: Guía práctica de identificación, análisis y evaluación de riesgos*. Madrid: Thomson Reuters.
- Ramírez, H. (2021). *La investigación interna en las empresas*. <https://protecciondatos-lopdc.com/empresas/investigacion-interna/>
- Rotsch, T. (2012). “Criminal Compliance”, en: www.indret.com

- Silva Sánchez, J.M, Montaner Fernández R. y Vareala L.(2016). *Fundamentos del Derecho penal de la empresa. Segunda Edición ampliada y actualizada*. Madrid: Editorial Edisofer.
- Puyol, J. (2017). “El funcionamiento práctico del canal de compliance Whistleblowing. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villegas García, M. (2016). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: la experiencia de Estados Unidos*. Pamplona: Aranzadi.

Sentencias

Tribunal Supremo de España (2016). *STS 154/2016*, Sentencia del 29 de febrero de 2016.

Legislación

- Código Orgánico Integral Penal (2014). Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.
- Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación de Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos (2016). Registro Oficial Suplemento 802, de 21 de julio de 2016.
- Ley orgánica reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción (2021). Registro Oficial del Ecuador n. 392, de 17 de febrero de 2021.
- Congreso de Diputados de España (2015). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, reformas LO 5/2010, LO 1/2015, de 30 de marzo de 2015.
- Norma ISO 37301:2021: Sistemas de Gestión de Compliance.
- Norma ISO 31000:2018. Gestión de Riesgos.
- Superintendencia de Bancos (2018). Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Otros Delitos. RO No. 319, de 04 de septiembre de 2018.

Convenciones, informes y comunicados

- GAFISUD (2007). Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo, de 06 de diciembre 2007. <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/miembros/ecuador/evaluaciones-mutuas-7/130-ecuador-2nda-ronda-2007/file>
- GAFISUD (2011). Informe de evaluación mutua sobre lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, de 15 de diciembre 2011. <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/miembros/ecuador/evaluaciones-mutuas-7/131-ecuador-3era-ronda-2011/file>

HABILIDADES INNOVADORAS A FAVOR DE LA PRAXIS EN MEDIACIÓN¹

Innovative Skills in Favor of Praxis in Mediation

JAIDIVI NÚÑEZ VARÓN²ELIZABETH GARCÍA ALARCÓN³

Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador

Resumen

El presente texto aporta información relevante a mediadores y mediadoras que están interesados en actualizar sus habilidades y destrezas para que la construcción de acuerdos sea óptima sin causar ningún daño a los intereses y derechos de las partes. Desde el enfoque de Acción sin Daño, se invita a reflexionar en la forma en que se desarrolla el diálogo en la mediación para redimensionarlo, identificando cómo se moviliza a las partes en un reposicionamiento frente a la controversia. Desde estas acciones, se pretende que el mediador(a) experimentado(a) realice una mirada estratégica y se cuestione si ha de orientar a las partes hacia la transformación de creencias, a veces incluso culturales, que perpetúan el conflicto y que impiden vislumbrar las soluciones adecuadas. El texto aporta herramientas en circunstancias puntuales de la mediación donde habilidades como la vinculación del silencio, la creación de un contexto de cooperación, así como la generación de un marco de credibilidad aportan liderazgo en la actuación del mediador(a). La propuesta se construye a partir de la experiencia acumulada de las autoras, desde sus miradas psicológica y jurídica, como mediadoras y también capacitadoras en procesos de formación, tanto en Colombia como en Ecuador.

Palabras clave

Mediación, Habilidades y técnicas de intervención, Acción sin Daño.

Abstract

This text provides relevant information to mediators who are interested in updating their skills and abilities so that the construction of agreements is optimal without causing any harm to the interests and rights of the parties. From the action without harm approach, it is invited to reflect on the way in which dialogue develops in mediation to resize it, identifying how the parties are mobilized in a repositioning in the face of the controversy. From these actions, it is intended that the experienced mediator takes a strategic look and questions whether the parties should be oriented towards the transformation of beliefs, sometimes even

¹ Los/as autores/as de este artículo han contribuido en partes iguales.

² Magister en Psicología. Especialización en Acción sin Daño y Construcción de Paz. Certificación Internacional en Psicología Positiva por el Wholebeing Institute y el Instituto de Bienestar Integral-IBI, en Tepoztlán, México. Practicante con licencia de Programación Neurolingüística otorgada por la organización Felizmente y Richard Bandler. Estudios en mediación transformativa en Calgary, Canadá (Interaction) y en Mediación escolar en San Francisco y Miami (Community Board and Peace Education Foundation). Autora de numerosas publicaciones y coautora del Manual práctico de Mediación, 2018, ASIPI. Correo electrónico: jaidivi.n@gmail.com.

³ Profesora titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, donde obtuvo los títulos de Abogada y Doctora. PhD en Ciencias Jurídicas y Sociales y Master en Relaciones Internacionales Universidad Rey Juan Carlos de España. Mediadora y directora de proyectos de formación en manejo de conflictos, cultura de paz y derechos humanos, Corporación de Estudios DECIDE, desde 2008 y en el Centro de Mediación del Centro sobre Derecho y Sociedad, desde 1992. Correo electrónico: regarcia@puce.edu.ec.



cultural, that perpetuate the conflict and that prevent glimpses of the appropriate solutions. The text provides tools in specific circumstances of mediation where skills such as linking silence, creating a context of cooperation, as well as generating a credibility framework provide leadership in the mediator's actions.

Keywords

Mediation, Skills and Intervention Techniques, Do no Harm.

1. Enfoques transversales que subyacen al repertorio de habilidades del mediador(a)

A propósito de la experiencia -en nuestros países latinoamericanos y desde el reconocimiento de su amplia diversidad cultural y social- en el manejo de conflictos a través de la mediación, es ineludible plantear la recomendación de aplicar el enfoque de Acción sin Daño, desde la gestión del mediador(a) de no causar daño a las partes en su dignidad humana y de respetar su autonomía sin afectar sus intereses por falta de una comprensión de sus creencias durante el desarrollo de la mediación; aspectos que implican no imponer criterios ni principios a las partes, si ellas no están listas para asumirlos.

En este sentido, el problema que busca atender el presente artículo, es el riesgo que tienen los mediadores(as) sin entrenamiento en habilidades en el manejo de las emociones y de las relaciones con las partes, lo que determina la poca transformación de la controversia y la relación entre las partes. De ahí que sea trascendental reconocer, durante la gestión de la mediación, cómo se movilizan las posturas de negociación en el intercambio de opciones que se generan en las audiencias y visibilizar las emociones intensas y negativas que reducen las posibilidades de construir consensos o un acuerdo favorable para satisfacer los intereses de las partes y de terceros que resulten afectados.

Desde la responsabilidad jurídica, según Rodríguez (2008), se entiende por daño o perjuicio el impacto o efecto negativo que sufre una persona en sus derechos y garantías, por causas que pueden ser imputables a otros, con quienes se establece el vínculo entre el evento dañino-efecto y el daño-evidencia de consecuencia. Los daños o efectos no deseados pueden ocasionarse por acciones u omisiones.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado en su jurisprudencia (ver caso *Loayza Tamayo vs. Perú*) nuevos conceptos de daño a la persona, daño moral y daño al proyecto de vida que se relacionan con el ejercicio de la libertad, y para explicar mejor su alcance debe entender así:

Este concepto va mucho más allá de comprender al ser humano como unidad psicosomática para concebirlo como ser en libertad, capaz de proyectar su vida personal y colectiva, según sus inclinaciones y propia vocación, y la posibilidad de trazar su proyecto de vida sin dañar ni ser dañado por los otros. En este sentido, se considera que la frustración o menoscabo al proyecto de vida es el mayor daño ocasionado a una persona. (Rodríguez, 2008).

Por lo tanto, el concepto de *daño* ha evolucionado hacia una visión integral que articula la vida humana social, los valores y las normas jurídicas (Fernández, 2014). Se pueden distinguir los daños subjetivos (psicosomático y al proyecto de vida), de los objetivos cuando afectan a bienes materiales, así como también los daños irreparables de los susceptibles de reparación.

En coherencia con el anterior planteamiento, la aplicación del enfoque de Acción sin Daño en el desarrollo del proceso de mediación implica una interacción en la que el diálogo debe fluir sin tropiezos y de manera respetuosa para que favorezca el crecimiento

y aprendizaje personal de las partes frente al conflicto, en la construcción participativa y comprometida de acuerdos en que se satisfacen sus intereses. Para lograr esto, la intervención de quien o quienes lo facilitan en calidad de mediadores debe ser adecuada y no dar lugar a afectaciones a propósito de visiones prejuiciadas o comentarios cargados de estereotipos, porque esto no solo provocaría desconfianza en una o en ambas partes, sino también genera condiciones de discriminación y exclusión que no garantizan el ejercicio pleno de derechos.

De ahí que se torne pertinente y no negociable la aplicación de un adecuado enfoque que reconozca las diferencias y, si es necesario, incluso, la aplicación de acciones afirmativas a favor de quien requiera una atención especial para equilibrar cualquier brecha de desigualdad y erradicar diferencias de poder. Esta intervención ha de ser analizada adecuadamente para considerar tanto las consecuencias positivas como negativas que lleguen a concretarse en el entorno en el cual pretenden desarrollarse. Esto se conoce como enfoque de Acción sin Daño, puesto que contribuye a transformar la situación de conflicto y logra mejorar las relaciones inter partes.

Cabe precisar que si durante el manejo de la controversia, el desempeño del mediador o mediadora carece de este enfoque existen diversos riesgos que podrían generarse, como el de introducir y acentuar diferencias y desigualdades que no favorecen el cierre de brechas de inequidad y, al contrario, pueden incidir para perpetuar conductas u omisiones perjudiciales contra una de las partes o incluso respecto de terceros. De darse esta situación, se estaría favoreciendo a uno de los actores del conflicto e incluso legitimando sus acciones en perjuicio de la dignidad del otro.

También podría darse que una o ambas partes se sientan presionadas a hacer concesiones indebidas para firmar un acuerdo que realmente no es sostenible, lo que profundiza aún más el conflicto entre las partes o genera dependencias nocivas. En el mismo sentido, si se incide para reconocer necesidades y demandas impropias a los modos de vida de una de las partes, exigiendo comportamientos y actitudes ajenos a la realidad personal como condición para el acuerdo o desconectadas de las necesidades de las comunidades y su cultura.

Otro riesgo que puede emerger al no asumir el enfoque de Acción sin Daño, es la pérdida de credibilidad en el mecanismo de la mediación, situación que se corrobora cuando al menos una de las partes siente que no fue un espacio en que se haya valorado ni respetado su situación personal. Esta situación se da cuando se transmiten mensajes equívocos o se propician opciones sin el mínimo de condiciones favorables.

En virtud de lo anterior, la actuación de mediadores o mediadoras debería estar siempre sustentada en un enfoque de derechos humanos que garantice la dignidad humana en sus tres dimensiones: vivir bien, vivir sin humillaciones y vivir en autonomía, que supone la libertad de tomar decisiones, lo que además en la práctica permite construir un acuerdo entendiendo las diferencias de las partes. De esta manera, se cumple el principio de igualdad y no discriminación que además abarca la obligatoriedad de inclusión social, superando cualquier clase de prejuicio o estereotipo.

Cabe tener en cuenta, la Sentencia T-881/02 de la Corte Constitucional de Colombia que al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.

Desde esta perspectiva, cabe recordar la frase que dice: “tenemos el derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza y el derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos des caracteriza” (De Sousa, 2010).

Este enfoque que también se denomina *enfoque diferencial* se complementa con otros, principalmente el enfoque de género e incluye las otras visiones de transversalidad que obligan al tercero imparcial de la mediación a mirar cada uno de los detalles para reconocer el rostro humano en cada parte, es decir visibilizar su situación particular y singular desde diversos aspectos, principalmente el generacional y etario, las diferencias de género como identidad, orientación sexual u otras expresiones, las diferencias étnico-culturales que incluyen las creencias religiosas, discapacidades físicas o intelectuales y, también las condiciones determinadas por la movilidad humana, sea o no una migración forzada, refugio o asilo en espacio nacional o internacional.

Cada una de estas variables, que han de ser consideradas en el abordaje de la mediación, pueden o no ser perceptibles a través de los sentidos, así que quien actúa como mediador(a) no solamente ha de sacar conclusiones o suponer condiciones a partir de su observación. Es necesario según la naturaleza de cada caso que se está abordando, que quien cumpla el rol de tercero imparcial aplique los mecanismos idóneos a fin de confirmar la información respectiva relevante. En muchas ocasiones se ha de recurrir a las preguntas según corresponda, por la confidencialidad, a la lectura del conflicto y su pertinencia pudiendo hacerse en una sesión conjunta o en sesiones individuales.

Respecto al enfoque de género, hay que tomar en cuenta que impacta de manera diferenciada en hombres y en mujeres una decisión determinada, por lo tanto, mientras se discute una alternativa de solución, es recomendable aplicar preguntas reflexivas que permitan visualizar los efectos distintos que tendría en cada parte una misma situación. No puede perderse de vista que mientras la sociedad ha asignado a las mujeres roles vinculados con el cuidado y tareas reproductivas, a los hombres se les ha vinculado con el trabajo fuera de casa y tareas productivas.

En este sentido, es importante precisar que estas asignaciones sociales se han ido modificando a través del tiempo y el mediador(a) requiere mantener una visión abierta que no necesariamente encuadra en la de su vida personal (Bermeo y García, 2019). Así, el tratamiento diferenciado con las mujeres garantiza equidad frente a la satisfacción del derecho de acceso a la justicia, puesto que reconoce que pueden existir entre las partes desequilibrio de poder y ausencia de empoderamiento en quien tiene una situación de desventaja.

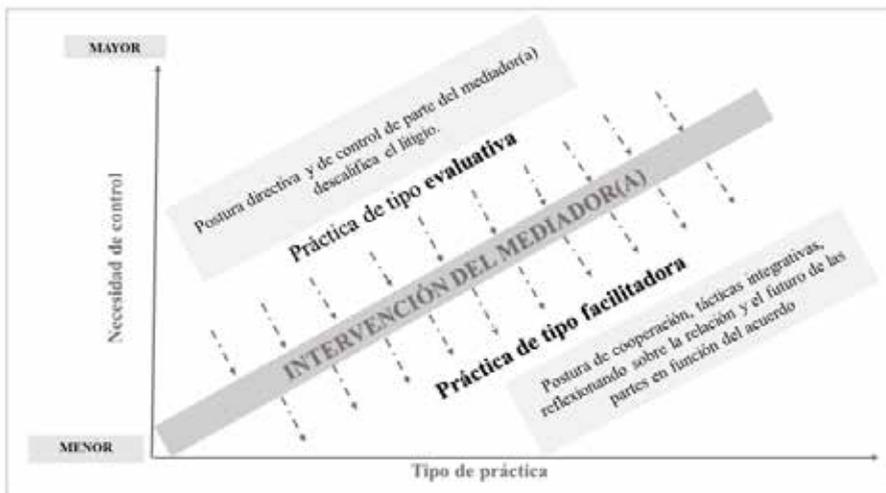
Mayores desafíos se enfrentan cuando existen una o más partes que han superado la barrera heteronormativa o binaria, tanto por orientación sexual como por una identidad de género que no necesariamente corresponde con su sexo biológico, en cuyo caso el mediador ha de respetar y aceptar como cada parte prefiera ser tratada, aunque en documentos a ser suscritos deban constar los datos civiles según los documentos públicos.

Algo similar ha de tenerse en cuenta, cuando una propuesta es analizada por personas de distintas edades, puesto que la perspectiva es muy diferente según el contexto en que han vivido y la generación a la que pertenecen. Además, en cada cultura existe una forma distinta de explicar o narrar los hechos, por lo que los tiempos de relato de una experiencia determinada serán muy distintos, y el uso del lenguaje tendrá otros matices. En estas circunstancias, es clave respetar la forma de presentación de los relatos desde una diversidad étnica y cultural, por ejemplo, en grupos afrodescendientes, se debe escuchar desde su lógica cultural y sus visiones.

Ahora bien, si el conflicto que se maneja corresponde a partes con un determinado credo o existen marcadas diferencias religiosas, corresponde que el mediador(a) sin ningún juicio de valor, pero atento a los asuntos a ser atendidos logre desarrollar el diálogo de manera significativa para movilizar condiciones de construcción de acuerdos. En este sentido, la intervención que realice el mediador(a) desde el enfoque diferencial supone una gestión clara y enfática frente al desequilibrio de poder entre las partes (Castrillón, 2017), con el fin de igualar su capacidad de negociar, superando temores y preocupaciones válidos. Con frecuencia una de las partes inicia con carencia de poder, por ejemplo, en los casos de asuntos laborales, en los que la parte empleadora suele tener mayor fortaleza, esto se refleja en la falta de manejo de un lenguaje adecuado y en el uso de los argumentos.

2. La persona del mediador frente a las habilidades y técnicas de intervención

Dada la complejidad y el repertorio de habilidades que requieren desplegar los mediadores(as) en el ejercicio de la conducción de la mediación, se ha de reflexionar de una manera muy puntual sobre los estilos de intervención que tiene el profesional durante el abordaje de la controversia e incluso en el relacionamiento que este genera en el proceso.



Gráfica 1. Estilos de práctica en la mediación (Núñez, J., Revelo, A., y Zuluaga, J., 2018.)

Al respecto, se han identificado estilos no adecuados de actuación del profesional en *función del control* que a veces se ejerce, por ejemplo, sobre el tiempo de intervención que tendrían las partes cuando se les indica que solo disponen de 5 minutos para expresar los hechos que suscitaron o motivaron la celebración de la mediación; o cuando desde este mismo estilo, el mediador(a) señala a las partes los contenidos que pueden expresarse y dice que no se tiene tiempo para desperdiciar y por lo tanto lloriqueos y bravuconadas no son pertinentes en el desarrollo de la audiencia.

Otra forma en el desempeño del mediador(a) corresponde al *estilo evaluativo*, asociado a la descalificación del proceso ordinario frente a la controversia, objeto de la mediación, señalando los costos en tiempo y en dinero que pueden acarrear las partes de no llegar a un acuerdo. Bajo esta perspectiva, Núñez y Cols (2018) señalan la necesidad de considerar de manera objetiva las implicaciones que tiene una práctica de carácter evaluativa en la mediación pues, se puede maltratar aún más las relaciones entre las partes, se limita la autonomía

de las mismas en la toma de decisiones durante la mediación y se restringen las capacidades y habilidades que pueden tener los intervinientes en la construcción de fórmulas de arreglo y en la generación de un consenso sobre una negociación gana-gana.

En contraste con el estilo basado en el control o en la evaluación, se identifica una *práctica de carácter facilitadora* en la que la postura del mediador(a) corresponde a una estrategia genuina de cooperación donde interesan la relación de las partes e incluso el deterioro de la misma por ocasión de la controversia, el abordaje de las necesidades y preocupaciones que tienen las partes respecto del efecto que ha tenido el conflicto en los niveles personales y en los contextos de interacción en los que se participa (la empresa, la sociedad, la familia, entre otros). Así, el profesional se enfoca en la comprensión de los intereses más allá de los económicos y los legales, identificando las variables emocionales, las dimensiones cognitivas acerca del problema y su solución, el deterioro de la imagen por ocasión de la dinámica e intensidad del conflicto e incluso el futuro de la relación entre las partes independiente del resultado que tenga la mediación.

Desde esta perspectiva, se hace indispensable que en la labor mediadora se desplieguen tácticas integrativas en el que se valore de manera positiva la autonomía de las partes, se convoque la capacidad reflexiva de las consecuencias que pueden tener las alternativas de solución en el desarrollo del encuentro. Es a través de este ejercicio en el que el carisma y la apertura comunicacional que despliega el profesional, garantiza un acercamiento a la vida de las partes y se genera un escenario colaborativo en el que las cualidades personales del mediador(a) se tornan irremplazables y se evidencia su vocación por el servicio y la inspiración que proyecta a favor de un consenso en el que se propicia la admiración y el respeto mutuo.

Desde este enfoque *facilitador*, la creación de muestras de confianza y de colaboración conjunta conduce necesariamente a avanzar de una lógica adversaria a una lógica de colaboración conjunta en el que interesan soluciones y respuestas genuinas a las preocupaciones expresadas durante la mediación. Implica entonces, pasar de la desconfianza y la confrontación a la escucha atenta, hacer comprensión de la diversidad a partir de un replanteamiento del conflicto en el que las partes experimentan una actitud cooperativa y de motivación por parte del profesional, aspectos que dan impulso a una visión compartida.

Los mediadores(as) con capacidades y habilidades expresan en sus intervenciones una preocupación por construir empatía entre las partes, pensando en el futuro de su relación, aún si estas no llegan a un acuerdo. Interesa aquí, una temporalidad diferente al aquí y al ahora, y más bien centrar una mirada basada en escenarios múltiples en los que es viable considerar la construcción de un acuerdo desde las propias decisiones de las partes, donde ellas vislumbren un futuro cargado de aprendizajes y de creencias nuevas acerca del poder que tienen ellas para resolver la controversia que los afecta en las múltiples dimensiones de sus vidas. Solo así, será posible que la autocomposición haga posible transformar la realidad del conflicto, hacia una solución de las desavenencias a partir de los compromisos definidos en tiempo, lugar y recursos que han de invertirse para el logro del acuerdo.

A partir de esta experiencia como mediadores, insistimos cada vez más, en el valor de la disposición y ánimo de solución de la controversia que ha de tener el profesional que participa como tercero facilitador pues será a través de su actitud, su carisma, su capacidad de autorregular las emociones y la destreza para relacionarse con las partes que le será viable propiciar un ambiente a favor del consenso, de la escucha atenta y el respeto por la singularidad que tienen los relatos, las narraciones y los sentires en la mesa de la mediación.

Se recuerda aquí, que el *estilo facilitador* en la mediación en palabras de Saposnek (2016, p. 58) puede tener un efecto terapéutico cuando el profesional se centra de manera

íntegra en las dificultades específicas que expresan las partes, cuando analiza y limita los patrones de comunicación entre las partes que las mantienen en un círculo negativo que con frecuencia las lleva a la desesperanza en el acuerdo. Es aquí donde el mediador(a) aborda los asuntos emocionales, la dinámica relacional y reestructura el proceso de negociación creando una estrategia conjunta, de carácter colaborativo que se centra en las preocupaciones de los intervinientes e incluso de aquellos que no están presentes en el escenario de la mediación y que serán impactados por las decisiones que tomen tanto el convocado como el convocante.

Incluso lo terapéutico está en la forma como dialogan las partes. En un ambiente de respeto y escucha activa las personas redimensionan los daños y perjuicios, así como los efectos que el conflicto provoca en sus vidas y cómo afectan la relación que quisieran mantener, fortalecer o perder. Por lo tanto, un repertorio de habilidades y destrezas se requiere poner en función para superar el bloqueo relacional, emocional e incluso de dogmatismos que se sustentan y se defienden de manera absoluta.

3. Herramientas y estrategias de intervención a favor del consenso

Enseguida se presentan tres estrategias de intervención que favorecen la construcción del consenso durante la mediación como son la herramienta del silencio, del enfoque divergente y del planteamiento de emociones inspiradoras a favor de la solución del conflicto.

3.1. Cuando la palabra y el silencio caminan juntos

Tiene sentido reflexionar sobre cómo el silencio puede ser aprovechado en una sala de mediación, en el que con frecuencia las partes se ven avocadas a atropellar las palabras cuando manifiestan los hechos y pretensiones que motivan su participación. En este sentido, el silencio puede ser usado como una estrategia de intervención a partir del cual se pueden proponer nuevas reflexiones respecto a la interpretación de los hechos y efectos que la controversia provoca en la vida de los disputantes; así mientras se narra, por ejemplo, las pretensiones, el mediador(a) puede provocar un *ruido singular* respecto a otras alternativas de comprensión de la dinámica de la controversia y las opciones de resolución que estas alternativas ofrecen a la disputa, objeto del encuentro de mediación.

En concordancia con el anterior planteamiento, el silencio ha de ser aprovechado por el profesional mediador cuando desatiende sus razonamientos lógicos asociados a su vida cotidiana e incluso a la lógica discursiva de su propio diálogo interior; se le invita entonces, a conectarse con el aquí y el ahora, a tener una mirada apreciativa de los esfuerzos, las narraciones y las reacciones que tienen los intervinientes en el encuentro de la mediación.

Enseguida le invitamos a reflexionar sobre el caso de un mediador que aplicó la técnica de silencio para movilizar a las partes en función del relacionamiento que estaban teniendo durante el desarrollo de la audiencia en el caso de un padre de 78 años que pide a sus hijos un *pedacito de tierra* para sus últimos días de vida.

Caso: *Heliodoro, un pedacito de tierra y sus hijos*. En esta situación, don Heliodoro pone en consideración de sus hijos Isidro y Rosa la decisión tomada anteriormente de no repartir la herencia en tres, sino en dos, considerando que él moriría pronto. Por esta decisión tomada, don Heliodoro comienza a vivir en la casa con su hija Rosa y los problemas de relación se comienzan a dar, por lo que él decide llamarles y solicitarles que le concedan un *pedacito de tierra* para poder pasar sus últimos 10 años; a lo cual sus hijos se niegan a considerarlo, pues don Heliodoro podría vender la tierra a terceros y terminarían perdiendo un bien valioso para sus familias. Durante la mediación, los hijos confrontan al padre sobre la petición y le recuerdan que, en vida, doña Reencarnación no tuvo muchos momentos de alegría y buen

trato por parte de él. El padre a su vez, reclama a sus hijos el poco cuidado y protección que recibe de ellos, en medio de un contexto de interrupciones y de no acatamiento de normas para la mediación, la mediadora plantea una pregunta, que no requiere respuesta, pero sí una reflexión y un momento de silencio, qué pasaría si doña Reencarnación estuviera aquí presente en esta sala de mediación y hubiese escuchado, cómo los hijos tratan al padre y cómo el padre se relaciona con sus hijos amados. La mediadora hace silencio junto con las partes y les pregunta: ¿qué pueden decirme al respecto? Y Rosa suelta una lágrima y le *pide perdón a su padre*; Isidro señala aquí *nadie ha dicho que no queremos que nuestro padre tenga una vida feliz* y don Heliodoro con sus ojos húmedos dice que su amada esposa *estaría muy triste en el cielo*”.

Estos elementos constituyen un canal de entrada de información valiosa que le permite al profesional avanzar en una lógica de cooperación y en un escenario de empatía que va mucho más allá de la racionalidad que con frecuencia se vuelve el foco de atención en la sala de mediación.

El silencio es también un llamado a la concentración. Los mediadores(as) distraídos producen un efecto de desconfianza y de desaliento para la participación activa de los intervinientes en el desarrollo de la audiencia; se trata entonces de una concentración que conecta la razón con el corazón, que apoya la comprensión profunda de la situación conflictiva que se expone y también, provocar el silencio en el profesional que ejerce el rol de mediador(a). Quizá sea necesario parafrasear el planteamiento de la monja budista Kankyo que dice: *Simplemente concéntrate en el acto en sí, en la observación, en la tarea que estás llevando a cabo* (Tannier, 2018).

En efecto, el silencio se puede aprovechar como estrategia de intervención, al igual que el uso del lenguaje verbal siempre y cuando se atienda al uso y al tipo de contexto en el que las palabras concurren en el desarrollo de la narrativa suscitada en la mediación. Al respecto, en un estudio llevado a cabo a través de grabaciones de mediación entre los años 2010 al 2011, Greatbatch y Dingwall, profesionales en mediación e investigadores, se interesaron en identificar las variables asociadas a la conducta del mediador(a) en términos de la influencia de las partes, el efecto, uso y características del lenguaje verbal, entre otros, identificando el fenómeno de *mimetismo comunicacional*. Esta dinámica de la comunicación alude a que, si una de las partes relata la controversia desde el referente emocional, la contraparte se ve obligada a usar el mismo referente con el propósito de contar con la legitimidad y la credibilidad delante del mediador(a). Se propone entonces, que el profesional aborde su intervención desde el referente emocional de tal manera que, se conecte con las preocupaciones y sentires de los disputantes y aproveche este insumo como recurso para la construcción de preliminares opciones de resolución y así, avanzar en la construcción de consensos que configuran el acuerdo final frente a la controversia.

Así mismo, el mediador(a) ha de procurar, desde el inicio de la mediación la utilización de un lenguaje basado en plurales que favorezca una estrategia colaborativa de trabajar en conjunto, con el fin de comprender la controversia y construir un acercamiento interaccional con las partes. Será también propicio formular preguntas de influencia con el propósito de movilizar incluso las posturas de negociación y así, clarificar las necesidades de base que defienden los disputantes.

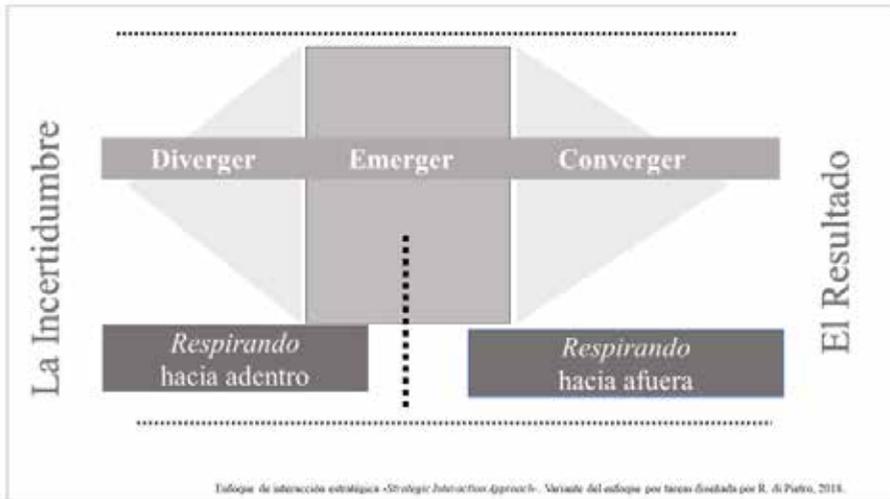
Adicionalmente, es oportuno aprovechar los efectos que tiene la técnica de emparejamiento lingüístico derivada de la programación neurolingüística, en el que se concibe la comunicación cargada de significados y desde esta lógica el mediador(a) puede conectar con la narrativa de las partes utilizando los adjetivos y sustantivos que con mayor frecuencia utilizan sus interlocutores y así, comprender su visión. Se trata entonces, de escuchar atentamente

los contenidos de los disputantes, de atender a los énfasis de los argumentos expuestos, especialmente los adjetivos y sustantivos utilizados por los disputantes, sin descartar los gestos, el modo de expresión y el tono de voz, que constituyen el contexto y sentido de la comunicación (O'Connor y Seymour). Una vez identificados estos elementos comunicacionales, el mediador(a) hace uso de los adjetivos y sustantivos utilizados por los disputantes y los plantea en forma de preguntas o de reflexiones que pueden aportar al análisis de la controversia e incluso a la reformulación de alternativas de solución que se estén planteando durante la mediación.

3.2. De un enfoque convergente a uno divergente.

Desde la perspectiva del enfoque de interacción estratégica desarrollada por Di Pietro (1987), el mediador(a) puede hacer uso de esta técnica mediante la creación y planteamiento de hipótesis con respecto a las diversas alternativas que pudieran analizarse. Para esto, el profesional propondrá un escenario, entendido este como el espacio donde tiene lugar un juego estratégico de la conversación que tienen los intervinientes durante la audiencia. Entendida esta como una interacción no mecánica ni predecible, pero que sí hace posible un ambiente adecuado para encontrar de manera creativa posibles alternativas a la solución de la controversia.

En la siguiente gráfica se ilustra el ciclo de temporalidades que tiene el diálogo a través de tres escenarios asociados a la divergencia, emergencia y convergencia que tiene la interacción y la narrativa durante el desarrollo de la mediación y en el que el profesional a cargo, ha de tener en cuenta durante el ejercicio de su rol.



Gráfica 2. La convergencia del diálogo en la mediación (adaptación por las autoras, 2021).

El impacto de la convergencia del diálogo en la mediación implica comprender que no siempre las partes compartirán, en la fase de inicio del encuentro, todas sus expectativas, necesidades y aspiraciones ya que pueden develar agendas ocultas, intenciones asociadas al incremento del costo del conflicto en la contraparte y que se tornan relevantes si la dinámica de la controversia estuvo escalada por la presencia de sentimientos exacerbados y argumentos polarizados que distanciaron aún más el relacionamiento entre las partes.

Bajo este panorama, el mediador(a) es consciente de las sombras presentes en el discurso que plantean las partes en su inicio y en el que se abandona, la dicotomía de historias en blanco o historias oscuras. Se trata entonces, en este primer momento de divergencia, de un ejercicio de curiosidad, en el que las partes se defienden con sus argumentos, describen los hechos y las interpretaciones que dan sentido a su presencia en la sala de la mediación. Por ello, se dice que el mediador(a) respira hacia dentro, analiza las respuestas a las preguntas que realizó y permite que las partes relaten los hechos, la dinámica de la controversia, la intensificación o grado de escalamiento, así como las emociones y relaciones entre las partes.

En este *respirar hacia dentro*, el mediador(a) organiza las ideas principales, prioriza las emociones en juego e identifica los obstáculos relacionales entre las partes y con esta información avanza hacia un estadio temporal denominado de *emergencia*, indispensable para transitar por visiones alternativas e incluso creativas a la lógica planteada por las partes. Será tarea del profesional avanzar hacia otras aristas de la conflictiva, aprovechar la dinámica de las emociones presentes, sean estos de tristeza, enojo o traición para convertirlas en recursos motivadores impulsores de cambio hacia la construcción de un diálogo positivo que derive en la construcción de un consenso.

Para Di Prieto (1987), el estadio temporal del *emerger* implica también respirar *hacia afuera* en la medida en que necesita el mediador(a) preguntarse, qué necesitan los disputantes para comprender racionalmente la salida al conflicto y qué necesitan experimentar emocionalmente las partes para salir del statu quo que mantiene la controversia e incluso, la percepción de la desesperanza en el acuerdo en la sala de mediación. Este contexto corresponde al *nudo del diálogo* en el que se hace indispensable atar los contenidos expresados por las partes, las necesidades identificadas, las preocupaciones e intereses defendidos con nuevos escenarios en el que el consenso tenga sentido y el diseño de las propuestas de arreglo correspondan a los sentires principales de los intervinientes en la mediación.

Solo después de este estadio se transita hacia uno denominado *de convergencia* en el que se torna ineludible la concreción de las condiciones deseables que ha de tener el acuerdo y es aquí donde el mediador(a) *respira hacia afuera*, se ubica desde una posición en el cual comparte como provisional su reflexión sobre la controversia y las opciones de salida ante la formulación de escenarios alternativos en la discusión de la viabilidad que estos tienen en función de los recursos y las preocupaciones expresadas previamente.

La convergencia también hace alusión a una indispensable vigilancia que ha de tener el mediador(a) respecto a la danza relacional que muestran partes en el desarrollo de la audiencia; pues el profesional comprometido en un enfoque de Acción sin Daño donde toda mediación ha de procurar el bienestar, el respeto, la autonomía y el crecimiento personal de las partes; vigilará por lo tanto, que este precepto se cumpla a favor de la protección de la relación, la procura del desescalamiento de la controversia en el desarrollo de la audiencia.

Caso: *¿A quién dono qué?* Un benefactor quería donar varios bienes (muebles e inmuebles) a distintas organizaciones sociales, que atendían a grupos en situaciones de vulnerabilidad, pero no podía decidir qué podría ser más útil para cada organización, luego de algunas conversaciones, en que se manifestaron controversias, decidió llevarlos a mediación para que llegaran a acuerdos que pudieran satisfacerlos a todos. El mediador escuchó que las partes preguntaban sobre el avalúo de cada bien, y en medio de un diálogo que estaba orientado a la repartición y que difícilmente sería equitativa en montos, se orientaron las reflexiones sobre cómo podría funcionar un plan en que los bienes sean aprovechados por varias organizaciones simultáneamente. Finalmente, se identificaron las alternativas legales para constituir un fideicomiso.

3.3. De emociones limitantes a emociones inspiradoras para afrontar el conflicto

La literatura en los últimos 20 años ha tenido una expansión muy importante sobre las variables, dimensiones y factores relacionados con la dinámica afectiva y sus implicaciones con la conflictividad presente en la sociedad. Desde el año 1995 que tuvo lugar el planteamiento de Daniel Goleman sobre la inteligencia emocional, definida como la capacidad de manejar las emociones y los impulsos conflictivos, así como la sabiduría para gobernar de manera adecuada los sentimientos y los impulsos que acompañan a los pensamientos y acciones de quienes las experimentan.

Posteriormente, Bisquerra y Pérez (2007) entendieron a las emociones como un subconjunto de competencias personales que influyen de manera particular en la consciencia emocional, la regulación emocional, las competencias sociales, las habilidades para la vida y el bienestar. Su insistencia en la noción de la competencia refiere a la necesidad de comprenderla a partir de la capacidad de movilizar conocimientos, habilidades, capacidades y actitudes necesarias e indispensables para afrontar la incertidumbre y los efectos que estas tienen en la dinámica afectiva e interaccional del sujeto que las vivencia.

La competencia social en el campo de la mediación se apoya en la premisa de considerar que el profesional ha de tener capacidades para demostrar con autoeficacia la expresión de las emociones en las transacciones sociales que tiene con las partes intervinientes en el encuentro. Sin embargo, para que la autoeficacia tenga lugar, se torna indispensable el autoconocimiento de su dinámica emocional y la capacidad para regular sus emociones en función de los objetivos en su rol como tercero facilitador. Esto supone desde la perspectiva de Saarni (2009) que el mediador por lo menos posea algunos de los siguientes atributos:

- a) *Conciencia del propio estado emocional.* Incluso de las emociones múltiples que se experimentan con ocasión de los contenidos y de las reacciones emocionales de las partes. Esta capacidad abarca también la consciencia de que el mediador(a) puede no ser consciente de sus sentimientos debido a la inatención selectiva. Por ejemplo, si quien realiza la mediación se encuentra en luto familiar por la pérdida de uno de sus progenitores luego de una enfermedad catastrófica, puede ser recomendable no atender casos relacionados con asuntos de familia que involucren cuidado de adultos mayores o decisiones patrimoniales por sucesión.
- b) *Habilidad para discernir las habilidades de los demás.* Atendiendo a las claves situacionales y expresivas que apoyan el consenso y el significado emocional de los hechos acontecidos con ocasión de la controversia. Así mismo, cuando el mediador descubre que los socios de un negocio que están en controversia y a punto de disolver la sociedad tienen intereses compartidos, pero al mismo tiempo se dan otros de índole personal que les alejan; el mediador debe atender ciertos obstáculos, aunque parezcan no prioritarios, como la participación de solo uno de ellos en una feria, que una de las partes lo ve como responsabilidad y la otra, como oportunidad de nuevos contactos.
- c) *Habilidad para utilizar el vocablo emocional.* Incluye también la incorporación de los términos expresivos disponibles en la cultura, de tal manera que el profesional mediador(a) se comporte según el estilo emocional y de relacionamiento que tienen las partes; por lo tanto, no posee un único método de conducción de la audiencia ni tampoco un estilo constante y homogéneo para abordar la controversia y los aspectos emocionales identificados en las partes. El atributo del mediador(a) ha de tener en su repertorio comportamental, consultar el significado y alcance de algunas palabras, así para solicitar algo como un favor y no como mandato, en Ecuador se puede decir “dame haciendo” en lugar de “por favor realiza esto”.
- d) *Capacidad para implicarse* empáticamente con las experiencias emocionales de las partes, sin perder la objetividad y los criterios de imparcialidad que se constituyen en un factor fundamental para el ejercicio de la mediación. En el caso laboral, sobre horarios de permisos o pausas por lactancia, no todos los empleadores o responsables de talento humano compren-

den las necesidades biológicas y frecuencia de extracción de leche materna; quien hace la mediación, aunque no tenga la experiencia sobre la temática puede contribuir en la explicación necesaria para que el acuerdo no pierda objetividad.

e) *Destreza para comprender el estado emocional interno*, que no necesariamente corresponde con la expresión externa los gestos, intensidades emocionales y niveles de argumentación; es decir, a pesar de las afectaciones que puede tener el profesional respecto a lo que escucha y de las relaciones entre las partes, el mediador(a) es capaz de diferenciar lo que piensa y siente del proceder que lleva a cabo para avanzar hacia el consenso. Un ejemplo de lo anterior, es cuando una o ambas partes en conflicto pertenecen a un grupo socialmente discriminado por orientación sexual diversa, quien hace mediación no debe imponer sus opiniones ni a favor ni en contra de esta característica, aunque los estereotipos hayan dado lugar al conflicto.

Del anterior repertorio de capacidades y habilidades esperadas en el profesional mediador es fundamental tener la destreza para afrontar las emociones negativas, propias y la de los intervinientes en la audiencia, pues se requiere la utilización de estrategias basadas en el ejercicio del autocontrol que regulen la intensidad y la duración de los estados emocionales provocados; que con frecuencia son fruto de la historicidad que ha tenido la controversia, o de los vínculos presentes entre las partes, así como de la interpretación que realizan estas sobre los efectos y consecuencias que ha tenido el conflicto en los distintos ámbitos de su vida personal y comercial, principalmente.

En virtud de lo anterior, se ha de evidenciar en el perfil profesional del mediador, un nivel importante de autoeficacia emocional que se devela en una mirada en su interior, en su disposición abierta y generosa de su personalidad y su profesionalidad, aceptando la experiencia emocional que le provocan las partes e incluso considerando de manera respetuosa las creencias que estas sostienen frente a la capacidad de resolver la disputa, escenario que hace viable la construcción de un balance emocional deseable. Solo así, será posible experimentar la autoeficacia emocional en coherencia con un perfil cargado de atributos personales que le apoyan en un óptimo desempeño.

Ahora bien, un elemento a considerar son los efectos que las emociones tienen en el desarrollo de la mediación. Al respecto, estas autoras insisten en que todas las emociones son positivas y pueden ser aprovechadas para la generación de alternativas de acuerdos y el final de un consenso deseado, fruto de un diálogo deliberativo y reflexivo que permita la satisfacción no solo de los intereses, sino también de las preocupaciones y necesidades que con frecuencia determinan la solución efectiva de la controversia.

Sin embargo, se reconoce que la interacción afectiva entre las partes y el mediador(a) genera efectos según el tipo, intensidad y calidad de las emociones que acompañan a los contenidos lingüísticos que emiten quienes participan en el escenario de la mediación. Así pues, es fundamental considerar cómo las emociones pueden generar un desequilibrio de poder en el desarrollo del diálogo pues se constituyen en una de las fuentes de dominio y control durante la audiencia y puede estar tentado el mediador(a) a centrarse exclusivamente en una de las partes, en los efectos y consecuencias que ha tenido la controversia en el nivel personal; lo anterior no significa que se desatiendan estas expresiones emocionales pero sí ha de cuidar no perder la imparcialidad a la que está llamada el profesional.

Ahora bien, con respecto a la dinámica afectiva que se presenta durante la mediación, el mediador(a) puede identificar el grado de escalamiento en el que se encuentra la controversia; así frente a un *estadio de conflicto latente*, en el que las partes se encuentran incómodas e incluso se evidencia que podrían tener algunos rasgos de enojo frente a lo suce-

dido con ocasión del conflicto, el profesional identificando este malestar ha de reconocer la necesidad de avanzar hacia un consenso dado los efectos percibidos.

Diferente será la estrategia si se trata de un *estadio de conflicto manifiesto* a partir del cual se hace indispensable resolver la controversia, que es objeto de la mediación; en este aspecto será fundamental identificar de manera clara las emociones de base que tienen cada uno de los disputantes, sean estos de rabia, miedo, tristeza que acompañan de manera explícita la narrativa de las partes en la presentación de los hechos y la definición de las pretensiones.

Una vez reconocido esta dinámica afectiva, el mediador(a) ha de validar y reconocer las emociones que están en juego y estratégicamente aprovecharlas en función del resultado a perseguir. Se trata entonces de, observar de manera detallada y cuidadosa el lenguaje no verbal que acompaña la expresión de las emociones así esta quiera ser ocultada. Es frecuente encontrar, por ejemplo, que una de las partes puede tener temores respecto a las represalias que la contraparte genera, en función de los contenidos que se expresan en la audiencia y en especial, por la magnitud de las pretensiones que se solicitan cuando se han producido daños y perjuicios.

En este punto, es recomendable, que el mediador(a) realice sesiones individuales con cada una de las partes involucradas en la audiencia y privilegie a la parte que muestra un lenguaje no verbal asociado a temores, posibles descalificaciones o ataques de parte de la contraparte. Bajo esta perspectiva, es fundamental generar una alianza individual de carácter temporal con el propósito de conocer las agendas ocultas incluso infidencias que podrían preparar al mediador(a) de otros intereses y necesidades que no fueron identificadas en su inicio.

Ahora bien, la intervención del mediador(a) ha de ser diferente, si el conflicto se encuentra en un *estadio de avanzada intensificación* en el que las expresiones emocionales de las partes muestran una escalada significativa que hace casi imposible llevar a cabo la audiencia. Si esta es la situación, será indispensable contar con una estrategia de contención, pues ha de procurarse la seguridad de las partes y del propio profesional en el abordaje del conflicto. No es tan frecuente este tipo de interacción afectiva; sin embargo, las autoras en su experiencia han identificado el comportamiento de partes que han estado a punto de *irse a los golpes*. Aquí, la ruptura de la relación es inminente, las deudas y heridas emocionales se reviven en la propia mediación. Si ese es el caso, será relevante separar a las partes físicamente e incluso considerar la suspensión de la mediación en aras de hacer un llamado a la calma y al respeto a las diferencias. Fundamental el ejercicio del autocontrol emocional por parte del mediador(a) para lograr esta estrategia de contención.

Con todo lo anterior, es necesario recordar que las emociones al generar consecuencias en las partes y en el propio mediador(a) tienen un impacto en el nivel interaccional pues pueden contribuir en el incremento de la atención y la desconfianza o por el contrario, construir un escenario colaborativo y de apoyo en el que es posible contar con una comunicación abierta y de doble vía que limita la confrontación y facilita la implementación de una estrategia integrativa a favor de los intereses en común que se identifican en las partes que participan de un escenario como la mediación.

Otro efecto importante a considerar de la dinámica emocional en los procesos de mediación es el que se refiere al juego de los intereses; las emociones pueden contribuir a omitir las más sentidas preocupaciones e incluso ceder con terquedad a los intereses de la contraparte por la *inundación emocional* que se puede experimentar, impidiendo la escucha atenta e incluso una actitud poco asertiva hacia el aprendizaje y la comprensión de la perspectiva del otro y del todo. También, en el camino a la dicotomía peligrosa *nuestra posición o la de ellos*

que impide crear múltiples opciones a favor de la esperanza del acuerdo y del aprovechamiento de los recursos en función del diseño participativo del acuerdo.

Caso: *Nuevas parejas y el cuidado de nuestros hijos adolescentes*. Una pareja de padres se había divorciado y acordaron turnarse en el cuidado de sus dos hijos adolescentes que permanecieron viviendo en el hogar familiar, mientras alternativamente el padre y la madre cada quince días vivían con ellos para cuidarlos y atenderlos. El conflicto se presentó cuando el padre primero, y la madre después, iniciaron nuevas relaciones de pareja, lo que dio inicio a desavenencias con lo acordado. En la audiencia de mediación, las emociones y los sentimientos expresados fueron fuertes con alusiones permanentes al rol parental que debían priorizar sobre intereses personales. La mediadora procuró mantener el equilibrio de las relaciones de poder entre las partes, intervino balanceando y redistribuyéndolo, lo que implicó usar estrategias de empoderamiento para que expresaran sus puntos de vista, propusieran alternativas viables y decidieran de una manera libre y voluntaria. La mediación supuso varias sesiones, que incluyó la tarea de dialogar con los hijos adolescentes para confirmar sus opiniones y compromisos, así como identificar aspectos de la historia familiar para revalorizar la importancia de la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos sin descuidar los derechos del desarrollo personal de la madre y del padre.

4. Conclusiones

En síntesis y a manera de conclusión, la mediación busca avanzar en un proceso de acercamiento de las posturas que asumen las partes en la mesa de la mediación y contribuir a la transformación personal de los intervinientes que enfocados en la controversia desarrollan habilidades y destrezas no practicadas de maneras suficientes en la vida cotidiana. En ocasiones, también podría el mediador(a) ofrecer mayor tiempo a la parte que menos ha hablado durante la sesión de mediación o sugerir sesiones separadas para confirmar información o si hay asuntos que se supone se temería discutir frente a la otra parte. En todo caso, es esencial que quien actúa como tercero imparcial pueda identificar si no existe una situación de violencia que podría afectar la voluntad y el consentimiento, puesto que, de confirmarlo, la mediación debería suspenderse.

De ahí que el mediador(a) tiene la oportunidad de estar en sintonía con las partes, entendida esta desde una lógica de cooperación y de comprensión del sentido de la controversia y de las implicaciones que tienen para las partes, el resolverla a través de la mediación; se trata entonces, de generar credibilidad y de conquistar un espacio de influencia, aún en el marco de la imparcialidad exigida en la actuación del tercero profesional, ilustrando liderazgo y preparándose para modificar la conducta a favor de la construcción del acuerdo entre las partes.

Referencias bibliográficas

- Bermeo, M. y García, E. (2019). *Mediación con enfoque de género*. En: Reflexiones Jurídicas V, PUCE, Quito, pp. 79-96. <https://edipuce.edu.ec/wp-content/uploads/2019/10/REFLEXIONES-JUR%C3%8DDICAS-V.pdf>
- Bisquerra, R. y Pérez, N. (2007). *Las competencias emocionales*. Barcelona: Educación XXI, 61-82. Universidad de Barcelona.

- Castrillón, E. *Poder y empoderamiento de las partes en la mediación de conflictos familiares como estrategia de formación ciudadana*. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UPB/ Vol. 47 / No. 127 / PP. 467 – 492 julio - diciembre 2017 / Medellín, Colombia. <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v47n127.a09>
- De Soousa, Boaventura (2010). *Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia*. En: Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Quito. <http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1563136/5.+Igualdad+y+no+discriminacion.pdf/93f766ea-3e92-4a85-ac52-d38966a690c3>
- Di Prieto, R. (1987). *Strategic Interaction Approach*. Cambridge University Press,
- Fernández, S. *Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral*. En: Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación, Año 16, Nº. 5, 2014, Buenos Aires, pp. 5-77.
- Greatbatch, D., y Dingwall, R. (1989). *Selective Facilitation: Some Preliminary Observations on a Strategy Used by Divorce Mediators*. Law & Society Review Vol. 23, No. 4, pp. 613-642 (29 pages). Published by Wiley.
- Núñez, J., Revelo, A., Zuluaga, J. (2018). *Manual práctico de Mediación*. Asociación Interamericana de propiedad intelectual. Bogotá.
- O'Connor, J., y Seymour, J. (1995). *Introducción a la PNL*. Barcelona.
- Rodríguez, A. (2008). *El enfoque ético de la acción sin daño*, en Especialización acción sin daño y construcción de paz, Módulo 1. COSUDE. Bogotá.
- Romero, F. (2002). *La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, No. 40, pp. 31-54. Madrid.
- Saarni, C. (2000). *Emotional Competence. A Developmental Perspective*. En: R. Bar-On y J.D.A. Parker (Eds.) *The handbook fo Emotional Intelligence. Theory Development, Assesment, and Application at Home, School, and in the Workplac*. San Francisco. Ca: Jossey-Bass, 68-91.
- San Cristóbal, Susana, *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil*. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVI (2013) 39-62, Dialnet-SistemasAlternativosDeResolucion-DeConflictos-4182033.pdf
- Saposnek, D., y Brown, N. (2016). *Ending the parent–teen control battle: Resolve the power struggle and build trust, responsibility and respect*.
- Tannier, K. (2018). *La magia del silencio*. Planeta, Bogotá.

Iuris Dictio

Entrevistas

Nº 29, JUN. 2022

E-ISSN 2528-7834

Entrevistas.

ENTREVISTA A CATALINA BOTERO MARINO¹
 ACTORES NO ESTATALES Y DERECHOS HUMANOS: DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS
 PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
 Interview with Catalina Botero Marino
 Non-State Actors and Human Rights: Diagnosis and Proposals
 for the Protection of Freedom of Expression

ALICIA SALGADO MACÍAS² Y JUAN FELIPE IDROVO³
 Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador

Resumen

En esta entrevista, la ex Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, Catalina Botero Marino, analiza la relación e influencia de distintos actores no estatales, respecto a posibles violaciones de derechos humanos. Desde su experiencia en el Oversight Board de Meta, la experta comenta acerca de la necesidad de que las empresas se comprometan con la evaluación del impacto de sus decisiones en los derechos humanos, adopten medidas para prevenir o mitigar el daño que puedan causar, y reparen a las personas afectadas. Asimismo, examina —a partir de un caso concreto enmarcado en un conflicto armado no internacional— el vínculo entre la desclasificación de información reservada por motivos de seguridad nacional y la libertad de expresión. Finalmente, identifica patrones que han demostrado los gobiernos autoritarios de la región al momento de limitar el derecho a la libertad de expresión, así como los criterios de organismos de protección de Derechos Humanos, como la CIDH, frente a ello.

Palabras clave

Actores no estatales, derechos humanos, libertad de expresión, empresas, grupos armados, CIDH.

Summary

In this interview, the former Special Rapporteur for Freedom of Expression of the IACHR, Catalina Botero Marino, analyzes the relationship and influence of different non-state actors in relation to possible human rights violations. Based on her experience with Meta's Oversight Board, the expert comments on the need for companies to commit assessing the impact

¹ Catalina Botero Marino es abogada por la Universidad de los Andes con maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Carlos III de Madrid. Es especialista en derecho constitucional, derecho internacional de los derechos humanos y justicia transicional. En el ejercicio de su carrera, Catalina Botero se ha desempeñado como Magistrada Titular en provisionalidad de la Corte Constitucional colombiana, relatora especial de la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), asesora del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México y, actualmente forma parte de del Oversight Board de Meta.

² Coordinadora del Departamento de Anti-Piratería Penal del Estudio Jurídico Fexlaw. Egresada de la carrera de Jurisprudencia y estudiante de Relaciones Internacionales en la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: alicia.salgadam@outlook.com.

³ Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Asociado en TADIR Dispute Resolution. Correo electrónico: felipeidrovo@gmail.com.



of their decisions on human rights. She also examines, based on a specific case framed in a non-international armed conflict, the links between the declassification of reserved information for national security reasons and freedom of expression. Finally, she identifies patterns that authoritarian governments in the region have shown when limiting the right to freedom of speech, as well as the criteria of human rights protection organizations, such as the IACHR.

Key words

Non-state actors, human rights, freedom of expression, companies, armed groups, IACHR.

Alicia Salgado Macías (A.S.M.) Usted, como especialista en derechos humanos y con su amplia experiencia como ex Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, ¿cómo evalúa la situación actual de la región andina respecto a la libertad de expresión y a la libertad de prensa?

Catalina Botero Marino (C.B.M.) Me parece que hablar desde el punto de vista regional puede ser engañoso pues cada uno de los países tiene una problemática distinta; sin embargo, con esa advertencia, creo que existen tendencias regionales que es importante destacar.

A inicios de siglo, en lo que puede llamarse la primavera democrática latinoamericana, se produjo un notable consenso en torno a la defensa de la democracia y de la libertad de expresión. Se trata de un momento histórico en la región en el cual en todos los países, salvo en Cuba, los gobiernos se elegían democráticamente y se produjeron notables reformas normativas e institucionales que ampliaron sustancialmente el catálogo de derechos y los sistemas de garantías para protegerlos. Uno de los derechos que mayores protecciones recibió, fue el derecho a la libertad de expresión. Se trataba justamente de superar los regímenes dictatoriales, cuyo principal enemigo es la libertad de expresión.

Sin embargo, a partir de la primera década del siglo, comienza un declive democrático que hoy es muy profundo. Parece como si poco a poco se invirtiera la premisa según la cual el Estado tiene que crear condiciones adecuadas para que exista la crítica, la oposición y el control social, hacia un modelo en el cual estas actividades son vistas con sospecha, estigmatizadas e incluso legalmente prohibidas. En varios países, entre ellos Ecuador y Venezuela, se reforman las garantías reforzadas a la libertad de expresión y se introducen nuevas leyes, o nuevas interpretaciones de esas leyes, que van dirigidas claramente a inhibir el derecho de las personas a criticar a los funcionarios públicos. De esta manera, desde el punto de vista normativo, hemos tenido un declive importante del derecho a la libertad de expresión, a pesar de que hay algunos países como Colombia en los cuales, al menos normativamente, se mantiene una protección robusta que es garantizada por jueces independientes.

Desde el punto de vista fáctico, yo diría que la región está caracterizada básicamente por tres cosas. En primer término, por una constante violencia contra periodistas, particularmente en las zonas más alejadas de las grandes ciudades o capitales, más controladas por el crimen organizado, que hoy es transnacional, y que en algunos casos está colisionado con algunas autoridades. En segundo lugar, por un aumento de posiciones antidemocráticas de los gobernantes que han impulsado las transformaciones regresivas a las que me referí antes. Y, finalmente, por el uso de lo que se llama mecanismos de censura indirecta para silenciar voces críticas; un uso, cada vez menos pudroso, de mecanismos como la publicidad oficial o la asignación de frecuencias para premiar a quienes aplauden el ejercicio del poder y castigar a quienes lo critican.

Felipe Idrovo (F.I.) Hace varios años está presente el debate acerca de la creación de tratados internacionales que obliguen a las empresas, como sujetos limitados del Derecho Internacional, a observar las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), sin resultados concretos hasta la fecha. Desde su perspectiva, ¿deberían las empresas, en particular las multinacionales, estar obligadas por el DIDH? ¿O es preferible que los Estados, a través de sus instituciones, o las propias empresas mediante mecanismos de autoregulación, se enfoquen en crear mecanismos para la protección de derechos humanos?

(C.B.M.) En este momento existen los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* de Naciones Unidas, a los cuales muchas empresas se han acogido y se han comprometido a cumplir. Adicionalmente, hay un proceso de negociación para un tratado.

En algunos países las empresas tienen obligaciones en materia de derechos humanos pues hay acciones judiciales que se pueden interponer contra ellas cuando vulneran derechos humanos. Incluso hay acciones preventivas que se pueden interponer contra aquellas empresas que tienen un poder predominante en el mercado con el fin de pedirles que hagan evaluaciones de riesgo, antes de adoptar medidas que puedan afectar derechos humanos. Por supuesto, todo eso tiene que hacerse de conformidad con la constitución. Sin embargo, este tema es muy espinoso y no hay un acuerdo en la doctrina sobre cómo abordarlo.

En particular, no considero que resulte antidemocrático o violatorio de las normas constitucionales que existan este tipo de legislaciones en un estado social y democrático de derecho. Lo que es importante es que, en todo caso, se tenga en cuenta que la naturaleza de la empresa es distinta a la de una entidad estatal y, por lo tanto, cuando el sistema de derechos humanos se aplica a las relaciones entre particulares, se tiene que aplicar considerando que en estas relaciones existen, por lo menos, dos extremos con intereses legítimos. No obstante, lo que pasa es que esto se pondera atendiendo también a cuestiones como, por ejemplo, la posición de predominio de la empresa y el grado de impacto en los derechos humanos. En Colombia esa doctrina se aplica de manera relativamente tranquila, pues las cortes han sabido aplicarla.

(A.S.M.) Usted forma parte del Oversight Board de Facebook. En cuanto al control de contenido en plataformas de redes sociales, ¿debería existir un control para evitar violaciones a derechos humanos, manteniendo un balance con el derecho a la libertad de expresión? En caso afirmativo, ¿Quién debería realizar ese control?

(C.B.M.) Efectivamente, formo parte del Oversight Board de Meta. Se trata de una entidad independiente de la empresa que tiene presupuesto y administración autónoma. Los miembros no trabajamos para Meta sino para el OSB y tenemos estabilidad, gracias a la existencia de plazos fijos, entre otras garantías, que permiten que podamos actuar de manera autónoma.

Si usted me pregunta si yo creo que debe existir un control para evitar violaciones de derechos humanos, diría que eso es, justamente, lo que dicen los principios de Naciones Unidas para empresas y derechos humanos. Es decir, que las empresas, sobre todo las que pueden tener un elevado impacto como las empresas de redes sociales, se comprometan a hacer evaluaciones sobre las consecuencias en los derechos humanos derivadas de sus decisiones, y que adopten medidas que eviten afectaciones y mitiguen el efecto de ser el caso. El Oversight Board es, en efecto, una de esas medidas. La tarea del OSB es la de revisar los casos más emblemáticos enviados por los usuarios o por la propia empresa, como por ejemplo el sacar de la plataforma de manera indefinida al expresidente Donald Trump.

Siguiendo los principios de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, órganos como este deben existir. Es clave tener en cuenta que la aplicación del DIDH en las relaciones entre empresas y personas tiene ciertas diferencias importantes respecto a la relación entre Estados y personas. Sin embargo, esas diferencias de ninguna manera eliminan la fuerza de los derechos humanos para limitar la acción de una empresa cuando esta pueda afectarlos. Suponen, simplemente, que hay que ponderar otros bienes e intereses en juego, los cuales son propios de las relaciones entre particulares —asimismo resaltan la necesidad de tener en cuenta aspectos claves como, por ejemplo en el caso mencionado anteriormente, la arquitectura del internet—. De esta forma, las empresas no pueden tomar decisiones en nombre de la seguridad nacional, debido a que esta es una finalidad que sólo puede perseguir el Estado, de conformidad con el derecho internacional; esto entendiendo la seguridad nacional, por supuesto, desde un prisma democrático. No obstante, las empresas también tienen intereses legítimos que deben ser tomados en cuenta y que los Estados no tienen.

Considero qué, tal y como lo señalan los principios de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, las empresas pueden comprometerse a evaluar el impacto de sus decisiones en los derechos humanos y buscar que no se produzca un impacto negativo. En todo caso, también pueden mitigar el efecto si se llega a producir un daño, reparando en los términos en los cuales se aplica el sistema internacional de derechos humanos, a las relaciones entre particulares. Esto en derecho público se conoce como la teoría de la aplicación horizontal de los derechos fundamentales.

(F.I.) En su opinión, en el panorama actual del Derecho Internacional, ¿están los Grupos Armados Organizados, en contextos de conflicto armado, obligados a observar el DIDH o solo el Derecho Internacional Humanitario?

(C.B.M.) Bueno, no soy experta en el tema. Sin embargo, lo que sí puedo decir es que en todos los contextos de conflicto armado, interno o internacional, los actores están obligados a respetar, por lo menos, el Derecho Internacional Humanitario.

Sobre el DIDH, depende el contexto y el tipo de actor. De todas formas, si se trata de un conflicto armado, en principio, el DIDH vincula a los actores estatales a garantizar, investigar y condenar a quienes han cometido violaciones, así no sean actores estatales.

(A.S.M.) ¿Cuál es la experiencia de Colombia, particularmente de los mecanismos de justicia transicional implementados, frente a casos de violaciones de derechos humanos en el contexto de conflicto armado?

(C.B.M.) Yo soy experta en temas de libertad de expresión y prefiero limitarme a hablar del tema en el que trabajo. Sin embargo, puedo responder a esta pregunta diciendo lo siguiente: Colombia ha tenido una larga historia de violencia y distintas formas de resolver o intentar resolver esos conflictos a través de diversas amnistías y otros mecanismos que, en general, han sido formas muy incompletas de justicia transicional.

La forma más robusta y que mejor satisface los derechos de las víctimas es, a mi juicio, la que tuvo lugar a partir del acuerdo de paz que se cerró entre la guerrilla de las FARC y el Gobierno de [Juan Manuel] Santos. A partir de ahí, surge lo que se llama el *Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición*, que crea varias entidades destinadas a satisfacer los derechos de las víctimas, que el nombre o el título del sistema reflejan.

No obstante, ha sido muy difícil para esas instituciones actuar y operar porque luego del acuerdo de paz, este se tuvo que someter a distintas medidas de aprobación. Primero, un plebiscito cuyo resultado fue en contra; luego, la renegociación de aspectos básicos y su ratificación por parte del Congreso; después, la puesta en marcha de las normas de implementación y las decisiones de la Corte Constitucional; y, finalmente, otras medidas administrativas y legislativas de implementación que, sin embargo, debían adoptarse e implementarse en el contexto de un nuevo gobierno que no era favorable a estos acuerdos y al proceso y que, por el contrario, ha mostrado hostilidad por el sistema integral. Por ello, no ha sido fácil implementar mecanismos, siempre complejos de poner en funcionamiento en cualquier contexto de justicia transicional. Debido a esto, y aunque creo que ya existen procesos valiosos a raíz de los acuerdos, lo cierto es que creo que es todavía pronto hacer una evaluación general.

(F.I.) En marzo de 2018, el grupo disidente de Las FARC “Oliver Sinisterra”, liderado por alias “Guacho”, secuestró a tres periodistas de Diario El Comercio, en la frontera norte de Ecuador, y posteriormente los asesinó. El Estado contaba con información relativa a negociaciones y conversaciones mantenidas con el grupo armado y a la estrategia para la pretendida liberación de los periodistas. Sin embargo, tal información se categorizó como seguridad nacional y fue clasificada por lo que, a pesar de los requerimientos de los familiares de las víctimas, de la ciudadanía en general y de las acusaciones sobre violaciones a derechos humanos no se hizo pública. En su opinión, en casos similares, ¿limitar la libertad de expresión, en su dimensión del acceso a la información, cumple con el test de proporcionalidad que emplea la Corte IDH y otros organismos de protección de derechos humanos?

(C.B.M.) En el contexto mismo de una negociación, solo puede mantenerse en reserva de manera temporal aquella información que es indispensable para que la negociación pueda prosperar. Por ejemplo, si se está negociando la liberación de personas secuestradas y es indispensable mantener en reserva los términos y el lugar de la entrega para que esta se pueda producir. Esta regla se aplica de forma excepcional respecto a aquella información que es estrictamente necesaria para asegurar la finalidad legítima de la negociación. Ninguna otra información debería estar cubierta por la reserva y, por lo tanto, si otra información fue ocultada al público se vulneró el derecho de acceso a la información y, por esta vía, el derecho a la libertad expresión.

(A.S.M.) En Ecuador, los familiares de las víctimas presentaron una demanda de desclasificación de información reservada ante la Corte Constitucional del Ecuador, ante la posible violación de derechos humanos por parte del Estado en el caso concreto, cuya resolución está pendiente. En su opinión, ¿cuál debería el rol de las instituciones del Estado, y en particular de la justicia Constitucional, para garantizar el derecho a la libertad de expresión en casos similares?

(C.B.M.) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha emitido sentencias que son relevantes para este tema. La información sólo puede estar clasificada mientras la operación está en progreso o para proteger que esta pueda efectuarse, pero no después, cuando ya no representa riesgo. En este momento me parece que ya no tiene ningún sentido mantener la reserva de la información. En todo caso, la carga está en el Estado, en un Estado democrático de derecho, que debe probar con un test muy estricto de proporcionalidad por qué mantener en reserva esa información es indispensable para el cumplimiento de una finalidad necesaria y por qué no hay otra medida para alcanzar esa finalidad.

Hay varias sentencias respecto a casos similares, pero me parece que la sentencia *Gomes Lund y otros vs. Brasil* ha sido es muy útil para este razonamiento, aunque se trata de un caso que resolvió una petición de acceso a la información sobre violaciones de derechos humanos cometidas por el propio Estado en Brasil, muchísimos años antes, en el contexto de una dictadura. Esta sentencia ayuda a comprender el pronunciamiento de la Corte, que sostiene que la información sobre violaciones de derechos humanos es una información particularmente protegida, por lo que se debe aplicar un juicio estricto de proporcionalidad.

En el caso ecuatoriano, no veo cómo puede ignorar ese precedente, pero no tengo toda la información en este momento para poder dar una posición definitiva al respecto. Sin embargo, recalco, la carga está en el Estado y debe superar un estricto test tripartito.

(F.I.) De acuerdo con su experiencia, ¿cuál ha sido el comportamiento de gobiernos autoritarios de la región frente al respeto y la garantía del derecho a la libertad de expresión? ¿Existen patrones comunes?

(C.B.M.) Sí, existen clarísimos patrones comunes en los gobiernos que han sido elegidos pero que tienen una tendencia a gobernar de manera autoritaria.

El primero de estos patrones es el uso recurrente de discursos de estigmatización hacia todo aquel que pueda ejercer algún contrapeso o escrutinio. Entre ellos están las personas que ejercen el periodismo: las buenas y las malas, las de investigación, las de opinión, las que hacen su trabajo de manera rigurosa y las que no. Particularmente, se busca desacreditar a quienes, en realidad, ejercen un verdadero contrapoder. A través del uso del discurso público se estigmatiza a la prensa, pero también a defensoras y defensores de derechos humanos que cuestionan a estos gobiernos; y finalmente a otros miembros de otros poderes que ejercen esa función de contrapoder. Esta es la primera señal evidente que muestra una sintomatología de autoritarismo.

La segunda señal ocurre cuando buscan reformar las normas para castigar a sus críticos y premiar a quienes los alaban.

La tercera señal se presenta cuando buscan controlar el ejercicio de los otros poderes y, en particular, cuando intentan limitar la autonomía judicial para controlar a los jueces y a los otros órganos de control que deberían ser autónomos.

La última señal se presenta cuando buscan reformar las normas electorales para permanecer eternamente en el poder. En ese punto ya no hay duda del carácter autocrático de un gobierno. Lamentablemente algunos gobiernos de la región han seguido este camino.

(A.S.M.) En su experiencia, ¿cómo ha actuado la CIDH frente a este tipo de comportamientos por parte de gobiernos autoritarios que atentan contra la garantía del derecho a la libertad de expresión?

(C.B.M.) Creo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido una respuesta consistente, pues ha aplicado estándares internacionales de protección de derechos humanos, —particularmente, pero no solo, sobre libertad de expresión—, a todos los gobiernos con independencia de su línea ideológica. Me parece que ha sido coherente en este sentido al, por ejemplo, considerar que la aplicación del derecho penal es desproporcionada cuando se trata de sancionar a personas que han hecho críticas a funcionarios públicos, no importa el gobierno del que se trate. También, ha sido consistente al considerar que la

aplicación del Derecho Civil debe guardar proporción con el daño y solamente procede en los términos de la declaración de principios de libertad de expresión, es decir, cuando hay malicia real. Finalmente, ha considerado indispensable que los Estados se hagan cargo de su obligación de proteger a las y los periodistas que pueden estar en riesgo por el ejercicio de su profesión y ha promovido el derecho de acceso a la información pública. En otras palabras, creo que la CIDH ha sido consistente en su tarea de promover los estándares internacionales que la propia Comisión ha ayudado a elaborar.

(E.I.) Finalmente, desde una perspectiva a futuro, ¿qué podrían hacer los Estados para fortalecer a la CIDH y otros organismos de protección de Derechos Humanos para asegurar el respeto y garantía de la libertad de expresión?

(C.B.M.) Creo que un primer compromiso sería simbólico, a través del cual se apoye públicamente su existencia, su gestión y sus decisiones. En segundo lugar, lo más importante sería cumplir con las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En tercer lugar, apoyarlos financieramente, dado que se necesitan recursos para poder operar adecuadamente.

Considero que esas tres medidas son muy útiles, pues cada vez que un Estado toma la iniciativa de apoyar a los órganos del Sistema, los otros Estados en los que aún existen escrúpulos democráticos, se ven impulsados a, por lo menos, seguir el ejemplo. Y todo esto debería generar, como mínimo, algo de rubor en quienes se han esforzado por destruir las instituciones y los valores democráticos.

ENTREVISTA A JORGE LUIS ROGGERO¹
LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA LITERATURA
Interview with Jorge Luis Roggero
The Relationship Between Law and Literature

KARELLYS DE LOS ÁNGELES OBANDO HIDALGO²
Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador

Resumen

En esta entrevista, Jorge Luis Roggero analiza, a partir de diversos enfoques, las implicaciones del estudio del movimiento Derecho y Literatura. La entrevista aborda temas relacionados con la teoría crítica del Derecho, la Filosofía del Derecho, así como la expansión del fenómeno jurídico-literario en Latinoamérica. El experto destaca la influencia que ha tenido en su trabajo la obra de Jacques Derrida. Finalmente, la entrevista concluye con una reflexión sobre el desarrollo y la expansión de la disciplina Derecho/Literatura en América Latina.

Palabras clave

Derecho, Literatura, Filosofía, Teoría crítica, Fenómeno jurídico.

Abstract

In this interview, Jorge Luis Roggero analyses, from several point of views, the implications of the study of the movement Law and Literature. The interview addresses topics relates to the Critical Theory of Law, Philosophy of Law, as well as the expansion of the legal and literary phenomenon in Latin America. The expert highlights the influence of Jacques Derrida's philosophy on his work. Finally, the interview concludes with a reflection on the development and expansion of the discipline Law/Literature in Latin America.

Keywords

Law, Literature, Philosophy, Critical Theory, Legal Phenomenon.

¹ Abogado y licenciado en Filosofía por la Universidad de Buenos Aires. Es doctor en Filosofía por la Universidad de Paris IV-Sorbona y por la Universidad de Buenos Aires. Cursó estudios posdoctorales en la Universidad de Buenos Aires. Es investigador de la Universidad de Buenos Aires y del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Es profesor de la Universidad de Buenos Aires. Ha dictado, entre otras, las materias "Teoría general y Filosofía del Derecho", "Derecho y Literatura". Asimismo, es el director del Seminario Permanente de Investigación en Derecho y Literatura del Instituto de Investigaciones Jurídica y Sociales "Ambrosio Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha publicado múltiples libros, artículos y ha dictado numerosas conferencias relacionadas con sus ramas de experticia. Su investigación en la última década se ha enfocado en el estudio y análisis de la Filosofía del Derecho y de la relación entre el Derecho y la Literatura.

² Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico angelesobando8e@hotmail.com.



Ángeles Obando (A.O.). Considerando su experticia y análisis sobre el tema, a grandes rasgos, ¿cuál considera que es la relación entre el Derecho y la Literatura?

Jorge Luis Roggero (J.L.R.). Respecto a esa pregunta, me parece que es interesante aclarar una suerte de malentendido, que consiste en creer que lo que se intenta afirmar es que el Derecho y la Literatura son lo mismo. Las críticas de Richard Posner van en ese sentido, de alguna manera, y por lo tanto no son pertinentes. Es más, uno podría decir que hay un contraste entre ambos términos, y eso es lo que recoge también otra crítica, Julie Stone Peters, quien da cuenta de esa especie de contraposición que hay a primera vista entre el Derecho y Literatura. Ella es muy extrema en su postura, dice que el movimiento de Derecho y Literatura es una suerte de ilusión interdisciplinaria, que, lejos de lograr derribar las fronteras disciplinarias entre el Derecho y la Literatura, las sobredimensiona; lo que ocurre es que cada disciplina, desde una somatización, proyecta en la otra lo que imagina que a ella le falta. Entonces, la Literatura proyecta lo real-político en el Derecho, y de algún modo se asume como apolítica, se piensa a sí misma como apolítica; y el Derecho proyecta algo así como lo real humano, entonces se piensa a sí mismo como un mero sistema de cálculo utilitario. E incluso uno podría decir que también aparece la idea de que el Derecho pertenece al ámbito de lo racional, y la Literatura, al de lo irracional.

Dicho todo eso, a mí me parece que lo interesante del cruce entre el Derecho y la Literatura, y desde el punto de vista de un investigador en Filosofía del Derecho, es cómo el fenómeno literario deconstruye esa supuesta oposición que da lugar a una especie de visión sesgada del fenómeno jurídico. En ese sentido, también me gustaría mencionar una idea de Frances Olsen, formulada en una frase bastante elocuente; en el artículo “El sexo del derecho”, la autora sostiene que el Derecho es tan racional, objetivo, abstracto y universal como irracional, subjetivo, concreto, particular. Esto me parece que es lo que permite ver el cruce con la Literatura, ese otro aspecto. El Derecho también se vale de la ilusión, o necesita valerse de la ilusión, y en Argentina hay trabajos muy interesantes sobre ese aspecto “irracional” del Derecho: los trabajos de Enrique Marí y de Alicia Ruiz, los cuales se avocan a indagar en esta dimensión de ficción, de mito, de relato, de narración, que forma parte también del discurso jurídico y que le otorga buena parte de su efectividad.

A.O. ¿Puede hablarnos de su experiencia como docente e investigador en esta “nueva” rama de estudios en la región?

J.L.R. Mis investigaciones en esta nueva rama de estudios comienzan en el 2009, cuando me incorporo a la cátedra de Filosofía y Teoría del Derecho, del profesor Carlos María Cárcova. El profesor Cárcova, quien además es fundador de la teoría crítica del Derecho en Argentina, en sus proyectos de investigación ya había incorporado el cruce entre el Derecho y la semiología, el Derecho y la lingüística, el Derecho y el narrativismo, y el Derecho y la Literatura. Lo que yo hice fue continuar esa línea de trabajo con un énfasis especial en el cruce de Derecho y Literatura y, en particular, en el cruce entre el Derecho y la teoría literaria.

Entre 2012 y 2014 dirigí un proyecto DeCyT, en el Instituto Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y eso fue lo que dio origen a la compilación *Derecho y Literatura: Textos y contextos*. Asimismo, durante todo ese periodo publiqué artículos, a los que después les di un formato de capítulos de libros, y los incluí en mi libro *El reverso del Derecho: desmontajes del discurso jurídico*.

A.O. ¿Cree que la enseñanza del campo de estudios Derecho/Literatura es productiva para el estudiantado de Derecho? ¿Debe ubicarse dentro de la Filosofía del Derecho necesariamente?

J.L.R. Ese es un punto que me resulta particularmente interesante y me permite también hablar un poco de lo que estoy haciendo actualmente. Primero habría que decir que el enfoque del fenómeno jurídico que proponen los estudios Derecho y Literatura no necesariamente debe circunscribirse al campo de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, me parece que puede ser pertinente considerar la cuestión en el marco de una especie de debate que se da en el interior de los estudios jurídicos, que es el debate entre la Filosofía del Derecho y la teoría jurídica; la Filosofía del Derecho practicada por filósofos y la teoría jurídica practicada por juristas.

Lo que humildemente advierto es que hay un cierto problema en la teoría jurídica –que es la que parte de la obra de Kelsen– que de algún modo desconoce dos mil cuatrocientos años de reflexión sobre la justicia, sobre la ley, sobre la organización política, desde Platón hasta Nietzsche e incluso antes. El abordaje desde la Filosofía del Derecho me parece que puede ser mucho más productivo desde ese sentido, al ser capaz de integrar una reflexión sobre estas cuestiones en un sentido más amplio que incluya la problemática de la justicia, y la dimensión histórica, social y política. Por otro lado, considero que el abordaje desde la filosofía también es pertinente para explorar y ofrecer otro tipo de fundamentación y otra metodología que escape a la lógica de la ciencia positivista y a la epistemología analítica, que son imperantes en los estudios jurídicos. Me parece que es el enfoque desde la filosofía el que puede ofrecer otra cosa, otras herramientas, otra fundamentación, otra metodología, que escape a esa lógica.

Respecto de la enseñanza en el campo de estudios para el estudiantado de Derecho, sí, me parece fundamental. Me parece que también hay algo de la formación de grado en Derecho, y considero que está bien señalado por James Boyd White, que tiene que ver con algo de lo que mencioné recién, de la lógica positivista y la epistemología analítica. El Derecho se ha alejado mucho de las ciencias humanas, y además, en muchos casos, la carrera de Derecho está muy pensada para la práctica en tribunales, y no se le da demasiado lugar a la reflexión teórica y a otros aspectos que se podrían desarrollar, y que harían, quizá, que se pueda advertir con mayor claridad su pertenencia a las ciencias humanas y a las ciencias sociales.

A.O. Probablemente uno de los textos en castellano más relevantes para la disciplina de Derecho/Literatura en América Latina es Derecho y Literatura: Textos y contextos. ¿Cuál fue el criterio que usó para articular esta interesante antología?

J.L.R. Bueno, como te comenté antes, en el 2012 yo comencé a dirigir un proyecto de investigación DeCyT sobre Derecho y Literatura, en el Instituto de Investigaciones Ambrosio Gioja, que es el instituto de investigaciones jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ese proyecto tenía un doble objetivo: por un lado, investigar en estas áreas de estudios, pero, por otro, también divulgar las ideas de ese enfoque, que habían sido poco difundidas en Argentina. Entonces, inmediatamente advertí que la principal dificultad era que los textos más importantes de estos/as autores/as no estaban traducidos al español. Por lo tanto, mi intención fue ofrecer versiones en español de esos artículos que forman parte de ese libro, pero también advertir la diferencia de los contextos, pensar el problema de una apropiación crítica de esas ideas para el ámbito latinoamericano, que creo que

sigue siendo una cuestión muy importante para el desarrollo de estos enfoques, y me parece que tiene una particularidad que ya se viene dando.

En este libro aparecen textos traducidos por primera vez al español de James Boyd White, de Robin West, de Ian Ward y de Peter Goodrich, que son novedades en español; me parecía importante que hubiese material disponible para el estudio. Pero insisto, el otro aspecto también me parece fundamental, el de ver cómo podemos hacer dialogar estas ideas en el ámbito latinoamericano.

Yo siempre cuento una historia que a mí me asombra, y es que en oportunidad de dar una conferencia en la Cardozo School of Law, en presencia de Peter Goodrich, Richard Weisberg, entre otros; yo dije que en Latinoamérica hay una relación fuerte entre los estudios de Derecho y Literatura y la Teoría Crítica del Derecho: el cruce DyL nacen en el seno de la teoría crítica del Derecho. Eso les pareció sorprendente, como que estuviese asociando dos cosas que no se pueden asociar. La teoría crítica, los *Critical Legal Studies*, Duncan Kennedy y compañía, son una cosa muy distinta al *Law and Literature Movement*. El enfoque Derecho y Literatura es pensado como una reflexión que provee una herramienta metodológica neutral en relación con la ideología de quien la utiliza, cosa que no ocurre, por supuesto, con las teorías críticas. En ese sentido, me hizo dar cuenta de que hay una diferencia muy importante, y es que este trabajo tiene una dimensión política. Ese cruce con las teorías de la interpretación literaria tiene una dimensión política, no es algo neutral.

A.O. En su artículo ¿Cómo no hablar de “Derecho y Literatura”? Cinco tesis *menciona como tesis número uno que “El Derecho es literatura en tanto es texto [...]”*. ¿Cuál es el sentido que en el que se debe entender tal afirmación?

J.L.R. Es bastante técnico, en el sentido en el que yo tomo la noción de texto de Jacques Derrida. En *De la gramatología*, Derrida enuncia una frase que lo hizo famoso, y quizás a veces no es entendida en todo su alcance “*Il n’y a pas de hors-texte*”, no hay fuera del texto. ¿Qué quiere decir que “no hay fuera del texto”? Básicamente, lo que señala esta frase de Derrida es que hay una imposibilidad de sustraerse a la experiencia interpretativa; todo acceso a la realidad está mediado por la interpretación. “No hay fuera del texto” señala precisamente que no hay realidad que no sea texto, o que no tenga esa estructura, en términos derridianos, de “huella diferencial”. Derrida es muy claro en *Limited Inc*. Allí aclara que su noción de texto no se limita ni a la grafía, ni al libro, ni al discurso. “Texto” refiere a “todas las estructuras reales, económicas, históricas, socioinstitucionales”. Es en este sentido que “no hay nada fuera del texto”. Derrida afirma que todo referente, que toda realidad tiene la estructura de una huella diferencial porque “no se puede referir a esto real más que a través de una experiencia interpretativa”. En esta frase está un poco resumido lo que acabo de decir: toda realidad tiene ese carácter textual que implica que para referirnos a lo real tenemos que hacerlo a través de una experiencia de interpretación. No hay un acceso inmediato, eso es lo que está diciendo Derrida, y creo que además ese es el fondo de la crítica de Derrida a la fenomenología. Pero, además, esta idea de texto se articula con la crítica al fonocentrismo. Derrida sostiene que el paradigma de la oralidad es el paradigma de toda transmisión de sentido en Occidente; es el paradigma de una expresión que, ya sea verbal o escrita, busca controlar el sentido de lo que dice; y Derrida sostiene que eso es imposible. Una frase famosa de él es “la palabra, una vez dicha, comete parricidio”. Es decir, mata a su autor, mata a su padre; ya no le pertenece al que la dijo, le pertenece a quienes la escuchan. Es decir, su sentido, diría Derrida, se disemina. Y el discurso jurídico es un texto en ese sentido, es una expresión siempre sujeta a la mediación interpretativa.

A.O. Entonces se estaría hablando de una interpretación mucho más amplia de lo que es el texto. ¿Es así?

J.L.R. Claro, es una interpretación más amplia, que se refiere a esta cuestión de la mediación interpretativa. Hay una expresión que tiene cierta recepción en Argentina por la publicación de un libro de Andrés Rosler, que se titula *La ley es la ley*. Con este libro se busca criticar los “interpretativismos”, como los llama el autor. Y se hace en defensa de cierto positivismo que, de alguna manera, pretende eludir esa tarea interpretativa a partir de una especie de purificación del ámbito jurídico. La pregunta que me hago es si se puede purificar el fenómeno jurídico quitándole su dimensión política, ética, moral, social, ideológica, etc. La pregunta que se hace el libro desde el positivismo es si la ley, si el Derecho, tiene la autoridad para intervenir en disputas políticas o morales. Antes de formular esta pregunta me parece que habría que advertir que eso ya lo hacen los operadores jurídicos. ¿Por qué lo hacen? Porque ya hay una dimensión política y moral que habita desde el comienzo al fenómeno jurídico.

A.O. Gran parte de su trabajo se centra en el estudio de las obras de Jacques Derrida en torno al Derecho y la Literatura, ¿podría profundizar un poco en las ideas de este autor, relacionadas con “el derecho a decirlo todo” y la “juridicidad subversiva”?

J.L.R. Sí, en un artículo yo relaciono esas ideas que aparecen en un texto de Derrida. En *Passiones*, Derrida dice que la Literatura tiene una relación esencial con la libertad democrática, con la libertad de expresión, pues constituye el ámbito al que se le asegura el “derecho a decirlo todo”, el ámbito al que la sociedad le otorga la autorización “a plantear todas las cuestiones, a recelar de todos los dogmatismos, a analizar todas las presuposiciones, aunque sean las de la ética o la política de la responsabilidad”. Derrida llega a afirmar que “no hay democracia sin literatura y no hay literatura sin democracia”.

Por otro lado, la otra frase aparece en un texto sobre Kafka. Derrida sostiene que la Literatura ocupa el lugar de una “especie de juridicidad subversiva”. “Esta juridicidad subversiva supone que la identidad propia no está jamás asegurada, supone asimismo un poder de producir operativamente los enunciados de la ley, de la ley que puede ser la Literatura y no tan solo la ley a la cual se atiene. Por lo tanto, forja la ley, surge en ese lugar en el que se forja la ley. Pero en determinadas condiciones puede utilizar el poder legislador de la operatividad lingüística para soslayar las leyes existentes de las que se extrae sin embargo las condiciones de posibilidad de su emerger. Y ello gracias al equívoco referenciar de ciertas estructuras vinculantes.” Acá aparece la otra idea, que es la idea de juridicidad subversiva en relación con la ley de la Literatura, cómo esta idea de que, si yo quiero hacer Literatura, tengo que no hacer Literatura, es decir, tengo que inventar la Literatura en mi escritura. ¿Por qué? Porque repetir lo que ya existe no es hacer Literatura. La ley de la Literatura exige ese camino de introducción de algo nuevo, de algo singular. Y esto es interesante para pensar cierta tensión entre la singularidad, que es más bien propia de la justicia, y la generalidad, que es propia de la ley. La juridicidad subversiva de la Literatura nos invita a pensar el problema de cómo hacer posible la manifestación, la aparición de la justicia, en el ámbito del Derecho. Es decir, cómo articular esa generalidad de la ley con la singularidad de la justicia. Yo creo que esto se relaciona con la idea de la que charlábamos antes: la importancia de la mediación interpretativa.

Podríamos decir que el derecho a decirlo todo es un derecho a interpretarlo todo, que es lo que permite esa juridicidad subversiva. Es decir, la operación literaria, su juridicidad subversiva, consiste en lo que Derrida llama una lectura no trascendente, que hace posible lo

que Derrida llama el devenir literario de un texto, una lectura que emancipa al texto, que le concede ese derecho a decirlo todo, que introduce la posibilidad de una libertad interpretativa. Esta apertura a la interpretación tiene un sentido político, que me parece importante tener en cuenta, y que me parece que queda bien expresado por una idea que aparece en Rancière, el filósofo francés, cuando dice que la lucha política es una lucha por la apropiación de las palabras, es una lucha por el sentido que les damos a las palabras. En una democracia no tiene que haber un monopolio del sentido impuesto por un sector hegemónico, y sobre todo del sentido de las leyes; ese debate es inevitable en una democracia.

A.O. Sus últimos trabajos han girado en torno a la fenomenología de importantes autores europeos. ¿Hay alguna relación respecto a esta investigación y el fenómeno jurídico?

J.L.R. Efectivamente, mi investigación actual indaga en la posibilidad de formular una fenomenología del Derecho basada en los desarrollos más actuales de esta corriente filosófica en Francia. Es algo que ha sido hecho en Argentina; la fenomenología del Derecho tiene su tradición, sobre todo la egología fundada por Cossio. Los referentes para Cossio principalmente fueron Husserl y Heidegger, y a mí me interesa tener en cuenta también los desarrollos más actuales de esta corriente (Marion, Romano), justamente para lo que decía antes, para intentar ofrecer una fundamentación y una metodología que sea diferente, alternativa a la que propone la ciencia positivista y la epistemología analítica. Así que sí, mis últimos estudios se orientan en este sentido.

Hay una especialista española que se llama Marta Albert, que trabaja en este ámbito de la fenomenología del Derecho, y que, emulando a Heidegger, sostiene que es necesario recuperar la pregunta filosófica ¿qué es el Derecho?, que de algún modo ella entiende que ha sido trivializada por la tradición positivista-analítica. Ella recuerda las palabras de Wittgenstein, en el *Tractatus*, que constituyen una influencia decisiva: “el método correcto de la filosofía sería propiamente este: no decir nada más que lo que se puede decir, o sea, proposiciones de la ciencia natural –o sea, algo que nada tiene que ver con la filosofía-, y entonces, cuantas veces alguien quisiera decir algo metafísico, probarle que en sus proposiciones no había dado significado a ciertos signos. Este método le resultaría insatisfactorio o no tendría el sentimiento de que le enseñábamos filosofía, pero sería el único correcto”. Entonces uno podría preguntarse ¿no hay nada de metafísico en el fenómeno jurídico? La pregunta por el Derecho ha perdido su sentido porque la ciencia jurídica ha reducido al Derecho a lo que puede ser dicho por medio de proposiciones verificables, como en las ciencias naturales. Esto es un poco de lo que propone Marta Albert, y me parece interesante. Es decir, ¿el fenómeno jurídico es solamente la norma, como propone el positivismo, o, para entender qué es el Derecho tenemos que, inevitablemente, contemplar su dimensión social, histórica, ideológica, política, ética? Esto es un poco de lo que decía antes: la imposibilidad de llevar a cabo ese proyecto de “purificación” positivista o analítico. Mis últimos trabajos intentan explorar la posibilidad de formular una fenomenología del Derecho que contemple los últimos desarrollos de la fenomenología francesa; en particular, el modo en el que se reformula la categoría de fenómeno a partir de la idea de acontecimiento y la revisión de las nociones de interpretación, subjetividad, libertad, y cómo eso podría ser llevado al ámbito jurídico.

A.O. ¿Cuáles son las actuales vías de desarrollo y expansión de la disciplina Derecho/Literatura en América Latina?

J.L.R. Lo que puedo decir al respecto es que observo que hay un interesante desarrollo en diversos países de América Latina. Me gustaría nombrar algunos de esos desarrollos, aunque, por supuesto, va a ser injusta mi enumeración, por desconocimiento de algunos desarrollos importantes. Básicamente, lo que voy a hacer es nombrar algunos/as investigadores/as que están trabajando en esta área, y lo están haciendo muy bien. En primer lugar, habría que nombrar a Brasil. Brasil es el país que mejor organiza este despliegue en torno a una red de carácter nacional e internacional, la *Rede Brasileira Direito e Literatura*. Hay que reconocer allí el trabajo pionero de sus fundadores, de André Karam Trindade, de Lenio Streck, de Angela Araujo da Silveira Espíndola, y de otros investigadores. El presidente actual es Nelson Camatta Moreira. Es una organización que está trabajando mucho, que organiza congresos anuales internacionales, que tiene publicaciones, una revista y una red de grupos de investigación. Realmente es muy interesante el modo en el que desarrollan estas investigaciones. Después, por supuesto, hay otros desarrollos en América Latina muy relevantes; voy a nombrar algunos. En Colombia he tomado contacto con los trabajos de Andrés Botero Bernal y de Angélica Sofía Arango Burgos. En Chile, Joaquín Trujillo Silva, Emilia Jocelyn Holt, Camilo Arancibia Hurtado, Daniel López Contreras —este último es el que organiza unas jornadas de Derecho y Literatura cada vez más populares—. En Ecuador, por supuesto, el destacado trabajo de Diego Falconí Trávez y de su grupo de investigación Intertextos sobre el Derecho y la Literatura, que cuenta con la participación de investigadores/as internacionales, algunos de ellos que provienen del ámbito del Derecho, y otros que provienen del ámbito de la Literatura; me parece muy interesante también generar un diálogo en ese sentido. En Perú, Gladys Flores Heredia, Jaime Coaguila, entre otros. Gladys Flores Heredia trabaja en la Revista Oficial del Poder Judicial de Perú, y publicamos el año pasado un dossier sobre el Derecho y Literatura en América Latina, del que han participado muchos/as investigadores/as que nombré, y realmente son muy interesantes los avances de investigación que allí se proponen. En Uruguay, Luis Meliante. En México, me gustaría nombrar a los/as amigos/as investigadores/as: Manuel de Jesús Jiménez Moreno, Nidia Morin, José Ramón Narváez, Marcos Geraldo Hernández Ruiz. Finalmente, quiero señalar la labor que se viene desarrollando en Argentina desde los trabajos pioneros de Enrique Marí, Carlos María Cárcova, Alicia Ruiz y Claudio Martyniuk. En primer lugar, me gustaría destacar el popular Congreso anual “Ficción y Derecho” (FicDer), organizado por Ricardo Rabinovich-Berkman en la Universidad de Buenos Aires. Asimismo, cabe mencionar las investigaciones desde diversos enfoques de Nora Wolfzun, Jorge Douglas Price, Cecilia Gebruers, Gonzalo Aguirre, Cristian Kessel, Federico Torres, Alejandro Piagentini, Antonio Torres, Tomás Rosner, Bernardo Vitta, Daniela Dorfman, Maximiliano Soler, Jimena Sáenz, Nancy Cardinaux, Felipe Fucito, Enrique del Percio, Gabriela Paladini, Leonardo Pitlevnik, Mabel Wierzba, Isolina Dabove. En fin, espero no haberme olvidado de nadie. La verdad es que me entusiasman mucho y me resultan muy interesantes los desarrollos que se están dando ya y que tienen que ver también con pensar en esa apropiación que puede darse respecto de este cruce para los contextos y problemáticas latinoamericanas.

A.O. ¿Tiene algún proyecto en puerta relacionado con este desarrollo y la expansión del Derecho y la Literatura en América Latina?

J.L.R. Bueno, ya veremos qué nos depara este año, pero yo soy el director de un seminario permanente de investigación en Derecho y Literatura, que tiene su sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, y des-

de ese espacio hemos organizado varias conferencias. Durante la pandemia hicimos muchas conferencias virtuales, y abordamos esta cuestión con investigadores/as latinoamericanos/as, incluyendo algunos que ya nombré. Para este año, la idea es armar algún congreso; espero que podamos hacerlo, y ya estoy charlando con algunos/as de ellos/as. Lo que pasa es que ahora ya estamos pensando en la presencialidad, y hay que ver si eso es factible, tanto por la cuestión de cómo se dé esa vuelta a la presencialidad —que ya se está dando bastante en Argentina—, como también por el problema del financiamiento. Pero esperamos poder hacerlo.

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 20 de junio de 2022.



USFQ
PRESS