

Juris Dictio.

Nº 30, DIC. 2022

E-ISSN 2528-7834

*Dossier:
La transformación social
por medio del Derecho*



USFO
PRESS

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 (Univerisdad 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

Doménica Acebo, Paula Cantos Cárdenas, Gabriel Cela Quezada, María Paulina Conde, Isabella Cordero Cuesta, Martín Cordovez, María Paz León, Eduarda Navarrete, Tamy Pinos Camacho, Steven Vásconez Jácome, Miguel Ángel Villegas, David Yumiceba.

Revisores pares

Jorge Aguilar, Javier Arcentales, Amilcar Barahona, André Benavides, Marena Briones, Hugo Cahueñas, Luisa Cano, Daniela Escobar, Juliana Fierro, Sorily Figuera, Erick Guapizaca, Alba Guevara Bárcenes, María José León, María Augusta León Moreta, Sophia Lobato, Christian Masapanta, Edisson Morales, Karol Muñoz, Ana María Muñoz Rincón, Juan José Nugé Oneto, Sara Berenice Orta Flores, Esteban Ortiz, Esteban Polo Pazmiño, Gabriela Ruiz, Juan Pablo Sáenz, Esteban Segarra.

Diseñadora

Mayra Overney-Falconí

Maquetador

Krushenka Bayas

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 sienta 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/iurisdictio/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

- Presentación del dossier: La transformación social por medio del derecho
Dossier's Presentation: Social Transformation Through Law
ANDRÉS CERVANTES VALAREZO 15
- La Corte Constitucional del Ecuador. ¿El sexto poder del Estado?
The Constitutional Court of Ecuador. Is it the Sixth Power of the State?
YANDRI VLADIMIR CHINGA ASPIAZU 25
- La jurisdicción constitucional nos representa. La adjudicación estratégica y
cooperativa en el constitucionalismo transformador
Constitutional Courts Represents Us. Strategic and Cooperative Adjudication
in Transformative Constitutionalism
JORGE ERNESTO ROA ROA 41
- Adopción homoparental en Ecuador: derecho de igualdad y no
discriminación e interés superior del niño
Homoparental Adoption in Ecuador: Right to Equality and
Non-Discrimination and Best Interest of the Child
ILIANA LÓPEZ RUIZ Y LUIS FERNANDO HARO HARO 59
- Feminismo empresarial: análisis de la paridad de género en los órganos
de las personas jurídicas
Business Feminism: Analysis of Gender Parity in the Bodies of Legal Persons
ALEXIS MATÍAS MAREGA 73

MISCELÁNEA

- Litigating Indigenous Rights in Mexico: The Juba Wajjín in San Miguel
del Progreso Case
Litigando derechos Indígenas en México: caso de los Juba Wajjín de
San Miguel del Progreso
SALVADOR HERENCIA-CARRASCO 89
- La Corte Constitucional del Ecuador (CCE): límite de funciones
estatales y ciertas críticas
The Constitutional Court of Ecuador (CCE): Limit of State Branches
and Some of its Criticisms
ADRIÁN EMILIO CRUZ SANTOS 99

Una visión general del derecho de las cosas en Alemania A General Overview of the Rights in Rem in Germany LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI	115
La prevención penal anticipativa. Un paradigma complejo del nuevo derecho penal Anticipatory Criminal Prevention. A Complex Paradigm of the New Criminal Law JOSÉ GUILLERMO MOYA VALDIVIESO	131
Reflexiones sobre el pacto comisorio: una reaproximación a su naturaleza y alcance Reflections on the ‘Pacto Comisorio’: An Alternative View of its Nature and Scope MARÍA GRACIA NARANJO PONCE Y SERGIO NÚÑEZ DÁVILA	143
Análisis comparativo de los Sistemas de Contratación Pública entre Ecuador y Cuba Comparative Analysis of Public Procurement Systems Between Ecuador and Cuba JANETSY GUTIÉRREZ PROENZA	161

Iuris Dictio.

Nº 30, DIC. 2022

E-ISSN 2528-7834

*Dossier:
La transformación social
por medio del Derecho*



PRESENTACIÓN DEL DOSSIER:
LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL POR MEDIO DEL DERECHO
Dossier's Presentation: Social Transformation Through Law

ANDRÉS CERVANTES VALAREZO¹
Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador

Todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquellos que le resisten, y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación.

Rudolf von Ihering

1. ¿La transformación social por medio del derecho?

Que el Derecho es un sistema neutro de normas jurídicas que luego es aplicado por asépticos jueces independientes e imparciales es una fábula apropiada para el novato estudiante que pisa por vez primera la facultad. Sin lugar a duda, “esta posición tradicional, reproducida como ideología profesional —generación tras generación— al interior de las facultades de derecho, estaba vinculada a una idea de los materiales jurídicos (la constitución, las leyes, las sentencias judiciales) y del saber construido a su alrededor (la “ciencia jurídica” como productos técnicos, apolíticos, objetivos y neutrales de regulación sociales, bajo el ideario del ‘imperio de la ley’ como opuesto al ‘gobierno de los hombres’” (Kennedy, 2013, 12).

Asumir el origen político de los materiales jurídicos y el rol de la ideología —liberal o conservadora— en la actividad de los operadores jurídicos implica afrontar el problema en lugar de ignorarlo y tiene utilidad para repensar nuestros arreglos institucionales. Entre estos, podemos mencionar el procedimiento de selección de los jueces que integran los tribunales de cierre del sistema jurídico, quienes son los que deciden los conflictos morales que polarizan a nuestra sociedad.

Dada la indeterminación del Derecho y de la influencia de la ideología política —a veces incluso ignorada por el propio operador jurídico—, las disposiciones jurídicas admiten varias interpretaciones. Entonces, la interpretación del Derecho es un acto en parte cognitivo, en la medida en la que el intérprete se limite a identificar las alternativas sobre el significado plausible de las disposiciones jurídicas; es un acto parcialmente volitivo, en tanto que el intérprete elige una opción interpretativa y desecha otras plausibles. Por otro lado, se ha argumentado también que los jueces realizan “construcciones jurídicas” cuando el significado que atribuyen al texto normativo se encuentra por fuera de las interpretaciones plausibles en el marco de una determinada comunidad jurídica (Guastini, 2015).

Si asumimos estas premisas como punto de partida, la “tensión dialéctica entre regulación y emancipación” resulta evidente (de Sousa Santos, 2012, p. 58). Por un lado, el

¹ Abogado. Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas y Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona y Máster en Derecho Constitucional por la Universitat de Valencia. Profesor de introducción al derecho procesal en la Universidad San Francisco de Quito (USFQ) y de derecho constitucional en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES) en Ecuador. Correo electrónico: andres.cervantes@upf.edu; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4644-3977>.

Derecho tiende a ser esencialmente conservador en el sentido de que busca regular y preservar un determinado estado de cosas y, en esa lógica, tiene un efecto legitimante y naturalizador de las conductas sociales. En contrapartida, el Derecho tiene también un potencial emancipador o transformador en la medida en la que plasma el deber ser al que aspiran nuestras sociedades.

La cuestión no es menor en el caso latinoamericano, pues nuestras constituciones importaron el ideal del Estado de Derecho y, sin embargo, ya desde el período de independencias

el contraste entre un statu quo comandado por los privilegios y las jerarquías sociales y las constituciones inspiradas en principios y derechos universales era demasiado grande. El choque entre el pasado y el futuro era inevitable. Los dos mundos, el del ser y el del deber ser, se miraban extrañados (García Villegas, 2014, pp. 121-122).

En efecto, el ideal del Estado de Derecho y la vigencia plena de los derechos humanos, previsto como promesa en nuestras constituciones, debe enfrentarse con una dosis de la fuerza inexorable de la realidad. América Latina es la región más desigual del planeta y el 10% más rico en la región concentra una porción de los ingresos mayor que en cualquier otra región del globo, mientras que el 40% más pobre recibe la menor parte del ingreso (13%), según el informe del PNUD de 2019.

No se puede ignorar la última oleada de reformas constitucionales surgida a finales del siglo XX y principios del XXI (Colombia 1991, Argentina 1994, Venezuela 1999, Ecuador 2008, Bolivia 2009). A este movimiento se le denominó en los foros académicos como el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Al respecto, se ha sostenido acuciosamente que:

estas “Constituciones con dos almas” muestran declaraciones de derechos crecientemente amplias y generosas (“estilo siglo XXI”), a la vez que una organización del poder tan cerrada y verticalista como lo fuera en sus comienzos (“estilo siglo XIX”). La buena noticia es que, poco a poco, esas declaraciones de derechos robustas comienzan a cobrar vida, aquí y allá, despertando de un sueño de décadas, y gracias a una muy lenta activación promovida por el Poder Judicial (Gargarella, 2015, p. 171).

Definitivamente, esta evolución en las declaraciones de derechos y la apertura del derecho local al derecho internacional de los derechos humanos implicó un cambio trascendental. Conlleva, en pocas palabras, a pasar “de ver el derecho como el producto de una élite dedicada a obstruir el cambio social —una visión sostenida por progresistas de la región entre 1960 y 1970—, a verlo como un instrumento crucial para la transformación social” (Von Bogdandy y Urueña, 2020, 18).

Estas constituciones de nueva data robustecen en su texto los llamados DESCAs (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales) y apuntan a la transformación de inequidades históricas por medio de la inclusión de grupos desaventajados. Sin embargo, como bien apunta Gargarella, las constituciones latinoamericanas tienen “dos almas” y un diseño del aparataje público que permite, en la práctica, volver nugatorias las tan anheladas promesas de cambio.

La idea de la falta de neutralidad del Derecho no es una cuestión ajena al medio ecuatoriano. Por ejemplo, fue puesto de manifiesto por el ex juez de la Corte Constitucional del Ecuador, Ramiro Ávila Santamaría. En su voto salvado en el caso 75-16-IN/21 se debía resolver sobre la constitucionalidad de una ley que obligaba a las compañías aseguradoras privadas

a reembolsar a la red pública de salud el costo de los tratamientos médicos que una persona que cuenta con seguro privado se practique en hospitales públicos (CCE, 2021).

El voto mayoritario de la Corte concluyó que esta forma de financiamiento del derecho a la salud resultaba inconstitucional, contraria al artículo 366 de la constitución, por no tratarse de ingresos permanentes. Por el contrario, en su voto salvado, Ávila Santamaría argumentó:

Me parece que en este caso se puede apreciar la importancia de la ideología en la resolución de las causas. Por ideología, entre paréntesis, entiendo al conjunto de valores, principios, ideas que caracterizan la forma de pensar de una persona o colectividad. No restrinjo la concepción de ideología a lo que pregona una tendencia o partido político. Todas las personas, pues, tienen ideología. En consecuencia, el derecho, se quiera reconocer o no, tiene una carga ideológica tanto en la creación de las normas como en su interpretación y aplicación (CCE, 2021).

Luego concluyó indicando:

He dicho que en este caso se puede visualizar la perspectiva ideológica. En esta sentencia, que tiene como resultado la inconstitucionalidad de una norma que establece una fuente adicional de financiamiento a la salud pública, se beneficia a las empresas privadas. Esta es una típica interpretación liberal económica de la Constitución. La interpretación que acabo de realizar, en cambio, es una que podría ser considerada igualitarista o comunitarista (CCE, 2021).

Abordando desde otro enfoque, en el voto salvado de la sentencia No. 1221-13-EP/20, el juez Alí Lozada, presidente de la Corte Constitucional del Ecuador, indicó que: “la justicia es un imperativo constitucional (art. 1) que esta Corte debe buscar siempre, pero esta búsqueda debe hacerse a través, y no al margen, del Derecho” (CCE, 2020). El caso estaba relacionado a los requisitos que deben verificarse en un caso para que la Corte Constitucional pueda juzgar sobre el mérito de la causa. El argumento de Lozada es que la justicia como valor no debe alcanzarse sacrificando las formas procesales que dotan al ordenamiento de seguridad jurídica.

El perfil de Ávila Santamaría se ajustaría al de un juez que admite sin tapujos su ideología y como la misma debe plasmarse en la decisión judicial, lo que implica ser “un juez activista” en la terminología utilizada por Duncan Kennedy. En cambio, Lozada contemplaría a los materiales jurídicos como un mecanismo de restricción, inclusive para hacer valer su ideología o su particular concepción de la justicia en sus decisiones jurisdiccionales. En palabras de Duncan Kennedy, su perfil se ajustaría al de un juez conciliador.

El estudio de los perfiles judiciales ha despertado atención especialmente en los Estados Unidos. Así desde investigaciones multidisciplinarias se ha sostenido que existen jueces “héroe”, que son aquellos dispuestos a invocar la constitución para invalidar las leyes; jueces que, en cambio prefieren ser deferentes a las acciones y decisiones de los poderes políticos; jueces que no favorecen cambios radicales por medio de sus decisiones sino tan solo el cambio incremental, y, finalmente, jueces que simplemente prefieren no decidir cuestiones complejas (Sunstein, 2013).

Que el Derecho es un instrumento que puede promover la transformación social o estancarla es algo que puede comprobarse recordando algunos casos tristemente célebres del constitucionalismo americano. Una misma constitución, la estadounidense de 1776, permitió a la Corte Suprema de los Estados Unidos avalar la doctrina *separated, but equal* (“separados, pero iguales”), que avaló la segregación racial en lugares públicos como los medios de transporte en el fallo *Plessy v. Ferguson* (1896). Esta doctrina fue abandonada solo después de

muchos años en el fallo *Brown v. Board of Education* (1954) que elimina la segregación racial de la educación pública estadounidense.

Este tipo de decisiones judiciales son producto de lo que Jellinek denominó *mutaciones constitucionales*, esto es, un cambio informal del significado de la constitución. De este modo, como nos recuerda Mauricio Maldonado Muñoz:

Los así llamados derechos sociales nacen de una mutación ulterior, la que suele llamarse libertad social, entendida como aquella que debe tutelar la «capacidad jurídica y material para concretar las posibilidades abstractas garantizadas por las constituciones liberales». En otras palabras, proteger derechos como la salud o la educación no implica un detrimento de la libertad de los individuos; al contrario, se trata de una ampliación de sus posibilidades efectivas: una persona sana es más libre que una persona enferma, una persona educada es más libre que una persona ignorante (Maldonado Muñoz, 2020).

En efecto, en nuestra sociedad podemos encontrar casos en los que las decisiones judiciales tienen alcances transformadores. Es preciso traer a colación la decisión de la Corte Constitucional en el caso 11-18-CN/19 en la que interpretando la constitución ecuatoriana y la opinión consultiva 24-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se llega a la conclusión, nada obvia si se atiende a la literalidad del artículo 67 de la constitución, de que la norma fundamental no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta decisión dio paso a que el Registro Civil ecuatoriano celebre estos matrimonios y los reconozca ante la ley (CCE, 2019).

En la misma línea, en el caso 34-19-IN/21 la Corte Constitucional del Ecuador resolvió despenalizar el aborto en casos de violación. Anteriormente la ley penal (Art. 150 COIP) eximía de sanción penal únicamente cuando el aborto hubiere sido practicado “en una mujer que padezca de discapacidad mental”. La mayoría de la Corte declaró esta legislación inconstitucional por considerarla contraria a los derechos a la integridad —física, psíquica, moral y sexual—, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación (CCE, 2021).

De la mano de la discusión sobre si el Derecho debe o no ser utilizado para la transformación social, se ha venido discutiendo sobre el *activismo judicial*. El origen del término se puede atribuir a Arthur Schlesinger, quien, en un artículo de la revista *Fortune*, de 1947, trazó el perfil de los jueces de la Suprema Corte estadounidense clasificándolos de “activistas” y a otros de “campeones de la autocontención judicial”. De este modo, los activistas estarían inclinados a utilizar el poder judicial en favor de una determinada concepción de bien social, mientras que los autocontenidos estarían más enfocados en reconocer un mayor espacio de deferencia al legislador (Henning, 2022, 15).

Calificar a un juez como activista implica reconocer que tiene una “agenda” de intereses y que sus decisiones judiciales no se ajustan a un Derecho supuestamente objetivo sino a sus particulares concepciones de justicia. Nuevamente, en el caso ecuatoriano, vale la pena referirse al voto concurrente del otrora juez de la Corte Constitucional, Ramiro Ávila Santa María, quien en el caso sobre la despenalización del aborto por violación mencionó:

70. El término “activismo judicial” que se ha usado de modo peyorativo en la Corte, y fuera de ella, con el ánimo de descalificar ciertas posturas jurídicas de algunos jueces y juezas, lo que denota es la vocación por la aplicación y el desarrollo de los derechos reconocidos en la Constitución.

71. Cada juez y jueza, en los proyectos en los que se es ponente por sorteo, defiende su posición. Las posiciones, como constan en las sentencias, los múltiples votos salvados y concurrentes, reflejan teorías y convicciones jurídicas sobre distintos temas. La defensa jurídica de

un proyecto, que tiene una visión del derecho, no debería entrar en la concepción peyorativa de la palabra “activismo”.

72. Si defender una teoría del derecho cuando se interpretan los hechos de un caso a la luz de la Constitución significa “activismo jurídico”, entonces todos los jueces y juezas sin excepción lo serían. Si se acusó de activismo a unos jueces y juezas, entonces quienes objetaron, por sus razones jurídicas y sus concepciones sobre la vida, también serían activistas (CCE, 2021).

Lógicamente, en un caso controversial como era la despenalización del aborto existieron votos salvados de jueces de la Corte Constitucional. Por ejemplo, el voto de la juez Carmen Corral Ponce apunta a una interpretación literal de la constitución que coincide con sus particulares valores de justicia:

29. Es decir, desde la lectura literal, sistemática-teleológica y de la voluntad del Constituyente en su integralidad, no puede darse paso a interpretación alguna que anule la defensa de la vida desde la concepción, lo contrario implica una modificación del texto de la Constitución que le corresponde al poder constituyente, mas no al poder constituido como es el que ejerce la Corte Constitucional. 30. El Constituyente no lo diferenció, y el ser que es fruto de una violación, el concebido por una violación no es diferente del ser humano que fue concebido en una relación consentida (CCE, 2021).

Con estos ejemplos pretendo poner de manifiesto que la cuestión sobre la supuesta neutralidad del Derecho y el rol de los jueces —activismo judicial— no resulta ajena al contexto ecuatoriano. El tema aún permanece, en buena parte, inexplorado. Pienso que deben formularse preguntas de investigación que den luz a este debate. Por ejemplo: ¿Cuál es el rol concreto de los jueces en la promoción y defensa de los derechos sociales?, ¿deben sustituir a los poderes públicos en la formulación de las políticas públicas? Al respecto, Leonardo García Jaramillo apunta:

En lugar de formular propuestas concretas de política pública y diseñar los instrumentos para implementarlas, un juez activista tiene una importante función institucional que cumplir en la fase de agendamiento político del problema. Ilumina una situación de violación de derechos oscurecida por la desidia política para impulsar al Estado-aparato a tomar medidas de diseño, implementación, financiación y evaluación de las políticas. Ayuda a destrabar la acción pública acompañando dialógicamente el proceso, por ejemplo, mediante la realización de audiencias de cumplimiento a las órdenes impartidas (García Jaramillo, 2019).

También debemos preguntarnos respecto de las consecuencias del litigio estratégico y el rol de las altas Cortes en la democracia. Como ilustraba Von Ihering: “Todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquellos que le resisten, y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación” (Ihering, 2008). Esta bella frase resume la idea de que el ser humano debe luchar por sus derechos todos los días, pues mal haría en darlos por garantizados. Y pienso entonces si la judicialización y el litigio estratégico de este tipo de casos perjudica la transformación social incremental, pausada, pero certera. No debe olvidarse que las grandes conquistas históricas de los derechos fueron frutos de movimientos políticos y sociales sostenidos en el tiempo.

Como menciona Roa (2020, pp. 12-13), “los cambios sociales son el resultado de procesos largos, complejos y lentos en los que intervienen diversos actores y factores. Es por lo menos ingenuo pensar que los tribunales pueden realizar completamente una transformación

social”. Si esta afirmación es correcta resulta legítimo preguntarse: ¿Deben las altas Cortes expropiar los conflictos jurídico-sociales de la discusión en los parlamentos y las protestas en las calles?, ¿Debe todo ser judicializado?, ¿Cuál debe ser el alcance de las decisiones de los tribunales constitucionales en estos asuntos?, ¿Qué grado de transparencia y participación debe ser garantizado por los tribunales en la resolución de causas de trascendencia social?

Insisto en que la cuestión no es ajena a nuestro entorno. El voto salvado de la juez Carmen Corral Ponce es incisivo respecto de la transparencia de la toma de decisión en el caso relativo a la despenalización del aborto:

46. Es del todo obvio que este caso requería de la convocatoria a una audiencia para que un tema tan sensible y polémico sea debatido y confrontado públicamente, pero esta posibilidad fue negada por la mayoría de siete juezas y jueces en reiteradas ocasiones, haciendo caso omiso a mis justos pedidos. Esa mayoría decidió no abrir al debate ni a la discusión pública y transparente de este asunto de vital importancia y que involucra miles de vidas. Entre las razones para negar la audiencia están que no era necesaria ni obligatoria, que era inconveniente levantar falsas expectativas en la población, conociendo que una mayoría de jueces ya se había consolidado alrededor del tema, y por el temor a posibles recusaciones contra ciertos jueces (CCE, 2021).

Por su lado, la juez Teresa Nuques, en el mismo caso, hace eco de la necesidad de que la cuestión haya sido previamente objeto de discusión en el legislativo:

La participación democrática en los procesos de creación de las leyes penales es decisiva e imprescindible; ante lo cual queda a salvo el control de constitucionalidad que puede realizar esta Corte ex post sobre el producto de dicha configuración legal, pero es indudable que la forma de ley resulta ser un momento necesario pues esta forma legal garantiza la compleja intermediación de los intereses sociales.

Ante un asunto de trascendencia nacional, como el sujeto a análisis, debe de procurarse la obtención de una decisión que sea producto del diálogo y la deliberación democrática desde las vías que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, cuyo agotamiento no se devalúa de la decisión de mayoría. En virtud de lo manifestado, expongo la necesidad de facilitar e institucionalizar el diálogo entre poderes y de estos con la ciudadanía, que se ejerzan competencias de forma legítima y que es necesario que las excepciones a la antijuridicidad del aborto sean tratadas habiéndose agotado toda las instancias que comprendan el diálogo e involucramiento de la ciudadanía y poderes del Estado, lo que no puede ser sustituido por una demanda de inconstitucionalidad que pretende modificar la configuración sustantiva de un delito con excepciones que no han sido previstas ni tratadas siquiera por el órgano legislativo (CCE, 2021).

Me parece adecuado destacar la importancia de mecanismos como los votos concurrentes y salvados en las Altas Cortes para la transformación social por medio del Derecho. La experiencia histórica demuestra que los votos minoritarios de hoy pueden ser la jurisprudencia dominante en el futuro. Además, desde mi punto de vista, analizar el perfil judicial individual es imprescindible para comprender cuando un juez, a pesar de tener desacuerdos se alinea con la posición mayoritaria y también cuales son las temáticas y posiciones sobre las que no existe posibilidad de conciliación (Kelemen, 2013). Por ejemplo, en el caso 24-16-is/21, la jueza Daniela Salazar de la Corte Constitucional de Ecuador, manifestó:

En los casos en los que el precedente sea aplicable y yo cumpla el rol de jueza ponente, insistir en mi posición minoritaria solo derivaría en resorteos innecesarios que dupliquen la cantidad de recursos humanos e institucionales que se requieren para resolver el caso, recursos que hoy por hoy son muy escasos.

Por ello, una vez expresadas las razones de mi disidencia, cuando existan decisiones reiteradas que confirmen la opinión de mayoría, considero que lo más adecuado para el bienestar institucional del Organismo es reconocer el carácter vinculante de dicho precedente y acogerme a este criterio, a menos que el caso concreto permita desarrollar nuevas razones para continuar abriendo el camino hacia un necesario cambio jurisprudencial en esta materia.

[...] las opiniones distintas a la mayoría fortalecen el debate democrático y la deliberación, evidencian la independencia interna de la Corte y desarrollan formas alternativas de comprender el derecho que sirven para cuestionar la jurisprudencia de la Corte, favoreciendo con el tiempo el desarrollo jurisprudencial (CCE, 2021).

Entonces, si asumimos que el Derecho no es un instrumento neutro y que puede ser utilizado por los operadores jurídicos tanto perpetuar determinadas injusticias como ser una vía para la transformación social; y, que la interpretación del Derecho es un acto en parte volitivo del operador jurídico, podría llegar a pensarse que el problema no tiene solución y, por tanto, que la discusión es estéril. Pienso todo lo contrario: afrontar plenamente esta realidad debe conducirnos a repensar y mejorar los procedimientos de selección de los jueces que integran las altas cortes, adoptando procesos que, además de meritocráticos, permitan conocer a la ciudadanía las posiciones políticas sobre los asuntos que apremian a la sociedad.

2. Presentación del dossier

El dossier que se presenta se compone por cuatro textos que de forma directa o mediata abordan temáticas relacionadas a la transformación social por medio del Derecho. En primer lugar, me referiré al trabajo del investigador independiente Yandri Chinga, que presenta un artículo titulado “La Corte Constitucional del Ecuador ¿El sexto poder del Estado?”

El artículo es de particular importancia en la medida que pone de manifiesto la situación institucional de los jueces y juezas de la Corte Constitucional. Ello dado que conforme con la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no son sujetos de juicio político ante la Asamblea Nacional; tampoco pueden ser juzgados penal o civilmente por sus decisiones jurisdiccionales, es decir, no existe el prevaricato del juez constitucional; y, finalmente, la destitución de un juez de la Corte Constitucional solo puede ser acordada por el Pleno de dicho organismo.

Por otro lado, la Corte Constitucional parecería tener las competencias propias de una sexta función del Estado, adicional a la ejecutiva, legislativa, judicial, de transparencia y control social y la función electoral. Al ser la Corte Constitucional un órgano autónomo, cuyas decisiones son vinculantes y definitivas, su rol en asuntos controvertidos es dirimente. Nuestro autor comenta casos de interés como el dictamen No. 001-14-DRC-CC por el cual se dio vía libre a la reelección presidencial indefinida en detrimento del principio de alternancia en democracia. Con este ejemplo, el autor busca destacar la importancia de la independencia de la Corte Constitucional de otros poderes del Estado. Justamente, si se aspira a que esta institución actúe con vocación transformadora de la realidad social aquella no puede ser obsecuente con el poder de turno.

En todo caso, el autor reflexiona sobre el excesivo haz de competencias de este organismo y las posibilidades de que aquel inconmensurable poder sea utilizado con fines

reñidos con los valores y principios que pregona la Constitución, con el objetivo de favorecer un determinado proyecto político. Además, el autor destaca y analiza diversos casos que demuestran la intervención de la Corte en temas de trascendencia social, entre estos, el reconocimiento al matrimonio igualitario, fallos relacionados a la identidad de género y el reconocimiento de la familia homoparental, así como la despenalización del aborto en casos de violación y del reconocimiento de los menores de edad como sujetos con libertad para consentir sobre su libertad sexual.

En segundo lugar, debo introducir el trabajo del profesor colombiano Jorge Roa que se titula “La jurisdicción constitucional nos representa. La adjudicación estratégica y cooperativa en el constitucionalismo transformador”.

Los lectores encontrarán en el trabajo del profesor Roa una concepción particular e interesante del control de constitucionalidad a la luz de la democracia deliberativa y del constitucionalismo transformador. Sostiene que las cortes constitucionales pueden y deben entablar un diálogo con el legislador democrático y canalizar el diálogo público, sin que su intervención mine los elementos básicos del sistema democrático.

Para ello, Roa inicia señalando que para un sector de la literatura (como Jeremy Waldron o Roberto Gargarella) las altas cortes suelen estar integradas por “una especie de élite dentro de la sociedad”, esto es, por “un grupo minoritario de personas elegidas entre los sectores académicos o políticos” que se mantienen lejanos a los intereses de la mayoría democrática. Con el conocido argumento de la dificultad contra mayoritaria se pretende deslegitimar el control de constitucionalidad y apelar a la deferencia para con las decisiones de los poderes constituidos.

Empero, la justicia constitucional se presenta como un espacio de deliberación pública porque es un espacio al que pueden comparecer “minorías insulares o discretas que son poco atractivas para el sistema de representación parlamentaria”. Del mismo modo, porque ante los tribunales constitucionales se presentan y discuten argumentos que muy probablemente no fueron objeto de debate político en el parlamento.

De este modo, nuestro autor apuesta por un modelo de legitimación activa amplio en las acciones constitucionales; en mecanismos deliberativos como los *amicus curiae* y las comisiones de investigación, así como la reducción de formalismos para facilitar el acceso de la ciudadanía a la justicia constitucional. Igualmente, nos indica que la vocación transformadora de la justicia constitucional se evidencia al momento en que se adoptan sentencias estructurales para problemas complejos o cuando los tribunales constitucionales ordenan al ejecutivo formular o reformular una determinada política pública a fin de satisfacer derechos, así como cuando emiten una directriz al legislativo para que subsane una omisión legislativa o bien reforme legislación inconstitucional.

En tercer lugar, debo abordar el trabajo de los investigadores independientes Iliana López y Luis Fernando Haro, quienes presentan un texto titulado “Adopción homoparental en Ecuador: derecho de igualdad y no discriminación e interés superior del niño”.

De acuerdo con el artículo 68 de la Constitución ecuatoriana, “la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo”. Los autores defienden la tesis de que esta normativa es lesiva del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y del derecho a gozar de una familia. De acuerdo con los autores, aunque la constitución explícitamente reconozca la existencia de diversos tipos de unidades familiares, la norma fundamental realiza distinciones injustificadas en favor de las parejas heterosexuales y en perjuicio de familias mono y homoparentales.

Así las cosas, los autores comentan que en algunos países de la región como Colombia, Argentina, México y Chile se permite la adopción para parejas del mismo sexo y que en sus constituciones no existe una prohibición constitucional explícita, como sí existe en el caso

ecuatoriano. En el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional rechazó pronunciarse sobre el tema en cuestión mediante el dictamen No. 8-09-IC /21, de fecha 18 de agosto del 2021. Sin embargo, el voto salvado del entonces juez Ramiro Ávila Santa María expresó lo siguiente:

Si la norma constitucional se basa en un prejuicio, sin demostración fáctica alguna, además, de que toda pareja homosexual no brinda un ambiente para el ejercicio y desarrollo de los niños y niñas, podría ser una norma discriminatoria y contraria a otros principios constitucionales y que se reconocen en instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, como sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Existe, pues, una tensión entre la prohibición constitucional establecida en la Constitución y otros derechos y principios establecidos en la Constitución y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en el Ecuador (párr. 16).

Tomando como base el criterio antes expuesto, nuestros autores argumentan en favor de que la Corte Constitucional declare la inaplicabilidad del artículo 68 de la norma fundamental, sin necesidad de la modificación formal de la constitución sino mediante una mutación constitucional utilizando el control de convencionalidad.

Finalmente, debo introducir el artículo de Alexis Marega de la Universidad de Santa Fe en Argentina que se titula: “Feminismo empresarial: análisis de la paridad de género en los órganos de las personas jurídicas”.

Se trata de un texto supremamente interesante, el autor nos expone que la legislación comercial argentina no exige a las personas jurídicas una composición de sus órganos de gobierno y administración que respete la paridad de género. Sin embargo, la Inspección General de Justicia (IGJ) dictó las Resoluciones 35/2020 y 35/2020 que disponen la obligatoriedad de cumplir con la paridad de género en la composición de sus directorios.

El autor nos presenta, además, un estudio interesante de la Comisión Nacional de Valores (CNV), el cual determinó que “en los directorios de 255 empresas bajo oferta pública relevadas, solo el 11,2% de los cargos directivos son ocupados por mujeres, un 49% de empresas no registran mujeres en ningún cargo directivo, el 95% tiene como presidente a un hombre y el 91,4% un vicepresidente hombre”.

Adicionalmente, el trabajo lleva a cabo un interesante ejercicio de derecho comparado con legislación europea que sí garantiza cuotas de género como el caso de Noruega mediante una ley de 2003 y Bélgica en el 2011. Inclusive, se destaca que no cumplir con esta normativa implica la disolución de las sociedades mercantiles como sanción. Sin embargo, el autor pone de manifiesto que este tipo de regulación no debe ser aplicada a pequeñas sociedades familiares formadas, por ejemplo, por dos hermanos varones.

Finalmente, el autor reseña y nos da luces sobre una reciente decisión de la Cámara Nacional Civil, Sala M, que ordena la modificación del Reglamento del Jockey Club, a fin de que cualquier persona, sin distinción de sexo o género, pueda solicitar la filiación a la mencionada Asociación Civil, lo que se presenta como condición indispensable para formar parte del órgano de administración.

Como podrán notar, nos encontramos ante un dossier que merece la atención de todos aquellos interesados con la idea de lograr la paulatina transformación social por medio del Derecho. Las experiencias y casos que se reseñan en este volumen son demostrativas de que los tribunales constitucionales pueden visibilizar e incluir en el dialogo público a los históricamente excluidos y pueden garantizar la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad que predicen las cartas constitucionales.

Referencias bibliográficas

- Bogdandy, A., & Urueña, R. (2020). Comunidad de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina. *Anuario de Derechos Humanos*, 15-34.
- Corte Constitucional Ecuador (2020). Sentencia No. 1221-13-EP/20, del 29 de junio de 2020. Ponente: Hernán Salgado Pesantes.
- Corte Constitucional Ecuador (2019). Sentencia No. 1 1-18-CN/19 (matrimonio igualitario), del 12 de junio de 2019. Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría.
- Corte Constitucional Ecuador (2021). Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, del 28 de abril de 2021. Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo.
- Corte Constitucional Ecuador (2021). Sentencia No. 24-16-IS/21, del 2 de junio de 2021. Juez ponente: Agustín Grijalva Jiménez.
- Corte Constitucional Ecuador (2021). Sentencia no. 75-16-IN/21, del 25 de agosto de 2021. Ponente: Hernán Salgado Pesantes.
- Corte Suprema de los Estados Unidos (1896). *Plessy v. Ferguson*. Sentencia del 18 de mayo de 1896.
- Corte Suprema de los Estados Unidos (1954). *Brown v. Board of Education of Topeka*. Sentencia del 17 de mayo de 1954.
- García Jaramillo, L. (2019). “Activismo judicial”: un viejo concepto para nuevos desafíos. *Legis ámbito jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/constitucional-y-derechos-humanos/activismo-judicial-un-viejo-concepto-para#:~:text=El%20activismo%20judicial%20se%20define,que%20fundamentan%20sus%20decisiones%20en>
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho*. Sociología política del campo jurídico en América Latina. IEPRI.
- Gargarella, R. (2015). El «nuevo constitucionalismo Latinoamericano». *Estudios Sociales: Revista Universitaria Semestral*, 48(1), 169-174.
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, (43), 11-48.
- Henning, M. (2022). *Aspectos históricos y conceptuales del activismo judicial, ese ilustre (des)conocido*, en *Activismo judicial. Cómo deciden los tribunales constitucionales en América Latina* (tomo I), eds. Fuchs, MC y Henning, M. Konrad Adenauer Stiftung.
- Ihering, R. V. (2008). *La lucha por el Derecho*, trad. Posada, A. edición y estudio preliminar a cargo de Monereo Pérez, JL. Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho).
- Kelemen, K. (2013). Dissenting opinions in constitutional courts. *German Law Journal*, 14(8).
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo Veintiuno Editores.
- Maldonado-Munoz, M. (2020). Towards a Genealogy of the Constitution. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 20, 165.
- Roa, J. (2020). El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper.
- Santos, BDS. (2012). *Derecho y emancipación*. Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Sunstein, C. (2014). Constitutional personae. *The Supreme Court Review*, 2013(1), 433-460.

LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. ¿EL SEXTO PODER DEL ESTADO? The Constitutional Court of Ecuador. Is it the Sixth Power of the State?

YANDRI VLADIMIR CHINGA ASPIAZU¹
Investigador independiente, Manabí, Ecuador

Resumen

Con el surgimiento del postpositivismo emergieron constituciones garantistas, como la Constitución de la República de Ecuador del 2008 (en adelante CRE), en la cual se estableció la creación de la Corte Constitucional (en adelante CC) como máximo órgano de control, interpretación y de administración de la justicia constitucional. Esta investigación tiene como objetivo analizar el posicionamiento de la CC y la influencia que ejerce frente a las actuaciones dispuestas por los diferentes órganos de las funciones del Estado. Para esto, se analiza si la CC ha reconocido derechos a colectivos y minorías, y ha ejercido control sobre la producción legislativa. La pregunta principal que esta obra busca resolver es si la CC, por sí misma, se encuentra al mismo nivel de las cinco funciones del Estado.

Palabras clave

Constitución, Control constitucional, Interpretación constitucional, Justicia constitucional.

Abstract

With the emergence of Postpositivism, guarantees constitutions emerged, such as the Constitution of the Republic of Ecuador of 2008 (hereinafter CRE), in which the creation of the Constitutional Court (hereinafter CC) was established as the highest body of control, interpretation and administration of constitutional justice. This research aims to analyze the position of the CC and the influence it exerts against the actions issued by the different organs of the State functions. For which it is analyzed if the CC has recognized rights to groups and minorities and has exercised control over legislative production. The main question that this work seeks to resolve is whether the CC, by itself, is at the same level as the five functions of the State.

Keywords

Constitution, Constitutional Control, Constitutional Interpretation, Constitutional Justice.

1. Introducción

Las constituciones, desde sus orígenes, tuvieron fines políticos. Si se analizan la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y la francesa de 1791², se tiene que en la

¹ Abogado graduado por la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Máster Universitario en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla. Ha trabajado por más de tres años como abogado en libre ejercicio en temas de Derecho Civil, Derecho Familiar y Derecho Constitucional. Actualmente es gerente general del Centro de Formación & Capacitación Jurídica El Neojurista S.A.S. Correo electrónico: abg.yandrichinga@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1329-7897>.

² Se toma como ejemplo la Constitución de los Estados Unidos y la Constitución Francesa de 1791 por ser las primeras en un sentido moderno; es decir, son constituciones originarias. Además, influyen en las actuales constituciones, ya que en estas se establecen nuevos paradigmas constitucionales, se declaran nuevos derechos, se reestructura el Estado, la soberanía viene a radicar en el pueblo o en la nación, ya no radica en un determinado grupo o individuo; es decir, la autoridad reside en el pueblo.



primera se quería formar un Estado independiente; en la segunda, se buscó establecer un nuevo orden revolucionario para restringir el poder de la monarquía. En este mismo sentido, las constituciones originarias en Latinoamérica tuvieron como fin llenar el vacío de poder que trajo consigo las guerras de independencia, establecer un nuevo gobierno en los nacientes Estados; es decir, determinar por primera vez la estructura del poder político en el Estado. A pesar de aquello, en este punto del globo, la ley se ha tenido como la máxima norma jurídica y aunque existían constituciones, estas eran de carácter político y eran demasiado flexibles; por lo que carecían de fuerza normativa, podían ser modificadas ampliamente por el legislador (Ferrajoli, 2013, p. 31).

Con el devenir de los años, se estableció poco a poco un nuevo paradigma constitucional: el postpositivismo. Este hito conlleva a la aparición de nuevas constituciones conformadas no solo por una parte orgánica, sino también por una parte dogmática; normas que estructuran el Estado y un amplio catálogo de derechos que establecen los límites de la actuación del poder. Indudablemente hubo una evolución del paradigma del Derecho, de una constitución de carácter político a una de carácter político-jurídica.

Con la aparición del postpositivismo la “omnipotencia de la ley desaparece con la afirmación de la Constitución como norma suprema, a la que todas las demás normas jurídicas están rígidamente subordinadas” (Ferrajoli, 2013, p. 33). Por lo que las constituciones ganan importancia dentro de la estructuración del Estado, debido a que son

el fundamento del Estado, la base del orden jurídico que pretende conocerse. Lo que se entiende siempre y ante todo [...] es que la Constitución constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas [...], es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas (Kelsen, 2017, p. 21).

La constitución es el conjunto de disposiciones que ordenan las funciones del Estado, donde se establecen los límites del ejercicio del poder, las libertades y derechos fundamentales (Olano, 2006, p. 139). Por lo tanto, “ya no es el derecho el que debe quedar subordinado a la política como su instrumento, sino que la política se convierte en instrumento de actuación del derecho, sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales [...]” (Ferrajoli, 2013, p. 35). Es decir, no sería el ciudadano quien gira alrededor de la autoridad del gobierno, sino el gobierno el que gira alrededor de los derechos del ciudadano.

Al ser una de las finalidades de la constitución “la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político” (Loewenstein, 1979, p. 151), la regulación de la convivencia de los integrantes del Estado y el establecimiento de los derechos; caben plantearse las siguientes interrogantes: ¿Cómo se garantiza la aplicación de los derechos en el Estado? ¿Cómo se ejerce el control constitucional de los poderes sin que esto implique abuso o intromisión? ¿Quién ejerce ese control?

2. Cortes y Tribunales Constitucionales en el Estado

Las cortes y tribunales constitucionales nacieron de la necesidad de tener un órgano encargado de resolver controversias de orden político-administrativo, problemas de competencias entre los diferentes organismos del Estado; y de tener un órgano que arbitre normas internas con normas del Derecho Internacional. Posteriormente, surgió la necesidad de tener un órgano que garantice a las personas el restablecimiento de sus derechos constitucionales vulnerados por una autoridad o por un particular. Estos tribunales o cortes son los órganos

encargados de ejercer el control y la interpretación constitucional en los Estados, con lo que llegan a imponer límites al ejercicio del poder estatal.

No todos los juristas están de acuerdo con esta teoría, hay debates que se centran en quién debe ser el encargado de custodiar el ejercicio del control constitucional y de la interpretación constitucional en el Estado. Los debates más sobresalientes de esta disyuntiva son Kelsen *versus* Schmitt y Dworkin *versus* Waldron.

2.1. Kelsen *versus* Schmitt

Kelsen puso en manifiesto que el control constitucional, entendido como la anulación de los actos y normativas inconstitucionales, debe estar a cargo de un órgano independiente (tribunal o corte constitucional) y distinto de los tres poderes clásicos del Estado. Para Schmitt, en cambio, el control constitucional no debe recaer en un Tribunal, sino que, quien debe tener esta atribución es el Jefe de Estado.

Kelsen defiende la atribución que tiene el Tribunal Constitucional (en adelante TC) como un legislador negativo, al manifestar que:

Anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo (Kelsen, 2017, p. 54).

Se ve claramente como Kelsen coloca al TC al mismo nivel del Poder Legislativo y del Ejecutivo, al atribuirle la función de eliminar todo producto normativo que estuviese en contra de los parámetros constitucionales. Para Schmitt, que un Tribunal pudiera determinar si una ley es válida o no y eliminarla de ser el caso, es “una invasión clara de la justicia en la legislación que a lo único que conduce es a la destrucción del principio orgánico de distribución del poder” (Bárcena y Tajadura, 2019, p. 391). Para la visión de Kelsen, más que una intromisión de poderes es una distribución de este. Además, afirma que “sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él debido a que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional” (Kelsen, 2017, p. 52).

A su vez, Schmitt manifestaba que el TC solamente debe de aplicar la ley y no razonar o resolver aspectos sobre su constitucionalidad. También se opone a que el control constitucional esté en manos del poder legislativo, debido a la presencia de su pluralidad. Para él, la Constitución es la unidad política del Estado, donde “el pluralismo representa una especie de enfermedad que corrompe y disuelve la unidad del pueblo” (Córdova, 2006, p. 57). Por ello, debe defenderla el jefe del Estado, quien representa la unidad del pueblo al haber sido electo mediante sufragio, representa a toda la pluralidad social. Además, presenta al jefe del Estado como un ser independiente y neutral. Schmitt también justifica la defensa de la constitución por parte del jefe de Estado porque este goza de mayor estabilidad, mayores atribuciones constitucionales y poderes especiales en caso de ocurrir una gravedad extrema (Doncel y Camisón, 2011, pp. 139-140).

Kelsen es crítico con la teoría de Schmitt, cuando señala que esta impide que se aplique con eficacia las normas constitucionales, además, para él atribuirle neutralidad al jefe del Estado es algo ficticio o incongruente (Bárcena y Tajadura, 2019, pp. 394-395). Schmitt objeta a la justicia constitucional, porque declarar inconstitucional una ley es, para él, una función de carácter político y no jurisdiccional. Pero Kelsen manifiesta que la sentencia de un

TC, al ser un acto de legislación negativa, sigue siendo un acto de jurisdicción el cual tiene también un carácter político (Doncel y Camisón, 2011, p. 144). Debido a que es el TC el que debe garantizar la subordinación de los poderes estatales al control de la constitución, incluyendo el Legislativo y Ejecutivo, el Tribunal debe ser independiente a estos (Kelsen, 2017, pp. 52-56). Para Kelsen (2017) es importante alejar las influencias políticas ocultas del TC; pero manifiesta que es preferible, antes de tener una influencia oculta dentro del tribunal, que haya una participación legítima en la conformación de este (p. 58).

2.2. Dworkin *versus* Waldron

Luego de varias décadas de suscitado el debate Kelsen-Schmitt, surgió uno nuevo entre Ronald Dworkin y Jeremy Waldron, en donde los desacuerdos giran en torno a quién debe ser el responsable de la interpretación de la constitución y del control constitucional. Para Dworkin, las decisiones judiciales acerca de cuestiones basadas en principios no ofenderían a la democracia, debido a que, tomar decisiones con base en la mayoría no es un método eficaz para efectuarlas (Gama, 2019, p. 78). Pero Waldron sostiene que la legislación es un producto racional, ya que es aprobada por los legisladores como representantes de la sociedad, en donde se considera a la justicia constitucional como ilegítima para tomar disposiciones de carácter político (2019, pp. 104-105).

Dworkin defiende el constitucionalismo sustantivista, la importancia de las decisiones judiciales para solucionar conflictos de carácter político o temas insensibles a la mayoría, debido a que, para él, los jueces están mejor posicionados y cuentan con un mejor criterio que los legisladores para resolver los asuntos que no son sensibles a la mayoría, por lo que darían decisiones mejor acertadas. Por su lado, Waldron sostiene que la mejor forma de solucionar los conflictos es a través del parlamento, porque ahí se ven reflejados o representados todos los ideales políticos de la sociedad.

Una de las críticas de Waldron a la teoría constitucionalista se basa en la supuesta ilegitimidad que tienen los jueces que ejercen el control de constitucionalidad, para retirar del ordenamiento jurídico las leyes que fueron aprobadas por el poder legislativo (Waldron, 2018, pp. 13-14); debido a que los tribunales y cortes carecen de legitimidad democrática de origen (Roa, 2019, pp. 74-75).

Además, Waldron afirma que una teoría basada en los derechos no requiere de la existencia de derechos jurídicos o de una instancia de mayor protección que, al colocarlos en las constituciones, otorgue inmunidad frente al cambio legislativo (Virgüez, 2015, pp. 7-8). En cambio, Dworkin basa sus ideas en la necesidad de que los jueces sean un equipo de técnicos jurídicos y especialistas en materia constitucional, quienes se encarguen de desarrollar los principios establecidos en la constitución por medio de la interpretación (Buriticá, 2019, pp. 878-879).

2.3. La influencia de la Kelsen y Dworkin en el paradigma constitucional ecuatoriano

Al analizar la CRE y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdicciones y Control Constitucional (en adelante LOGJCC), es fácil comprobar la influencia que ha ejercido Kelsen y Dworkin en el paradigma constitucional ecuatoriano. Del jurista austriaco se conserva la concepción de que la CRE es la máxima norma del ordenamiento jurídico (CRE, art. 424), y la CC es su guardián; es decir, el encargado de ejercer el control de constitucionalidad (art. 429). Esto debido a que la CC puede eliminar toda normativa del sistema jurídico que esté en contraposición con los mandatos constitucionales (LOGJCC, art. 74). También, porque garantiza la subordinación de todas las funciones y órganos del Estado ante la CRE (CRE, art. 426); así como la participación legítima de las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social (art. 434) en la conformación de la CC.

De Dworkin tenemos como influencia en el paradigma constitucional ecuatoriano, primero, que la CC resuelve cuestiones basadas en principios. Segundo, las decisiones tomadas por los órganos de administración de la justicia constitucional han resuelto conflictos de carácter político o temas insensibles a la mayoría, tales como, el dictamen de constitucionalidad para las reformas constitucionales del 2011 y del año 2014, el reconocimiento del matrimonio igualitario, de la familia homoparental o la despenalización del aborto. Tercero, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana, se puede elegir un equipo de técnicos jurídicos y especialistas en materia constitucional para que conforme la CC (CRE, art. 181). Las ideas que propone Waldron están relacionadas con el paradigma constitucional establecido antes de 1998, en donde era el Poder Legislativo el encargado del control constitucional de las normas del sistema jurídico, tal como se verá posteriormente.

3. La Corte Constitucional del Ecuador *versus* Tribunal Constitucional y Tribunal de Garantías Constitucionales.

3.1. Tribunal de Garantías Constitucionales

Para poder analizar la evolución del paradigma constitucional ecuatoriano en relación con la CC, es necesario iniciar con el estudio de la Constitución de 1945 y el denominado Tribunal de Garantías Constitucionales (en adelante TGC). Este órgano, por la naturaleza de su conformación se puede determinar que respondía a los intereses políticos de turno, en especial al Poder Legislativo, ya que de los nueve miembros que integraban el TGC, tres eran diputados y dos eran ciudadanos elegidos por el Congreso. Los demás miembros eran elegidos por el presidente de la Corte Suprema; por un representante del presidente de la República; por el procurador General de la Nación; y por un representante de los trabajadores.

Referente al control de constitucionalidad, el TGC podía emitir un dictamen de inconstitucionalidad sobre un proyecto de ley cuando el Congreso no encontrara fundamentos en las consideraciones de inconstitucionalidad del Presidente de la República (Constitución, 1945, art.41). También, al examinar sus atribuciones se puede observar que era el Congreso quien podía emitir un dictamen de inconstitucionalidad definitivo (1945, art. 160).

Con la Constitución de 1979, el TGC seguía influenciado por el poder político, debido a que estaba integrado, en su mayoría, por actores políticos, altos funcionarios del Estado, colaboradores del gobierno y por representantes de ciertos sectores de la sociedad, como son las cámaras de la producción (Constitución, 1979, art. 140).

Referente a las atribuciones que tenía el TGC en la Constitución de 1979, solo era una entidad estatal encargada de incitar a la Administración Pública de velar por la integridad constitucional (Constitución, 1979, art. 141.1); de formular observaciones acerca de las normativas que violentaban la Constitución y las leyes, para ponerlas a consideración de la Cámara Nacional de Representantes o del plenario de las Comisiones Legislativas (1979, art. 141.2); y, conocer las quejas sobre el quebrantamiento constitucional, preparar la acusación y presentarla a la Cámara Nacional de Representantes para que decidan u ordenen enjuiciar a los responsables de la violación constitucional (1979, art. 141.3). En lo referente al control constitucional de las normas jurídicas, era la Corte Suprema de Justicia la que suspendía los efectos de las normas inconstitucionales, para luego someter su decisión ante la Cámara Nacional de Representantes (1979, art. 138).

La reforma de 1993 no trajo consigo cambios sustanciales en la designación de los miembros del TGC. En primer lugar, porque el Congreso Nacional era el órgano designado para elegir a los miembros del Tribunal con el voto favorable a las dos terceras partes de sus integrantes (Constitución Codificada, 1993, art. 144). Segundo, porque tres de los once

miembros eran elegidos fuera del seno del Congreso Nacional, el resto de los miembros eran elegidos de las ternas que enviaba el presidente de la República, la Función Judicial, los alcaldes y prefectos provinciales, las centrales de trabajadores y las cámaras de la producción.

Lo único notable en este sentido eran los requisitos para ser miembros del Tribunal, donde el más relevante era tener un título de doctor en jurisprudencia o abogado (1993, art. 143.4). Referente a sus atribuciones, no hubo cambios significativos. El TGC podía conocer sobre la inconstitucionalidad de la norma infraconstitucional y suspender sus efectos, pero sus decisiones debían ser sometidas a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, donde su resolución era definitiva y con efectos generales (1993, art. 146.1).

3.2. Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional (TC) ejercería como órgano supremo del control constitucional, el cual estaba basado en “asegurar la eficacia de las normas constitucionales en especial de los derechos y garantías establecidos en favor de las personas” (Ley de Control Constitucional, 1997, art. 1), mediante la eliminación de las “normas de menor jerarquía que se opongan a los preceptos constitucionales” (1997, art. 2). En este artículo, los vocales del TC llegaron a ser legisladores negativos, pero se carecía de la atribución de ser el intérprete máximo de la Constitución, esta facultad la tenía el Congreso Nacional (Constitución, 1998, art. 130.4). El TC tuvo un poco más de relevancia, debido a que se encargaba de conocer y resolver la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de actos administrativos de toda autoridad pública (1998, art. 276).

Otro de los nuevos cambios alcanzados, en comparación con el antiguo TGC, es la atribución que tiene el TC para “conocer y resolver las resoluciones que denieguen los recursos de hábeas corpus, hábeas data y amparo; así como conocer las providencias que suban en consulta en el caso del recurso de amparo” (Ley de Control Constitucional, 1997, art. 12.1). Es decir, que ejercían justicia constitucional, aunque sus miembros no eran denominados jueces sino vocales (1997, art. 4).

A pesar de que la Ley determinaba que el TC era “independiente de las demás funciones del Estado” (1997, art. 3), sus miembros estaban sujetos a un juicio político por parte del Congreso (1997, art. 8), lo cual evidencia una discordancia, debido a que con esto existe el riesgo de sufrir alguna intromisión, por no emitir resoluciones y dictámenes a favor. Para Grijalva (2008) tanto el TGC como el TC eran “una institución controlada por partidos políticos, gremios y asociaciones, afectada por la corrupción, y en los últimos años sujeta a la permanente remoción de sus vocales por parte del Congreso” (p. 121).

3.3. La nueva Corte Constitucional

Con la expedición de la CRE surge el Estado constitucional de derechos y justicia, así como la CC como máximo órgano encargado ejercer el control constitucional, la interpretación constitucional y de administración de justicia en esa materia (CRE, art. 429).

Una característica que diferenciaba a la CC de sus antecesores es la exigibilidad de que sus miembros, ahora denominados jueces y no vocales, debían haber ejercido una labor relacionada a la carrera de Derecho (art. 433.3), con demostración de ética y honradez (CRE, art. 433.4); pero, sobre todo, no haber pertenecido directiva de algún movimiento o partido político en los últimos diez años (art. 433. 5). Por lo cual, busca que sus miembros no estén influenciados por la política.

Pero, lo que más ha llamado la atención y la preocupación por parte de juristas ecuatorianos (como es el caso de Verdesoto, Echeverría y Ortiz), es el amplio poder que tiene este órgano y su falta de control externo —el *Checks and Balances* o sistema de controles y

contrapesos—, ya que este impide la centralización del poder en un Estado. Otro aspecto muy cuestionado es el desplazamiento del Poder Legislativo frente a la CC, en la discusión de temas trascendentales para la democracia, y en la intromisión que puede suponer la actuación de la CC sobre este órgano eminentemente político.

Verdesoto (2008) señala que la interpretación constitucional de la CC desplazaría a la soberanía popular. Para él, debe ser irremplazable la participación política que ejerce el pueblo a través legislador al momento de interpretar o crear una ley (p. 182). Debido a que “puede convertirse en una instancia concentradora de conflictos o en una suerte de comisaría de asuntos constitucionales, antes que en una instancia de control de la constitucionalidad del más alto nivel” (2008, p. 183).

Por el contrario, para Grijalva (2008), el fortalecimiento de la CC se debe a un proceso de democratización global, en donde surge la necesidad de que jueces especializados garanticen la aplicación de derechos humanos y de procesos democráticos, aun en contra de la mayoría política (p. 127). Además, manifiesta que la CC no puede convertirse en un superpoder, ya que, como todo órgano, sus atribuciones se encuentran delimitadas por la CRE.

Por todo esto, es importante para esta investigación analizar tres aspectos de la CC: i) el control e interpretación constitucional de la producción legislativa; ii) Independencia, autocontrol y legitimidad de la CC; y, iii) la administración de la justicia constitucional. De esta manera, se busca determinar el posicionamiento de la CC en el Estado, así como su influencia sobre las funciones de este.

3.3.1. Control e interpretación constitucional de la producción legislativa

En cuanto a la producción legislativa, esta debe estar enmarcada a los mandatos constitucionales, los cuales regulan no solo su modo de producción, sino también su contenido; es decir, impone límites formales y materiales (Guastini, 2001, 47).

Según Ferrajoli (2013):

Para que una ley sea válida es necesario que no solo sus formas, es decir, los procedimientos de formación de los actos legislativos, sean conformes, sino también que su sustancia, esto es, sus significados o contenidos, sean coherentes con las normas constitucionales que disciplinan su producción (p. 34).

Cuando esto no se cumple a cabalidad, la norma legislativa es inconstitucional, lo que conlleva a su eliminación por parte de la CC, para lo cual se aplica el control abstracto de constitucionalidad con el objetivo de llegar a garantizar la unidad y la coherencia del ordenamiento jurídico.

Si bien el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha facultado a la Asamblea Nacional (en adelante AN) para ser el intérprete obligatorio de la Ley (CRE, art. 120.6), y a la Corte Nacional de Justicia en casos de haber vacío u oscuridad (COFJ, art. 180.6). La CC puede interpretar la ley debido a su atribución para dictar “interpretaciones conformes” en el ejercicio del control de constitucionalidad (LOGJCC, art. 76.5). De manera que la CC “tiene el poder de contradecir y de derogar la interpretación del legislador, declarando la ilegitimidad constitucional de aquella ley” (Guastini, 2015, p. 2021).

Es aquí donde queda subordinada la creación del legislador no solo a las normativas constitucionales, sino también a los dictámenes *erga omnes* emitidos por la CC. Este poder es importante en el Estado constitucional de derechos, debido a que “sin un control constitucional que resguarde los procedimientos, los derechos y límites inherentes al proceso

democrático, la actuación legislativa puede derivar en un autoritarismo mayoritario que diluya el propio marco constitucional” (Grijalva, 2008, p. 127).

3.3.2 Independencia, autocontrol y legitimidad

Una característica que diferencia a la CC de sus antecesoras es que carece de un control externo, no tiene un poder de contrapeso. Esta peculiaridad se encuentra legitimada en la necesidad de que las decisiones tomadas por sus jueces no estén coaccionadas por alguna presión social, política o económica. Así, esto puede generar que el contenido de sus decisiones sean objeto de acciones penales o de un posible juicio político. Es decir, que la legitimación de la falta de contrapeso se basa en la “garantía de salvaguardar la autonomía e independencia de la justicia constitucional” (CRE, art. 431 literal c).

El único control que tiene la CC es de carácter interno, esto significa que los únicos competentes para destituir a un juez de la CC son ellos mismos, a través de una votación del Pleno, en donde deben estar a favor de la destitución los dos tercios de sus miembros (art. 431). Esta destitución procede cuando: i) un juez incurre en la culpa inexcusable en el cumplimiento de sus funciones; ii) un juez revela la reserva de la propia función; y, iii) en los casos de responsabilidad penal (LOGJCC, art. 185.5).

3.3.3. Justicia constitucional

En Ecuador, “la defensa de los derechos fundamentales se encuentra en el control jurisdiccional” (Nogueira, 2018, p. 121). Son los jueces de la CC y de los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, los encargados de ejercer el control constitucional de los derechos mediante los diferentes medios de control jurisdiccional (LOGJCC, art. 166), entre ellos las garantías jurisdiccionales. Para Ferrajoli (2017), las también llamadas garantías secundarias son las encargadas de intervenir en los casos de violación de los derechos fundamentales, anulando los actos inválidos y sancionando los actos ilícitos (p. 5).

Algunas garantías le son encomendadas a los tribunales o juzgados de la justicia ordinaria, otras garantías, por su carácter de especial, son encomendadas a tribunales específicamente constitucionales (Escobar, 2012, p. 107). En Ecuador, los jueces de primer nivel son los encargados de conocer sobre las acciones de protección, *habeas data*, *habeas corpus*, acción de acceso a la información, la petición de medidas cautelares y ejercer el control concreto de constitucionalidad (LOGJCC, art. 167).

Las cortes provinciales se encargan de conocer los recursos de apelaciones de las acciones constitucionales planteadas ante los jueces de primer nivel (LOGJCC, art. 168.1); asimismo, conocer acciones de *habeas corpus* cuando exista fuero y órdenes de privación de libertad emitidos por un juez penal en primera instancia (art. 168.2); y ejercer el control concreto de constitucionalidad. La Corte Nacional de Justicia es la encargada de conocer las acciones de *habeas corpus* cuando existe fuero de corte, también el recurso de apelación de las acciones de *habeas corpus* resuelta por las cortes provinciales y ejercer el control concreto de constitucionalidad.

Ningún órgano jurisdiccional de la Función Judicial tiene la última palabra referente a las decisiones tomadas en las garantías jurisdiccionales, ya que el conflicto puede llegarse a debatir en el pleno de la CC mediante una acción extraordinaria de protección. Esta garantía jurisdiccional tiene el objetivo de proteger los derechos constitucionales y del debido proceso en sentencias, autos definitivos o resoluciones que tengan fuerza de sentencia, donde haya ocurrido una violación de los derechos reconocidos en la CRE. De la misma manera, la CC puede revisar las sentencias de las garantías jurisdiccionales debido a la selección de sentencias

(CRE, art. 85.5), como también por la acción de incumplimiento cuando se ha determinado que una decisión es inejecutable (Sentencia No. 86 – 11- IS/19).

4. La influencia Corte Constitucional sobre los poderes del Estado

Se estudia las siguientes sentencias y dictámenes emanados por la CC, debido a que demuestran el comportamiento que ha tenido este órgano frente a las diferentes funciones del Estado en los diferentes periodos. Los asuntos aquí analizados son relevantes, ya que, en estos, se resuelven temas que por su complejidad no son sensibles a la mayoría, como es el caso del reconocimiento al matrimonio igualitario, de la familia homoparental, de la despenalización del aborto en casos de violación, y del reconocimiento de los menores de edad como sujetos de los derechos sexuales.

4.1. Corte Constitucional para el periodo 2008-2018

4.1.1. Caso No. 0001-11-RC

Para el año 2011 la Función Ejecutiva envió a la CC el Proyecto de Enmienda de la Constitución de la República y de Consulta Popular, con el objetivo de que dictamine cuál de los procedimientos constitucionales corresponde aplicar a cada caso. Según Ortiz (2018), la CC no llegó a desempeñar “un papel independiente en el control de constitucionalidad de la reforma; lo único que hizo fue avalar la posición del presidente de la República” (p. 539). Debido a que considera las posibles vulneraciones que puede generar la aprobación de la reforma del 2011, ya que, la pregunta uno “restringe los derechos de defensa de los procesados para obtener la libertad y restringe la libertad de las personas que tendrían derecho a la caducidad” (Ávila, 2011, 295).

La pregunta dos, “irrespeta profundamente la libertad de las personas y la presunción de inocencia” (Ávila, 2011, p. 297). En la pregunta tres existe una clara discriminación debido a que limita la libertad de invertir o desarrollar actividades económicas (CRE, art. 66.15) y la libertad a la propiedad en todas sus formas (art. 66.26), para quienes son dueños o directores de medios de comunicación y de empresas del sector financiero.

La pregunta cuatro vulnera el derecho a la independencia e imparcialidad judicial, debido a que se pretende que órganos políticos del Estado influyan en la administración de la justicia. Para lo cual se planea la sustitución del Pleno del Consejo de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura Transitorio. Esta entidad estaría conformada por un representante de la AN, uno del presidente de la República y un tercero por parte de la Función de Transparencia y Control Social; es decir, crear un Consejo de la Judicatura acorde a los intereses políticos del régimen de turno.

En la pregunta cinco se demuestra una clara injerencia del Poder Ejecutivo por controlar la Función Judicial; debido a que, se cambia el sistema de selección de mérito por la designación a través de delegados de varios poderes del Estado.

4.1.2. Dictamen No. 001-14-SDRC-CC

Una prueba fehaciente de la subordinación de la CC ante el poder político es el Dictamen que da vía libre para imponer una posible perpetuación en el cargo por parte del gobierno presidencial (Ortiz, 2018, p. 541). Aquí no se toman en consideración los valores democráticos, ni la importancia de la alternancia en el poder. Más bien, permitió que se introdujera la reelección inmediata e ilimitada, argumentando “que la reelección implicaba una ampliación de derechos tanto para el candidato-presidente como para los electores” (2018, p. 549).

Quienes presentaron este proyecto de reforma constitucional argumentaban que se debían garantizar el derecho a los ciudadanos de elegir a sus representantes y que no exista discriminación para aquellas personas que desean reelegirse para algún cargo público (Dictamen 001-14-DRC-CC, p. 52). La CC al analizar sobre la relación entre la democracia y alternancia, determina que la CRE no reconoce la alternancia como forma de gobierno, tampoco forma parte de los elementos constitutivos del Estado.

Para CC, la alternancia radica en el resultado del ejercicio del derecho constitucional de participación de elegir; es decir, que la alternancia se hace presente cuando los electores eligen una propuesta diferente (p. 60). Además, manifiesta que las limitaciones a la reelección indefinida no están justificadas por el derecho constitucional de participación (p. 62). Basados en estos argumentos, la CC decide que este caso se tramite a través de una enmienda constitucional. Es decir, somete este tema sensible a las mayorías, a un órgano que representa a los ideales políticos del Estado.

4.1.3. Caso 0288-12-EP y Caso 1692-12-EP

Dos asuntos relevantes que resolvió la CC a finales del periodo 2015-2018 tienen que ver con la identidad género. En el Caso 0288-12-EP, la CC resolvió reconocer jurídicamente el cambio de sexo a una persona transexual; y, en el Caso 1692-12-EP, la CC reconoció la doble filiación materna a una menor, es decir, su reconocimiento como hija de una pareja homosexual.

En el año 2017, la CC reconoció el derecho a registrar la nueva identidad sexual de una persona trans que se había sometido a un procedimiento de cambio de sexo. En donde la CC analiza la actuación de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación (en adelante DGRCIC), ya que dicho órgano decidió en un inicio negar el registro de cambio de sexo de una persona transexual.

En este caso, la CC determinó que la DGRCIC, al negar el registro de la nueva identidad sexual, violó varios derechos reconocidos en la CRE: i) libre desarrollo de la personalidad; ii) identidad; y, iii) dignidad humana. Además, si bien en el año 2016 la AN aprobó la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (en adelante LOGIDC), en la que se reconoció el cambio del sexo de la persona por el género (LOGIDC, art. 94), esto, en vez de garantizar la inclusión de las personas con identidad sexual diferente, generó una serie de limitaciones y arbitrariedades, como la exigencia de testigos que reconozcan el cambio de género de la persona, cuando es una decisión personal, además de no haber cambios relativos al sexo de nacimiento de una persona. Para ello, la CC dispuso a la AN adoptar las disposiciones legales necesarias para regular el procedimiento de cambio de sexo de personas transexuales.

En 2018, la CC reconoció a la familia homoparental como integrante de “la familia en sus diversos tipos” (CRE, art. 67), al reconocer y ordenar al DGRCIC la inscripción de la menor Satya Amani como hija de Helen Bicknell y de Nicola Rothern; la pareja solicitó registrar a esta menor como su hija, pero la petición fue rechazada por el DGRCIC. En este caso, la CC determinó que esta institución vulneró derechos a la igualdad y no discriminación, al reconocimiento de las familias en sus diversos tipos, a la identidad en relación con la obtención de la nacionalidad, como también al principio del interés superior de los menores de edad.

Una decisión trascendental que tomó la CC fue ordenar a la AN que adopte las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos de reproducción asistida, debido a que la considera como un medio para materializar el proyecto de vida de las personas que desean formar una familia.

4.2. Periodo 2019 – 2022

4.2.1. Caso No. 11-18-CN

La CC analiza una supuesta tensión normativa provocada por el reconocimiento del matrimonio heterosexual en la CRE, y el reconocimiento del matrimonio homosexual en la OC 24/17 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) (Sentencia No. 11-18-CN/19, p. 12). Debido a que considera a la OC 24/17 como parte del bloque de constitucionalidad, lo incorporó al mismo nivel jerárquico de la CRE (párr. 39). Para lo cual, resolvió este conflicto a través de varios métodos de interpretación constitucional:

Primero, la CC llevó a cabo una interpretación sistemática del art. 67 de la CRE, basado en que “para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación” (LOGJCC, art. 3.7), y no solo la interpretación literal del texto. Es así donde la CC relacionó el derecho al matrimonio con el principio de igualdad y no discriminación (CRE, art. 11.2), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 66.5), a la intimidad personal y familiar (art. 66.20), el derecho a la identidad y sus manifestaciones (art. 66.28).

Segundo, la CC realizó una interpretación evolutiva o dinámica (LOGJCC, art. 3.4) de la figura del matrimonio (CRE, art. 67), debido a que considera a la CRE como un instrumento vivo que debe ser ubicado en un contexto actual y global (Sentencia No. No. 11-18-CN/19, párr. 151). Para la CC hay una nueva realidad, donde las personas o parejas homosexuales tienen hijos que están bajo su cuidado, existen familias homoparentales (párr. 13).

Además, manifiesta que el reconocimiento del matrimonio igualitario no restringe derechos, sino todo lo contrario, se amplía protección jurídica a las parejas del mismo sexo, lo que conlleva a ser una medida necesaria para proteger a la familia homoparental (párr. 114). Por ello, la CC considera que el matrimonio reconocido a parejas heterosexuales se complementa con el derecho de parejas del mismo sexo a contraer matrimonio (párr. 330.2)

En estos argumentos se basa la CC para recontextualizar la figura del matrimonio en la normativa constitucional y reconocer el matrimonio homosexual. Pero esta decisión generó una mutación constitucional, porque se otorga un nuevo sentido la figura del matrimonio, diferente al que le dio el constituyente en su creación, pero sin hacer las respectivas modificaciones al texto constitucional. Es decir, la CC tiene el poder de crear o reconocer derechos, de actualizar el sentido original de la norma, atribución que no tiene otro órgano u organismo del Estado.

4.2.2. Caso No. 34-19-IN

Referente a la despenalización del aborto por violación, la CC decidió declarar la inconstitucionalidad de fondo de la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental” contenida en el art. 150.2 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) (Sentencia No. 34-19-IN/21, párr. 196 literal a). También dispuso al Defensor del Pueblo presentar un proyecto de ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación en el plazo de dos meses y basados a los criterios establecidos en la sentencia de la CC (párr. 196 literal b); asimismo ordena a la AN que conozca y discuta este proyecto de ley en un plazo de seis meses, en donde debe tomar en consideración los mismos criterios (párr. 196 literal c).

Para llegar a esta decisión, la CC evaluó varios aspectos a considerar del aborto no punible: i) si la sanción penal hacia mujeres víctimas de violación que ha abortado sin tener una discapacidad mental es una pena proporcional (Sentencia No. 34-19-IN/21, pp. 25-38); y, ii) analizar si el art. 150.2 del COIP es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación, cuando establece como única excepción el aborto consentido en casos de violación de mujeres con discapacidad mental (pp. 39-46).

La CC determinó que el art. 150.2 del COIP es interpretado de manera aislada sin considerar otros bienes jurídicos como libertad e identidad sexual (CRE, art. 83.14) y la integridad personal (art. 66.3) de las víctimas de violación. También estableció que el trato diferenciado establecido en dicho artículo es contrario al principio de igualdad y no discriminación, debido a que introduce un criterio de distinción que restringe derechos (Sentencia No. 34-19-IN/21, párr. 166). Lo que conlleva a que se dispongan consecuencias penales diferentes (párr. 167).

Asimismo, la CC estableció que no existió una justificación para el trato diferenciado, ya que en ambos casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas por violación; por ello, la discapacidad mental no constituye una justificación constitucionalmente válida (párr. 171). Además, “ambos grupos de mujeres ven vulnerados los mismos derechos constitucionales y sufren las mismas graves consecuencias y secuelas” (párr. 171).

Por estas razones, la CC realizó un control abstracto de constitucionalidad al art.150.2 del COIP, con base en el principio de interpretación conforme (LOGJCC, art. 76.5); ya que no declara la inconstitucionalidad de todo el artículo, sino de la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental”, por lo que deja vigente lo que resta del artículo.

4.2.3. Caso No. 13-18-CN

En el presente caso, la CC declaró la constitucionalidad aditiva del art. 175.5 del COIP, ya que adiciona contenido textual a dicho artículo, al agregarle la frase “excepto en los casos de personas mayores de catorce años que se encuentren en capacidad de consentir en una relación sexual” (Sentencia. 13-18-CN/21, Párr. 81). Aquí, la CC dotó a la norma una mayor amplitud y contenido del que le dio el legislador en su creación. Así, la CC les otorgó a los adolescentes mayores de catorce años la capacidad jurídica para consentir una relación sexual, pero basados en los parámetros de la sentencia.

La CC fundamentó su decisión mediante un profundo análisis, en donde determinó que no hay una compatibilidad entre el art. 175.5 con los derechos de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (CRE, art. 66.5); a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, (art. 66.9); y, a la privacidad (art. 66.20).

Se puede observar cómo la CC ejerció atribuciones de un legislador al crear normativa legal, no se trata solamente de interpretar una ley, sino que se invistió del poder que tiene la AN. Además de darle una orden, ya que exhorta a la AN a adecuar el COIP a los parámetros establecidos en la sentencia, esto es la capacidad que tienen los adolescentes para consentir una relación sexual.

Pero su actuación no quedó allí, sino que ordenó al Consejo de la Judicatura, a la Fiscalía General del Estado, a la Defensoría Pública y el Consejo de Igualdad Intergeneracional, difundir el contenido de la sentencia en el sistema judicial, para que sea conocido por las autoridades y servidores judiciales. Además, dictaminó que el contenido de la sentencia sea utilizado en la Escuela de la Función Judicial, para la capacitación de jueces, fiscales y defensores públicos. Por último, la CC manifestó que para determinar si hay un consentimiento en la relación sexual, se deben escuchar a los adolescentes y tomar en cuenta su opinión; asimismo, se deben analizar las circunstancias de cada caso.

5. Conclusiones

La CC surge como el órgano estatal encargado de garantizar la protección de los derechos constitucionales y fortalecer el sistema democrático en el Estado, para lo cual se le otorgaron

atribuciones que sus órganos antecesores carecían. Esto provoca duras críticas por parte de algunos juristas, debido al cambio de protagonismo de la CC y a su falta de control externo, en donde ya no debería haber una CC influenciada por los poderes del Estado, ni por los intereses políticos de turno, sino todo lo contrario, debería de haber una institución formalmente independiente, que influya de manera técnica en las actuaciones de las diferentes funciones y órganos del estatales. En donde cualquier injerencia debería ser descartada, por cuanto las decisiones se basarían en un trabajo técnico-jurídico. En el momento en que haya la más mínima intromisión por parte de las funciones del Estado o de intereses políticos o económicos de por medio, sobre quienes deben de conformar CC, no habría garantía en decisiones, no habría una verdadera justicia constitucional; tal como ocurría con el TGC y el TC, los cuales responden al poder político de su época.

Si bien la CC tiene la obligación de ejercer un control constitucional sobre las decisiones y actuaciones de las diferentes funciones del Estado, de manera independiente y con criterio jurídico en sus decisiones; para finales del periodo 2015-2018, la CC comenzaría a emitir algunas sentencias con contenido jurídico relevante, sobre todo en el reconocimiento de ciertos derechos exigidos por la comunidad LGBTI, como el registro del cambio de sexo de una persona transexual y en la inscripción de Satya Amani como hija de una pareja homosexual.

Pero para el año 2019, con la designación de los nuevos jueces de la CC, se pudo observar una CC más activa, de la cual se ha emanado una amplia jurisprudencia que ha generado el reconocimiento de derechos fundamentales. En donde se han debatido temas, que, si bien eran de interés nacional, estos no eran sensibles a la mayoría, por lo que tenían que ser resueltos por un órgano técnico integrado por expertos. Entre estos casos están el reconocimiento del matrimonio igualitario, el reconocimiento de los menores de edad para consentir el acto sexual, o la despenalización del aborto por violación.

En aquellas sentencias se puede observar, primeramente, el papel relevante que ejerce la CC como máximo intérprete constitucional, al dotar de nuevo sentido a la norma. Segundo, su ejercicio como administrador de justicia constitucional, en donde ha podido ser el garante y protector de los derechos fundamentales de las personas. Tercero, el poder de control que ejerce sobre las diferentes funciones y órganos del Estado, en donde no solo ha llegado declarar la inconstitucionalidad de sus actuaciones, sino que incluso eliminó y reformó normas de producción legislativa, dispuso a la AN que adecúe su producción normativa a los parámetros que la CC ha delimitado en las sentencias. Debido a esto, se puede determinar que la CC ejerce sus atribuciones reconocidas en la CRE, las cuales le permiten estar en el mismo nivel jerárquico que están las funciones del Estado.

Es decir, la CC es un sexto poder que ejerce un control constitucional sobre los demás poderes del Estado, en virtud de las atribuciones y competencia que le otorga la CRE y las leyes, lo cual garantiza que las actuaciones de estos organismos vayan enmarcadas a la norma constitucional y no vulneren los derechos fundamentales de las personas.

Referencias bibliográficas

- Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución del 2008*. Abya-Yala.
- Bárcena, J. y Tajadura Tejada, J. (2019), Kelsen y Schmitt: Dos Juristas en Weimar. *Revista de Historia Constitucional*, 20, 367-400.

- Buritca-Arango, E. (2019). Interpretación constitucional, control judicial de la ley y desacuerdo. *Revista Chilena de Derecho*, 46 (3), 869-891.
- Córdova Vianello, L. (2006). La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt. *Cuestiones Constitucionales*, 15, 47-68.
- Doncel Luengo, J. y Camisón Yagüe, J. (2011). La polémica Kelsen-Schmitt sobre quién debe ser el «defensor de la constitución». *Anuario de la Facultad de Derecho*, 29, 129-149.
- Escobar Roca, G. (2012). *Derecho social y teoría antidiscriminatoria*. Aranzadi.
- Ferrajoli, L. (2013). *Poderes salvajes*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2017) *Garantismo Penal*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gama, L. (2019). *Derecho, democracia y jueces*. Marcial Pons.
- Grijalva, A. (2008). La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías. En Raúl Borja (Ed.) *Análisis Nueva Constitución* (pp. 118-135). Quito: ILDIS - Revista La Tendencia.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guastini, R. (2015). La interpretación de la constitución. En Fabra Zamora, J. y Spector, E. (coord.) *Enciclopedia de filosofía y teoría de derecho volumen tres* (pp. 2011-2086). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2017). *La garantía jurisdiccional de la constitución*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Loewenstein, K. (1979). *La teoría de la constitución*. Ariel.
- Nogueira Alcalá, H. (2018). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Olano García, H. (2006). ¿Qué es una constitución? *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 20 (15), 135-153.
- Ortiz Ortiz, R. (2018). Los problemas estructurales de la Constitución ecuatoriana de 2008 y el hiperpresidencialismo autoritario. *Estudios Constitucionales*, 6 (2), 527-566.
- Roa Roa, J. (2019). Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá. *Revista Derecho del Estado*, 44, 57-98. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6144>
- Virgüez Ruiz, S. (2015). Democracia, desacuerdo y derecho constitucional. Una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin – Waldron. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, 35, 1-31.
- Verdesoto, L. (2008) El Régimen político en el proyecto de Constitución. En Raúl Borja (Ed.) *Análisis Nueva Constitución* (pp. 168 – 195). Quito: ILDIS - Revista La Tendencia.
- Waldron, J. (2018). Control de constitucionalidad y legitimidad política, *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 27 (1), 7-28.

Legislación

- Asamblea Nacional Constituyente. (1945). Constitución Política de la República del Ecuador. Promulgada el 6 de marzo de 1945.
- Asamblea Nacional Constituyente (1998). Constitución de la República del Ecuador - CRE. Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1 de 11 de agosto de 1998.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

- Asamblea Nacional (2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009.
- Asamblea Nacional. (2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional - LOGJCC. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.
- Asamblea Nacional (2016). Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Registro Oficial Suplemento 684 de 04 de febrero de 2016.
- Asamblea Nacional (2014). Código Orgánico Integral Penal. Suplemento -- Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014
- Congreso Nacional (1993). Constitución de 1978 codificada en 1993. Registro Oficial de 5 de mayo de 1993.
- Congreso Nacional (1997). Ley de Control Constitucional. R.O. 99, 2 VII-97. Calificada con jerarquía y carácter de Ley Orgánica, dado por Resolución Legislativa No. 22-058, publicada en Registro Oficial 280 de 8 de marzo del 2001.
- Consejo Supremo de Gobierno (1979). Constitución Política del Ecuador. Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional del Ecuador (2011). Dictamen No. 001-11-DRC-CC de 15 de febrero de 2011.
- Corte Constitucional del Ecuador (2014). Dictamen No. 001-14-DCR-CC de 26 de junio de 2014.
- Corte Constitucional del Ecuador (2017). Sentencia No. 133-17-SEP-CC de 10 de mayo del 2017.
- Corte Constitucional del Ecuador (2018). Sentencia No. 184-18-SEP-CC de 29 de mayo de 2018.
- Corte Constitucional del Ecuador (2019). Sentencia No. 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador (2019). Sentencia No. 34-19-IN/21 de 28 de abril del 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia No. 13-18-CN/21 de 15 de diciembre de 2021.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL NOS REPRESENTA. LA ADJUDICACIÓN ESTRATÉGICA Y COOPERATIVA EN EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

Constitutional Courts Represents Us. Strategic and Cooperative Adjudication in Transformative Constitutionalism

JORGE ERNESTO ROA ROA¹

Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España

Resumen

Este artículo presenta una propuesta de diseño y funcionamiento de la justicia constitucional con el objetivo de que esta fortalezca el sistema de división de poderes y canalice el cambio social. Se trata de una concepción del control de constitucionalidad en el marco de la democracia deliberativa y el constitucionalismo transformador. Bajo esa perspectiva, el rol de los jueces constitucionales es defender los elementos básicos de la democracia representativa, tomar en serio la presunción de constitucionalidad de las leyes e interactuar dialógicamente con el legislador. Además, la justicia constitucional contribuye a detectar los puntos ciegos del sistema democrático, fortalece la deliberación como un diálogo público y canaliza ejercicios de litigio de interés público. El objetivo es que los jueces atiendan el contexto en el que operan sin minar los elementos fundamentales de la conversación democrática. Asimismo, la justicia constitucional ostenta un carácter representativo que reduce su tensión o déficit democrático y la erige en un escenario para una adjudicación estratégica y cooperativa.

Palabras clave

Deliberación, Litigio de interés público, Democracia, Representación, Cambio social, Constitucionalismo transformador.

Abstract

This article presents a proposal for the design and operation of judicial review with the aim of strengthening the system of separation of powers and channeling social change. It is a conception of judicial review within the framework of deliberative democracy and transformative constitutionalism. Under this perspective, the role of constitutional judges is to defend the basic elements of representative democracy, take seriously the presumption of constitutionality of laws and interact dialogically with the legislator. In addition, constitutional justice helps to detect the blind spots of the democratic system, strengthens deliberation as a public dialogue and channels public interest litigation exercises. The article concludes that judges must attend to the context in which they operate without undermining the fundamental elements of the democratic conversation. Likewise, judicial review

¹ Doctor en Derecho (*summa cum laude*) por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Magister en Ciencias Jurídicas Avanzadas de la UPF de Barcelona y Magister en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Comparado de varias Universidades en Europa y América Latina. Correo electrónico: jorgeroa@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1117-2302>.



has a representative character that reduces its tension or democratic deficit and establishes it as a scenario for a strategic and cooperative adjudication.

Keywords

Deliberation, Public Interest Litigation, Democracy, Representation, Social Change, Transformative Constitutionalism.

1. Introducción

Este artículo pretende demostrar que la jurisdicción constitucional es un elemento de consolidación de la división de poderes. Incluso cuando la judicatura realiza su función de control de constitucionalidad de las leyes, aquella puede contribuir a mantener la división de poderes, fortalecer el rol deliberativo del legislador y corregir los eventuales errores del proceso democrático. Además, la justicia constitucional también puede ser una institución para la representación de intereses o causas sociales. De esta manera, los tribunales constitucionales canalizan algunos reclamos ciudadanos que coadyuvan a la realización de las promesas incluidas en las constituciones. Eso significa que no existe una tensión fuerte entre el principio democrático deliberativo y la existencia de la justicia constitucional o una tensión entre la labor del legislador y la de los tribunales constitucionales. Por el contrario, en contextos como el latinoamericano, la jurisdicción constitucional actúa no solo como un órgano de control de la validez de las leyes o de amparo sino como una institución que consolida un sistema cooperativo y dialógico de división de poderes. El objetivo final de ese trabajo coordinado es la satisfacción de los derechos constitucionales.

El artículo se divide en dos partes. En la primera parte se muestran algunas de las contribuciones que la justicia constitucional puede hacer a favor de la división de poderes como el diálogo, la corregibilidad de los errores y una valoración de la presunción de constitucionalidad de las leyes. Por otro lado, en la segunda parte se analiza la función de la jurisdicción constitucional como canalizadora de la representación de intereses. En este ámbito, se hará énfasis en una forma de judicialización democrática de los derechos que permite a los reclamos sociales avanzar a través del litigio de interés público. De esa manera, la totalidad del texto busca demostrar un rol de la judicatura constitucional tanto consolidador como cooperativo y dialógico con los demás poderes del Estado.

2. El control de constitucionalidad como un diálogo público y cooperativo con los demás poderes del Estado

Una gran parte de la literatura crítica del control judicial de la ley concentra sus esfuerzos en demostrar que los jueces constitucionales son una especie de élite dentro de la sociedad y del sistema democrático. En primera instancia, sostienen la idea que los tribunales están conformados por un grupo minoritario de personas elegidas entre los sectores académicos o políticos. En segundo término, se afirma que los jueces son funcionarios designados por procedimientos con un alto déficit democrático (Waldron, 1999; Gargarella, 2022, pp. 195-210).

La consecuencia de esa argumentación dual es el fundamentar la tesis de que los tribunales constitucionales no ostentan una posición privilegiada frente al contacto con los diferentes intereses sociales, ni son órganos próximos a la deliberación pública. Ese privilegio sería un monopolio del parlamento democráticamente elegido. De las versiones extremas de esa posición destaca aquella que defiende que los actos normativos realizados por el legislador

no deben estar sujetos al control judicial o que la justicia constitucional es una especie de insulto para la división de poderes².

Una respuesta adecuada a esta crítica ha sido formulada por Owen Fiss (2007). Este autor no solo ha precisado esta objeción, sino que ha construido la teoría del control judicial como un diálogo público. Por una parte, la precisión consiste en una disección de la censura y en una identificación de su objeto. Destaca, además, que bajo argumentos clásicos sobre el déficit democrático en el nombramiento de los jueces se construye un reparo que no tiene relación con la posición funcional del juez en la democracia sino con el método que usa para decidir. Dicho de otra manera, el reproche tiene una contradicción interna. Aunque parece confrontar a los jueces como una minoría antidemocrática que trastoca el sistema de división de poderes, en realidad acusa una ausencia de participación civil y de contacto de los jueces con la deliberación pública.

Como consecuencia de esa contradicción interna de la objeción, el autor considera que la defensa del control judicial del legislador no se debe centrar en la forma de nombramiento de los jueces o en su condición de académicos, políticos o jueces de carrera; sino en la forma como proceden al adoptar sus decisiones. Bajo estos parámetros, la defensa niega la ausencia de contacto del juez con la deliberación pública. Asimismo, resalta algunas de sus condiciones que le acercan al debate público: el juez también es un ciudadano, se informa, lee la prensa, participa de ciertas asociaciones en su vecindario, en su ciudad o en la misma judicatura y se ve afectado por las decisiones legislativas.

Sin embargo, el punto central de esa defensa es la tesis del control judicial como un diálogo público. Se trata de considerar que la jurisdicción constitucional satisface los siguientes nueve postulados:

- i) El control judicial de la ley es una forma especial de diálogo público.
- ii) Los participantes del diálogo son el legislador, los ciudadanos y los jueces.
- iii) El diálogo se caracteriza porque las cortes no tienen la competencia para decidir los temas que van a ocupar la agenda, estos últimos son definidos por el legislador y por los mismos ciudadanos
- iv) Los jueces no se pueden rehusar a participar en la conversación y, como consecuencia.
- v) Los tribunales no pueden dejar de escuchar a todos los participantes del diálogo.
- vi) La judicatura está obligada a emitir una respuesta a los argumentos del legislador y de los ciudadanos.
- vii) El contenido de la respuesta que deben dar los jueces no puede obedecer a sus convicciones personales, ni a las preferencias ciudadanas (debido al principio de imparcialidad), sino debe ser una versión coherente con los valores públicos constitucionales siguiendo el lenguaje constitucional
- viii) Los jueces deben fundamentar todas sus respuestas.
- ix) Deben firmar y responder públicamente por sus tales decisiones (Fiss, 2007, pp. 33-34).

Cuando se cumplen estas condiciones de participación y desarrollo del diálogo, la crítica al déficit de deliberación y de contacto del juez con la sociedad queda superada. El punto más fuerte de la teoría del diálogo radica en el protagonismo del ciudadano. De allí que se prefiera un diseño

² Esta es la versión de la crítica que fue expuesta por Jeremy Waldron (2001) en su texto *Law and Disagreement*. Sin embargo, como se ha demostrado en otros trabajos, esa objeción no tiene un alcance universal. En concreto, en América Latina la objeción no es plenamente aplicable. Así lo ha declarado el propio Waldron. En ese sentido vale la pena revisar la siguiente fuente: Roa Roa, J. E. (2019). "Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá". *Revista Derecho del Estado*, Universidad. 57-98.

institucional de la jurisdicción constitucional que incluya mecanismos para que los ciudadanos sometan a consideración del tribunal constitucional un acto normativo del legislador. Así ocurre, *inter alia*, en Colombia, Ecuador y Panamá. El diálogo requiere que los individuos sean los encargados de determinar: las normas sobre las cuales se deberá pronunciar la Corte, participar en audiencias de intervenciones públicas que son convocadas en cada uno de los procesos y manifestar su (in)conformidad con la decisión judicial. Ese tipo de escenarios deliberativos ya se han implementado en Argentina, Brasil, Colombia y México (Roa Roa, 2019, pp. 57-98).

Cuando eso ocurre, la cercanía de la Corte con la deliberación pública puede alcanzar un nivel especialmente alto. Incluso suele permitir la expresión de las minorías que no fueron escuchadas durante el proceso legislativo y que las mayorías reiteren los argumentos que fundamentaron la ley enjuiciada. Por esa razón, en muchos países, los ciudadanos ejercen su derecho de manifestación pública como una forma de presión ante el tribunal constitucional; incluso en más oportunidades que ante el mismo legislador. Este sistema de control judicial de la ley tiene una ventaja deliberativa porque permite la expresión de las personas que no han sido representadas en los debates parlamentarios (Ferrerres, 2007, p. 164). De esta manera la existencia y el funcionamiento de la justicia constitucional no supondría un coste sino un beneficio democrático dado que ofrecería un lugar para la representación de minorías insulares o discretas que son poco atractivas para el sistema de representación parlamentaria (Ely, 1973, pp. 920-949).

Desde luego, la jurisdicción constitucional no sustituye la deliberación que debe realizar el legislador. Eso explica el tipo especial de argumentos que son válidos en el procedimiento de constitucionalidad. Se trata de una forma específica de lenguaje referida a los valores públicos de la Constitución. Esa pertinencia de los argumentos también sirve para evitar que el proceso de constitucionalidad se convierta en un nuevo debate legislativo, que se pretendan hacer valer preferencias sectoriales de los ciudadanos o que se utilice la judicatura como un mecanismo para entorpecer la labor legislativa. El proceso constitucional es una verdadera conversación cuando interactúan las diversas interpretaciones plausibles y razonables de la Constitución y de la ley. Eso significa que el diálogo constitucional es una forma de deliberación pública que también ocurre en la jurisdicción constitucional (Roa Roa, 2015, pp. 38-45).

3. La jurisdicción constitucional: tomarse en serio la presunción de constitucionalidad de la ley

La crítica a los jueces constitucionales como una *élite* tiene consecuencias adicionales a las comentadas en la sección anterior. También se acusa que la jurisdicción constitucional y el pequeño grupo de ciudadanos que la integran no pueden tener la última palabra en una democracia, mucho menos si el sistema jurídico tiene una Constitución rígida (Martí, 2014, pp. 550-558). Dos razones se aducen en este sentido. En primer lugar, a quien le corresponde la última palabra es funcionalmente al legislador democráticamente elegido y representante de los diversos intereses que interactúan en el debate democrático. En segundo término, las leyes constituirían una expresión de la voluntad general que se aproximan a una decisión correcta en relación con aquella que pueda tomar cada juez en la soledad de su despacho (Kramer, 2004).

Una de las formas para superar estas críticas que integran la objeción democrática al control judicial es concebir el proceso ante la jurisdicción constitucional como una instancia cuyo propósito es confirmar o desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la ley aprobada por el legislador. De esta manera, el juicio que lleva a cabo el tribunal constitucional, además de tener las características del contraste propio entre la interpretación correcta de la Constitución y la interpretación correcta de la ley, tiene como guía la existencia de una presunción a favor de esta última (Ferrerres, 2007, pp. 147-150). Esa

presunción lleva a decidir a favor de la constitucionalidad de la ley cuando los argumentos en su contra no superen un determinado baremo, e incluso, cuando alcancen apenas un punto intermedio o de empate. Por ejemplo, la famosa fórmula thayeriana establece que la ley solo puede ser invalidada si se demuestra que esta es inconstitucional más allá de toda duda razonable (Thayer, 1893, pp. 129-156).

El argumento de la presunción de constitucionalidad de la ley es aún más complejo porque plantea una escala o gradación de tres niveles. En el nivel superior o de máxima presunción de constitucionalidad están aquellas leyes que han sido aprobadas por el parlamento con previa o posterior consulta al pueblo mediante referéndum. En el nivel inferior o de mínima presunción de constitucionalidad se encuentran las leyes desuetas, las preconstitucionales, las generales y no son aplicables a casos especiales o novedosos y las aprobadas en contextos de gobiernos dictatoriales (Ferrerres, 2007, pp. 207-220).

El nivel intermedio o de presunción moderada de constitucionalidad permite en sí varias posiciones. Dentro de este eslabón, las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad que depende de factores como: la afectación o no de grupos históricamente discriminados, el menor o mayor grado de consenso parlamentario en su aprobación, la limitación o no de los derechos de participación política y la coherencia de la ley con la realidad regulada. El grado de la presunción puede aumentar o disminuir y, en esa medida, el control por el tribunal puede ser más o menos exigente para declarar su (in)constitucionalidad (Ferrerres, 2007, pp. 220-269).

La idea de graduar la presunción de constitucionalidad de la ley puede ser criticada (Ferrajoli, 2010, pp. 102-109). Sin embargo, es importante reiterar que el fundamento de la existencia de la presunción de constitucionalidad de la ley es un principio democrático. De acuerdo con este postulado, se defieren al legislador las decisiones más importantes, el desarrollo de la Constitución y la representación electoral y parlamentaria de los intereses de los ciudadanos. La presunción es el reconocimiento de la igual dignidad política que se concreta en la representación parlamentaria y el reflejo de una concepción que permite afirmar la alta probabilidad de que allí se tomen decisiones correctas, al menos, en un sentido constitucional.

Por esa razón, el sistema de control judicial que mejor responde a estos postulados es el concentrado, bajo la existencia de un tribunal especializado, ubicado en la cúspide de la jurisdicción, con jueces elegidos con la intervención del legislador y, de preferencia, con la legitimidad de los ciudadanos para poner en marcha el mecanismo; es decir, un sistema en el que el ciudadano sea el primer eslabón de la sentencia de constitucionalidad. Como señala Ferreres:

La persona que sufre los efectos de una ley debería poder obligar al poder público a rendir cuentas. El gobierno debe explicarse, debe hacer explícitas las razones en virtud de las cuales entiende justificada la medida legislativa, dado el coste que sufre esa persona. Este argumento tiene una fuerza especial cuando se alega como violado un derecho fundamental. Además, desde un punto de vista instrumental, resulta sensato abrir los tribunales a los individuos y grupos afectados (Ferrerres, 2011, p. 110).

Sin embargo, la mayoría de las veces el ciudadano acude al tribunal porque, o bien, a pesar de haber manifestado la inconstitucionalidad de la norma su voz no fue atendida por el parlamento durante el proceso legislativo o porque se enfrenta a la injusticia en la aplicación de una norma inconstitucional. De allí que resulte fundamental que los tribunales constitucionales con vocación transformadora no solo se tomen en serio la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que entiendan que su rol también puede consistir en la corregibilidad cooperativa de los errores del proceso democrático.

4. La jurisdicción constitucional como instancia para la corregibilidad de los errores del proceso democrático

Una parte de las tensiones que se presentan en las democracias constitucionales entre el tribunal constitucional y el legislador es representada bajo el argumento de la falibilidad en la adopción de las decisiones correctas. Especialmente, la defensa del legislador establece que el parlamento ofrece mayores garantías de imparcialidad, representación de intereses y conocimiento de los problemas; con lo cual la probabilidad de errar es mucho menor que la de un tribunal.

El fundamento filosófico que subyace a este postulado es la idea de justicia procesal imperfecta de John Rawls³. De acuerdo con el autor, el método que usa el legislador para tomar sus determinaciones es mejor que el aplicado por cualquier tribunal. Este se basa en el razonamiento jurídico de un grupo de jueces mientras que aquel permite la participación tanto de los ciudadanos que resultarán beneficiados como de aquellos que se puedan ver afectados por la ley. La ventaja para el legislador resulta de poner el énfasis en los procedimientos para decidir y no en el contenido de la decisión. Por ello se presume que, cualquiera que sea la opción aprobada por el legislador, por el solo hecho de ser la mayoritaria, esta es mejor que aquellas que quedaron en minoría.

La tesis anterior tiene una debilidad porque, al poner el acento exclusivamente en los procedimientos, obliga a reconocer la posibilidad de errores materiales o de contenido, incluso cuando las normas procesales se han seguido al pie de la letra (Rawls, 2010, p. 90). Dos posibles casos de error merecen ser destacados. En primer lugar, cuando la opción mayoritaria implica una afectación de los intereses de quienes quedaron en minoría. Aunque esta regla (discriminatoria) haya cumplido con el procedimiento legislativo, puede existir una tercera opción que no implique el beneficio de un sector en detrimento del otro. El segundo caso de error se presenta cuando, además de los criterios procesales, se aplican los baremos materiales para determinar la idoneidad de la ley. En esta hipótesis, una decisión ajustada a los procedimientos puede no estarlo si se aplican criterios sustanciales que están incluidos en una norma superior.

El carácter evidente de estas dos hipótesis de falibilidad condujo a que los defensores de la democracia procedimental hicieran una moderación en sus tesis y evitaran asimilar los conceptos de mayoría con el de verdad, minoría con error o decisión aprobada con decisión constitucional. Sin embargo, el argumento epistémico mantiene una fuerte crítica al control de constitucionalidad porque niega la posibilidad de que un tribunal sea el escenario adecuado para que, en ciertas circunstancias, se encuentren mejores soluciones o para corregir las decisiones del parlamento. Desde la perspectiva del constitucionalismo popular y de una teoría fuerte del *departamentalismo*, cada una de las ramas del Estado debería tener una voz definitiva cuando se trata de adoptar una decisión que pone fin a un desacuerdo⁴.

A esta crítica se puede contestar que el control jurisdiccional de la legislación puede actuar como un complemento a la labor del legislador y coadyuvar a la corrección tanto de los fallos por afectación excesiva de una persona o grupo como en la evaluación de la decisión de acuerdo con criterios distintos a los meramente procesales. Aunque el control de constitucionalidad no convierte al proceso democrático en infalible, puede resultar idóneo para corregir los dos tipos de error que presenta la defensa de un modelo basado exclusivamente en procedimientos como medios para la obtención de decisiones correctas.

³ La tesis de la justicia procesal perfecta e imperfecta de Rawls aparece como parte del propósito de construir conceptos que permitan delimitar una idea razonable de justicia, además del velo de la ignorancia, la posición original, la estructura básica, el orden lexicográfico y la posición menos favorecida. La justicia procesal imperfecta se caracteriza porque "si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad" (Rawls, 2010, p. 90).

⁴ Un interesante análisis de este argumento *departamentalista* fuerte en el texto de Robert Post y Reva Siegel (2013) titulado *Constitucionalismo democrático* (pp. 119-139).

Cuando se trata del error por la afectación del grupo minoritario con la decisión mayoritaria, es importante señalar que el solo hecho de ser una minoría en la sociedad, o en el órgano de representación popular, no es sinónimo de tener que soportar cargas públicas excesivas, restricciones desproporcionadas a los derechos fundamentales o cualquier situación material que afecte el principio de igualdad y el de dignidad humana. También es claro que una ley aprobada por una mayoría no es inmune a juicios distintos de los puramente procedimentales.

Sobre el segundo error (dejar de lado los criterios materiales de evaluación de una ley) también es oportuno reiterar que, en contextos de democracias constitucionales, no es plausible sostener que toda decisión que haya seguido con rigor los procedimientos sea, por ese solo hecho, inmune a todo juicio que incluya un baremo diferente. Por el contrario, la fuerza vinculante de la Constitución, que irradia su fuerza normativa en la órbita de los particulares, pero, sobre todo, en la del poder público, dentro del cual se incluye al legislador, impone la existencia de límites materiales al contenido de las decisiones y requisitos para que puedan ser calificadas como democráticas.

Ahora bien, ¿debe la minoría esperar a ser una mayoría para modificar una decisión adoptada por el parlamento que restringe de manera desproporcionada sus derechos fundamentales o crea cargas excesivas? ¿Debe el ciudadano esperar a que sus representantes convenzan a la mayoría en el parlamento de la inconstitucionalidad de la decisión? O, en el supuesto de que sus representantes no tengan ese interés, ¿debe el ciudadano esperar a cambiar a sus representantes por otros que modifiquen esa decisión o convenzan a la mayoría de que esta es inconstitucional? Desde luego, la respuesta a las tres preguntas es negativa.

En el primer caso de error por afectación inconstitucional de una persona o grupo, la justicia constitucional permite controlar una ley aprobada por la mayoría con el cumplimiento de todos los procedimientos, pero cuyo contenido se encuentra fuera del marco que la Constitución establece. En este caso, porque crea una situación que lesiona los derechos de esa persona o grupo. El tribunal no juzga si la minoría tuvo la oportunidad de expresarse o no, ni la recepción de sus argumentos. La judicatura evalúa en abstracto e imparcialmente si la decisión mayoritaria vulnera el principio de igualdad, restringe los derechos o crea cargas excesivas para alguno de los grupos minoritarios. Solo aquellas diferencias que tienen una base objetiva y que responden a criterios razonables pueden ser aceptadas de acuerdo con el principio de igualdad (Bernal Pulido, 2005). El remedio en estos casos puede ser una sentencia que declare la inconstitucionalidad de esa ley. En esta hipótesis, el legislador tiene que volver a tramitar una norma que cumpla con los procedimientos. Además, debe tener en cuenta que el grado de diferenciación material introducido en la norma anterior debe ser reemplazado por uno que sea compatible con el principio de igualdad.

Otra opción con la que cuenta el tribunal para estos casos son las sentencias integradoras o las que remedian una discriminación normativa. En estos supuestos, los tribunales ordenan incluir como beneficiarios o destinatarios de una norma que establece una ventaja a un grupo que fue excluido sin razones objetivas. De esta manera, el juez puede impedir que se concrete la vulneración a derechos de la minoría injustificadamente excluida, que se apliquen cargas excesivas o que se consuma la violación al principio de igualdad.

Asimismo, cuando el legislador ha proferido una ley con contenido normativo inconstitucional, el ciudadano no debe esperar la efectividad de su representante, ni el siguiente llamado a las urnas para corregir el error de esa decisión. El ciudadano puede acudir al tribunal tan pronto como se peca de la inconstitucionalidad de la ley. Su objetivo debe ser demostrar que la aplicación de criterios diferentes al procedimiento, en concreto, los parámetros de la norma constitucional imponen la expulsión de la ley del ordenamiento jurídico.

La aplicación de los valores públicos de la Constitución en el juicio que realiza la Corte determinará si el ciudadano tenía la razón o no.

Sin embargo, la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley no debe ser concebida como una especie del control político al legislador o una herramienta de control ciudadano. La frontera que separa el proceso de control de constitucionalidad de los mecanismos de veeduría ciudadana está compuesta por la naturaleza de la exigencia: en estos se escruta la idoneidad política de las medidas y en aquel se confronta el significado normativo de la disposición legislativa con el significado normativo de la Constitución. Así, el sistema de control judicial permite obtener resultados que ni siquiera las elecciones democráticas proporcionan. En el caso de la legislación inconstitucional, el solo cambio de los representantes no asegura que estos acepten la incompatibilidad de sus medidas con la Constitución; o en el supuesto de que así lo hagan, que logren derogarlas o modificarlas. Por el contrario, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley demandada obliga al legislador a deliberar de nuevo sobre los medios disponibles para obtener el mismo fin que se pretendía con la ley expulsada del ordenamiento. Además, se centra el debate parlamentario cuando la jurisdicción constitucional también excluye el fin que el legislador quiere alcanzar por su incompatibilidad con la Constitución.

Asimismo, la sentencia que declara la constitucionalidad de la ley le confiere mayor legitimidad, no solo en el sentido de consolidar su presunción de constitucionalidad, sino en un sentido político, pues refrenda la compatibilidad de las decisiones legislativas con los valores superiores del ordenamiento. En conclusión, estos dos argumentos no niegan absolutamente la ventaja epistémica del legislador, sino que se limitan a recoger dos de sus posibles fallos y proponen un medio de corrección basado en la participación de los ciudadanos y la intervención del tribunal constitucional. Ahora corresponde analizar si la jurisdicción constitucional tiene una función que no solo pueda corregir los errores del parlamento mediante una evaluación seria de la presunción de constitucionalidad de la ley. Se trata de un rol que compromete directamente a la justicia constitucional como un escenario para que se superen los bloqueos institucionales, las cargas de inercia y los puntos ciegos del sistema democrático.

5. La justicia constitucional subsana el déficit de deliberación y los bloqueos institucionales

La jurisdicción constitucional latinoamericana opera en un contexto político especial que está caracterizado por el déficit de deliberación dentro del parlamento, el descrédito del poder legislativo y el deficiente funcionamiento de los instrumentos de control político. En situaciones como esta, la jurisdicción constitucional puede enfrentar parcialmente esos déficits. Frente al déficit deliberativo, el proceso judicial permite que la sociedad discuta sobre determinadas políticas legislativas aprobadas por el parlamento sin mayor debate. Ante la falta de legitimidad de los parlamentos, el poder judicial y, especialmente, el tribunal constitucional, permite que los ciudadanos reaccionen ante las medidas aprobadas con el propósito o con el efecto de beneficiar prácticas que pueden fomentar la delincuencia o lesionar derechos ciudadanos. Finalmente, ante la pasividad o mal ejercicio de los mecanismos de control político para hacer efectiva la responsabilidad del gobierno y, especialmente, la del (hiper)presidente, la justicia constitucional se ha convertido en una instancia esencial para articular el proceso democrático y controlar las omisiones del ejecutivo.

Aún si el sistema democrático funcionara perfectamente, la jurisdicción constitucional podría realizar aportes concretos al funcionamiento democrático. Por ejemplo, Rosalind Dixon se ha ocupado de señalar que el control de constitucionalidad no es prescindible en las democracias que funcionan aceptablemente. El punto de vista de Dixon es que incluso una

democracia perfecta puede tener otro tipo de problemas o fallos que restan su valor como proceso de decisión. Ante los efectos importantes de esa debilidad de la democracia el control de constitucionalidad aparece como una vía adecuada para introducir correctivos. En concreto, afirma que incluso las democracias que funcionan de manera adecuada tienen un alto riesgo de aprobar políticas públicas contrarias a los valores públicos de la Constitución. Esto sucede porque existen puntos ciegos de la democracia o del sistema deliberativo.

La tesis de Dixon es que los puntos ciegos pueden ser de aplicación, de perspectiva y de acomodamiento. Estos ocurren, respectivamente, cuando: por un lado, los límites de racionalidad del legislador le impiden prever que una ley que parece conforme con la Constitución desde un punto de vista abstracto puede ser aplicada de manera o con efectos contrarios a los derechos constitucionales; por el otro, cuando no se aprecia el impacto de una ley en los distintos grupos que existen dentro de la sociedad y, finalmente, se aprueba un acto normativo que responde a un objetivo legislativo claro pero deja por fuera otros objetivos igualmente valiosos desde el punto de vista constitucional (Dixon, 2007, p 402).

Además, la autora también se refiere a los problemas o cargas de inercia del legislador que afectan a los derechos constitucionales. En especial, se preocupa por la inercia legislativa que es consecuencia de la prevalencia de los intereses electorales de los grupos políticos sobre la protección de los derechos o de la intención de mantener la unidad de un partido político cuando existen diferentes opiniones dentro de ese partido sobre el contenido de un derecho⁵. También señala que una democracia perfecta puede combinar la inercia del legislador con la de la administración con resultados perjudiciales para la garantía efectiva de los derechos (Dixon, 2007, p. 403).

Frente a los puntos ciegos y la inercia del legislador, Dixon propone un enfoque dialógico de la justicia constitucional en el que los tribunales deben adoptar medidas para evitar la prolongación de los efectos de los puntos ciegos o resolver los problemas que generan los bloqueos legislativos (Dixon, 2007, p. 406). No se trata solamente de que el poder judicial le indique al legislador que ha fallado y se quede a la espera de que este se desbloquee o abandone la posición de inercia, o de que los jueces adopten remedios individuales en casos concretos por la vía de los mecanismos de tutela o amparo. El poder judicial debe contribuir directamente a remediar la inercia o superar el bloqueo institucional (Dixon, 2007, pp. 404 y 405).

El aporte de Dixon en relación con los puntos ciegos del sistema democrático y su preferencia por un sistema en el que los jueces tienen un rol central para la superación de los efectos negativos que esos puntos ciegos conllevan para los derechos constitucionales, permiten defender un sistema en el cual los propios ciudadanos activan la intervención judicial con el fin de remediar las consecuencias negativas de los límites epistémicos del legislador. Todavía más, desde la perspectiva de Dixon, el control de constitucionalidad contribuye a superar situaciones de bloqueo institucional mediante órdenes directas. La reticencia legislativa para cumplir con sus funciones impide que el legislador reclame a la judicatura por ocupar un espacio que el propio legislador ha dejado vacío; los jueces no desplazan al legislador cuando este mismo declina en el ejercicio de sus funciones. En estos casos, los tribunales pueden señalarle al legislador que los propios ciudadanos han solicitado la intervención judicial frente a la defraudación de las expectativas sobre el rol que le corresponde al poder legislativo dentro de la organización social.

⁵ En los Estados Unidos existen muchos ejemplos de desacuerdos dentro de la sociedad que dividieron a los partidos y sobre los cuales el Congreso se abstuvo de decidir para que fuera la Corte Suprema el órgano encargado de tomar una decisión sobre la materia. Se citan como casos paradigmáticos los problemas relacionados con la abolición de la esclavitud (*Dred Scott v. Sandford*, 1856) o la interrupción voluntaria del embarazo (*Roe v. Wade*, 1973). Vid. Tushnet, Mark. "Alternative Forms of Judicial Review". *Michigan Law Review*, vol. 101, 2002, p. 2788.

Ello también explica el efecto de algunos procesos de constitucionalidad como ejercicios de control político. Este fenómeno se debe especialmente al gran poder que ejerce el presidente sobre el Congreso. Esta situación impide que el parlamento garantice ciertos derechos frente a iniciativas legislativas que son presentadas por el gobierno sin satisfacer los requerimientos de la Constitución.

En definitiva, se trata del juicio de constitucionalidad como una instancia que permite la superación de los bloqueos institucionales en los que el legislador y el gobierno omiten el cumplimiento de sus deberes. En muchos casos, ocurre de manera deliberada. En otros porque no hay herramientas para formular una política pública determinada o porque los problemas de ciertos sectores sociales no hacen parte de la agenda gubernativa o legislativa.

En conclusión, en contextos políticos como el descrito anteriormente y jurídicos donde prevalece una amplia generosidad y detalle del texto constitucional, la jurisdicción constitucional asume roles extraños frente al clásico entendimiento del control judicial al legislador. Estas acciones tienen una amplia justificación en ese mismo carácter del texto constitucional y son un efecto necesario de la protección efectiva de los derechos ciudadanos. También es el resultado de la expansión del principio de constitucionalidad, de la fuerza vinculante de la Constitución, de su eficacia normativa y de su poder de irradiación. Todos aumentan el margen de actuación de la jurisdicción constitucional⁶. Se trata de un proceso aluvional que no es habitual en las democracias *core of the case*, pero que tiene una fundamentación que lo legitima y unas consecuencias positivas para la protección de los seres humanos que habitan los Estados del sur global.

6. El control de constitucionalidad como mecanismo de representación de intereses públicos o de terceros mediante ejercicios de *public interest litigation*

En la sección anterior se señaló que la jurisdicción constitucional puede actuar de forma que se reduzca la tensión entre el *judicial review* y el principio de igualdad política. Sin embargo, en esta sección se sostendrá que los tribunales constitucionales son escenarios para los denominados fenómenos de *public interest litigation* en los cuales el ciudadano que acude ante los tribunales, generalmente, carece de un interés directo en el litigio y actúa en defensa de un interés público o de los derechos de terceros. Como se mantendrá, la justicia constitucional puede incorporar una forma de *public interest litigation* que tiene el potencial de abrir espacios para que los ciudadanos actúen a favor de la protección de los derechos e intereses de quienes han sido marginados o excluidos del procedimiento político. La estructura del argumento será señalar los rasgos esenciales de la *public interest litigation* y establecer los puntos de conexión de esta experiencia de litigio con funcionamiento de la revisión judicial de las leyes.

6.1. Las características esenciales de la *public interest litigation*

Las primeras manifestaciones de *public interest litigation* ocurrieron en la India entre 1977 y 1978. Hasta entonces, en ese país existía un modelo de acceso interesado a la justicia. Eso quiere decir que la legitimación activa se reconocía solamente a quienes se hubieran visto directamente afectados por una acción u omisión de la administración, o a quienes tuvieran un interés directo en un litigio determinado.

⁶ “Puede afirmarse que, a toda expansión del principio de legalidad, a cada paso dado en la tarea de limitación y sujeción del poder al derecho, ha correspondido, inevitablemente, una ampliación de los espacios de la jurisdicción. Puesto que la jurisdicción interviene precisamente en presencia de violaciones del derecho y, por consiguiente, cuanto más crece este, con las obligaciones y prohibiciones impuestas al poder público, más se expande el área de las posibles ilegalidades, que ya no son solo cometidas por los ciudadanos comunes sino también, y cada vez más, las debidas a los que se encuentran en posiciones de poder” (Ferrajoli, 2010, p.208).

Como ha sido señalado por el exjuez Bhagwati, este esquema tenía dos efectos negativos. Por una parte, el sistema desconocía que en muchas ocasiones los afectados se encontraban en imposibilidad material de acceder a la justicia. Por otra, obstaculizaba prácticas solidarias de quienes estaban en capacidad de representar ante los tribunales los derechos de otras personas. Según este autor, el modelo de acceso interesado tenía fundamentos sólidos en los litigios de derecho privado, pero carecía de sustento cuando se trataba de litigios de derecho público, como la protección de derechos fundamentales o el control de constitucionalidad⁷.

En ese contexto, los primeros casos de *public interest litigation* tuvieron como causa el movimiento judicial de la denominada jurisprudencia epistolar. Esta se refiere a los procesos y decisiones judiciales cuyo origen no se encuentra en demandas formales, sino en actos menos complejos que una demanda estructurada; por ejemplo, cartas enviadas a los tribunales por parte de personas privadas de la libertad que habían sido torturadas, por personas que llevaban a cabo trabajos forzados o por aquellos a quienes la administración le había negado su derecho a la pensión. Del mismo modo, se aceptaron cartas escritas por personas a nombre de terceros a quienes se les había vulnerado algún derecho. También se iniciaron procesos judiciales con base en artículos de prensa en los que se informaba sobre graves violaciones a los derechos fundamentales de personas o grupos (Bhagwati, 1985, pp. 568-577).

La *public interest litigation* surgió como una reacción frente a un sistema judicial cerrado en el que el litigio privado era costoso y dejaba fuera a los sectores desaventajados de la sociedad. Esa reacción se produjo mediante cuatro estrategias:

- i) La ampliación del *standing* para iniciar ciertas acciones con el fin de obtener una respuesta de la judicatura que protegiera un interés público o que remediara una situación anómala que concernía a toda la sociedad o a parte significativa de ella.
- ii) La reinterpretación y flexibilización de las reglas y cánones ortodoxos del procedimiento judicial
- iii) La aplicación de nuevos métodos de interpretación constitucional diferentes al originalismo (textualista o voluntarista) y cercanos a la idea del texto constitucional como un documento vivo que debe responder a los cambios sociales y al logro de la justicia social.
- iv) La emisión de órdenes judiciales con potencial estructural y transformador (Cassels, 1989, pp. 498-507).

De los cuatro elementos señalados previamente, el primero tiene un carácter esencial⁸. Eso quiere decir que la nota característica de la *public interest litigation* es la apertura de los tribunales a la ciudadanía⁹. Sin embargo, el fenómeno es más amplio e implica la disminución o eliminación de otras barreras para el acceso efectivo a la justicia, como las formalidades, las tasas legales, la exigencia de litigar mediante representación técnica o la inversión de las cargas probatorias a favor de los peticionarios (Fledman, 1992, p.55). Asimismo, se crean instancias deliberativas, como las comisiones de investigación, los comités de expertos o los *amicus curiae* (Cassels, 1989, p. 500).

⁷ Sobre la historia de la public interest litigation en la India se puede consultar a: Prafullachandra Natwarlal Bhagwati en su texto "Judicial Activism and Public Interest Litigation (1985, pp. 570 y 571).

⁸ "Perhaps the most distinguishing feature of PIL in India is that the Supreme Court rules of locus standi, or the eligibility of a person to invoke the jurisdiction of the courts, are so relaxed that anyone asserting a violation of fundamental rights can file a claim in one of the appellate courts" (Holladay, 2012, p. 558).

⁹ "The signature element of PIL in India is its expansion of locus standi to move the Supreme Court or one of the State's High Courts" (Holladay, 2012, p. 571).

Adicionalmente, la *public interest litigation* se identifica por el carácter atípico de las pretensiones de las partes y por las dimensiones atípicas y novedosas de los remedios judiciales que corresponde decretar frente a esas pretensiones¹⁰. Generalmente, este tipo de órdenes son de carácter complejo e involucran objetivos a corto, mediano y largo plazo. De allí que sea necesario que los tribunales asuman directamente o deleguen la inspección sobre el cumplimiento de cada meta. En muchos casos, también se requiere un trabajo colaborativo entre los jueces y la administración con el fin de avanzar en la implementación de los remedios judiciales.

Desde el punto de vista teórico se han destacado que los fenómenos de *public interest litigation* surgen en sistemas políticos que se caracterizan por altos niveles de concentración del poder, participación deficitaria de los ciudadanos en las decisiones públicas, funcionamiento deficiente del sistema de representación, inercia legislativa, burocracias complejas y sistemas judiciales ordinarios cerrados a la ciudadanía. Se trata de un contexto que propicia que algunos ciudadanos se movilicen para obtener la protección de intereses de otros o para buscar soluciones a problemas que no les afectan directamente.

Desde esta perspectiva, la *public interest litigation* tiene puntos de conexión con la teoría procedimental de la democracia de John Hart Ely porque defiende la viabilidad de la intervención judicial cuando se han cerrado los canales de participación y cambio político. La *public interest litigation* se basa en la idea de que un medio para lograr que los jueces cumplan con esa función es ampliar el conjunto de legitimados para solicitar la intervención de la judicatura¹¹. Es importante señalar, además, que la *public interest litigation* se diferencia de otros fenómenos judiciales en los que se canalizan intereses colectivos o de grupos. A esos efectos es necesario distinguir entre grupos de presión y grupos de interés si bien tanto los grupos de presión como los grupos de interés cuestionan y pretenden cambios en el ordenamiento jurídico¹². Sin embargo, los primeros actúan de manera altruista y se unen con el fin de ayudar a otros o a toda la colectividad. Por el contrario, los segundos se unen para ayudarse a sí mismos y actúan de manera egoísta o autointeresada.

La *public interest litigation* es un instrumento para los grupos de presión y no para los grupos de interés. Estos últimos asumen un litigio en su propio beneficio al tratar de canalizar una petición de un número plural de personas en un solo proceso judicial en el que se han agregado algunos intereses particulares. La *public interest litigation* no se trata de un fenómeno de litigio privado a gran escala sino de obtener un remedio judicial para proteger un interés que concierne a la sociedad en su conjunto, con independencia de la extensión del grupo de beneficiarios directos de esos remedios judiciales.

Ahora bien, la sola circunstancia de que las partes del litigio tengan interés directo en el resultado del proceso no excluye la existencia de un fenómeno de *public interest litigation*. También se considera que existe *public interest litigation* cuando los litigantes tienen interés directo en el resultado del proceso, siempre y cuando su objetivo no se circunscriba a la protección de sus propios intereses, sino que persiga una transformación estructural del problema que conlleve a la superación de este, no solo para quienes accedieron al sistema judicial sino para todos aquellos que son afectados (Gloppen, 2009, p. 344).

¹⁰ Sobre los fundamentos legales, el funcionamiento de la public interest litigation y los remedios estructurales en la India: Sudarshan, Ramaswamy, "Courts and Social Transformation" (1985, pp. 153-165).

¹¹ Un examen de las razones a favor y en contra de la conexión entre las reglas de standing y el potencial de accountability del proceso judicial lo presenta David Fedlman en "Public Interest Litigation".

¹² Como señala Griffith, también es verdad que los grupos de presión pueden compartir un interés común y que los grupos de interés se crean para ejercer presión. Por esa razón, la distinción esencial se basa en el carácter altruista o autointeresado del grupo. (Griffith, 1997, p. 1).

En consecuencia, la *public interest litigation* no exige la actuación plenamente solidaria porque admite la reivindicación de derechos o intereses personales bajo la condición de que exista solidaridad respecto de las exigencias transformadoras que las partes hacen a la judicatura¹³. Esta situación ha llevado a considerar que, dentro del proceso judicial, el peticionario no ocupa la posición de contradictor de la administración, sino que actúa como un cooperante de esta respecto de la identificación de una situación de incumplimiento de los deberes del Estado (Chuillén, 2003, p. 27).

En relación con las pretensiones atípicas y transformadoras, la reacción judicial a los fenómenos de *public interest litigation* depende del modelo constitucional que los jueces asuman. De acuerdo con David Feldman (1992), los jueces pueden considerar que la Constitución establece un esquema propio del liberalismo individualista en el que se procura la participación de ciertos grupos en las decisiones públicas. En ese caso, los jueces deberían reaccionar mediante la limitación de los alcances estructurales de sus decisiones. No obstante, los jueces también pueden asumir una visión utilitarista o una visión republicana de la Constitución, y optimizar el ideal de participación ciudadana y la obligación de los individuos de contribuir al bienestar general (p. 48).

En este segundo caso, la judicatura será más favorable a las prácticas de litigio estructural, pero con una serie de restricciones porque, si bien el esquema de la *public interest litigation* no se limita a una visión clásica del proceso judicial en el que todas las opciones de litigio se reducen a una serie de fórmulas o silogismos cerrados, tampoco autoriza a los jueces a asumir el rol del legislador o de la administración. El proceso judicial se convierte en un elemento para materializar el principio de democracia participativa y ofrecerle al ciudadano una herramienta para controlar a la administración sin llegar a sustituirla o suplantarla. En la relación entre el poder judicial y el sistema político, la *public interest litigation* es un espacio para deliberar y fortalecer el debate público.

Adicionalmente, la *public interest litigation* tiene efectos muy interesantes sobre el propio procedimiento legislativo porque aquella refuerza las condiciones necesarias para que este se desarrolle adecuadamente (Feldman, 1992, p.72). El sistema político no solo se enfrenta a una decisión judicial que es obligatoria, sino que se encuentra ante una decisión judicial que ofrece una respuesta a un problema estructural. La calidad de la respuesta judicial al problema estructural tiene unas virtudes cualitativas que impiden que esta sea ignorada por los legisladores sin un alto costo de oportunidad¹⁴. Los tribunales también reciben un beneficio de ofrecer una respuesta adecuada en los casos de *public interest litigation* porque ese fenómeno aumenta su grado de credibilidad y de legitimidad social (Bhagwati, 1985, p. 566).

El origen, los fundamentos y las características de la *public interest litigation* permiten remediar el déficit de capacidad de influencia de algunas voces dentro de la sociedad e, incluso, de las generaciones futuras. Como señala Siri Gloppen, este es un mecanismo, mediante el cual, “las voces de los pobres pueden ser articuladas dentro del sistema jurídico

¹³ “Public interest litigation here refers to various legal actions taken to establish a legal principle or right that is of public importance and is aimed at social change [...] The aim of public interest litigation is to transform the situation not only for the litigants but also for all those similarly situated: that is, to alter structured inequalities and power relations in society in ways that reduce the weight of morally irrelevant circumstances, such as socio-economic status, gender, race, religion, or sexual orientation” (Gloppen, 2009, p. 344).

¹⁴ En algunos casos, la repuesta judicial se convierte en la base de una futura política legislativa que sigue los lineamientos o incorpora los contenidos de la decisión de la judicatura. Un ejemplo de public interest litigation como remedio frente a la inercia del legislador se encuentra en el litigio estratégico que precedió a la aprobación de la ley contra la violencia doméstica de la India en el año 2005 (Holladay, 2012, pp. 555-573).

y político como un mecanismo para que el Estado sea más sensible y efectivo frente a los reclamos que estos hacen de sus derechos” (Gloppen, 2009, p. 343; Cassels, 1989, p. 497).

De acuerdo con la autora, para que la *public interest litigation* cumpla esa función se requieren cuatro condiciones:

- i) Que las personas cuyas voces fueron excluidas puedan formular sus reclamos en términos constitucionales ante la judicatura, bien sea que lo hagan ellos mismos o que lo hagan por ellos abogados *pro bono*, organizaciones no gubernamentales, clínicas de derechos u otro tipo de asociaciones.
- ii) Que los jueces asuman la competencia de esos reclamos.
- iii) Que los jueces encuentren unos remedios estructurales para esos reclamos
- iv) Que esos remedios tengan un potencial transformador de manera que se inserten en la práctica social y política. De esta forma, el proceso inicia con la voz de los afectados o de sus representantes, pero no finaliza con los remedios concretos sino con la transformación sistémica necesaria para superar un problema estructural (Gloppen, 2009, pp. 35-53).

Desde luego, la *public interest litigation* no está exenta de críticas y muchas de estas también son comunes a la jurisdicción constitucional en general: la ruptura del principio de separación de poderes, el aumento exagerado de la carga de trabajo de los tribunales, la violación del principio de igualdad procesal, el activismo judicial, la politización de la justicia y la judicialización de la política (Cassels, 1989, pp. 507-517).

Este no es el espacio para contestar a cada una de estas objeciones sino para demostrar que la judicatura constitucional también puede operar como un mecanismo de *public interest litigation* mediante el cual los ciudadanos acceden al control de constitucionalidad para atacar la constitucionalidad de una ley que no les afecta, les afecta solo de manera indirecta o cuya inconstitucionalidad solicitan como parte de un proceso de superación de una situación estructural de vulneración de derechos o de lesión a un interés público.

6.2. La *public interest litigation*, la jurisdicción constitucional y la división de poderes¹⁵

A pesar de lo descrito en la sección anterior, es importante tener en cuenta que las desigualdades que afectan al proceso político se pueden prolongar en el control de constitucionalidad. Según este razonamiento, si los intereses privados, corporativos o económicos tienen una capacidad de influencia superior que les permite incidir efectivamente en el órgano legislativo, la apertura de la judicatura creará una oportunidad de acceso a los tribunales constitucionales para esos mismos intereses. Será una vía privilegiada, señala la objeción, debido a que también podrán ejercer su capacidad de influencia ante los tribunales constitucionales. Aún más, si por alguna razón el proceso político logra disipar los factores que generan las disparidades en la capacidad de influencia de los ciudadanos o actúa al margen de los intereses prevalentes, este litigio constitucional crearía una segunda oportunidad para que las facciones hegemónicas hagan valer su mayor potencial de influencia dentro del escenario judicial.

Desde luego que las disparidades en la capacidad de influencia pueden repercutir en la jurisdicción constitucional. No hay razón para pensar que los favorecidos por la política legislativa dejarán de defenderla ante los tribunales constitucionales o que los perjudicados dejarán

¹⁵ Una referencia a los puntos de conexión y de distancia entre la acción pública de constitucionalidad y la *public interest litigation* los discute Mia Caielli en. “El derecho de participación política a través del acceso directo a la justicia constitucional: algunas consideraciones comparativas a partir de la acción pública de constitucionalidad colombiana” (citado en Roa Roa, 2015, pp. 118-123).

de atacarla ante una Corte Constitucional. El punto central, entonces, es analizar si el modelo de justicia constitucional abierta tiene una ventaja comparativa en relación con la posición de quienes, en virtud de su menor capacidad de influencia, han sido excluidos o desdeñados en el proceso de decisión política. En ese sentido, el modelo de la justicia constitucional abierta implica una reducción general de las barreras para acceder a los tribunales e, inevitablemente, eso facilita que determinados intereses hegemónicos accedan a la revisión judicial de las leyes.

Asimismo, la justicia constitucional abierta demuestra una ventaja significativa porque permite que se canalicen los intereses de los excluidos del proceso político. En otros diseños, estos últimos encuentran totalmente cerradas las puertas de la justicia constitucional. La ganancia que se obtiene de permitir que los excluidos del proceso político u otras personas, en su nombre, puedan participar en condiciones de igualdad en el control de constitucionalidad compensa el riesgo de que los mismos intereses que predominaron en la política legislativa influyan nuevamente en el juicio de contraste constitucional.

Adicionalmente, del argumento anterior se puede inferir la siguiente regla: cuanto más se cierran las puertas del control de constitucionalidad para los excluidos del sistema político, mayor es el grado en que las desigualdades en la capacidad de influencia ante el órgano legislativo les perjudican. En efecto, el establecimiento de un modelo restringido de legitimación activa ante los tribunales constitucionales deja efectivamente fuera a los ciudadanos, pero no disminuye notablemente las posibilidades de acceso de quienes tienen mayor capacidad de influencia. En otras palabras, si los intereses hegemónicos tenían capacidad de influencia para incidir en el proceso político, resulta esperable que la tengan para incidir en los mismos actores políticos que tienen legitimación ante la jurisdicción para que estos intenten hacer valer esos intereses dentro del proceso de control de constitucionalidad.

En el modelo de justicia constitucional abierta, es cierto, los privilegiados por su capacidad de influencia tienen menos barreras para acceder a los tribunales y no se ven forzados a recurrir a los actores políticos, a las asociaciones o a la movilización con el fin de canalizar sus intereses ante los jueces. No obstante, su capacidad de influencia prevalente pierde valor comparativo porque, quienes carecen de capacidad de influencia privilegiada, también pueden acceder al tribunal en las mismas condiciones y, en caso de que no puedan hacerlo directamente, otros ciudadanos pueden acceder por ellos mediante el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad como mecanismo de *public interest litigation*.

El esquema de justicia constitucional abierta se basa en la comprensión de que abrir la puerta de los tribunales a la ciudadanía no es una garantía de acceso efectivo y, por tal razón, se permite que el litigio sea iniciado por cualquier persona, con independencia de que este acredite un interés determinado en la (in)constitucionalidad de la ley o de que ataque la constitucionalidad de las leyes actuando como un litigante público a favor de otros ciudadanos o de toda la comunidad.

La conexión de la justicia constitucional abierta con la *public interest litigation* es que los dos mecanismos implican una ampliación de la legitimación activa ante los tribunales y rompen con una de las barreras más difíciles de superar por quienes han sido excluidos o por quienes pueden representarlos ante los tribunales (Gloppen, 2009, pp. 349-350). Desde luego, no existe una garantía absoluta de que la agenda de los tribunales será ocupada completamente por los excluidos del proceso político. De lo que se trata es de formular diseños institucionales que aumenten las posibilidades de que los demás miembros de la sociedad accedan a la jurisdicción constitucional para solicitar la protección de sus derechos. Como indica Cepeda:

Los actores sociales que usan con frecuencia el derecho constitucional son los que tienen menor poder en los procesos de toma de decisiones que los afectan. Este es el caso, por

ejemplo, de los pueblos indígenas en relación con la protección de sus derechos colectivos fundamentales, de los vendedores ambulantes que necesitan proteger su derecho a trabajar, o de las personas en condiciones extremas de pobreza que no tienen acceso a los beneficios de la seguridad social (2007, p. 245).

En consecuencia, la justicia constitucional abierta se pone al servicio de los grupos minoritarios o numéricamente mayoritarios pero carentes de poder efectivo dentro de la sociedad. De esta manera, la justicia constitucional abierta refleja la concepción de que el control de constitucionalidad no solo pretende la protección de los derechos de las minorías frente a la mayoría parlamentaria, sino que es un medio para la protección de los derechos de la mayoría cuando esos derechos son vulnerados por las políticas legislativas (Spector, 2015, pp. 276-277). Como señalan algunos autores, no es casual que la difusión de los tribunales constitucionales coincida con la idea central del constitucionalismo moderno que consiste en la protección de los derechos y libertades fundamentales (Eogin, 2016, pp. 269-294).

Finalmente, es importante advertir que la jurisdicción constitucional no puede atender las necesidades de aquellos cuyos intereses no fueron atendidos en el proceso legislativo cuando el diseño institucional de la judicatura también se cierra a esas voces. Por esa razón, es imperativo establecer “cauces procesales mediante los cuales las respectivas organizaciones sociales puedan acudir a la justicia constitucional para cuestionar las leyes que afecten sus derechos” (Casal, 2005, p. 137). Solo de esta manera se construye un mecanismo para la exigibilidad judicial democrática de los derechos y, muy especialmente, de los derechos sociales en el contexto latinoamericano en el que el funcionamiento heteróclito de la división de poderes les asigna un rol representativo y transformador a nuestros jueces constitucionales.

Referencias bibliográficas

- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Bhagwati, P. N. (1985). “Judicial Activism and Public Interest Litigation”. *Columbia Journal of Transnational Law*, 23, 561-578.
- Casal, J.M. (2005). *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*. Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Konrad Adenauer, Caracas.
- Cassels, J. (1989). “Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?”. *The American Journal of Comparative Law*, 37 (3), 495-519.
- Cepeda Espinosa, M.J. (2007). *Polémicas constitucionales*. Legis, Bogotá.
- Chuillénán, O.N. (2003). “Opening up the Courts to the Marginalised: the Uses and Usefulness of Public Interest Litigation in India”, *Trinity College Law Review*, 18-33.
- Dixon, R. (2007). “Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited”. *International Journal of Constitutional Law*, 5 (3), 391-418.
- Engin, Y., Gülner, S. (2016). “Individual Application to the Turkish Constitutional Court as a Case of Constitutional Transfer”. *Global Constitutionalism*, 5, (02), 269–294.
- Ely, J.H. (1972-1973). “The wages of crying wolf: a comment on *Roe v. Wade*”. *Yale Law Journal*, 82, (1), 920-949.
- Ely, J.H. (1978). “Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review”. *Maryland Law Review*. 37 (3), 451-487.

- Ely, J.H. (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press.
- Fledman, D. (1992). "Public Interest Litigation and Constitutional Theory in Comparative Perspective". *The Modern Law Review*, 55, (1), 44-72.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Editorial Trotta, 2.ª Edición, Madrid.
- (2010). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, 7.ª Edición.
- Ferreres Comella, V. (2007). *Justicia Constitucional y Democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed.
- Ferreres Comella, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*. Marcial Pons.
- Gargarella, R., Domingo, P., Roux, T. (2006). *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Ashgate Publishing.
- Garzón, Valdés, E. (2011). *Propuestas*. Editorial Trotta.
- Gloppen, S. (2009). "Public Interest Litigation, Social Rights and Social Policy". En: DANI, ANIS y HAAN, ARJAN DE. *Inclusive States. Social Policy and Structural Inequalities*. The World Bank.
- Griffith, J. (1997). "Public Interest Litigation and JR". *Judicial Review*, 2, 195-203.
- Holladay, Z. (2012). "Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 19, (2), 555-573.
- Kramer, L. (2004). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press.
- Martí, J. L. (2014). "Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word". *Ratio Juris*, 27, (4), 550-558.
- Post, R. y Siegel, R. (2013). *Constitucionalismo democrático*. Siglo Veintiuno.
- Rawls, J. (2010). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica. 7.ª reimpression.
- Roa Roa, J.E. (2019). "Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá". *Revista Derecho del Estado*, 44, 57-98.
- Roa Roa, J.E. (2019). *Control de Constitucionalidad Deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Universidad Externado de Colombia.
- Roa Roa, J.E. (2015). *La acción pública de constitucionalidad a debate*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Roa Roa, J.E. (2010). "El derecho a la salud de las mujeres víctimas del conflicto armado. El enfoque psicosocial". *Revista Derecho del Estado*, (24), 259 a 263.
- Spector, H. (2015). "Un sistema democrático de control de constitucionalidad". En: FABRA, JORGE y GARCÍA, LEONARDO (coords.). *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones Fundamentales*. UNAM-IIJ, México, 275-289.
- Thayer, J. B. (1893). "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law". *Harvard Law Review*, 7 (3), 129-156.
- Tushnet, M. (2002). "Alternative Forms of Judicial Review". *Michigan Law Review*, 101, 2781-2802.
- Waldron, J. (1999). *The Dignity of legislation*. Cambridge University Press.
- Waldron, J. (2001). *Law and Disagreement*. Oxford University Press.

ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN ECUADOR: DERECHO DE IGUALDAD
Y NO DISCRIMINACIÓN E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO¹
Homoparental Adoption in Ecuador: Right to Equality and
Non-Discrimination and Best Interest of the Child

ILIANA LÓPEZ RUIZ²

Investigadora independiente, Otavalo, Ecuador

LUIS FERNANDO HARO HARO³

Investigador independiente, Ibarra, Ecuador

Resumen

El artículo analiza, desde una perspectiva constitucional, la restricción del acceso a la adopción en familias homoparentales en la legislación ecuatoriana. El objetivo es ilustrar la incidencia de esta restricción en el derecho constitucional de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, y cómo esta disposición resulta discriminatoria con respecto a las parejas del mismo sexo. Se examinan fuentes teóricas y jurisprudenciales sobre los tipos de familias y los derechos que implica su reconocimiento. En los resultados del estudio se indica que esta disposición normativa no solo constituye una vulneración al derecho de igualdad y no discriminación para las familias homoparentales, sino que también afecta el principio de interés superior del niño. Como conclusiones novedosas se plantea la necesidad de reconocer y regular la adopción en familias homoparentales, exponiendo criterios básicos a tener en observancia para regular este tipo de adopción en el Ecuador.

Palabras clave

Familia, Homoparental, Adopción, Niños, Igualdad, Discriminación.

Abstract

The article analyzes from a constitutional perspective the restriction of access to adoption in homoparental families in Ecuadorian legislation. The objective is to illustrate the incidence of this restriction on the constitutional right of children and adolescents to have a family, and how this provision is discriminatory with respect to same-sex couples. Theoretical and jurisprudential sources are examined on the types of families and the rights that their recognition implies. The results of the study indicate that this normative provision not only constitutes a violation of the right to equality and non-discrimination for homoparental families, but also affects the principle of the best interests of the child. As novel conclusions, the need to recognize and regulate adoption in homoparental families is proposed, and the criteria to be observed to regulate this type of adoption in Ecuador are also exposed.

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

² Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Otavalo-Ecuador. Abogada por la Universidad "Oscar Lucero", Holguín, Cuba. Investigadora y autora de artículos científicos en materia de derecho constitucional y derechos humanos. Correo electrónico: ilianalopez.ruiz90@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9737-7469>.

³ Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Otavalo-Ecuador. Especialista en Derecho Procesal Penal por la Universidad Técnica Particular de Loja. Abogado por la Universidad regional Autónoma de los Andes. Correo electrónico: fer_haroluis@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6516-2260>.



Keywords

Family, Homoparental, Adoption, Children, Equality, Discrimination.

1. Introducción

La sociedad ecuatoriana ha tenido que asimilar ciertos cambios, como el que se gestó en el 2019 con la regulación del matrimonio civil igualitario. Sin embargo, la adopción aún no encuentra cavidad dentro del presente debate. El candado constitucional que se establece en el artículo 68 de la Constitución, referente al acceso a la adopción en parejas del mismo sexo es la base de este estudio. Se analiza, inicialmente, el derecho constitucional de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) a tener una familia. Posteriormente, se estudia el principio de interés superior del niño y cómo este se manifiesta en diferentes dimensiones. Lo anterior permite establecer una relación entre el citado derecho de NNA a tener una familia como parte de su interés superior y la institución jurídica de la adopción, como el camino idóneo para alcanzar tales fines.

En un segundo momento, se aborda la institución de la adopción y la restricción para que las familias de tipo homoparentales accedan a ella, lo que desencadena vulneraciones de derechos constitucionales, no solo a estas familias sino a NNA que se ven imposibilitados de crecer bajo el cuidado de una unión familiar. Finalmente, se realiza un análisis del artículo 68 de la Constitución ecuatoriana del 2008 y otras normas internas, ya que el estudio de estos cuerpos legales permitió desarrollar el objetivo fundamental de este artículo, que se centra en analizar cómo se manifiesta esta restricción normativa en materia de adopción homoparental y si la misma constituye una categoría discriminatoria dentro de la norma constitucional.

La relevancia del tema radica en que el Ecuador no existe desarrollo normativo ni jurisprudencial respecto de la adopción en familias homoparentales. Si bien es cierto que la Constitución reconoce diferentes tipos de familias, incluida la familia homoparental, no les otorga un trato igualitario a todas. En este sentido, hace distinciones específicamente en temas como el acceso a la adopción y esto conlleva que dicha restricción vulnere derechos que debería tutelar.

2. Principio de interés superior del niño

Lograr precisar todo lo que implica este principio resulta bastante complejo, toda vez que es un término que, debido a la amplitud de su contenido, puede facilitar interpretaciones equivocadas y restrictivas de los propios derechos que protege. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) lo define de la siguiente forma:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (artículo 3 numeral 1).

La Convención se refiere a una serie de instancias que intervienen en la vinculatoriedad y ejecución de este principio, como lo son “instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”. Se reseña no solo a los entes afines a derechos como la salud, el medio ambiente o la educación, sino también a las instituciones que se ocupan de otros derechos que les asisten, finalizando con las instituciones tanto públicas como privadas que se relacionen con el bienestar social de NNA.

Visto desde esta perspectiva, es necesario analizar este principio dentro del contexto en que se desarrolla, pues lo que en un caso puede ser considerado beneficioso para un NNA, en circunstancias diferentes puede no serlo para otros. Con motivo de ello, el Comité de los Derechos del Niño (2013) ha indicado que:

el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto (p. 14).

Es así como el interés superior del niño dentro de esta Observación General se aborda desde tres dimensiones. Primero como derecho sustantivo, es decir, el derecho innegable de NNA a que su interés superior sea una consideración esencial al momento de evaluar elementos para tomar una decisión. En este sentido, la adopción debe ser valorada como un medio fundamental para que los NNA puedan hacer efectivo ese derecho, esto es, que su bienestar, desarrollo integral y cuidado sean elementos valorados como parte de su interés superior. Podría concluirse que la adopción, independientemente de si es homoparental o no, es un camino para materializar estas aspiraciones.

Como segunda dimensión, el interés superior es valorado como mandato de optimización o principio o, lo que es lo mismo, un mandamiento que permite evaluar y mejorar la situación jurídica de estos grupos sociales. Si se concatena con la institución jurídica de la adopción, ciertamente esta última es el medio idóneo para optimizar y corregir, en cierta medida, la situación de abandono de estos grupos vulnerables. Asimismo, se puede indicar como tercer y último punto su dimensión como norma de procedimiento. Sin embargo, esta denominación es bastante debatida, sobre todo porque gramaticalmente puede generar confusiones. El término se ha usado en el contexto internacional con el fin de dilucidar y propiciar que las normas procesales sean interpretadas y entendidas desde la óptica de este principio, sin olvidar que los principios tienen, esencialmente, un alto contenido de valores y, por el contrario, las normas procedimentales tienen una esencia dogmática.

El Estado ecuatoriano también ha instituido este principio dentro de su normativa constitucional en su artículo 44 al establecer que “el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Por tanto, el interés superior del niño debe entenderse entonces como un principio de prevalencia y de vinculatoriedad. La Corte Constitucional del Ecuador también se ha pronunciado al respecto, señalando que el principio del interés superior:

Este principio lo garantiza la Constitución de la República para asegurar el ejercicio pleno de sus derechos y promover prioritariamente su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad (Sentencia Nro. 064-15-SEP-CC, 2015, párr. 20).

Este principio, entonces, no puede ser valorado de la misma manera o al mismo nivel que todas las demás consideraciones referentes a otros derechos. Esto tiene su sustento en que los NNA son un grupo vulnerable por su estado de dependencia, falta de madurez y condición jurídica.

Teniendo esto en cuenta, este principio busca que las personas que intervienen en las decisiones que afectan a NNA tengan en cuenta primordialmente sus intereses. En este orden de ideas, el hecho de poder crecer bajo el cuidado de una familia, independientemente de su tipo, sea heterosexual, monoparental u homoparental, sería una forma de precautelar su interés superior.

3. La institución jurídica de la adopción y el derecho de NNA a tener una familia como parte de su interés superior.

Existen múltiples circunstancias por las que estos grupos vulnerables quedan sin la protección familiar o en condiciones de orfandad total. En estos casos, el Estado tiene la responsabilidad de tomar partido ante su protección. Es pacífico afirmar que la institución de la adopción ha jugado un papel fundamental para proveer una familia a estos NNA en situación de riesgo. Es a través de esta institución jurídica que nace una nueva forma de relación parento-filial entre el adoptante y el adoptado, que pasan a ser padres e hijos en virtud de esta condición. Autores como Pérez (2013) han indicado que

la adopción es una institución que tiene por finalidad brindar protección y/o un medio familiar fundamentalmente a niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estado de abandono o desamparo respecto de su familia originaria, creándose de este modo una situación análoga a la filiación legítima con respecto al o los adoptantes (párr. 90).

Por esta institución, el NNA adoptado no solo tiene el derecho a llevar los apellidos del adoptante, sino que debe ser registrado con ellos, lo que se traduce, desde el punto de vista jurídico, en que tanto el adoptado como la familia adoptante ostentarán los mismos derechos y obligaciones que se establecen con respecto a la filiación legítima con el hijo consanguíneo. La Convención de los Derechos del Niño también se pronunció con respecto a la adopción como una vía alternativa para la formación de otros tipos de familia para los NNA que carezcan de una consanguínea, señalando que Estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción:

Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales (Convención de los Derechos del Niño, 1989, art. 21).

La Constitución, por su parte, también consagra este derecho de los NNA a tener y formar parte de un núcleo familiar. Como una forma de cristalizarlo, regula la adopción de tal forma que “las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Es así como la adopción brinda a NNA la posibilidad de tener una familia que vele por ellos.

El Ecuador también ha previsto la adopción en el Código de la Niñez y Adolescencia en sus artículos 151 al 188, reglamentando los principios que rigen esta institución, requisitos de los adoptantes, tramitación tanto administrativa como judicial, entre otros elementos importantes. En específico, es necesario hacer referencia al artículo 151, que indica que la adopción “tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados” (2003).

Parecería, entonces, que el tema se encuentra minuciosamente pautado y que su objeto y alcance es realmente claro. No obstante, la temática se dificulta cuando se analiza

quiénes son las personas que se encuentran legalmente habilitados para acceder a la adopción. En el caso específico del Ecuador, no todas las uniones familiares pueden optar por ella. Esta es una institución a la que, previo el cumplimiento de ciertos requisitos legales, solo tienen acceso las parejas heterosexuales por mandato constitucional y las familias monoparentales gracias a la normativa infraconstitucional.

Antes del año 2019, las familias monoparentales —las personas que no tienen un vínculo matrimonial o una unión de hecho reconocida—, tampoco podían adoptar. En ese año se publicó el Acuerdo Ministerial No. 135 del Ministerio de Inclusión Económica y Social, que reformó el Manual de Procesos de la Gestión de Adopciones Nacionales y reconoció que

en atención a los artículos 67 y 68 de la CRE dentro de la denominación de “Familia solicitante” de adopción a “la familia heterosexual, nuclear y de hecho (matrimonio y unión de hecho) y familia monoparental (persona sola), que se encuentran en el proceso de adopción en calidad de solicitante” (MIES, 2019, citado en Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

En ese sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana, en observancia de las disposiciones de normativas internacionales en materia de derechos humanos referentes a los NNA, ha ratificado en su Dictamen Constitucional No. 8-09-IC /21 de fecha 18 de agosto del 2021 que, según la normativa infra constitucional, las personas solas pueden adoptar. En consecuencia, actualmente los procesos de adopción pueden ser solicitados por familias monoparentales y por parejas heterosexuales, siempre que estas cumplan con los requisitos legales establecidos, quedando solo excluidas las familias homoparentales, siendo esto último materia de análisis de otro acápite.

4. Definición de familias homoparentales

En muchas sociedades, fundamentalmente religiones monoteístas, y que sin duda son las de mayor influencia en América Latina debido a la colonización, se intentó inculcar que las relaciones sentimentales debían ser entre hombre y mujer. De estas se procreaban los hijos como fruto de la unión y así se cumplía con estándares religiosos y sociales. Díaz (2004), quien ha analizado esta temática desde una perspectiva cultural, indica que

la sociología y la antropología han puesto especial interés en las implicaciones simbólicas que representa ser hombre o mujer en determinados grupos sociales. Esto determina en gran medida los roles y las prácticas de cada uno de los miembros, ya sean masculinos o femeninos [...], por lo que un homosexual, al transgredir tales reglas, es etiquetado como antinatural, desviado o ambas cosas (p. 5).

El hecho de que los hombres y mujeres se alejen de ese rol, supuestamente correcto, que está establecido por el orden natural y social al que se acoge la sociedad ecuatoriana, es considerado equivocado por muchos aún en estos tiempos. Con el transcurso del tiempo, países de la región, tales como Colombia, Chile y Argentina, se convirtieron en pioneros en el reconocimiento de estos derechos y proclamaron la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo y, por consiguiente, la creación de un nuevo tipo de familia: la homoparental. Para Suárez y Berní (2017), “las familias homoparentales se constituyen en la actualidad por: una pareja homosexual y los hijos concebidos o adoptados” (p. 3). Esta puede ser una definición práctica y general de este nuevo tipo de familia. Es así como la familia tradicional conformada por una pareja heterosexual ya no es la única forma de constituir un núcleo

familiar afectivo, sino que existen estas familias homoparentales que son merecedoras de igual protección constitucional de sus derechos.

5. La restricción del acceso a la adopción en familias homoparentales en la legislación constitucional ecuatoriana

En 2019 se gestó un cambio trascendental en la legislación nacional a través de las Sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19 respecto de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se reconoce finalmente el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio civil y, con esto, se institucionaliza el reconocimiento de la familia homoparental. A pesar de ello, aun cuando quedó institucionalizado el matrimonio civil igualitario y todas las consecuencias jurídicas que ello implica, en ninguna de estas sentencias se hace alusión a la adopción homoparental. Resulta lógico que en las mencionadas sentencias la Corte Constitucional solo se centre en analizar la institución del matrimonio, sin pronunciarse sobre otra cuestión adicional, teniendo en cuenta que el foro constitucional debe resolver únicamente solo los asuntos puestos a su consideración.

Para examinar esta problemática se debe partir de que en el artículo 67 de la Constitución se reconoce a la familia en sus diversos tipos, considerándola como el núcleo fundamental de la sociedad. Por lo tanto, es obligación del Estado garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Esto podría interpretarse de forma amplia, en vista de que, si la Constitución reconoce diferentes tipos de familias, entre las que se encuentran las homoparentales, todas deberían estar sujetas a los mismos derechos y obligaciones; pero la realidad dista mucho de esto, las familias homoparentales no ostentan los mismos derechos que las familias formadas por parejas heterosexuales. Un ejemplo de ello es precisamente el acceso a la adopción.

Surge, entonces, la interrogante de si los derechos de igualdad y no discriminación, que sirvieron de base para el reconocimiento constitucional del matrimonio igualitario podrían ser extensivos también para el reconocimiento del derecho a la adopción para las familias homoparentales. Esto no sucede en el Ecuador y es importante indicar que en algunos países de la región como Colombia, Argentina, México y Chile —donde se permite la adopción para parejas del mismo sexo—, se trata de Estados que no tenían una restricción expresa en su Constitución. En concreto, el debate mexicano giró en torno a que los principios de igualdad y no discriminación, y el de interés superior del niño debían adecuarse a las familias homoparentales. Chaparro y Guzmán (2017) narran cómo fue este proceso:

En este país, desde el año 2009 comenzó un debate acerca del verdadero concepto de familia. El 21 de diciembre de 2009, el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, aprobó la reforma del Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues este derecho no puede ser restringido como resultado de la orientación sexual [...] Además, como consecuencia de la aprobación de esta figura, se aprobó también una modificación al artículo 391 para eliminar la imposibilidad de adoptar a los cónyuges o concubinos del mismo sexo (párr. 18).

En contraste, en Argentina se plantea, por primera vez, la necesidad de repensar la definición de familia en 1998, pero no fue sino hasta el 2010 que se aprobó un proyecto de ley que modificaba del Código Civil y que permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo y, al mismo tiempo, el acceso a la adopción para estas nuevas familias. El proceso se llevaría a cabo observando los mismos requisitos que ya existían para las parejas heterosexuales que aspiraban a adoptar.

Estos son ejemplos que demuestran que el cambio en la perspectiva social de cómo se concibe la familia debe necesariamente respaldarse desde el orden jurídico. Sin embargo, la Constitución (2008) indica en su artículo 68 que “la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo”.

Esta restricción constitucional es sumamente complicada, toda vez que al tener la norma rango constitucional, su modificación, según la propia Constitución, si se mira de manera dogmática, debería ser necesariamente a través de una reforma o enmienda. Evidentemente, este es uno de los temas más complejos que enfrentaría el constituyente si optara por hacer esta modificación en el texto constitucional, precisamente por el carácter permanente de este tipo de normas. Antes bien, Masapanta (2020) enfatiza que “existen procedimientos que condicionan una modificación al texto constitucional, lo cual dota a las cartas constitucionales de una rigidez que imposibilita que mayorías móviles o impulsos políticos puedan fácilmente modificarlas” (p. 367). Con todo, se entiende que, en un Estado Constitucional de Derechos, como lo es el Ecuador, no se necesitaría desarrollo legislativo para aplicar de manera directa y eficaz principios y derechos constitucionales. Esto no es tan simple como se expresa, dado que desde una perspectiva positivista resulta complejo entender el derecho más allá de la ley, más aún cuando no existe una norma expresa que lo proteja.

Por otro lado, la normativa infraconstitucional ecuatoriana es específica al transcribir textualmente esta restricción. El Código de la Niñez y Adolescencia afirma que “se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas” (2003, artículo 153 numeral 3). En tal sentido, la norma brinda especial preferencia a las parejas heterosexuales para acceder a esta institución jurídica, reproduciendo este aspecto en su artículo 159 numeral 6, que prevé como requisito de los adoptantes que los mismos sean parejas heterosexuales.

6. Análisis del artículo 68 de la Constitución ecuatoriana a la luz de derecho a la igualdad y no discriminación. Criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

La humanidad, desde hace siglos, ha respondido a diversos estereotipos. A juicio de Borillo (2013), “discriminar significa tratar de manera menos favorable a una persona (física o moralmente) de otra en una situación análoga” (p. 547).

En el contexto internacional podemos señalar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1989), en su Observación No. 18 respecto a la no discriminación y la igualdad, ha indicado que:

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos [...] En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (párr. 1).

Para la norma internacional, estos constituyen principios básicos dentro de todos los ordenamientos jurídicos de los Estados, por lo que cada uno debe tomar las medidas pertinentes que garanticen la igualdad y no discriminación en el ejercicio de los derechos de las personas. De igual forma, la referida observación propia define a la discriminación como

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1989, párr. 7).

En el caso de Ecuador, la norma constitucional también hace referencia a este particular en el artículo 11 numeral 2 al establecer que:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación (2008).

Siguiendo esta lógica sería oportuno preguntarse si existe una contradicción entre el recién citado artículo constitucional con lo que establece el artículo 68, en el que se indica expresamente que “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo” (2008). De manera puntual, la propia norma constitucional está restringiendo el acceso a esta institución con base en la orientación sexual de las parejas que deseen adoptar.

Es necesario hacer un estudio minucioso de este particular y de la evidente contradicción que se suscita entre estos dos preceptos de la Constitución. Se puede comenzar el análisis citando el alcance que la Corte Constitucional ha dotado al artículo 11 numeral 2:

La definición del artículo 11.2 de la Constitución tiene tres elementos para configurar el trato discriminatorio: (1) La comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones; (2) la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, que son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas; (3) la verificación del resultado, por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando se menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, párr. 82).

Estos parámetros de la CCE permiten dilucidar que no todo trato diferente es discriminatorio *per se*. Es discriminatorio cuando se menoscaba el ejercicio o reconocimiento de derechos y es justificado cuando los promueve. En virtud de ello, es conveniente someter el artículo 68 a un análisis de razonabilidad y proporcionalidad, respondiendo específicamente a tres criterios esenciales que la Corte ha definido para el efecto:

En la primera etapa del test de razonabilidad, se establece sobre los objetivos perseguidos a través del establecimiento de la norma [...] En este orden, una vez identificados los objetivos, en la segunda etapa del test de razonabilidad, es preciso establecer si estos son constitucionalmente

válidos, es decir, si encuentran sustento en disposiciones constitucionales [...] Llegamos así a la tercera etapa del test de razonabilidad que tiene relación con la proporcionalidad entre la desigualdad expresada en la norma y el fin perseguido (Sentencia 019-16-SIN-CC, 2016, p. 17-19).

Para poder establecer si este precepto constitucional cumple con cada uno de estos parámetros, se debe analizar desde el ámbito de aplicación de estos criterios, sobre todo porque la Corte Constitucional ha establecido una diferencia entre la discriminación y el trato desigual:

El trato desigual se considerará no restrictivo del derecho a la igualdad y no discriminación si y solo si resulta al menos plausible —o sea, no es inaceptable pero tampoco seguro— sostener que un determinado fin es legítimo, que el trato desigual es idóneo y necesario para satisfacer dicho fin, y que el grado de satisfacción de aquel fin es al menos equivalente a la intensidad de la limitación al derecho a la igualdad y no discriminación (Sentencia No. 4-19-RC/19 de la Corte Constitucional del Ecuador, 2019, párr. 21).

Si se examina de manera literal la redacción del artículo 68 de la Constitución, se debe verificar, en primer lugar, los fines que persigue. Al señalar que la adopción únicamente corresponde a parejas heterosexuales, se colige que existe una distinción o trato desigual y, por ende, una categoría sospechosa. Esta última, en palabras de González, Pérez y Rabell (2018), constituye “rasgos prohibidos que menoscaban la dignidad humana por medio de un trato diferenciado y que producen desventaja hacia determinados grupos estereotipados sin que exista una razón que la justifique” (p. 47). La redacción del referido artículo, asimismo, realiza una afirmación distintiva que se tipifica en sí misma como un trato desigual con respecto a las parejas del mismo sexo que deseen acceder a la adopción.

Una vez identificada esta categoría sospechosa, se debe verificar si la distinción proviene en un trato desigual o discriminatoria. Para ello es imperante determinar si la distinción que hace la norma es adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo y válido. En este orden de ideas, se debe comprobar el fin que perseguía el legislador al establecer esta disposición constitucional, para lo cual resulta necesario remitirse a las Actas de la Asamblea Constituyente del 2008. El debate preciso sobre el artículo en análisis se circunscribe en el acta 86, donde solo consta una declaración que expone lo siguiente:

El derecho de adopción corresponde solo a parejas de distinto sexo”, pero quién impide que un individuo homosexual adopte a un niño como padre soltero o madre soltera [...] De igual gravedad sería en el caso de un matrimonio que procrea hijos, luego deciden divorciarse, si uno de ellos en un futuro decide hacerse homosexual y vivir con una persona del mismo sexo, qué pasará con esos niños, en qué clase de hogar crecerían estos niños, y bajo qué ejemplos y valores (pp. 97-98).

Esta fue una postura defendida por varios de los asambleístas. En ella se puede evidenciar la negativa que muestran al reconocimiento de la formación de familias homoparentales y el acceso a la adopción de estas, dando argumentos basados en concepciones morales. El artículo es finalmente aprobado con 69 votos a favor, 29 en contra, 5 en blanco y 11 abstenciones.

Si se analiza el objetivo de la norma como primera parte del test de razonabilidad, se evidencia que esta distinción se da desde un contexto conservador y desde concepciones de moralidad que abarcan el paradigma de familia tradicional, lo cual deja claro que el objetivo es el cautelar los valores y el debido ejemplo a los niños. Se excluye a un grupo de personas que son consideradas como incapaces e inhabilitadas de ofrecer un hogar a NNA en situación de adoptabilidad.

En segundo lugar, los argumentos dados en estos debates para restringir estos derechos a las parejas del mismo sexo carecen de fundamentación lógica para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. El hecho de abordar categorías morales con trasfondo religioso sin aportar un fundamento empírico como sustento no es un argumento válido dentro de un Estado laico y constitucional como lo proclama la propia Constitución en su artículo primero. De ahí que se puede concluir que la distinción establecida en la norma constitucional carece de una justificación fundamentada en derecho, no persigue proteger derechos sino restringirlos, de modo que no cuenta con un fin constitucionalmente válido.

De igual modo, se presenta como conveniente someter este precepto constitucional a los criterios de proporcionalidad establecidos en el artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional —es decir, los criterios de necesidad, idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto—. El principio de necesidad, según lo ha indicado la Corte Constitucional en su sentencia No. 282-13-JP/19, exige verificar si “la necesidad de que el objetivo que se invoca para justificar las restricciones sea imperioso y las medidas sean estrictamente necesarias, idóneas y proporcionales” (párr. 97). En este caso, no existe evidencia de que los NNA que se desarrollan en familias homoparentales experimenten algún daño o trastorno emocional, sino exactamente lo contrario. La Asociación Americana de Psiquiatría (2002) ha comentado que:

Numerosos estudios en las tres últimas décadas han demostrado consistentemente que los niños criados por padres gays o lesbianas muestran el mismo nivel de funcionamiento emocional, cognitivo, social y sexual que los niños criados por padres heterosexuales. La investigación indica que el desarrollo óptimo de los niños no se basa en la orientación sexual de los padres, sino en vínculos estables de compromiso y crianza por parte de los adultos (p.1).

No existe un argumento legítimo que justifique la necesidad de restringir el derecho de las parejas del mismo sexo a la institución jurídica de la adopción. Tampoco se ha demostrado que sea imperiosa y estrictamente necesaria esta restricción en aras de proteger otros derechos, más aún cuando dicha restricción incide directamente también en el derecho de NNA a formar parte de una familia que les brinde protección y afecto. Asimismo, este criterio involucra, según argumentos de la propia Corte, que la medida escogida tiene que ser, entre todas las posibles a tomar, la menos gravosa para el ejercicio de derechos; es decir, se precisa tener en consideración varias medidas o criterios. Por lo anterior se puede establecer que la excepción de las parejas del mismo sexo para acceder a la adopción, al configurarse como restrictiva de derechos, no se puede considerar necesaria para proteger la conformación del núcleo familiar y mucho menos a los NNA que en situación de adoptabilidad deben continuar bajo la custodia del Estado.

Con respecto al criterio de idoneidad, este “implica que la medida tomada sea adecuada para cumplir el fin constitucional. La restricción de un derecho debe ser un medio que contribuya a alcanzar el fin constitucional”. En este caso, el fin constitucionalmente válido es el acceso para poder conformar de una familia con hijos y se podría decir que la adopción es uno de los medios idóneos para que las parejas del mismo sexo puedan tener hijos. Es así como se puede establecer que estas parejas se encuentran limitadas y restringidas para poder acceder a la adopción con respecto de las parejas heterosexuales. En tal sentido, esta exclusión no contribuye de forma alguna a lograr el fin constitucional identificado. Esto implica, entonces, que para que una medida sea considerada idónea debe proteger un derecho, más en el caso concreto se observa que se restringen derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo, sin que se haya logrado dar argumentos legítimos para justificar tal restricción.

Así mismo lo indica Bernal (2005) al establecer que:

Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Este subprincipio impone, entonces, dos exigencias: la legitimidad constitucional del fin y la adecuación de la medida examinada (p. 81).

Del este análisis se puede concluir que el artículo 68 de la Constitución no supera ninguno de los criterios señalados, por lo que tampoco es proporcional. Al efecto, Ávila (2008) afirma que “el principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa a los derechos humanos. Esta garantía debe ser aplicada por todos los poderes públicos” (p. 35). Simultáneamente, la Corte ha reconocido este carácter discriminatorio muy recientemente en su Dictamen No. 8-09-IC /21 de fecha 18 de agosto del 2021, al establecer claramente que:

Si la norma constitucional se basa en un prejuicio, sin demostración fáctica alguna, además, de que toda pareja homosexual no brinda un ambiente para el ejercicio y desarrollo de los niños y niñas, podría ser una norma discriminatoria y contraria a otros principios constitucionales y que se reconocen en instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, como sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Existe, pues, una tensión entre la prohibición constitucional establecida en la Constitución y otros derechos y principios establecidos en la Constitución y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en el Ecuador (párr. 16).

La propia Corte ha reconocido este trato discriminatorio, aunque aún no adecúa los instrumentos legales según este último criterio. Argumenta que, en este caso concreto, no se trata de un mero trato desigual en la norma, sino de una disposición constitucional discriminatoria. Dicho esto, si bien es cierto que el derecho de igualdad y no discriminación no es el único vulnerado, es importante especificar que la norma constitucional vulnera, en primera instancia, el derecho de igualdad y no discriminación de las familias homoparentales; de esta vulneración de derechos se desprende una afectación al derecho de los NNA a tener una familia y, por consiguiente, en su interés superior. Empero, la norma es en principio discriminatoria con este tipo de uniones familiares. He ahí la razón por la que se analiza con mayor profundidad este tema y, como segundo punto, su incidencia en los derechos de NNA que de forma colateral se ven comprometidos.

Lo anterior se respalda por la propia ley fundamental al indicar en el numeral 8 de su artículo 11 que “será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos” (2008). El artículo analizado disminuye, menoscaba y anula indebidamente derechos constitucionales. En tal virtud, se puede demandar la inconstitucionalidad del precepto normativo analizado. Esta declaratoria de inconstitucionalidad implicaría, a su vez, que sea declarada inconstitucional toda disposición contenida en normas conexas que reproduzcan la vulneración de derechos motivo de la demanda (2008, art. 436.3); esto es, lo contenido en los artículos 153 numeral 3 y 159 numeral 6 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Correspondería a la Corte Constitucional declarar la inaplicabilidad de estos preceptos normativos referenciados. Sin embargo, como se ha mencionado en apartados anteriores, no sería necesaria una modificación del texto constitucional en sí. Se podría considerar que, en virtud del control de convencionalidad, por una interpretación sistemática, e integral, que el texto de la Constitución se complementa con los instrumentos internacionales de protección de

derechos humanos que expresan que las normas en ningún caso pueden ser discriminatorias, aun si se trata de la propia norma constitucional. Algo similar sucedió en el Ecuador con el reconocimiento del matrimonio igualitario en el año 2019. La propia Corte en la sentencia 11-18-CN/19 expone que “cuando los derechos han sido reconocidos en instrumentos internacionales, el reconocimiento en el texto constitucional no resulta indispensable. La reforma constitucional no es un requisito previo para la vigencia o el goce efectivo de los derechos sin discriminación” (2019, p. 50). Téngase en consideración que el control de convencionalidad implica una obligación los Estados de cumplir con los tratados internacionales que ha ratificado de manera voluntaria.

7. Conclusiones

Se puede concluir que la limitación del acceso a la adopción para parejas del mismo sexo es una restricción de carácter constitucional y normativo. En virtud de ello, al aplicar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que establece la propia Corte Constitucional del Ecuador, se puede dilucidar que el artículo 68 de la Ley Fundamental ecuatoriana se tipifica como una disposición discriminatoria, teniendo en observancia que no logra justificarse la restricción del derecho de las familias homoparentales para acceder a la adopción y tampoco se logra fundamentar que el objeto de dicha norma sea constitucionalmente válido.

De igual manera, el contenido discriminatorio del precepto constitucional se reproduce en el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador en sus artículos 153 numeral 3 y 159 numeral 6, con lo que se evidencia que cuando las limitaciones o restricciones de derechos emanan de la propia norma y las estas no se sustentan en un fin constitucionalmente válido, irremisiblemente transgreden derechos constitucionales. De ello se infiere que, tal y como se plantea en el objetivo general de este estudio, esta vulneración de derechos no solo afecta de manera directa a familias homoparentales que pretendan acceder a un proceso legal de adopción, sino también a NNA en situación legal de adoptabilidad, pues se ven imposibilitados de formar parte de una familia que les brinde el debido cuidado y protección.

Con el análisis se demuestra, además, la necesidad regular la adopción homoparental en el Ecuador. Para ello, lo que se debe tener en cuenta al valorar la aptitud de los solicitantes son criterios que versen sobre su competencia desde el punto de vista jurídico, es decir, la edad del o de los padres adoptantes; su capacidad legal y pleno goce de sus derechos; tener un estado de salud física y mental adecuado para cumplir con las responsabilidades parentales; disponer de recursos económicos para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; y, de alguna manera, también se puede considerar el pasado judicial del o los adoptantes, pero en ningún caso la orientación sexual de los aspirantes debe tomarse en cuenta como factor a valorar y menos como elemento determinante en la aceptación o negación de proceso. Estos son criterios elementales, que aún constituyen retos para el desarrollo de la justicia constitucional ecuatoriana, la cual debe subsanar estas reproducciones normativas discriminatorias y que vulneran derechos que debería tutelar. Con esto se garantizará que exista la debida protección a la dignidad e igualdad entre las personas para alcanzar el ideal de justicia constitucional que se propone.

Referencias bibliográficas

Asamblea Constituyente (2008). Actas de la Asamblea Constituyente. Acta 86. 15 de julio de 2008.

- Asociación Estadounidense de Psiquiatría (2002). *Adopción y crianza conjunta de niños por parejas del mismo sexo*. <https://www.clearinghouse.net/chDocs/public/PB-MI-0004-0016.pdf>
- Avendaño, L., Pérez, E. y Rabell, E. (2018). Categorías sospechosas y control difuso en la práctica del juzgador familiar. *Colombia Forense*, 5 (1), 43-56. <https://doi.org/10.16925/cf.v5i1.236>
- Ávila, S. (2008). El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad. En M. Carbonell (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 307-349). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://www.sedh.gob.hn/odh/documentos/derechos-penales/117-el-principio-de-proporcionalidad-y-la-interpretaci%C3%B3n-constitucional>
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos” Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucional de las leyes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Borillo, D. (2013). Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. *Derecho PUCP*, (71), 543-556. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.019>
- Chaparro, L. y Guzmán, D. (2017). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. *Revista CES Derecho* 8 (2), 267-297. <https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/4495>
- Díaz, M. (2004). Homosexualidad y Género. *Cuicuzilco*, 11 (31), 1-12. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=35103111>
- García-Villanova, F. (2005). La adopción homoparental. *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación*, 1 (19), 147-170. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=459645450009>
- Masapanta, C. (2020). *Mutación de la Constitución en Ecuador: ¿La Corte Constitucional como constituyente permanente?* [Tesis de doctorado, Universidad Andina Simón Bolívar]. Repositorio Institucional. <http://hdl.handle.net/10644/7534>
- Nofal, L. (2010). *Adopción homoparental: derechos LGT a la adopción* [Tesina de grado, Universidad de Belgrano]. Repositorio. <http://repositorio.ub.edu.ar/handle/123456789/555>
- ONU, CEPAL y CELAC (2007). *Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros*. Santiago de Chile: Comisión Americana para América Latina y el Caribe. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/2504-familias-politicas-publicas-america-latina-historia-desencuentros>
- Pérez, M. (2013). El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación. *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, (138), 1151-1168. [https://doi.org/10.1016/S0041-8633\(13\)71164-5](https://doi.org/10.1016/S0041-8633(13)71164-5)
- Suárez, G., y Berni, P. (2017). La Adopción homoparental como medida de protección de los derechos del menor en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. *Espirales revista multidisciplinaria de investigación*, 1 (8), 1-19. <https://www.revistaespirales.com/index.php/es/article/view/74>

Legislación

- Asamblea Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Congreso Nacional (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 737 de 3 de enero de 2003.

Ministerio de Inclusión Económica y Social. (2019). Reforma el Manual de Procesos de la Gestión de Adopciones Nacionales, se desarrollan los procesos y subprocesos necesarios para adoptar en el Ecuador. Acuerdo Ministerial Nro. 135.

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes

ONU (1989). *Convención sobre los derechos del Niño*: CRC. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

ONU (1989). Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 18*. 10 de noviembre de 1989.

ONU (2013). Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 14*. 29 de mayo de 2013.

Corte IDH (2017). *Opinión consultiva OC-24/17*. 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.

Sentencias

Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-82/05 de 9 de agosto de 2005.

Corte Constitucional del Ecuador (2015). Sentencia No. 064-15-SEP-CC de 13 de marzo de 2015.

Corte Constitucional del Ecuador (2016). Sentencia No. 019-16-SIN-CC de 22 de marzo de 2016.

Corte Constitucional del Ecuador (2019). Sentencia No. 282-13-JP/19 de 4 de septiembre de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador (2019). Sentencia No. 4-19-RC/19 de 21 de agosto de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador (2019). Sentencia No. 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia No. 8-09-IC/21 de 18 de agosto del 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

FEMINISMO EMPRESARIAL: ANÁLISIS DE LA PARIDAD DE GÉNERO
EN LOS ÓRGANOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
Business Feminism: Analysis of Gender Parity
in the Bodies of Legal Persons

ALEXIS MATÍAS MAREGA¹

Universidad Católica de Santa Fe, Santa Fe, Argentina

Resumen

En la presente investigación se analiza la paridad de género en los órganos empresariales argentinos. Para abordar la situación, se parte de una discusión abierta entre la Inspección General de Justicia de la Nación y la Cámara Nacional en lo Comercial, por la exigencia de la primera sobre la necesaria composición paritaria en los miembros de la Administración de una sociedad comercial. Este hecho es utilizado como puntapié inicial para ahondar acerca de cuánto implica —en términos estadísticos— la disparidad existente y cómo abordarla. No se analiza el “por qué” de la disparidad, sino que entendiendo su existencia (lo que se demuestra mediante informes de diversos órganos privados y estatales), se estudia la mejor forma de generar un cambio en tales composiciones, sean estas mediante recomendaciones o leyes imperativas. Con el fin de despejar esta duda, se investiga cuáles fueron los caminos tomados en las legislaciones latinoamericanas y europeas.

Palabras clave

Feminismo, Derecho empresarial, Persona jurídica, Directorio, Derecho comercial.

Abstract

This research analyzes the problem of gender parity in Argentine business bodies. To address the situation, it is based on an open discussion between the General Inspectorate of Justice of the Nation and the National Chamber of Commerce, due to the requirement of the former on the necessary equal composition in the members of the Administration of a commercial company. This fact is used as a starting point to delve into the question of how much the existing disparity implies—in statistical terms—and how to address it. The “why” of the disparity is not analyzed but understanding its existence (which is demonstrated by reports from various private and state bodies), the best way to generate a change in such compositions is studied, whether through recommendations or mandatory laws. To clear up this doubt, the paths taken in Latin American and European legislation are properly investigated.

Keywords

Feminism, Business Law, Legal Entity, Board of Directors, Commercial Law.

¹ Abogado (UCSF), doctorando en Ciencia Jurídica (UCSF), Diplomado internacional en DDHH con mención en acceso a la justicia (UCC). Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Católica de Santa Fe, Santa Fe, Argentina. Correo electrónico: amarega@ucsf.edu.ar; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1420-9836>.



1. Introducción

La legislación comercial argentina no exige a las personas jurídicas una composición de sus órganos de gobierno y administración que respete la paridad de género. Sin embargo, en el año 2020, la Inspección General de Justicia (IGJ) ha dictado las Resoluciones 35/2020 y 35/2020 que disponen la obligatoriedad de cumplir con la paridad de género en la composición de sus directorios.

En agosto del año 2021, la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial y el Acuerdo Extraordinario de la misma Cámara, declaró inaplicable las mencionadas Resoluciones, por haberse dictado —según entendió— por fuera de las atribuciones que la ley le confiere a tal organismo estatal.

En un reciente fallo de octubre de 2022, la Cámara Nacional Civil, Sala M², a sentido contrario de lo resuelto por la Sala Comercial, convalidó una Resolución de la Inspección General de Justicia de la Nación³, que exigía la modificación del Reglamento del distinguido Jockey Club. Se solicitaba contemplar la posibilidad de que las personas, sin distinción de sexo o género, puedan solicitar la filiación a la Asociación Civil, lo que se presenta como condición indispensable para formar parte del órgano de administración.

Tomando como disparador los acontecimientos descriptos, el presente trabajo intentará echar luz sobre cómo es posible lograr la paridad de género en la composición de los órganos administrativos de las personas jurídicas en Argentina. De esta manera, se aplicó un análisis cuantitativo y comparativo de las legislaciones tanto latinoamericanas como europeas.

Posteriormente, se examinarán las medidas tomadas en las diversas latitudes para lograr alcanzar la disparidad en la composición de los órganos de las diferentes organizaciones. De esta manera, se buscará comprender lo asertivo o errado del fallo mencionado.

Finalmente, y como consecuencia de los datos obtenidos (tanto cuantitativa como cualitativamente), se determinará si para alcanzar tales cupos son suficientes las *soft law* o son necesarias normativas sancionatorias.

2. Encuadre de la cuestión

En agosto de 2020, la Inspección General de Justicia de Argentina dictó dos Resoluciones (Resolución General 34/2020 y 35/2020 IGJ). Estas disposiciones obligan a las asociaciones civiles, las simples asociaciones y las sociedades anónimas que se encuentran especificadas en el artículo 299, de la Ley N.º 19.550 (excepto las abarcadas por los incisos 1.º, 2.º y 7.º), las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva, y las Sociedades del Estado (Ley N.º 20.705), que ya estuviesen inscriptas en la IGJ a aplicar, en lo sucesivo y para las designaciones de miembros de los órganos de administración (y fiscalización, de corresponder), una composición que deberá estar integrado por miembros masculinos y femeninos en cantidades iguales. Aclara la resolución que cuando la cantidad fuera impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con un mínimo de un tercio de miembros femeninos.

Un año después, la Cámara Nacional en lo Comercial, sala C resolvió que el “mecanismo de compensación” que las resoluciones concibieron para proteger a las mujeres importó esa alteración de la Ley General de Sociedades y, en esa misma medida, excedió las facultades reglamentarias de la IGJ. En tanto, estas normas regularon derechos de fondo en términos que no podían ser dispuestos, ya que determinar si el mecanismo adecuado para proteger a las mujeres es fijar cuotas que garanticen su participación, cuál es la medida a asignar a esas cuotas, cuáles son los sujetos que deben aplicarlas —o si para todos da lo mismo—,

² Cam. Nac. Civil, sala M, “Jockey Club Asociación Civil c/ IGJ”, Resolución 58359/2022, Octubre 2022.

³ Resolución 748/2002, Inspección General de Justicia.

y cuáles son, en su caso, las consecuencias de su incumplimiento, remite a atribuciones que deben considerarse del Congreso (art. 75 inc. 12, Constitución Nacional).

Frente a esta situación, se analizará cómo es posible alcanzar la paridad en la composición de los órganos administrativos de las sociedades comerciales argentinas, tomando como punto de comparación las legislaciones latinoamericanas y europeas.

3. La disparidad en la composición de los órganos

3.1. La situación argentina

En un reciente estudio de la Comisión Nacional de Valores (CNV), se determinó que, en los directorios de 255 empresas bajo oferta pública relevadas, solo el 11,2% de los cargos directivos son ocupados por mujeres; un 49% de empresas no registran mujeres en ningún cargo directivo; el 95% tiene como presidente a un hombre; y el 91,4% un vicepresidente hombre. Las empresas de capitalización bursátil media tienen menor participación femenina en sus directorios; sólo el 8,90% de los cargos de dirección fueron ocupados por mujeres en este tipo de empresas en el año 2018.

Un informe publicado ese mismo año por la consultora internacional KPMG muestra que de las 500 empresas que más venden en Argentina, solo 12 son presididas por una mujer, esto es el 2,4%; y en solo 42 de ellas hay mujeres en sus directorios, lo que equivale al 8,4%. De las empresas que tienen mujeres en sus directorios (42 de las 500 empresas relevadas, resultan un total de 288 mujeres sobre 3125 hombres), solamente 144 son directoras titulares.

La Universidad Torcuato Di Tella publicó un informe de investigación donde concluye que en Argentina se da la configuración de un “techo de cristal” así como de una “sala de cristal” en cuanto al acceso de las mujeres a los directorios empresariales. No solo se ven generalmente imposibilitadas de acceder a los cargos más altos, sino que se encuentran virtualmente excluidas del acceso a estos en múltiples sectores de la economía (Daglio et al., 2020).

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación ha relevado que las mujeres ocupan solo un 23% de los puestos de dirección en las actividades de comercio, restaurantes y hoteles; un 15% en construcción; un 24% en servicios financieros; y un 21% en industria manufacturera. Así, se concluyó que los puestos jerárquicos ocupados por mujeres son gerencias con menores remuneraciones como, por ejemplo, las de administración o recursos humanos, a diferencia de los varones que suelen ocupar las gerencias financieras, de ventas o productivas, mejor remuneradas.

3.2. La situación en América Latina y el Caribe

En América Latina y el Caribe la cuestión no es muy diferente. Según el estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), las mujeres ocupan solo el 15% de los cargos directivos y son dueñas de apenas el 14% de las empresas. La investigación destaca que la presencia femenina predomina significativamente en las áreas consideradas blandas, como comunicación y relaciones públicas; mientras que, en áreas duras, como comercio exterior, las mujeres representan menos del 35% de las personas empleadas. Asimismo, existe una mayor proporción de mujeres en cargos bajos (36%) que en cargos altos (25%) y que las mujeres representan solo un 35% de la fuerza laboral que utiliza tecnologías avanzadas (Basco et al., 2021)⁴.

⁴ Sobre el particular, el presidente del BID, Mauricio Claver-Carone ha manifestado: “La desigualdad de género, particularmente en el mercado laboral, ha obstaculizado el crecimiento económico y el desarrollo social en la región durante demasiado tiempo. Es por eso que invertir en el liderazgo femenino y promover empresas propiedad de mujeres es fundamental para impulsar un crecimiento sólido y sostenible en toda América Latina y el Caribe”.

Esta preocupante disparidad también se ve reflejada en el informe elaborado por la CEPAL⁵ en 2015 donde, tras analizar la situación de 72 grandes empresas de la región latinoamericana, advirtió que solo 3 de ellas (lo que representa el 4,2%) contaba con una mujer como CEO (presidenta o directora general). Además, la representación femenina alcanzó el 8% en los directorios, mientras que fue del 9,5% en los comités y juntas directivas. Este mismo organismo, en un estudio publicado a comienzos del 2021, demostró que la situación se agravó tras la pandemia del COVID-19, generando un retroceso de más de una década en los avances logrados en materia de participación laboral.

Estos datos fácticos provenientes de estudios científicos efectuados por organizaciones estatales, paraestatales o privados de gran importancia revelan una realidad impactante, máxime si se compara con la cantidad de profesionales universitarios de sexo femenino que egresan cada año de las universidades argentinas. Entonces, ¿por qué las mujeres ocupan tan pocos cargos de jerarquía en las organizaciones privadas?

4. ¿Cómo desafiar el cambio?

Fernández de Andreani ha sostenido que

la desigualdad de las mujeres con relación a los hombres se experimenta en todos los órdenes de la vida; sin embargo, se agudiza notablemente en los ámbitos empresariales. En efecto, aun cuando pensamos que no hay ámbito ni territorio en el que las mujeres no estemos en desigualdad con los hombres, no hay duda de que el poder económico y empresarial es uno de los últimos y más resistentes bastiones del patriarcado. Por cierto, un ámbito donde la discriminación contra la mujer es palpable (Fernández de Andreani, 2020, p. 1).

La autora efectúa un exquisito resumen de las circunstancias socioculturales actuales, que no son más que el aferramiento a siglos de avances de la mujer en ámbitos que el hombre había reservado para sí. “El género es una carrera en la que algunos de los corredores compiten solo por la medalla de bronce” (Harari, 2020, p. 174)⁶.

Así, la problemática planteada no se circunscribe a una cuestión meramente legal, sino que salta los despachos de los estudiosos de la ley para instalarse como un cuestión social y cultural, que alcanza a todos los ámbitos de la vida desde hace mucho tiempo. El techo de cristal (cuestión que se analizará más adelante), existe como consecuencia de prácticas ancestrales y se encuentra instaurado en la sociedad como un hecho de la naturaleza.

Una vez comprendidas estas cuestiones, comenzaremos a pensar cómo cambiar la cultura de lo masculino por sobre lo femenino (en lo referente al objeto de estudio del presente), reconociendo que la lucha —en el sentido más estricto de la palabra— ha comenzado hace varias décadas o incluso siglos, desde las periferias del poder hacia los núcleos centrales del mismo en un avance imparable de progreso y desarrollo. La superación de

⁵ En similar sentido, ver informe del mismo organismo, Rodríguez Gustá (2010).

⁶ El autor agrega: “Es cierto que un reducido grupo de mujeres han conseguido alcanzar la posición alfa, como Cleopatra de Egipto, la emperatriz Wu Zetian de China e Isabel I de Inglaterra. Pero se trata de excepciones que confirman la regla. A lo largo de los cuarenta y cinco años de reinado de Isabel I, todos los miembros del Parlamento eran hombre, todos los oficiales de la marina y del ejército reales eran hombres, todos los jueces y abogados eran hombres, todos los obispos y arzobispos eran hombres, todos los teólogos y sacerdotes eran hombres, todos los médicos y cirujanos eran hombres [...] casi todos los escritores, científicos, arquitectos, poetas, filósofos, pintores y músicos eran hombres”, p. 174.

los conceptos preconcebidos puede darse en diferentes niveles mediante recomendaciones⁷, acciones positivas⁸ o normas imperativas⁹.

Las leyes, en líneas generales, reglamentan o norman comportamientos sociales que ya se encuentran establecidos. *Praeter legem*. Mientras que en muy pocas ocasiones tratan de cambiar un comportamiento arraigado, para modificarlo o eliminarlo. Así, el divorcio vincular fue una ley que reglamentó una situación de facto que ya existía en el país; algo muy similar ya se había dado con el matrimonio igualitario, en los derechos del conviviente o en cuestiones hereditarias, solo por mencionar algunos.

Por el contrario, para cambiar un comportamiento se necesitan leyes que obliguen y sancionen la desobediencia, pues se intenta que los ciudadanos dejen de comportarse de un modo, que es costumbre, para adquirir otra forma de actuar. Exige un cambio de pensamiento. Si partimos de la idea de que la disparidad de género en los órganos empresariales es tomada como un “hecho de la naturaleza”, como se ha explicado en párrafos anteriores, esta última cuestión es la que debe darse en las empresas y personas jurídicas en general.

4.1. La introducción de medidas *soft law*

Diferentes organismos del país han venido efectuando recomendaciones con el objetivo de incorporar a las mujeres en ámbitos de poder y decisión dentro de organismos privados. La Resolución 622/2013 de la Comisión Nacional de Valores (actualizado mediante Resolución General 797/2019), referido al Código de Gobierno Societario¹⁰, dispone —entre otras cuestiones— que los directorios de las empresas abiertas deberán activamente propiciar la conformación de un Directorio diverso, teniendo en consideración la diversidad de género, origen geográfico, edad, perfil étnico y experiencia profesional. El organismo estatal recomienda que la transparencia y divulgación en diversidad de género en el Directorio debe entenderse como un elemento importante para los inversores mostrando la profesionalización del órgano; así es importante agregar que la diversidad de género expande la base de talentos para poder mantener actualizado y profesionalizado el funcionamiento del órgano societario.

El Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación ha hecho lo propio, en conjunto con la CNV, al dictar la Resolución Conjunta 21.029/2021¹¹ que dispone una guía de recomendaciones para la igualdad de género en el Mercado de Capitales, pensada para sensibilizar y desarrollar la inclusión de la igualdad de género y el respeto por la diversidad como valor de la compañía. De esta se desprende —en lo que aquí interesa— la intención de lograr una paridad de género en las distintas áreas de las compañías, pudiendo implementar una suerte de medida afirmativa y orientar intencionalmente las búsquedas laborales a géneros que se encuentren subrepresentados.

Asimismo, reconoce la existencia del “techo de cristal en los directorios”, refiriéndose a obstáculos que las mujeres deben enfrentar para poder ocupar puestos jerárquicos en su carrera profesional, recomendando incorporar a personas de géneros distintos ya que esto

⁷ Las recomendaciones consisten en propuestas que intentan generar inquietud, empatía y sugerencias respecto del despliegue de determinadas conductas, apuntando a convencer a los destinatarios de la acción sobre la bondad de adoptar las medidas enunciadas.

⁸ Las acciones positivas son mecanismos indirectos —en relación con el objeto perseguido— que conforman medidas concretas de comienzos de corrección de la situación de desequilibrio que se pretende recomponer a modo de impulsar políticas determinadas.

⁹ Las normas imperativas son aquellas dispuestas por el legislador que resultan obligatoria para los destinatarios y de las cuales estos no pueden apartarse, bajo apercibimiento de ser objeto de sanción.

¹⁰ Sancionado por la CNV en relación con las sociedades que se encuentran autorizadas por el organismo para hacer oferta pública de sus acciones (sociedades abiertas).

¹¹ Una explicación detallada de la mencionada resolución puede encontrarse en Fernández de Andreani y Spagnolo (2021).

—al entender de la Resolución— promueve una cultura empresarial basada en la igualdad de oportunidades y demuestra un fuerte compromiso de la compañía con la igualdad de género.

También se han intentado acciones positivas, mediante la ley de Impuesto a las Ganancias N° 27.617, incorporando dos párrafos tendientes a incentivar las políticas de paridad de género en los órganos directivos de las empresas¹². En idéntico sentido, el Banco Ciudad de Buenos Aires posee líneas de préstamos con tasas diferenciadas; cuando la titular de la empresa sea una mujer, cuando los accionistas de la empresa (o grupo de control mayoritario) se encuentre en cabeza de una mujer; o cuando el directorio se encuentre paritariamente repartido¹³.

Sin perjuicio de los esfuerzos demostrados por diferentes entidades públicas mediante las reiteradas recomendaciones y las acciones positivas (recomendaciones o incentivos) llevadas a cabo, ¿por qué las empresas siguen sin modificar sus directorios? La respuesta nos lleva a retomar el inicio de este acápite: para modificar una conducta arraigada en una sociedad se necesitan mecanismos que obliguen y sancionen, cuestión que ha ocurrido en otras latitudes y que han demostrado asombrosos resultados.

Ello así por cuanto para perpetuar un cambio y arraigarlo en su cultura, esto es un cambio cultural. Se necesita principalmente de un poder volitivo que convierta lo que hoy es una obligación en un acto natural. Esta cuestión puede observarse, por ejemplo, en la educación —principalmente la universitaria— que estaba prohibida para las mujeres durante muchos siglos, y hoy resulta ser tan natural que incluso la tasa de egresadas es mayor que la de hombres. Dentro de este ámbito, las áreas de las ciencias duras como la física, la medicina, la ingeniería ya no son un reducto masculino, sino que se abrió completamente a las mujeres, resultando natural observar a una mujer atendiendo un paciente, dirigiendo una construcción o conduciendo un laboratorio de investigación.

5. Un cambio posible. El caso europeo

En diversos países europeos se han sancionado disposiciones legales que construyeron a las empresas a readecuar sus órganos de administración para alcanzar la paridad de género. Así, por ejemplo, España ha sancionado en el año 2007 la Ley Orgánica 3/2007, mediante la cual se dispuso la igualdad efectiva de mujeres y hombres mediante la incorporación del artículo 75 referido a la responsabilidad social de las empresas, disponiendo:

Las sociedades obligadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta ley. Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta ley¹⁴.

En el año 2011 Bélgica aprobó una ley¹⁵ que fija un cupo mínimo del 33% de representación femenina en los órganos de dirección de las empresas que cotizan en bolsa (empresas abiertas).

¹² Un minucioso análisis de la cuestión es realizado por Vitolo (2021).

¹³ “Los préstamos ofrecidos por la entidad bancaria otorgan una reducción del 10% de la tasa corriente respecto a otras empresas”. Fernández de Andreani y Spagnolo (2021, p. 5)

¹⁴ La Ley de Sociedades de Capital de España dispone, en su artículo 529 bis, inc. 2°: “El consejo de administración deberá velar por que los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad de género, de experiencias y de conocimientos y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras”.

¹⁵ Un estudio, citado en los considerandos de la ley, mostró que de los 154 puestos de los consejos de administración de las empresas de Bélgica sólo había 11 mujeres, es decir, solo un 7% de las posiciones más estratégicas. Así, en las empresas más importantes de Bélgica, que la mujer esté en las posiciones superiores de la empresa es una excepción.

En Italia, la implementación de esta medida ha sido gradual, a través de tres mandatos de cada consejo (las compañías italianas renuevan estos órganos de gobierno trianualmente). De esta forma, al cabo de nueve años, y una vez alcanzada una presencia femenina equilibrada en el consejo, de como mínimo 33% durante dos mandatos consecutivos, las cuotas decaen. La ley fija que cada nueva vacante que se produzca en los Consejos deberá ser cubierta con una mujer. Establece, además, plazos de aplicación que van entre los ocho y seis años, dependiendo del tamaño de la empresa.

En el año 2003, Noruega se convirtió en el primer país del mundo en exigir, mediante una ley, un cupo mínimo de ocupación de mujeres en el directorio de ciertas sociedades que cotizan en bolsa (dependiendo el tamaño) y “hoy se ubica en el podio de las sociedades con mayor participación de mujeres en los directorios de empresas, alcanzando el 41,8%” (Cifuentes, 2020)¹⁶.

Luego de promulgar la ley, el Gobierno llegó a un acuerdo con las empresas privadas respecto a que la ley no sería obligatoria si es que el grado de representación exigido había sido logrado voluntariamente para julio de 2005. Como solo el 13,1% de las sociedades anónimas privadas había cumplido la norma, se les exigió a partir de enero de 2006. El cumplimiento total de la ley fue en enero de 2008 y se establecieron sanciones que iban desde multas hasta, incluso, la disolución de la empresa por incumplimiento de la ley (Terjesen, 2008).

Francia es el país de Europa que más fuertemente se ha abocado a la cuestión de género¹⁷. En el año 2011 modificó el Código de Comercio (art. L. 225-17) y estableció una cuota del 40% en los directorios o consejos de administración de las grandes empresas, con el fin de que ambos sexos estuvieran debidamente representados. Esta norma fue reforzada en agosto de 2014 por la Ley de igualdad entre hombres y mujeres (*loi no 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*) y entró en vigor en enero de 2017. La reglamentación establece una cuota del 40%, y aplica a las empresas cuyas acciones cotizan en el mercado regulado; a las empresas privadas con ingresos o activos totales superiores a los 50 millones de euros durante tres años consecutivos y con 500 o más empleados, cuestión que fue disminuida entre 250 y 499 en el año 2020; y también a las organizaciones gubernamentales.

Para lograr la adhesión y cumplimiento de la normativa, Francia dispuso como sanción que, en caso de nuevos nombramientos, estos serían nulos si no cumplen con la cuota estipulada, y todos los honorarios de los directores pueden ser retenidos hasta que se cumplan los requisitos.

5.1. La necesidad de “exigir” el cambio

A sentido contrario, Dinamarca, Alemania¹⁸, Luxemburgo, Polonia, Suecia y Reino Unido no han consagrado ninguna medida obligatoria, sino solamente han adoptado acciones de carácter voluntario que promueven la representación de las mujeres en los puestos superiores

¹⁶ Esta ley es bastante estricta y exige cuotas precisas dependiendo del tamaño de la junta directiva, con sanciones en caso de incumplimiento. Fue una ley controvertida en su oportunidad, y que produjo reticencia especialmente por parte del sector empresarial. En su momento, el ministro de Comercio e Industria de la época, Ansgar Gabrielsen, sostuvo que la principal razón de una ley de cuotas es financiera, pues las mujeres constituyen al menos el 50% de los licenciados universitarios, por lo que no hay motivo para desperdiciar su talento y formación, en la que por lo demás el Estado invirtió. Así, resultaría incomprensible que no estuvieran en los directorios de las empresas.

¹⁷ En el año 2017, el gobierno francés declaró la igualdad de género como una causa nacional. Se la denominó la “gran causa del quinquenio del Presidente de la República”, con compromisos asumidos por las distintas carteras del gobierno, incluyendo trabajo, cultura, justicia, transporte, fuerzas armadas, educación, agricultura, entre otras (Secrétariat d'Etat chargé de l'Égalité entre les femmes et les hommes et de la lutte contre les discriminations, s/f).

¹⁸ En el año 2014 Alemania hizo lo propio con la intención de fijar un piso mínimo de 30% de mujeres en los directorios de las grandes compañías, habiendo proyectado elevar el mismo hasta un 40% para el año 2020.

de gestión. Sin perjuicio de ello, en el 2012, la Unión Europea evaluó que las medidas no vinculantes, en especial en las cotizadas, no habían logrado el objetivo de aumentar la igualdad de género en las empresas del conjunto de la Unión, salvo en los países que habían introducido medidas imperativas (como las detalladas en párrafos anteriores), por lo cual resolvió una Propuesta Directiva del Parlamento Europeo destinada a mejorar el equilibrio de género en los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas.

Los fundamentos de la Propuesta destacan que, durante varias décadas, los Estados miembros y las instituciones de la UE han intentado numerosas veces promover la igualdad de género en la toma de decisiones económicas, en particular para aumentar la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas, adoptando recomendaciones y fomentando la autorregulación. Recuerdan los parlamentarios que dos Recomendaciones del Consejo (de 1984 y 1996) instaban a que el sector privado aumentase la presencia de mujeres en todos los niveles de la toma de decisiones, en particular mediante programas de acción positiva (incentivos), y a que la Comisión adoptase medidas para alcanzar un equilibrio de la participación de género en ese ámbito. Las iniciativas nacionales de autorregulación y de gobernanza de las empresas pretendían incitar a estas a nombrar un mayor número de mujeres en puestos de alto nivel.

Sin perjuicio de estos intentos, el aumento de la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas ha avanzado muy lentamente, con un incremento medio anual en los últimos años de tan solo el 0,6 %. Destacan que en los diferentes Estados miembros ese porcentaje ha sido desigual y ha producido resultados muy divergentes, resaltando que los avances más importantes se registraron en aquellos Estados miembros y otros países en los que se habían adoptado medidas vinculantes¹⁹.

En un esclarecedor párrafo, el Parlamento explica:

El núcleo del problema radica en la persistencia de numerosos obstáculos a los que se enfrenta el número de mujeres altamente cualificadas, en permanente aumento, que están preparadas para ocupar puestos en los consejos en su camino hacia los puestos más altos de las empresas. La reticencia a designar candidatas femeninas para puestos en los consejos tiene a menudo sus raíces en los estereotipos de género en el momento de la contratación y promoción, en una cultura empresarial dominada por los hombres y en la falta de transparencia de los procedimientos de nombramiento para los puestos en los consejos. Estos elementos, que a menudo se denominan en su conjunto el «techo de cristal», socavan el óptimo funcionamiento del mercado de trabajo de los puestos para altos directivos en toda la UE²⁰.

Atento a lo visto, Europa ha podido analizar —mediante hechos fácticos ocurridos en los países de su Unión— que el porcentual de mujeres en las juntas directivas de empresas privadas solo puede lograrse mediante medidas más agresivas que las simples recomendaciones, destinadas a dar la posibilidad real (no solo legal) a que mujeres altamente capacitadas puedan desempeñarse en los más altos cargos jerárquicos. La comparativa de los Estados en los cuales

¹⁹ La conclusión resulta ser parcial, pues Suecia y Finlandia se encuentran entre los países con el mayor número de mujeres en directorios, aunque no cuentan con metas o cuotas respecto a la diversidad de género. Estos casos resultan ser el mejor ejemplo de cómo cuando se produce un cambio cultural en su población no se necesitan de acciones positivas que incentiven (u obliguen) la introducción de ciertas medidas o disposiciones.

²⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, Bruselas, 2012, p. 4.

existe una normativa imperativa²¹ al respecto han mostrado que las empresas pueden funcionar igual o de mejor manera, derribando el mito de que las mujeres no ocupan cargos de alta dirección porque no quieren sino porque no se les da el espacio correspondiente.

6. Obligatoriedad de los cupos de género

Luego de haber recorrido por las legislaciones europeas, debemos preguntarnos si para lograr una paridad entre hombres y mujeres en la composición de los órganos de gobierno societario es necesario el establecimiento de cupos o cuotas obligatorias.

Sobre este particular, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ha determinado que de 12 jurisdicciones que informaron establecer requisitos obligatorios para las empresas que cotizan en bolsa, cinco exigen al menos el 40% de la participación femenina en los consejos (Dinamarca, Francia, Islandia, Noruega y España), mientras que cuatro establecen la cuota entre un 20% y un 35%. Tres jurisdicciones requieren que las compañías públicas tengan al menos una directora en sus juntas y cinco de estas jurisdicciones informan que han establecido sanciones en caso de que no se cumpla con el cupo previsto.

Determinados países cuentan con orientaciones o recomendaciones, del tipo *soft law* o *comply-or-explain provision* (cumplir o explicar), entre los que se destacan Reino Unido, quien impulsó el objetivo no vinculante del 25% de mujeres en directorios de las compañías que cotizan en bolsa para fines del 2015 (objetivo que no ha sido alcanzado).

Panamá ha dictado, en el año 2017, la ley N.º 56 que establece cupos mínimos de mujeres en los diferentes organismos (incluyendo empresas públicas, instituciones financieras y bancos), de manera progresiva previendo llegar al 30% en el año 2020, sin sanciones por incumplimiento, sino adoptando una norma del tipo “cumplir o explicar”. Brasil, sin ley obligatoria, ha adherido al “club del 30%”²², fijando como uno de sus objetivos eliminar las juntas directivas compuestas solo de hombres en el B3 Novo Mercado para el 2020²³, y alcanzar el 30% de directoras mujeres en las juntas de las listas de empresas del B3 IBRX 100 para el 2025.

En líneas generales, los países con legislación que obliga al cumplimiento de determinados cupos han tenido mayor éxito en sus resultados que aquellos que solo optaron por recomendaciones (con excepción de los casos de Suecia y Finlandia). Entre los primeros, para lograr el cumplimiento, se han consagrado sanciones que van desde multas, pasando por la retención de los honorarios de los directores, la nulidad de las designaciones llegando incluso a la disolución de la sociedad por incumplimiento de la ley.

Entonces, llegados a este punto, ha quedado de manera manifiesta que el camino idóneo para lograr los objetivos planteados es a través de normas imperativas, con fuertes sanciones ante su incumplimiento, para llegar y mantener el mínimo del 30% de los cargos ocupados por mujeres. La pregunta por contestar es ¿cuál debe ser la naturaleza de la disposición?

²¹ En los países de Latinoamérica que no cuentan con normas imperativas referente a cupos de género en los directorios de empresas, los números expuestos por la consultora internacional Deloitte son los siguientes: en Brasil el 8,6% de los cargos directivos son ocupados por mujeres (2018), en Colombia, el número alcanza al 13,9% (el más alto de América Latina), Chile llega al 7,7% y, como se vio, Argentina al 4,7%. Los datos fueron obtenidos de Cifuentes (2020, p. 11).

²² Campaña lanzada en el Reino Unido en 2010 por un grupo de presidentes y directores ejecutivos para aumentar la diversidad de género en los directorios y que posteriormente amplió su enfoque a los equipos de alta gerencia. La campaña ahora tiene presencia en catorce países.

²³ Al momento de escribir el presente artículo, el país aún no había mostrado las cifras alcanzadas en el año 2020.

6.1. Legislar, reglamentar y controlar

No existe controversia en la doctrina sobre las bases convencionales y constitucionales que sustentan la posibilidad de los gobiernos de sancionar leyes que reglamenten, limiten o determinen un cupo o paridad de género en la composición de los órganos societarios. Así, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) brega por eliminar las diversas formas de discriminación que afectan a las mujeres, con la convicción de que estas constituyen un grupo social respecto del cual existe una realidad de exclusión basada en su sexo, del que resulta un menoscabo o desconocimiento de la titularidad, goce y ejercicio de los derechos humanos en las diversas esferas de la sociedad (Fortunato y Prono, 2021).

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida también como la Convención de Belem do Pará) señala que se debe entender por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 1) y que toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, contando con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos (art. 5).

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha aprobado el Convenio 111 y la Recomendación, estableciendo planes de acción a través del Consejo de Administración que consideró que las exclusiones generales de ciertos empleos u ocupaciones del ámbito restringido que pretende resguardar la igualdad de trato son contrarias al Convenio. La Declaración y Programa de Acción de Viena establece que los derechos humanos de las mujeres y niñas forman parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales.

La Cuarta Conferencia Mundial de Beijing de ONU Mujeres explicitó:

El empoderamiento y la autonomía de la mujer y la mejora de la condición social, económica y política de la mujer es esencial para lograr un gobierno y una administración transparentes y responsables y el desarrollo sostenible en todos los ámbitos de la vida. Las relaciones de poder que impiden que las mujeres lleven una vida plena operan en muchos niveles de la sociedad, desde los más personales hasta los más públicos.

En esta hermenéutica, y conforme al Estado republicano en el que se desarrollan las sociedades, el Congreso de la Nación resulta ser el órgano natural donde este tipo de decisiones deben ser debatidas, discutidas y sancionadas. No existe en nuestro país una institución que permita una discusión más amplia y heterogénea como lo son las cámaras de senadores y diputados, donde pueden escucharse, analizarse y debatirse la forma, extensión y progreso de las medidas que son necesarias para garantizar a la mujer la igualdad real de oportunidades y el sano desarrollo de las empresas en el país.

Cuando referimos a “extensión y progreso” hacemos referencia a la realidad social en la que se desenvuelve cada país y cómo una medida del tipo que aquí se analiza, si bien no implica una violación a ningún derecho y se encuentra ampliamente justificada, necesita ser exigida desde los más altos niveles y empresas más grandes hacia las más pequeñas. Comenzar desde lo macro hacia lo micro, teniendo especial consideración la posibilidad real y cierta de las personas jurídicas alcanzadas por la medida que puedan hacerla cumplir.

En el más burdo de los ejemplos, resultaría ilógico exigirle a una pequeña empresa familiar (PyME), cuya explotación la llevan a cabo dos hermanos hombres, y cuyos honorarios no son sino el resultado de la distribución de los dividendos, contratar a una persona ajena a la empresa.

Una decisión de este tipo acarrearía una complejidad insuperable para miles de pequeñas empresas, organizaciones, consorcios, asociaciones y cualquier tipo de persona jurídica; razón de ello fue que tal circunstancia se tuvo en cuenta en las regulaciones europeas²⁴.

6.2. El alcance de las medidas a tomar

Hemos determinado, entonces, que la mejor y más correcta forma de fijar cuotas o cupos de género en los directorios de las empresas es a través de una ley general, amplia, contemplativa de las diferentes realidades de cada explotación económica y progresiva, que le permita al empresariado proyectar los pasos a seguir, la selección y preparación de los ámbitos y estructuras para adaptarse a las nuevas exigencias de un Estado que debe ser garante de las igualdades reales entre hombres y mujeres.

Esa garantía debe consistir en una onda expansiva que se propaga hacia todas las direcciones. Esto es, para que la igualdad deje de ser un mero *slogan* o letra muerta en alguna normativa olvidada, deben tomarse acciones positivas y disponer sanciones que obliguen a modificar el arraigado comportamiento corporativo que se encuentra enraizado no solo en las empresas privadas, sino también en las empresas estatales y en todos los órganos y niveles del gobierno en general.

Una normativa que tenga por objetivo lograr un real cambio cultural exige un esfuerzo de todos los actores que desempeñan un papel social relevante. Así como se han exigido cupos mínimos en las listas electorales legislativas y se estudia la posibilidad de extender este pensamiento a los órganos administrativos, de consejo y asesoramiento de empresas privadas y públicas, debe también alcanzar a las listas electivas presidenciales, de gobernadores, locales (donde existan intendente y viceintendente), e incluso en la composición de los gabinetes de todos los espacios y niveles de gobierno.

Nos hemos explayado en extenso sobre las ventajas y —por, sobre todo— la necesidad de que se garanticen y reconozcan espacios de poder a la mujer. Estudios de diferentes organismos han determinado que el piso del 30% permite que se rompa el esquema lógico del arraigamiento cultural y los niveles de participación permanezcan y se extiendan en el tiempo.

7. Conclusiones

En el recorrido efectuado en el presente artículo, hemos advertido que la discusión que se está desarrollando en Argentina sobre el cupo de género en las áreas de dirección y gerencia en las personas jurídicas se ha abordado desde hace muchos años en otras latitudes del planeta. Así, se ha encontrado mejoras y avances muy importantes con evidencias fácticas realmente interesantes que nos sirven de punto de apoyo para debatir una disposición que sea marco en la Nación.

Se ha demostrado que en cuestiones de género —de íntima vinculación cultural— para lograr un cambio real se necesitan de herramientas legales imperativas con fuertes sanciones tendientes a efectuar un salto hacia una nueva realidad e instalar, en el mediano y largo plazo, cambios duraderos brindando a la mujer el espacio de poder y decisión que le corresponde, garantizando una igualdad real (artículo 16, Constitución Nacional).

Se han visto también los magros resultados de las recomendaciones e incentivos, que si bien contribuyen a los cambios no alcanzan para generarlos. Esta cuestión ha sido resaltada por la Unión Europea y mostrada en la realidad argentina a través de los estudios efectuados por la doctrina.

²⁴ La propuesta de la Unión Europea solo exige aquellos cambios del Derecho de sociedades nacionales que son estrictamente necesarios para una armonización mínima de los requisitos aplicables a las decisiones de nombramiento... No se aplica a las pequeñas y medianas empresas (PyME), para las que estas medidas podrían suponer una carga desproporcionada.

En razón de todo ello, la conclusión aparece como una luz al final del túnel: políticas públicas que, dirigidas por leyes sancionadas en el marco de un amplio debate y participación de los diferentes actores sociales, pongan en movimiento a todo el aparato estatal para dirigir, coordinar y controlar el cumplimiento de metas que deben ir progresando, desde el 30% hasta niveles de igualdad absoluta, desde las empresas más grandes y poderosas hacia las de menor envergadura, teniendo siempre presente la realidad social y económica de las pequeñas y medianas explotaciones económicas.

En lo que respecta a las Resoluciones de la Inspección General de Justicia, que dieron el puntapié inicial a esta investigación, entendemos que son ajustadas a derecho (punto 6.1 de este trabajo), y contribuyen a promover una nueva cultura empresarial argentina. Si bien los alcances no son los que puede tenerse mediante una ley dictada por el Congreso Nacional, permiten comenzar a tejer una red de normativas imperativas que exijan cupos femeninos en un mercado signado por el dominio del hombre.

La Cámara Nacional en lo Comercial se limitó a rechazar la medida con un mero formalismo de interpretación restrictiva, pues la IGJ es intérprete de la Ley General de Sociedades, y esta no exige, pero tampoco prohíbe el establecimiento de una disposición de cupos máximos o mínimos. A sentido contrario, la interpretación brindada por la Cámara Nacional en lo Civil, sala M, refleja de manera contundente el lugar que deben ocupar las mujeres y cómo todo el aparato estatal debe estar dirigido a satisfacer tales derechos.

Referencias bibliográficas

- Basco, A., Barral Verna, Á., Monje Silva, A., Barafani, M., Sant Anna Torres, N. y Oueda Cruz, S. (2021). *Una mirada desigual: la equidad de género en las empresas latinoamericanas y del Caribe*. BID. <https://doi.org/10.18235/0003427>
- Cifuentes, P. (2020). Las cuotas de género en los directorios de las empresas públicas y privadas. *Asesoría Técnica Parlamentaria*, 1-11.
- Daglio, A., Cicco, C. de, Mortola Saiach, J. y Schargrotsky, M. (2020). *Perspectivas para la implementación de cuotas de género en los directorios empresariales de la argentina* [Trabajo Final de Grado]. Torcuato Di Tella, Argentina. https://drive.google.com/file/d/1XPVxXTARk_2NdTDVT-fXhDXrbuM_CGIE/view
- Fernandez de Andreani, P. (2020, agosto). La Inspección General de Justicia a la vanguardia en materia de paridad de género. *La Ley*, 1-12.
- Fernandez de Andreani, P. y Spagnolo, L. (2021, agosto). Avanza la diversidad en las sociedades comerciales. *Doctrina Societaria Y Concursal*.
- Fortunato, C. y Prono, J. (2021). La resolución 34/2020 de la Inspección General de Justicia y los derechos de la mujer. *RDCO*, 305, 111.
- Harari, Y. N. (2020). *De animales a dioses: breve historia de la humanidad*. Debate.
- Jablonka, I. (2020). *Hombres Justos.: Del patriarcado a las nuevas masculinidades*. Anagrama.
- Rodríguez Gustá, A. (2010). *Igualdad de género en las empresas. Cómo avanzar con un programa de certificación de sistemas de gestión de equidad de género*. PNUD.
- Terjesen, S. (2008). Female presence on corporate boards: a multicountry of environmental context. *Jena Economic Research Papers*, 009.
- Vitolo, D. (2021, julio). Paridad de género en la administración de las personas jurídicas privadas. De lo binario a lo diverso. DE las recomendaciones y acciones positivas a la imperatividad. *La Ley*, 1-12.

Sentencias

Cámara Nacional Comercial, sala C (2021). *Caso Inspección General de Justicia c/ Línea Expreso Liniers S.A.I.C. s/organismos externos*. Sentencia de 09 de agosto de 2021. Expediente N° 1651/2021/CA01.

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes:

- Comisión Nacional de Valores (2019), *Informe sobre Género en los Directorios de las Empresas del Mercado de Capitales*, 12/03/2019, <https://www.cnv.gov.ar/SitioWeb/Prensa/Post/1308/1308informe-sobre-genero-en-los-directorios-de-las-empresas-del-mercado-de-capitales>
- KPMG (2018), *Las mujeres en los directorios de las 500 empresas que más venden en la Argentina*, 07/09/2018. <https://home.kpmg/ar/es/home/media/press-releases/2018/09/las-mujeres-en-los-directorios-de-las-500-empresas-que-mas-venden-en-la-argentina.html>
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (sin fecha), *Las mujeres en el mundo del trabajo*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_ctio_documento-detrabajo.pdf
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2015), *Mujeres en puestos de alta dirección en grandes empresas de América Latina*. <https://www.cepal.org/es/infografias/mujeres-en-puestos-de-alta-direccion-en-grandes-empresas-de-america-latina>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2021), *La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad*, ONU. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46633-la-autonomia-economica-mujeres-la-recuperacion-sostenible-igualdad>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2021), *La pandemia del COVID-19 generó un retroceso de más de una década en los niveles de participación laboral de las mujeres en la región*, ONU. <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-pandemia-covid-19-genero-un-retroceso-mas-decada-niveles-participacion-laboral>
- Ministerio de Educación (2021), *Mujeres en el sistema universitario argentino*, 2019-2020, Dpto. de información universitaria. https://drive.google.com/file/d/1QUPb0iN-qnzvT-Tnenj3EY8DNufDsOy_S/view
- Deloitte (2020), *Women in the Boardroom: A Global Perspective*. Global Center for Corporate Governance. Sixth edition. <https://www.deloitte.com/global/en/services/risk-advisory.html>
- OECD (2019), *Corporate Governance Factbook 2019*. <https://www.oecd.org/daf/ca/OECD-Corporate-Governance-Factbook-2019.pdf>

Iuris Dictio

Miscelánea

Nº 30, DIC. 2022

E-ISSN 2528-7834

m

i

s

c

e

l

á

n

e

a

•

 USFQ
PRESS

LITIGATING INDIGENOUS RIGHTS IN MEXICO: THE JUBA WAJIÍN IN SAN MIGUEL DEL PROGRESO CASE

Litigando derechos Indígenas en México: caso de los Juba Wajiín
de San Miguel del Progreso

SALVADOR HERENCIA-CARRASCO¹

Human Rights Research and Education Centre, University of Ottawa, Canada

Abstract

In June 2017, the Juba Wajiín were the first Mexican indigenous peoples to reverse a decision by the Ministry of Finance, which had authorized the granting of approximately 80% of their territory to mining concessions. This significant victory of the Juba Wajiín was achieved in a Mexican court. The purpose of this article is to raise awareness about the struggle of the Juba Wajiín, an indigenous Me'phaa people in the state of Guerrero, Mexico. The article will analyze how the community organized itself socially and legally to protect its rights before courts, concluding with some possible lessons of this case for other Indigenous Peoples in Mexico and Latin America.

Keywords

Mexico, Indigenous People, Juba Wajiín, Inter-American Human Rights System, Business and Human Rights.

Resumen

El objetivo de este artículo es dar a conocer la lucha de los Juba Wajiín, un pueblo indígena Me'phaa del estado de Guerrero, México. En junio de 2017, los Juba Wajiín fueron el primer pueblo indígena mexicano en revertir una decisión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que había autorizado el otorgamiento de aproximadamente el 80% de su territorio a concesiones mineras. El artículo analizará cómo la comunidad se organizó social y legalmente para proteger sus derechos, y luego concluirá sobre las posibles lecciones de este caso para México y América Latina.

Palabras clave

México, Pueblos Indígenas, Juba Wajiín, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Empresas y Derechos Humanos.

1. Introduction

In June 2017, the Juba Wajiín became well-known in Mexico for judicially defeating the federal government, achieving the recognition by a court of their right to territory and to free, prior, and informed consultation (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero,

¹ Director of the Human Rights Clinic of the Human Rights Research and Education Centre and part-time professor at the Section de Droit Civil of the University of Ottawa, Canada. E-mail: shere045@uottawa.ca; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1772-8140>.



2017). This was the first time that a federal court in Mexico² reversed an order coming from the Ministry of Finance.

The Júba Wajjiín are an Indigenous Me'phaa people, located in the community of San Miguel del Progreso, in the state of Guerrero. This community has an ancestral presence in this territory, which is rich in natural resources. Given the geography of the place, surrounded by mountains, this community has been relatively isolated, being able to preserve much of their culture, traditions, and language. The surrounding mountains are sacred to the people, and a central aspect of their spiritual rites, culture, and religion.

Mexico, like many Latin American countries, constitutionally recognizes the rights of Indigenous Peoples and boasts of the multiculturalism of its societies. However, this recognition tends to be in name only, with Indigenous Peoples often marginalized and discriminated against (UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, 2013). Although, most Latin American States, including Mexico, are parties to the International Labour Organization (hereinafter, "ILO") Convention 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries and have signed the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (hereinafter, "UNDRIP") governments rarely conduct prior consultation processes in accordance with international human rights standards, particularly those interpreted under the American Convention on Human Rights (hereinafter, "ACHR") and established by the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter, "IACtHR").

With several barriers to seeking recourse in the formal justice system (Antkowiak, 2014), Indigenous Peoples often resort to social protest as the main vehicle for the defence of their territory (Quintana and Flores, 2017). This, however, makes Indigenous leaders more vulnerable and exposed to attempts on their lives and integrity (Blaser, et. al., 2004).

For human rights defenders and Indigenous leaders, the state of Guerrero is one of the most dangerous places in the country. Human rights defenders and Indigenous leaders are constantly harassed, disappeared, and killed. The kidnapping and disappearance of 43 students in 2014 in Ayotzinapa (IACHR, 2018), for example, took place just 200 kilometers away. This makes the Júba Wajjiín fight for their territory even more remarkable.

The case of the Júba Wajjiín is interesting for three reasons:

- i) It was a federal court decision, later confirmed by Mexican Supreme Court of Justice, that assessed and decided to overturn a decision of the Ministry of Finance
- ii) The legal strategy of the community was a combination of showcasing their local customs and traditions as a means to "prove their Indigeneity" with the use of International Human Rights Law (hereinafter, "IHRL")
- iii) The Júba Wajjiín community combined their legal defense with a sophisticated communications strategy to raise awareness and solidarity towards their cause.

The purpose of the paper is to explore the case of the Júba Wajjiín in San Miguel del Progreso and how their socio-legal tradition and advocacy allowed them to protect their rights and their territory. Section 1 will describe the origins of the conflict between the Júba Wajjiín and the Mexican government. Section 2 will present how the customs and traditions shaped the strategy of the

² As a personal disclaimer, I must note that I became aware of the Júba Wajjiín case in July of 2016, when organizations working on Indigenous rights in Latin America contacted our Human Rights Clinic of the Human Rights Research and Education Centre at the University of Ottawa, asking us to submit an amicus brief for this case. We submitted an amicus brief in November 2016.

Júba Wajiín to protect their territory. Section 3 will focus on the decision that recognized their Indigenous rights and how their identity and traditions were protected. Section 4 will present some conclusions on what this case means for Indigenous struggles in Mexico and Latin America.

2. The Júba Wajiín: Indigenous struggles for territory and identity

An important element of the Júba Wajiín's strategy in their fight to protect their territory was not legal at all—it was to produce and disseminate a documentary film. Released in 2016 (Tlachinollan y La Sandía Digital, 2018), the purpose of this film (Coryat, 2019) was two-fold: 1) to show the impact that mining activity would likely have on their livelihoods and, 2) to demonstrate and prove their indigeneity by showing their customs and traditions.

This last purpose is of importance for those interested in the field of public interest litigation, Business and Human Rights or Indigenous rights. Much of the content of the documentary shows religious rituals, typical dances and people going about their daily lives in traditional customs.

I had the possibility to talk to one of the members of the legal team about the purpose of the video. She explained that the video spent so much time showing the indigeneity of the community because the Ministry of Finance had, in its resolution, claimed that the Júba Wajiín were not Indigenous. Therefore, before the community could argue that there had been a breach of their right to consultation or to territory, they had to prove that they were an Indigenous People covered under the scope of ILO Convention 169 and the UNDRIP.

Even though article 1 of ILO Convention 169 and UNDRIP emphasize on the respect of self-identification to be considered Indigenous, Indigenous Peoples keep facing the need to prove their Indigenous nature “beyond reasonable doubt”. In practice, this represents an undue burden on Indigenous Peoples that hardly ever have the technical or financial resources to allocate it to tools to show their distinctive nature.

Unfortunately, the denial of a group's status as an Indigenous people—by officials at different levels of government—to obviate the right to consultation is a common practice in Latin America. For example, the Xinkas Indigenous People in Guatemala had to prove their existence in a specific part of the country, despite being one of the most important and significant Indigenous groups in the country. This practice has also been used in Ecuador and Peru, where Indigenous peoples find themselves constantly under pressure to prove their indigenous identity *vis-à-vis* third parties (Velasco Cruz, 2019).

The attempt of state organisms to politically determine who is Indigenous goes against the right to self-identification and their right to an identity. In the cases where a state cannot deny the existence of an Indigenous People, the efforts shift to question the existence or presence in a specific part of the country. The case law of the IACtHR on issues regarding land titling and delimitation of Indigenous territories reflects this tension (Corte IDH, 2021). This situation benefits extractive companies that, usually with the acquiescence of Ministries of Mining or Finance, tend to use legal voids to breach IHRL obligations to promote, protect and guarantee Indigenous rights to their land and territory.

3. Júba Wajiín: Community organization to protect their territory.

The Júba Wajiín's struggle to fight against mining activity on their territory is not new. In 2011, the Federal government decided to approve two pit mining licenses to a Mexican and a Peruvian company. The area granted for mining covered approximately 80% of the group's territory. The Juba Wajiín, supported by the Tlachinollan Human Rights Center

(Tlachinollan, 2016), presented an *amparo* constitutional recourse (Brewer-Carías, 2014) before the Supreme Court of Justice of Mexico. This case was dismissed because in the middle of the legal process, both corporations declined to continue using their mining licences.

The documentary, for example, shows a Júba Wajiín leader going to the Supreme Court of Justice, accompanied with a member of Tlachinollan, proudly leaving a copy of his legal recourse written in his own language, Me'phaa (Tlachinollan y La Sandía Digital, 2018, min. 31). Although symbolic, this shows the extent of measures Indigenous Peoples must do to prove their indigeneity.

A new legal case started in November 2015 with the publication of the “Declaratoria de Libertad de Terrenos No. 02/2015” by the Ministry of Finance. This resolution declared that most of the territory of the Júba Wajiín was free and available for mining activity. This concluded in October 2019, when the Appeals Court of the city of Acapulco confirmed the rights to consultation and territory of the Júba Wajiín (Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito de Acapulco de Juárez, 2019).

What is interesting about the case of the Júba Wajiín is how the indigenous community organized itself in its efforts to revert the resolution by the Ministry of Finance. Although the Júba Wajiín has had a presence in their territory for centuries, if not millennia, the borders of their territory were only established in 1968. As recounted by a community member (Tlachinollan y La Sandía Digital, 2018, min. 14:49-18:10), their Indigenous leaders met with representatives of neighbouring communities. The meeting ended up being an ambush and the seven Júba Wajiín representatives were killed. As a result of this episode of violence, the surrounding communities established their borders (Tlachinollan y La Sandía Digital, 2018, min. 14:49-18:10). This historical aspect is important, as the current Júba Wajiín leaders conceived of the struggle to protect their territory against mining activity to honour and uphold the memory and legacy of the seven community leaders that were killed in 1968.

The territory of the Júba Wajiín community is propitious for agriculture due to its temperate climate and access to fresh water sources. The main agricultural products they produce are coffee and corn. According to the testimonies of the community leaders, the fertility of their lands allows them not to require the economic benefits that come from mining exploitation (Tlachinollan y La Sandía Digital, 2018, min. 17:49-19:05).

The community learned that their territory had been granted a concession for mining activity through the Internet (Tlachinollan y La Sandía Digital, 2018, min. 19:05-21:00), as no state official or representative of the mining companies had previously spoken to the community. The Júba Wajiín make all their main decisions in public assemblies, or hearings, where all members have the possibility of expressing their positions (Tlachinollan y La Sandía Digital, 2018, min. 20:15-21:00). It was in such hearings that the community began planning their strategy and exploring their options. The community was already aware of international treaties that protect indigenous peoples. In one of the first assemblies on the subject, for example, community leaders referred to ILO Convention 169 (Tlachinollan y La Sandía Digital, 2018, min. 21:00).

In these hearings, the community unanimously decided to oppose the mining project, arguing “if we don't agree, it can't be exploited; they can't force us” (Tlachinollan y La Sandía Digital, 2018, min. 21:00). This decision was aided along by the fact that community representatives had visited the neighbouring community of Carrizalillo, which had a gold mining project operated at the time by Goldcorp. According to members of that community, this project had a negative impact on the health of local inhabitants, on soil quality, as well as on their access to clean water.

If the mining project had proceeded, with or without consultation, it would have severely diminished the Juba Wajiín territory. This would have caused internal displacement within the community, as well as a potential influx of outsiders into San Miguel del Progreso looking for work. As Guerrero is one of the most dangerous parts of Mexico due to drug-trafficking, this situation could have increased the potential for conflict and violence in the area (Carlsson, 2017).

Faced with this situation, community leaders sought to consult with their elders and other representatives on how to defend their territory. The community priest recommended consulting with human rights NGO located in the same state of Guerrero, Tlachinollan, to explain to them the impact that mining could have on their territory. Representatives of the NGO attended a hearing in the community to present the alternatives that the Juba Wajiín had to the government's decision to grant mining concessions in their territory. The unanimous response of the community was to work and collaborate with the Tlachinollan NGO.

A close relationship developed between the Juba Wajiín and Tlachinollan. Being a local NGO from Guerrero, the representatives of Tlachinollan were aware of the culture, language, and social structure of the Juba Wajiín. This not only allowed them to develop a relationship of trust but also enabled them to incorporate their traditions into the cases that were going to be decided by Mexican courts.

4. The decision of the Court of Guerrero: Protection of Indigenous rights

On 28 June 2017, a federal court in the state of Guerrero decided over the constitutional recourse¹² of *amparo* No. 429/2016, annulling the Ministry of Finance's resolution that had declared approximately 83% of Juba Wajiín territory as open for mining activity (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017). The Juba Wajiín petitioners had successfully argued that the resolution breached Articles 1, 2 and 27 of the Federal Constitution of Mexico (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, p. 7).

The Federal government opposed and appealed this *amparo*, arguing that the state has the constitutional prerogative to foster the exploitation of national resources. Moreover, the Ministry's attorneys argued that the state owns the natural resources and therefore, it has the authority to determine the use of public resources, particularly those located underground (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, p. 7). In addition, the state considered that the action taken by the plaintiffs limited the rights of third parties to request mining permits (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, p. 7).

The Juba Wajiín community responded to the appeal, asking the courts to protect:

- i) Their right to identify themselves as an Indigenous People.
- ii) Their right to collective land and territory.
- iii) Their spiritual connection to the land.
- iv) Their right to consultation.
- v) All these petitions were accepted by the court in Guerrero.

4.1. The right to self-recognition and self-identification

The Juba Wajiín community claimed that they have been in San Miguel del Progreso since immemorial times (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, 10) with territorial presence in the entire area today known as the state of Guerrero. They see and identify themselves as part of the Me'phaa Indigenous People. This right of self-identification is established in Article 1.2 of ILO Convention 169 and Article 33 of the UNDRIP.

Due to the 2011 Constitutional reform in Mexico that included a major incorporation of IHRL within the Mexican federal legal system (Ortega García, 2015), the provisions of the ACHR and the jurisprudence of the IACtHR were also directly applicable. In accordance with these international standards, Article 2 of the Mexican Constitution determines that “Consciousness of indigenous identity will be the fundamental criteria to determine to whom apply the provisions on indigenous people”.

The Constitution does not require an Indigenous People to prove their Indigenous nature if the group self-identifies as indigenous. That is the purpose of the right of self-recognition. Despite this constitutional protection, in practice it indeed became the task of the Court of Guerrero to decide whether the Júba Wajíín were an Indigenous people. The Court made a succinct analysis of the legal obligations of the state, concluding that self-recognition as Indigenous was the required criteria to determine if a person is covered under Indigenous law (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, p. 14). The Court used IHRL and the case law of the IACtHR, the precedents from the Supreme Court of Justice of Mexico and, most importantly, a document from the National Commission for the Development of Indigenous Peoples of Mexico, recognizing that the Júba Wajíín were an Indigenous community (Corte IDH, Sarayaku, 2012).

Regarding the case law of the IACtHR, the standards set in *Saramaka* (Corte IDH, Saramaka, 2007) and *Sarayaku* (Corte IDH, Sarayaku, 2012) were particularly important for the cause of the Júba Wajíín. These two decisions expand on the elements that a state must fulfill to carry consultation processes as well as the connection between the indigenous people and their territory, which go beyond the tenure of the land. The relationship ties to their right to culture, religion, and existence as a distinctive community as a whole. All these elements were important for the federal court to rule in favor of the Júba Wajíín.

With these elements into account, the court of Guerrero decided that self-identification of a person or a group of persons as Indigenous is sufficient to accept the application of prerogatives related to Indigenous Peoples (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, 14). As it can be seen, there was a significant amount of legal and historical evidence to conclude that the Me’phaa were an Indigenous People with historical presence in San Miguel del Progreso. Yet, the attorneys of the Ministry of Finance decided or selectively ignored this evidence to try to push for mining concessions because they knew the community would oppose such project.

Not only the state attorneys used false claims, but this professional negligence has never been investigated or penalized. The impunity that state officials benefit when trying to get extractive projects approved, even if it is going to affect people’s lives and livelihoods, is another reason why Indigenous Peoples keep suffering and usually distrust the presence of strangers in their territory.

4.2. The right to consultation and the right to territory of the Juba Wajíín

Once the court of Guerrero decided that the Juba Wajíín were Indigenous (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, p. 30), any measure adopted by the Ministry of Finance related to that land, even if it was just a declaration that the territory could be available for mining projects, breached the communal rights of the Júba Wajíín (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, p. 34). This includes their right to territory, culture, and religion (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, p. 34).

An important element of the ruling is how the court used anthropological studies as evidence to solve the case (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, pp.

34-35). These studies were used to show the territorial presence of the Juba Wajiín since colonial times, to explain the relationship between the community and the territory, their culture, and traditions. After an assessment of the evidence, the court accepted the anthropological studies to determine that the relationship between the Juba Wajiín and the territory is not just a matter of possession, production, or exploitation of the land. This relation is more complex as it entails a material, spiritual, traditional and a sustainability component.³ With this evidence in hand, the Court used the cases of *Saramaka* and *Sarayaku* of the IACtHR to reiterate the elements related to the right to consultation (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, p. 47).

Another element of the decision is the interpretation that the court makes about Article 27 of the Mexican Constitution, which refers to the sovereignty of the state over natural resources *vis-à-vis* the right to consultation. The court determined that these are not contradictory, and that the state has the obligation to respect Indigenous rights, as stated on international instruments protecting Indigenous Peoples (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, pp. 54-56).

The final decision of the court was to grant the *amparo* to the Juba Wajiín community, ordering the Ministry of Finance to strike down any legal effect of the 2015 resolution related to their land (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, p. 62). In addition, it ordered that before the Ministry adopts any measure that could affect the Juba Wajiín, a consultation must take place (Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero, 2017, p. 62). This decision was confirmed by an appeals court in Acapulco in October 2019 (Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito de Acapulco de Juárez, 2019).

5. Conclusions

The case of the Juba Wajiín is a lesson of resilience and community mobilization. The community was forced to prove their indigeneity, even though the Constitution or IHRL did not require such measure. And therein lies one of the case's greatest lessons: IHRL and Constitutions must find a way to enable access to justice earlier in the process of legal claims. A case can take years to reach a Supreme Court, or more than a decade to reach the IACtHR. We must reflect on how to make our expertise available for community based organizations. Indigenous Peoples must be allowed and empowered to determine how to defend their rights, according to their culture and traditions. Legal advice should be an accompaniment to defend their interests, but it is important for their cause be fully endorsed by the community.

In December of 2019, one of the members of the Tlachinollan Board of Directors was kidnapped and disappeared. To this date, nobody has been prosecuted for this crime and most likely, nobody ever will. In February 2020, a member of this organization had been beaten by security officers for protesting alongside Indigenous communities and the parents of the Ayotzinapa students in the state of Chiapas. These are the complex and harsh conditions that human rights defenders and Indigenous leaders in Mexico face daily. The members of the Juba Wajiín, despite this significant legal victory, live also in constant danger and fear. It is our academic responsibility to learn from their experience and to try to replicate the strategies of the Juba Wajiín to other places in Latin America.

³The original text in Spanish reads: "La relación con sus tierras no es meramente una cuestión de posesión, producción y explotación, al representar más que un elemento material, constituido por un elemento espiritual, tradicional, incluso de sostenibilidad".

Bibliographic references

Books and articles

- Antkowiak, T. M. (2014). Rights, Resources and Rhetoric: Indigenous People and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 35:1. 113-187.
- BLASER, M., Fit, H. A. y McRae, G. (eds.) (2004). *In the Way of Development: Indigenous Peoples, Life Projects, and Globalization*. London & New York: Zed Books.
- Brewer-Carías, A. R. (2014). *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of Amparo Proceedings*. New York: Cambridge University Press.
- Carlsson, C. S. (2017). Amparos filed by Indigenous Communities Against Mining Concessions in Mexico: Implications for a Shift in Ecological Law. *Mexican Law Review*, 20:1. 3-26.
- Corte IDH (2021). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 11: Pueblos Indígenas y Tribales*. San José de Costa Rica: Corte IDH.
- Coryat, D. (2019). Social Movements and Media Cultures in Defense of Life and Territory. En Pertierra y Salazar (eds.). *Media Cultures in Latin America: Key Concepts and New Debates* (pp. 160-180). New York: Routledge.
- Due Process of Law Foundation, Human Rights Research and Education Centre y Center for International Environmental Law (November 2016). *Amicus Curiae “Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada” para el Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Guerrero, Caso San Miguel del Progreso- Amparo Indirecto No. 429/2016*, 11. https://www.dplf.org/sites/default/files/amicus_san20miguel20del20progreso_noviembre_2016_final_dc.pdf
- Due Process of Law Foundation, Human Rights Research and Education Centre, DeJusticia, EarthRights International, et. al. (February 2018). *Amicus Curiae “Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta -Previa, Libre e Informada” para la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: Expediente de Apelación de No. 4785-2017*. http://www.dplf.org/sites/default/files/amicus_guatemala_feb19_final.pdf
- Inter-American Commission on Human Rights (2018). *Situation Report. Special Follow-up Mechanism to the Ayotzinapa Case of the IACHR*. Washington, D.C.: IACHR.
- Ortega García, R. (2015). La Jerarquía de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a la luz de la Reforma Constitucional del 10 de junio de 2011. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 15. 495-537.
- Quintana, K. y Flores, R. (eds.). (2017). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas: Una mirada desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples (2013). *Report of the Special Rapporteur on the rights of Indigenous Peoples: Extractive industries and Indigenous Peoples*. Geneva: Human Rights Council.
- Tlachinollan Centro de Derechos Humanos de la Montaña (2016). *Júba Wajiin: Una batalla a cielo abierto en la Montaña de Guerrero por la defensa del territorio y la vida*. México: Fundación Heinrich Böll.
- Tlachinollan, La Sandía Digital y Tequio Audiovisual (2018). *Júba Wajiin: Resistencia en la Montaña de Guerrero*. <https://www.youtube.com/watch?v=XpMfPVKvq1M>
- Velasco Cruz, S. (2019). Resistencias y movilizaciones indígenas contemporáneas en México. *Política y Sociedad*, 56:1. 21-45.

Judicial Decisions

- Inter-American Court of Human Rights (2001). *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*. Merits, Reparations and Costs, Judgement. (ser. C) No. 79 on August 31, 2002.
- Inter-American Court of Human Rights. (2007). *Case of the Saramaka People v. Suriname*. Merits, Reparations and Costs, Judgment. (ser. C) No. 172 on November 28, 2007.
- Inter-American Court of Human Rights. (2012). *Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*. Merits and Reparations. Judgment. (ser. C) No. 245 on June 27, 2012.
- Inter-American Court of Human Rights. (2015). *Case of the Kichwa Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*. Merits, Reparations and Costs. Judgment. (ser. C) No. 309 on November 25, 2015.
- Juzgado Primero de Distrito del Estado de Guerrero (2017), *Amparo Indirecto No. 429/2016*. June 28, 2017.
- Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito de Acapulco de Juárez. *Recurso de Revisión Agrario No. 560/2017*. October 17, 2019.

International Instruments

- American Convention on Human Rights*, 22 November 1969, 1144 U.N.T.S. 123, 9 I.L.M. 99 (entered into force 7 July 1978). Mexico ratified this treaty on 2 March 1981.
- Convention No. 169, Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, June 27, 1989, 28 ILM 1382 (entered into force 5 September 1991). Mexico ratified this treaty on 5 September 1990.
- United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 13 September 2007, G.A. Res. 61/295, U.N. Doc. A/RES/47/1 (2007).

LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR (CCE): LÍMITE DE FUNCIONES ESTATALES Y CIERTAS CRÍTICAS

The Constitutional Court of Ecuador (CCE): Limit of State Branches and Some of its Criticisms

ADRIÁN EMILIO CRUZ SANTOS¹

Investigador independiente, Guayaquil, Ecuador

Resumen

La supremacía de la Constitución, junto con otros elementos propios de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, sirve de fundamento y razón de la existencia de la justicia constitucional. En rigor, esta no es, sino, la garantía de la posición suprema del texto constitucional y, a la vez, de los derechos que se consagran en él, dentro de un nuevo paradigma constitucional como lo es el “neoconstitucionalismo”. De todo esto, surgen ciertas problemáticas que tienen legítimas razones de ser, y enuncian que las atribuciones que se han concedido a las cortes o tribunales constitucionales para servir de garantía de las constituciones, pueden perjudicar el ejercicio de las funciones estatales, socavando principios como el de separación de poderes, así como el de la legitimidad democrática de las principales funciones del Estado. Lo anterior llama a considerar una nueva perspectiva de la participación ciudadana en la toma de decisiones constitucionales.

Palabras clave

Supremacía constitucional, Funciones estatales, Jurisdicción constitucional, Neoconstitucionalismo, Garantía judicial de la Constitución, Separación de poderes, Legitimidad democrática.

Abstract

The supremacy of the Constitution, alongside other factors that belong to the constitutional transformation of the legal systems, serve as the fundament and the reason of existence of constitutional justice. Strictly speaking, constitutional justice is not but the guarantee of the supreme position of the constitutional text and, at the same time, of the rights enshrined in it, within the standpoint of a new constitutional paradigm, as the “new constitutionalism” is. From these considerations arise certain problematics that have legitimate reasons of being, and which state that the attributions conferred to the constitutional tribunals or courts to serve as the guarantee of the constitutions, can inflict damage to the exercise of functions of the state branches, undermining principles as the separation of powers, as well as the democratic legitimacy of the most important branches of the state. The foregoing calls for considering a new perspective of civil participation in constitutional decision-making.

Keywords

Constitutional Supremacy, State Branches, Constitutional Jurisdiction, New Constitutionalism, Judicial Guarantee of the Constitution, Separation of Powers, Democratic Legitimacy.

¹ Estudiante de grado en la carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: adrianemiliocs@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9179-1228>.



1. Introducción

Con la consagración de los postulados de la corriente neoconstitucionalista, que en Ecuador ve sus efectos con la expedición de la Constitución del 2008, diversos conceptos, instituciones jurídicas y, principalmente, objetivos pasan a constituir los fundamentos de la justicia constitucional.

En efecto, como se verá a lo largo del presente trabajo, el neoconstitucionalismo propone una nueva perspectiva para la comprensión de los textos constitucionales, que más allá de referirse a organización estatal, pasan a referirse, primordialmente, a los derechos de los ciudadanos que permiten que estos, frente al Estado, gocen de una especial protección. De manera particular, las constituciones pasan a informar o “empapar” los ordenamientos jurídicos en su integralidad. Además, se erigen, para los nuevos fines de las Constituciones, diversas garantías que atienden a sus específicos objetivos. La legalidad y su control pasan a ser cuestiones que —sin dejar de ser sumamente importantes— se vuelven secundarias al ser contrastadas con el posicionamiento que corresponde a los textos constitucionales y su control por parte de órganos especializados, dentro del marco de este nuevo paradigma constitucional. Tales consideraciones, por supuesto, han sido y son objeto de diversas críticas que tienen, de trasfondo, más de política que de Derecho. Las razones de estas problemáticas serán también apuntadas.

La estructuración del presente estudio obedece a estas premisas, por lo que en un primer apartado se mencionará la relación que existe entre la supremacía de la Constitución y el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Luego, se radicará nuestra atención en la mención de las principales y más trascendentes atribuciones de la Corte Constitucional, para referirnos posteriormente a ciertos cuestionamientos que han surgido debido a la posición que ocupan los tribunales o cortes constitucionales en los distintos Estados. Finalmente, en un apartado de consideraciones adicionales, se propondrá, para las objeciones que se destacarán respecto de la justicia constitucional, una nueva manera de entender el papel de la CCE, así como una nueva manera de entender y ejercer la participación ciudadana en las decisiones que esta toma, y cuyo interés debería corresponder a todo el pueblo ecuatoriano.

2. La supremacía de la Constitución² y el ejercicio de la jurisdicción constitucional³

Al estudiar la conformación constitucional de un Estado, el funcionamiento efectivo de sus elementos y, en general, el aparato estatal, se encontrará que el ejercicio del poder de un Estado se distribuye en ramas, o bien, en funciones⁴. Así, ordinaria y tradicionalmente se conciben las funciones ejecutiva, legislativa y judicial.

Puede repararse, sin embargo, como en el caso de nuestra Constitución del 2008, que la tradicional división tripartita del poder del Estado puede estar sujeta a reconfiguraciones, lo que produce, como mínimo, la reestructuración parcial de las instituciones y órganos que conforman el sector público en cada Estado. En el caso ecuatoriano se acoplan a las

² “La *Carta Magna* constituye la norma fundamental, ya que en ella buscamos el fundamento de validez de las demás normas existentes en el ordenamiento jurídico. Por ello, las leyes deben guardar contabilidad con el texto constitucional, pues de lo contrario contaría con el vicio insanable de la inconstitucionalidad, lo que, irremediablemente, las condenará a su retirada del ordenamiento jurídico, a través del ejercicio de la Jurisdicción Constitucional. De ahí que el nacimiento de la justicia constitucional exija la aceptación previa de la idea de la supremacía constitucional” (Belloso Martín, 2010, p. 139).

³ En lo que sigue del presente trabajo, se hará referencia a la labor de la CCE, en relación con los límites a las tres principales y originarias funciones del Estado, como son la ejecutiva, legislativa y judicial, pues sus atribuciones se explican mejor jurídica y políticamente, con referencia a ellas.

⁴ “1. En un primer sentido, ‘poder’ se refiere a las funciones del Estado. ‘Función’ a su vez denota una actividad, es decir, una clase de actos. 2. En un segundo sentido, ‘poder’ se refiere a los órganos del Estado que ejercen las diversas funciones[...]. Como veremos en un momento, una primera serie de reglas se dirige precisamente a ‘separar’ las funciones estatales; una segunda, a ‘separar’ a los órganos que las ejercitan” (Guastini, 2001, pp. 59 - 72).

tradicionales funciones ejecutiva, legislativa y judicial, una función Electoral y una función de Transparencia y Control Social.

Desde una mirada interesada en el ejercicio de la potestad jurisdiccional como objeto macro, genérico, de estudio, en el orden jurídico ecuatoriano se destaca la presencia de no solo los tradicionales órganos que administran justicia ordinaria y que pertenecen a la función Judicial, sino que, junto con el apareamiento de otras funciones estatales en el 2008, vienen jurisdicciones en ámbitos especiales, a cargo de órganos que pertenecen a funciones estatales ajenas a la judicial —el Tribunal Contencioso Electoral (justicia electoral)—, como a cargo de órganos que no pertenecen a ninguna —nos referimos aquí a la justicia arbitral—. En esa misma línea, con la nueva titularidad de derechos concedida a las personas provenientes de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de la mano del reconocimiento de la plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador⁵, un nuevo sistema de justicia ha nacido con la Constitución del 2008, refiriéndonos por su parte, a la justicia indígena⁶.

Sin perjuicio de que las distinciones antes anotadas (que no son las únicas) en un estudio más detallado y complejo, el reconocimiento constitucional de la potestad de administrar justicia por órganos (a veces, autoridades) distintos a los que conforman y pertenecen a la función judicial, es el punto que nos interesa destacar, puesto que con ello nos liberamos de la idea de que únicamente los órganos jurisdiccionales de la función judicial son los que administran justicia en Ecuador. Sin hacer aquí un análisis crítico de cómo estas circunstancias pueden afectar el principio de unidad jurisdiccional, pasamos a considerar la especial posición que la Corte Constitucional (CCE) ocupa dentro de la estructura del Estado ecuatoriano, no sin antes precisar el nuevo paradigma constitucional que tuvo nacimiento con la Constitución de la República del 2008.

Los efectos que en el orden jurídico interno promovió a partir del 2008 la vigente Constitución, gozan de una faceta sustancial que se traduce en una nueva forma de constitucionalismo. En esta se manifiesta igual o mayor interés en la consagración y reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, que en las cuestiones de organización del aparato estatal⁷. La corriente “neoconstitucionalista”, en estos términos, refleja un modelo constitucional que se basa en la “constitucionalización” de un ordenamiento jurídico, que comienza con una Constitución que tiene como características principales: su carácter normativo o fuerza vinculante; supremacía o superioridad jerárquica en las fuentes del derecho; la eficacia o aplicación directa; la presencia de un denso contenido normativo que se refiere a la relación de las personas con el poder⁸; y la garantía judicial de la Constitución (González Soto, 2020, p. 237).

⁵ Desde octubre del 2008, la Constitución del Ecuador (CRE) vigente expresa en su Art. 1 que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, **intercultural, plurinacional** y laico” (énfasis propio).

⁶ La CRE en su Art. 57 establece que: “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas [...] los siguientes derechos colectivos: [...] 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar **su derecho propio o consuetudinario**, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes” (énfasis propio).

⁷ “A diferencia del constitucionalismo clásico, que se limita a establecer de forma genérica los derechos y no se preocupa por la individualización y colectivización —de acuerdo con cada caso— de estos, es fácil observar en los textos del nuevo constitucionalismo la identificación de grupos débiles (mujeres, niños y jóvenes, discapacitados, adultos mayores) y una interpretación amplia de los beneficiarios. La recepción de los convenios internacionales de derechos humanos, la búsqueda de criterios de interpretación más favorables para las personas, o las acciones directas de amparo, acompañan a estas cartas de derechos constitucionales que, en algún caso, reconfiguran su significado y, con ello, su nomenclatura, y buscan otorgar a los derechos sociales, ampliamente reconocidos, la máxima efectividad” (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2011, p. 22).

⁸ En este sentido, citando a Luis Prieto Sanchís, Ricardo González Soto alude como una característica principal del neoconstitucionalismo la “presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también, con las modulaciones que requieren y que nacen de la propia Constitución, en sus relaciones sociales horizontales de derecho privado” (González Soto, 2020, p. 237).

Ricardo Guastini se refiere, de manera similar, a este fenómeno, proponiendo por “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, un “proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales” (Guastini, 2001, p. 153).

La Constitución del 2008 se familiariza, sin duda, con tales términos, desarrollando los principios de supremacía constitucional (Art. 424 y 425), el de aplicación obligatoria, directa e inmediata, por parte de autoridades, personas e instituciones, de las disposiciones constitucionales (Art. 426), un catálogo extenso de derechos a lo largo de su texto, así como todo un conjunto de principios para la aplicación de los derechos fundamentales de las personas (Art. 11).

De todo lo visto, el neoconstitucionalismo que describe, entonces, como afirman Roberto Viciano & Rubén Martínez Dalmau, la conversión del “Estado de Derecho en el Estado constitucional de Derecho (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2011, p. 7) se caracteriza:

por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley. Se trata, en definitiva, de recuperar en sentido fuerte la idea de constitución como norma jurídica suprema del Estado y fortalecer su presencia determinante en el ordenamiento jurídico (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2011, p. 7).

Ahora bien, todos los elementos que se desprenden de esta nueva forma de entender las constituciones, y que en el caso ecuatoriano han logrado impregnarse, imbuirse, en nuestra Constitución, se reflejan de manera evidente en la existencia de la jurisdicción constitucional, así como en su ejercicio. Estas características de las constituciones permiten, según la corriente neoconstitucionalista, distinguir las funciones de la justicia constitucional en el Ecuador.

En esta línea, son dos las grandes bases que deben considerarse respecto de la justicia constitucional y el papel que desempeña como garantía de la supremacía de la Constitución y los derechos en ella consagrados.

Por un lado debe entenderse cómo Hans Kelsen hacía referencia a la justicia constitucional como garantía de la Constitución —específicamente, como garantía de la constitucionalidad de las leyes y otras normas infraconstitucionales—, cuando trata lo que él denomina el “problema jurídico de la regularidad”, mismo que muestra interés en la necesidad de que, tal y como sucede con la relación ley y reglamento, en que el segundo es aplicación de la primera, la ley sea, por igual, aplicación de la Constitución⁹. A esto se añade la necesidad de que exista un órgano encargado de asegurar o garantizar la regularidad constitucional de las leyes —y, debería entenderse, de las demás normas infraconstitucionales—. Aquí es donde se menciona a la jurisdicción constitucional:

No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él y, por consiguiente, también

⁹ En su emblemático ensayo “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, Hans Kelsen manifiesta que cada grado del orden jurídico “constituye a la vez una producción de derecho, frente al grado inferior, y una reproducción de derecho, ante el grado superior”, de manera que “Las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son, entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales”, concluyendo que las “garantías de la Constitución significa, entonces, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes” (Kelsen, 1929, pp. 473-474).

de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales –esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional (p. 490).

Por ello: “Son las leyes atacadas de inconstitucionalidad las que forman el principal objeto de la jurisdicción constitucional” (1929, p. 493), aunque, por supuesto, adelanta que no son las únicas normas sujetas a su conocimiento. Así, la consideración kelseniana de la garantía judicial de la Constitución se refiere al control de la sujeción de las normas infraconstitucionales a las previsiones constitucionales.

Por otro lado, y ya con un estudio más moderno, además de reconocer la labor de la jurisdicción constitucional como la garantía judicial de la supremacía de la Constitución, podemos referirnos a su papel tuitivo de los derechos fundamentales de las personas, cuando ejercitan las acciones que el ordenamiento jurídico les franquea para “denunciar” amenazas o vulneraciones a los mismos. En este sentido, al citar a Pérez Tremps, el profesor Osvaldo Gozaíni afirma la existencia de “un núcleo común de atribuciones de la justicia constitucional que viene definido por dos tipos de competencias”, que son:

- a) Por una parte, la justicia constitucional, a través de mecanismos procesales u otros, y con unos efectos u otros, comporta la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes (y eventualmente de otras normas), esto es la adecuación entre aquéllas y la norma fundamental. Este es, como es sabido, el elemento central que permite históricamente identificar la justicia constitucional como mecanismo de aplicación y de defensa de la constitución, y sigue siendo de gran importancia para ese fin.
- b) Pero, junto a ello, existe una segunda tarea que resulta central en la función que desarrolla la justicia constitucional, especialmente en América Latina y en todo el constitucionalismo de habla hispana. Se trata de la defensa de los derechos fundamentales, defensa que se lleva a cabo a través de distintos mecanismos procesales que, genéricamente, pueden definirse como el “amparo”, concepto en el que deben incluirse todas las acciones de protección específica de derechos fundamentales, sea cual sea la denominación que reciban en cada ordenamiento: los recursos y juicios de amparo o tutela, el hábeas corpus, y el hábeas data son las acciones más comunes (Gozaíni, 2006, p. 95).

Así, cuando la Constitución concede a una autoridad jurisdicción, con el fin de que resuelva controversias puestas en su conocimiento mediante la activación de garantías jurisdiccionales de derechos, verbigracia, de la solicitud por individuos de tutela judicial en materia constitucional en casos concretos y específicos, nos encontramos también ante una manifestación de la jurisdicción constitucional como garantía de la Constitución.

Con lo anterior, podemos afirmar que, de manera esencial, el ejercicio de la jurisdicción en materia constitucional, independientemente del órgano que la ejerce, se circunscribe:

- a) Por un lado, a la garantía judicial de la posición de supremacía que ocupa la Constitución respecto de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, con prescindencia de un caso y sujetos intervinientes específicos.
- b) Por otro, a la garantía judicial de los derechos reconocidos en la Constitución en los casos concretos, con sujetos específicos involucrados que exigen tutela en materia constitucional.

Es posible adelantar que de estas labores, la primera, la función de garantizar judicialmente la posición de supremacía que ocupa la Constitución, es reconocida por corresponder de manera exclusiva, en el caso ecuatoriano, a la Corte Constitucional, puesto que con tal atribución existe un despliegue de consideraciones políticas que critican que un juez ordinario, es decir, un magistrado perteneciente a la función judicial, pueda efectuar tal control, lo que se ve acrecentado por los efectos que hoy en día se ha concedido a los pronunciamientos de CCE con el fin de que pueda ella, efectivamente, cumplir con el objetivo de servir de garantía judicial de la supremacía constitucional. El control abstracto de constitucionalidad y, en ocasiones, el control concreto de constitucionalidad, sirven para tales efectos. Estos serán estudiados con mayor detenimiento en lo que sigue del presente trabajo.

Por otro lado, el segundo de estos objetivos, es decir, la garantía judicial de los derechos constitucionales, se ve satisfecha cuando los juzgadores, sean estos ordinarios (“de instancia” o pertenecientes a la Función Judicial) o de la Corte Constitucional, conocen y resuelven las garantías jurisdiccionales para las que son exclusivamente competentes¹⁰.

3. Las principales atribuciones de la Corte Constitucional

Corresponde ahora hacer un breve análisis de las principales atribuciones de la Corte Constitucional, previo a enunciar algunas objeciones que se han formulado respecto de la posición que gracias a ellas ocupa este órgano jurisdiccional en el Ecuador.

Se comienza afirmando que los juzgadores (sean de instancia o de la Corte Constitucional), cuando ejercen jurisdicción constitucional, sea verificando en casos concretos el respeto a los derechos consagrados en la Constitución y su no vulneración por ninguna persona o autoridad pública; o bien, cuando la Corte Constitucional —exclusivamente— declara la inconstitucionalidad de las disposiciones del ordenamiento jurídico cuya constitucionalidad se ha denunciado y quedan expulsadas del orden jurídico, o cuando efectúa una interpretación conforme con la Constitución de determinada norma o institución jurídica para evitar estos efectos, cumplen los dos tipos de juzgadores, sencillamente, su rol de garantizadores del respeto a la supremacía de la Constitución y los derechos que esta consagra. Este es, evidentemente, un punto en común entre los dos grupos de juzgadores que ejercen jurisdicción constitucional en el Ecuador; sin embargo, desde este punto común, también parten las diferencias que verdaderamente los separan. Ello recae, principalmente, en la naturaleza de la Corte Constitucional.

La Constitución del 2008, en su Art. 429, propone varios elementos que se deben resaltar en este sentido, expresando: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de *control, interpretación constitucional* y de administración de justicia en esta materia” (énfasis propio).

De esta disposición se extrae que la Corte Constitucional no es tan solo uno de los órganos que administran justicia constitucional (debiendo conocer de determinadas garantías jurisdiccionales, diferentes a las que corresponden a los jueces de instancia), sino que a ella —a diferencia de los jueces ordinarios, a los que solo les compete pronunciarse sobre la alegada amenaza o vulneración de derechos constitucionales al conocer de las garantías jurisdiccionales para las que son competentes— se reservan otras atribuciones, como son (i) el

¹⁰ Vale recalcar en este punto, que no se deja de reconocer la atribución de “selección y revisión” de la Corte Constitucional sobre sentencias dictadas por juzgadores ordinarios cuando estos conocen las garantías jurisdiccionales que les corresponden conocer, habiéndolas seleccionado la Corte para revisarlas y pronunciarse debido, por ejemplo y entre otras causas (Art. 25, LOGJCC), a la ausencia de precedentes sobre la materia o a la gravedad del asunto, juzgando finalmente la Corte en casos que de manera originaria no le correspondería pronunciarse, sino tan solo a los jueces ordinarios. Por fuera de ello, la CCE no puede entrar a conocer y resolver las garantías jurisdiccionales que deben proponerse ante jueces ordinarios como, por ejemplo, la acción de protección, el hábeas corpus, entre otras.

control abstracto de constitucionalidad, (ii) un control concreto de constitucionalidad, y (iii) la interpretación vinculante de la Constitución.

Además de estas, se reconoce, en otras disposiciones, (iv) una capacidad unificadora de las decisiones constitucionales de los jueces de instancia que conocen garantías jurisdiccionales, atribución ejercida mediante los procesos de selección y revisión de sentencias.

Todas estas atribuciones comportan a nivel jurídico una importancia muy elevada, sin embargo, su relevancia no se agota en este ámbito. Dentro del análisis político de las cosas, se vuelven relevantes, aún más quizá, las atribuciones de la CCE pues, como se verá, los actos que son objeto del control abstracto o concreto de constitucionalidad, así como de las específicas garantías jurisdiccionales que a ella le competen (como las sentencias ejecutoriadas en las acciones extraordinarias de protección), son todos, actos que pueden provenir, en mayor o menor grado, de todas las funciones estatales.

Esta última consideración, que hace extensivo el control de la CCE a las producciones de las demás funciones estatales, además de la legislativa, se entiende en los términos propuestos por Israel Celi:

La narrativa neoconstitucional no estaría completa, si no recordamos que la Constitución de los derechos, normativa e invasora, está protegida por un “guardián” capaz de corregir las desviaciones normativas en las que incurran los poderes del Estado (Celi, 2017, p. 12).

Por ello, las particularidades políticas que podrían anotarse, dentro de un análisis crítico de la labor de la CCE, serán tratadas con mayor detenimiento en el Título 3 del presente estudio.

a. La garantía judicial de la supremacía de la Constitución. Los controles abstracto y concreto de constitucionalidad

Debe hacerse notar que un juez ordinario de lo civil bien puede conocer y resolver una garantía jurisdiccional de hábeas corpus, al igual que la Corte Constitucional puede conocer y resolver una acción extraordinaria de protección, ejercicios que son parte de la tutela judicial constitucional a los derechos constitucionales de las personas, que a todos los juzgadores que ejercen jurisdicción constitucional (sean de la Corte Constitucional o de la Función Judicial) sustancialmente les corresponde; pero nunca podrá el juez ordinario ejercer un control abstracto de constitucionalidad en, por ejemplo, la resolución de acciones de inconstitucionalidad de actos normativos con carácter general, para “garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo y forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico” (Art. 74, LOGJCC), pues esta atribución de control constitucional con efectos modificatorios del orden jurídico interno desborda de su competencia, y recae en un órgano superior y especializado en materia constitucional al que la Constitución sí le ha concedido —y de manera privativa— el goce de tal atribución: en rigor, la Corte Constitucional.

El control abstracto de constitucionalidad, cual según Carla Huerta Ochoa “se refiere al establecimiento de mecanismos tendientes a evitar el ejercicio abusivo o no conforme a derecho del poder, por lo que uno de sus principales objetivos es el control de las normas, tanto en los actos de creación como en los de su aplicación”, y que al conllevar la posibilidad de controlar jurídicamente las conductas reguladas por la Constitución, “se torna en el punto nodal de la eficacia constitucional, reforzando así, su carácter obligatorio” (Huerta Ochoa, 2003, p. 930), permite, tras el examen correspondiente de los cargos de inconstitucionalidad con que los accionantes acusan a determinada norma, por el fondo

o la forma¹¹, que la Corte Constitucional excluya del ordenamiento jurídico, con su pronunciamiento y de ser precedentes los cargos, la norma acusada. Lo anterior se traduce en la eventual modificación del orden jurídico interno por parte de la Corte Constitucional, con el fin de “garantizar que toda la producción normativa de un Estado esté acorde con la Constitución, sin la existencia de ningún supuesto de hecho en concreto” (Storini, Masapanta Gallegos, & Guerra Coronel, 2022, p. 11).

Ejemplo de este ejercicio puede ser encontrado en la sentencia No. 34-19-IN/21 y Acumulados emitida por la Corte Constitucional dentro del Caso No. 34-19-IN y Acumulados, en la que se declara la inconstitucionalidad del numeral 2 del Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) que establecía, junto con otro presupuesto, que únicamente cuando el aborto se practicaba cuando el embarazo era producto de violación a mujeres, niñas o adolescentes que padecieran de una discapacidad mental, no sería punible. La Corte interpretó la norma antedicha, valoró su compatibilidad con la Constitución y, especialmente, con los derechos fundamentales de todas las personas; y reconociendo que con ella quedaban, injustificadamente, sin ningún tipo de amparo las demás personas que, no padeciendo discapacidad mental alguna, se encontraban igualmente en situación de embarazo producto de una violación, declara su inconstitucionalidad y queda “expulsada” del ordenamiento jurídico la norma acusada, siendo inconstitucional, en la actualidad, penalizar el aborto en personas embarazadas producto de violación.

La Corte Constitucional, en lo que guarda relación con el control abstracto de constitucionalidad que ejerce mediante la activación, entre otras, de una acción de inconstitucionalidad, se pronuncia, como en el caso visto, interpretando a la luz de la Constitución la norma acusada, y declara su inconstitucionalidad de ser los cargos acusados precedentes, en una decisión que goza del efecto modificadorio del orden jurídico interno al que aludimos y al que se refiere el numeral 2 del Art. 436 de la CRE cuando establece que “[l]a declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado”.

Ahora bien, otra forma de control mediante la cual la Corte Constitucional emitiendo un pronunciamiento puede, eventualmente, ser fuente de efectos modificadorios del orden jurídico interno, es el control concreto de constitucionalidad. El mismo merece una precisión.

El control concreto de constitucionalidad, que se ha denominado también, para el caso ecuatoriano, como “control incidental de constitucionalidad” (Storini, Masapanta Gallegos, & Guerra Coronel, 2022, p. 10), es ejercitado por la Corte cuando debe resolver sobre la constitucionalidad de una norma que un juzgador ordinario ha elevado a su consulta en el desarrollo de un proceso judicial. En igual sentido, la CCE ha precisado en diversa jurisprudencia, por cierto no muy trascendente, que el objeto de la consulta de norma es obtener de ella un pronunciamiento “respecto de normas establecidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, que puedan contrariar los preceptos supremos establecidos en la Constitución de la República o en tratados internacionales de derechos humanos, en la tramitación de un caso concreto” (Sentencia No. 006-17-SCN-CC, p. 10).

Al igual que el control abstracto, el control concreto busca garantizar la supremacía constitucional. Pero ¿de qué manera? El control concreto de constitucionalidad puede estar dirigido, o tener por objeto, al contenido de la norma en sí y su compatibilidad con la

¹¹ “La supremacía constitucional en su aspecto formal permite hacer una primera distinción entre la norma suprema y la legislación ordinaria, de tal manera que la forma de la norma, o en otras palabras, su proceso de creación o modificación, determina su naturaleza de constitucional. En su aspecto material, la supremacía se traduce en una obligación de adecuación o conformidad de la ley a la Constitución, de aplicarla en la determinación de situaciones jurídicas, y de interpretar el orden jurídico conforme a ella, lo cual hace posible el control de la constitucionalidad” (Huerta Ochoa, 2003, pp. 932-933).

Constitución, o bien, a la compatibilidad con la Constitución de la aplicación de la norma en el caso específico. La letra del Art. 143 de la LOGJCC nos direcciona en este sentido.

Lo que se debe resaltar, sin embargo, son los efectos de la decisión que adopte la Corte dependiendo de si se trata de uno u otro supuesto. Específicamente —y no siendo relevante en este estudio el segundo de estos casos—, si el control busca analizar la compatibilidad de la norma jurídica elevada a consulta, con la Constitución, al pronunciarse la Corte sigue que “el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad” (Art. 143, núm. 1, LOGJCC), lo que vuelve relevante, para nuestro estudio, al control concreto de constitucionalidad.

La Corte, sea que se pronuncie a favor o en contra de la constitucionalidad de la norma, sienta un precedente que hará, de ser constitucional la norma, que la misma se afiance en el ordenamiento jurídico; y de ser inconstitucional de manera absoluta e insalvable, que esta resulte expulsada, con claros efectos modificatorios del universo normativo ecuatoriano.

En este punto, vale hacer mención, por más breve que sea, a la capacidad de selección y revisión de que goza la Corte Constitucional. Esta consiste, fundamentalmente, y junto con la consulta de constitucionalidad de norma, en otra forma en que la CCE puede garantizar la supremacía constitucional. Aquí, cuando se resuelven garantías jurisdiccionales por juzgadores de instancia, se debe remitir obligatoriamente a la CCE la decisión dictada, lo que no es, sino, consecuencia de la falta de efectos vinculantes, ergo, generalmente obligatorios, de las decisiones de los juzgadores de instancia cuando conocen garantías jurisdiccionales de los derechos, tal y como bien explican C. Storini, C. Masapanta Gallegos & M. Guerra Coronel:

Cada vez que se suscite un conflicto entre una norma infraconstitucional y la Constitución y se resuelva por parte de estos últimos, se necesita de un instrumento procesal que permita unificar con efectos generales la decisión del juez de instancia que tiene efectos *inter partes*. Este mecanismo se configura a través de la obligación del juez de remitir la sentencia al Tribunal o Corte Constitucional para que, en caso de considerarlo, este órgano pueda revisar la decisión del juez o dotarla, en caso de estar de acuerdo de efectos *erga omnes*. En ausencia de este mecanismo definido como revisión el ordenamiento jurídico se encontraría desprovisto de la capacidad de unificar las decisiones de los jueces de instancia y por tanto de garantizar la seguridad jurídica (cursivas en el original y énfasis propio) (Storini, Masapanta Gallegos, & Guerra Coronel, 2022, p. 12).

b. La capacidad de interpretación vinculante de la Constitución

La Constitución reserva a la Corte Constitucional el último criterio interpretativo —y vinculante— de ella misma, y, de manera indirecta, de las normas infraconstitucionales, especialmente, cuando se promueva ante la Corte las acciones que activan el control abstracto de constitucionalidad.

La interpretación que efectúan las Cortes o Tribunales Constitucionales —cualesquiera sean las denominaciones implementadas en cada Estado para referirse a estos órganos—, que es, en rigor, la interpretación vinculante de la Constitución, así como de normas infraconstitucionales con vicios de inconstitucionalidad que se hayan puesto en su conocimiento, es referida por el profesor Ricardo Guastini como una de las “condiciones de constitucionalización” de los ordenamientos jurídicos (Guastini, 2001, pp. 161-163).

En efecto, el autor explica que el juzgador constitucional se encuentra, a la hora de interpretar, con dos cursos interpretativos. Uno de ellos propone considerar a la norma en análisis como conforme con la Constitución, por no contrariarla, mientras que el otro

propone considerar a la norma como contradictoria del texto constitucional, debiendo declararse su inconstitucionalidad. Lo esencial es que el primero de estos cursos interpretativos, la interpretación conforme con la Constitución:

adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo —frente a una doble posibilidad interpretativa— el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional (Guastini, 2001, p. 162).

Véase un ejemplo paradigmático de este ejercicio, constante en la sentencia No. 1158-17-EP/21 del 20 de octubre de 2021, en la que la Corte Constitucional se aleja del antiguo “test de la motivación” que requería, generalmente, ante cargos de vulneración a la garantía de la motivación (contenida en el literal l, del numeral 7, del Art. 76 de la CRE), la constatación de ciertos parámetros (lógica, razonabilidad, comprensibilidad). Al hacer un recuento de las interpretaciones en distintas causas respecto de la garantía de la motivación y cómo valorar los cargos sobre su vulneración, la Corte consideró pertinente afianzar la estructura mínima que exige el texto constitucional para considerar la existencia de una motivación suficiente, compuesta por una fundamentación fáctica suficiente (determinación de hechos probados), y una fundamentación jurídica o normativa suficiente (la determinación a las normas aplicables y la justificación de la aplicabilidad de tales normas a los hechos probados), pues es esta la interpretación que más se ajusta al texto constitucional.

Es necesario comprender, en este sentido, que si bien la Constitución se encuentra sujeta a ejercicios interpretativos por parte de la Corte, por ejemplo, cuando ella resuelve una acción extraordinaria de protección y delimita el alcance de las distintas aristas del derecho al debido proceso; o cuando precisa qué debe entenderse por seguridad jurídica o tutela judicial efectiva, así como cuando la interpretación se ejerce dentro de un examen abstracto de constitucionalidad, por ejemplo, de disposiciones contenidas en una ley, la relevancia del ejercicio interpretativo vendrá determinada por el desarrollo que pueda brindar la Corte, en tal oportunidad, a algún derecho, concepto o institución jurídica. En el ejercicio de la interpretación constitucional, la Corte desarrolla líneas argumentativas que le permitirán arribar y motivar una decisión con plenos efectos modificatorios del orden jurídico interno¹². Estos efectos se pueden producir, verdaderamente, siempre que la CCE emita un pronunciamiento, incluyendo esta posibilidad el escenario del ejercicio del control concreto de constitucionalidad, así como el ejercicio de la atribución de selección y revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales, con el objetivo de unificar criterios sobre estas y su aplicación en Ecuador.

Por supuesto que en materia de interpretación constitucional existe una vasta elaboración doctrinaria y jurisprudencial, por cierto muy extensa para tratarla aquí. Nos basta con hacer énfasis a breves rasgos, tal y como se ha hecho, de la importancia de la interpretación en el contexto del ejercicio de las distintas atribuciones de la Corte Constitucional.

¹² Expresa Ricardo González: “Debe tomarse en cuenta que la tarea de interpretar la Constitución implica determinar los alcances, límites y la forma en que se relacionan o coexisten en un mismo asunto uno o varios derechos fundamentales, de manera que lo dicho por los tribunales o cortes constitucionales impacta en los miembros de la sociedad, tanto desde un punto de vista individual como colectivo, pues además de solucionar el caso concreto, la interpretación efectuada sirve como pauta para resolver otros casos con algún grado de similitud” (González Soto, 2020, p. 239).

4. **Diversos cuestionamientos sobre el posicionamiento supremo e independiente de la Corte Constitucional y de las labores que se le han atribuido**

La gran responsabilidad que pesa sobre la Corte Constitucional ecuatoriana debe tomarse, como se dice, “con pinzas”. Cualquiera resaltaría, como ocurre en la actualidad, que la unión de semejantes poderes en un único órgano es, por demás, peligrosa.

Las razones de esta aseveración son varias, y se encaminan a hacer manifiestas las preocupaciones que se desprenden de la existencia de un ente capaz de anular las decisiones de las funciones estatales, sumándose a ello la fuerza vinculante concedida a los pronunciamientos de tal órgano por expreso mandato constitucional.

Debemos cuestionarnos, por ejemplo, ¿cómo se respeta el ejercicio exclusivo de las funciones estatales, si la Corte Constitucional puede obrar, en determinados casos, como un “legislador negativo” y, en otros, como uno “positivo”?; o ¿qué razón existe que permita explicar que la Corte Constitucional deba, además de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el control abstracto y concreto de constitucionalidad, conocer de determinadas garantías jurisdiccionales (como la acción extraordinaria de protección)? Y, ya en este punto, ¿qué razones existirían para que la Corte no pueda conocer, además de las garantías jurisdiccionales que ya conoce, las demás garantías jurisdiccionales que les corresponde conocer a los jueces ordinarios?

Cabe también poner en cuestión, atendidas estas consideraciones, cómo y a quién correspondería efectuar un control de las decisiones de la Corte Constitucional como ente que a su vez controla, en el marco de la constitucionalidad, las producciones de las funciones estatales, si es que tal órgano debiera existir.

Algunas de estas cuestionantes merecen un estudio y mención más extensos, por lo que nos circunscribiremos a explicar tan solo algunas de las problemáticas que surgen en los estados democráticos por las atribuciones conferidas a las cortes o tribunales constitucionales.

a. Justicia constitucional y legitimidad democrática. La teoría de la objeción contramayoritaria de la justicia constitucional

Dentro de nuestro régimen constitucional, la CCE constituye un órgano que, independiente de las funciones estatales, controla la sujeción formal y material a las previsiones constitucionales de los actos que emanan de ellas, asumiendo la Corte la posición que doctrinariamente se les ha concedido a los tribunales constitucionales, debido, especialmente, a su papel garantizador de la supremacía de la Constitución respecto de las normas infraconstitucionales¹³.

Tal objetivo constitucional ha motivado cuestionamientos respecto de la legitimidad de las cortes constitucionales para ejercer tal atribución. La supremacía de la Constitución, cuya garantía es uno de los objetivos fundamentales de la justicia constitucional, trae como consecuencia

un fenómeno de subordinación de todos los poderes a la Constitución y al Derecho, de modo que los actos del poder legislativo deben sujetarse no solo a los procedimientos constitucionales —vigencia— sino también a su contenido —validez—, con lo que el legislador deja de ser omnipotente, pues las leyes no son válidas por el solo hecho de su vigencia, sino en la medida que son coherentes con los postulados constitucionales (González Soto, 2020, p. 240).

¹³ Alfredo Gozaíni afirma que “la nominación como ‘control concentrado’ proviene de la aceptación formal que destina la tarea de controlar la supremacía de la Norma Fundamental, en un órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, que se sitúa fuera del aparato jurisdiccional clásico (la magistratura ordinaria)” (Gozaíni, 2006, p. 82).

Lo anterior produce

cuestionamientos acerca de su legitimidad, sobre todo en relación a si debe permitirse que un tribunal integrado por jueces carentes de respaldo democrático, puedan invalidar las decisiones del poder legislativo, el cual claramente goza de legitimidad por ser los representantes directos de la población, surgiendo la interrogante acerca de si es o no compatible esa labor de control constitucional con un sistema democrático (González Soto, 2020, p. 231).

La crítica a la legitimidad de las cortes o tribunales constitucionales, debido a su posicionamiento respecto de las funciones estatales, es núcleo esencial de la teoría de la “objeción” o “argumento” contramayoritario de la jurisdicción constitucional. Esta misma, en palabras de H. Verly, quién cita a Alexander Bickel: “Se funda en el hecho, en apariencia constatable, de una grave carencia de fundamento democrático que pueda sostener y avalar la actuación [en el caso ecuatoriano, de la CCE] como controlador de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes” (Verly, 1991, p. 1), consagrándose en un cuestionamiento que “pone como cuestión central, la idoneidad de estos órganos para ejercer el control de las decisiones de los otros poderes” (Vargas Murillo, 2017, p. 6).

Frente a esta objeción de legitimidad se han planteado tanto réplicas, negando que se resultan violentados los principios de legitimidad democrática —o bien, que no existen tensiones o fricciones entre la democracia y la jurisdicción constitucional— cuando se asignan a las cortes constitucionales sus tan elementales funciones; así como soluciones, proponiéndose, por ejemplo, la identificación y aplicación de mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones constitucionales.

En esta línea, el ya citado Dr. González Soto, quien reconoce “la dificultad de justificar el poder jurídico de los tribunales constitucionales para dejar sin efectos decisiones de poderes electos democráticamente” (2020, p. 241), plantea, para afrontar los postulados de esta teoría, partir del concepto formulado por el profesor Luigi Ferrajoli respecto de la “esfera de lo indecible”:

En cualquier convención democrática hay dos cosas que se deben sustraer de las decisiones de la mayoría, porque son condiciones de la vida civil y razones del pacto de convivencia: la tutela de los derechos fundamentales y la sujeción de los poderes públicos a la ley, que es la garantía máxima contra la arbitrariedad y contra las violaciones de la misma voluntad de la mayoría que produjo la ley [...] expresiones del principio de igualdad, donde reside el carácter democrático de la jurisdicción como garantía, por un lado, de los derechos de todos y, por otro, del ejercicio legal de los poderes públicos. (González Soto, 2020, p. 242)

En igual sentido se ha expresado Nuria Beloso Martín, quien si bien reconoce “que la institución del control judicial de la ley es antidemocrática”, precisa que “el principio democrático no es el único principio con arreglo al cual debemos diseñar las instituciones del Estado. Al lado de este principio existe otro: el principio de protección de los derechos individuales” (Beloso Martín, 2010, pp. 140-141). En este sentido, concluye que “los derechos fundamentales deben quedar al margen de las disputas políticas, bajo la protección de un órgano independiente y capaz de subordinar a los demás poderes a la autoridad de sus decisiones” (p. 142).

Por otro lado, el profesor Vargas Murillo propone que la tesis contramayoritaria podría combatirse mediante la identificación e implementación de mecanismos o herramientas “que permitan plantear objeciones y crear confianza en los actores sociales, al dejar abierta la

posibilidad de que ‘algún día influenciarán en la manera en la cual se configura el derecho’”. En específico, propone, para superar las críticas de esta teoría, la asunción de la perspectiva del “Constitucionalismo Democrático”, lo que implicaría complementar “los mecanismos existentes como las audiencias públicas o *amicus curiae*, con la participación de los diversos actores de la sociedad civil en —por ejemplo— la veeduría al proceso de nombramiento de los jueces [de la Corte Constitucional], la cual, con el fin de ‘otorgar transparencia al proceso exige la rendición de cuentas y la toma de postura sobre determinados asuntos para que la opinión pública, los partidos políticos, la academia, conozcan los candidatos y así puedan impulsar o denunciar una determinada candidatura’” (2017, pp. 9-10).

b. El ejercicio concurrente del control de constitucionalidad y la competencia para conocer determinadas garantías jurisdiccionales

El papel de garantía que cumple la CCE, además del control del respeto y observancia a la supremacía de la Constitución, se materializa en la competencia de la que goza para garantizar derechos fundamentales en casos particulares, en rigor, mediante el conocimiento y resolución de determinadas garantías jurisdiccionales de los derechos, como son la acción extraordinaria de protección, la acción extraordinaria de protección, la acción de incumplimiento, y la acción por incumplimiento (Art. 3, núm. 8, Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional). En este punto, es dable cuestionarnos: ¿Por qué la CCE puede conocer también de ciertas garantías jurisdiccionales?

En relación con tal cuestionamiento podemos encontrar una reflexión en el trabajo de Nuria Belloso Martín, quién manifiesta:

Las Constituciones formales y procedimentales han cedido paso a las Constituciones “rematerializadas”, llenas de valores, principios y directrices —es decir, todo aquello que Kelsen no quería ver en una Constitución con el fin de evitar el activismo judicial—. Y sin embargo, los actuales Tribunales Constitucionales de justicia “concentrada” conservan sólo eso del modelo kelseniano, el ser “concentrados” pues en su actuación se aproximan cada vez más al modelo de la *judicial review* (2010, p. 145).

La atribución de conocer y resolver garantías jurisdiccionales de los derechos, que deriva de la finalidad constitucional de tutelar los derechos fundamentales de las personas, no podría, por su trascendencia, conferirse privativamente a los juzgadores de instancia. Cuando es la CCE la que la ejerce, si bien la esencia de esta atribución —que es garantizar judicialmente los derechos fundamentales previstos en la Constitución— es igual en ambos casos, el objeto sobre el que versará la decisión de la Corte, no es sino un acto que, como la ley, emana de un órgano de una función estatal; en rigor, emanada, entre otras autoridades¹⁴, de un juzgador ordinario —un juzgador de la función judicial—.

Ejemplo de esto es el conocimiento y resolución por la CCE de una acción extraordinaria de protección, misma que “tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución” (Art. 58, LOGJCC).

¹⁴ Nos referimos aquí a las decisiones de la justicia indígena. Además, en diversa jurisprudencia, la CCE se ha pronunciado extendiendo el carácter jurisdiccional de las decisiones judiciales (sentencias) a las decisiones arbitrales (laudos arbitrales). En este sentido, es enriquecedor el texto de las sentencias Nro. 123-13-SEP-CC, de 19 de diciembre del 2013; sentencia Nro. 308-14-EP/20, de 19 de agosto del 2020, y el de la sentencia Nro. 481-14-EP/20, de 18 de noviembre del 2020.

La naturaleza misma del acto sujeto al control constitucional de la Corte es, además de sus efectos, el que define su pronunciamiento. Si el acto se trata de una ley, reglamento, o cualquier norma infraconstitucional (acto con efectos generales), la Corte se pronunciará dentro del marco del control abstracto de constitucionalidad y determinará si es compatible o no con la Constitución, ergo, controlará el respeto que estos actos normativos deben a la Constitución en virtud de su supremacía normativa. Si se trata, por el contrario, de una sentencia o resolución judicial definitiva (actos con efectos individuales), la CCE garantizará, ya no la finalidad anterior, sino el respeto que debe la autoridad que dictó el acto (juez, árbitro o autoridad indígena), a los derechos que la Constitución reconoce como fundamentales.

Es de la propia naturaleza de la legislación que esta surta efectos generales; y de la propia naturaleza de la jurisdicción, que surta efectos particulares. En tanto se trate de actos con efectos generales, corresponde un pronunciamiento de la Corte en el marco del control abstracto o concreto de constitucionalidad; ante actos con efectos individuales, corresponde un pronunciamiento de la Corte en el marco de las garantías jurisdiccionales que le corresponde conocer.

5. Algunas consideraciones adicionales

La justicia constitucional, según palabras de la Dra. Nuria Belloso, se propone asegurar “el equilibrio institucional entre los poderes del Estado y entre los diversos niveles institucionales” (2010, p. 143), tarea que le corresponde exclusivamente a la Corte Constitucional. Bajo este pretexto, se teme naturalmente en la instauración de un neoconstitucionalismo puesto “en manos de un gobierno de jueces” (Celi, 2017, p. 97).

En esencia, la objeción contra mayoritaria de la justicia constitucional, fundada como es en la alegada falta de legitimidad democrática de los tribunales o cortes constitucionales —quizá la mayor y más fuerte crítica a la justicia constitucional—, no puede verdaderamente contrarrestarse —por lo menos en Ecuador no ocurre así— con una mayor participación civil en la toma de decisiones constitucionales (por lo menos no por sí misma). Se muestra llena de pura lógica esta reflexión, puesto que, a fin de cuentas, como ejemplo, si la Corte Constitucional dictaminaba en la sentencia Nro. 34-19-IN/21 y Acumulados —de manera contraria a como lo hizo— que era legítima y justificada la distinción por la cual se penaliza a las mujeres que recurran al aborto en casos de violación y que no padecen de ninguna discapacidad mental, y no lo es para las que no la sufrieren, ratificando la constitucionalidad del numeral 2 del Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal, ¿cuál hubiera sido la respuesta social a tal pronunciamiento? ¿Cómo hubiera sido materializado el rechazo de esta decisión? Principalmente, ¿qué se hubiera podido hacer?

Quizá la respuesta sea hallada unos pasos más atrás, en consideraciones más abstractas; no con una participación de la sociedad a la hora de tomar decisiones constitucionales (p. ej., mediante el *amicus curiae*), ni siquiera con la participación civil en forma de veeduría y en las impugnaciones ciudadanas en los procesos de designación de los juzgadores de la Corte Constitucional —como si estos, por sí solos, constituyesen mecanismos eficaces—, sino, probablemente, en la generación de una cultura general ciudadana respecto de la importancia de estos mecanismos, comenzando por el conocimiento civil general de la posibilidad de participar en los procesos que conoce la CCE (cuyas audiencias son siempre puestas en conocimiento del público en general en su portal web). Sería necesario pasar por debates civiles respecto de la trascendencia de las decisiones de la CCE, promoviéndose el impulso ciudadano a la Corte (auxiliados por juristas especializados en la materia) con el fin de que ella considere sus interpretaciones, concediéndole argumentos sólidos de los impactos negativos que sus

decisiones pudieren causar o han causado, y dándole méritos para que ella se pronuncie con la motivación debida y suficiente, mediante una decisión comprensible para la ciudadanía y proporcional a las preocupaciones puestas en su conocimiento. Esta propuesta permitiría, de ser mejor edificada mediante estudios posteriores, que el poder de controlar el ejercicio legítimo de las funciones estatales regrese al pueblo, y no necesariamente recaiga en el aparato estatal, pues en tal caso el control que ejerce la Corte sería inútil para los fines de la supremacía constitucional y el concepto de la separación de poderes en los estados democráticos.

La justicia constitucional es un tema genuinamente extenso, pues reserva amplios espacios para que cuestiones de política pura permitan interpretar varias de sus instituciones jurídicas elementales. A fin de cuentas, el derecho constitucional “no es otra cosa que la actividad jurídica que ha seguido a un modelo histórico de limitación y legitimidad del poder [...]; esto es, del gobierno. Y, en este sentido, por la propia naturaleza de la *legitimidad* y la *limitación* de este poder, debe más a los procesos políticos que a las formalidades jurídicas, que sólo son un medio para aquel fin” (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2011, p. 3).

Quedan por explicarse muchas cosas, pero investigaciones más extensas y exclusivas sobre estas materias harán mejor al estudio del Derecho que haberlas incluido todas ellas, con todos sus detalles, en el presente trabajo.

Referencias bibliográficas

- Belloso Martín, N. (2010). Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional. 134-154. *Revista do Direito Unisc*, Santa Cruz do Sul. <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1812>.
- Celi, I. (2017). Neoconstitucionalismo en Ecuador. ¿Judicialización de la política o politización de la justicia? (C. E. Nacional, Ed.). Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ferrajoli, L. (2003). El papel de la función judicial en el Estado de derecho. 23-30. (D. Bocchichio, Trans.) <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-2003-02-018-032.pdf>.
- González Soto, R. A. (2020, marzo). La legitimidad de los tribunales constitucionales en el Estado de derecho constitucional. *16*, 227-254. Guatemala: Opus Magna Constitucional. <https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.10>
- Gozaíni, O. A. (2006). Introducción al Derecho Procesal Constitucional. *1*. Argentina: Rubinzal-Culzoni. <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2015/12/Introduccio%CC%81n-al-Derecho-Procesal-Constitucional.pdf>.
- Guastini, R. (2001). Estudios de Teoría Constitucional. *Primera Edición*, 59-72. Doctrina Jurídica Contemporánea.
- Huerta Ochoa, C. (2003). La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. (108), 927-950. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v36n108/v36n108a06.pdf>
- Kelsen, H. (1929). La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional) [en línea]. 471 - 515. (R. Tamayo y Salmorán, Trans.) Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [1974]. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf>
- Storini, C., Masapanta Gallegos, C. R., & Guerra Coronel, M. A. (2022, julio). Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje. *FORO: Revista de Derecho. Universidad Andina Simón Bolívar*. <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.1>

- Vargas Murillo, A. R. (2017). Constitucionalismo y legitimidad democrática: apuntes sobre la objeción democrática al control de constitucionalidad. *Derecho y Cambio Social*. https://www.derechoycambiosocial.com/revista050/CONSTITUCIONALISMO_Y_LEGITIMIDAD_DEMOCRATICA.pdf
- Verly, H. (1991). El argumento contramayoritario. Justificación del control judicial de constitucionalidad. *Diario El Derecho*. <https://www.alfarolaw.com/tapa/HV%20-%20Argumento%20Contramayoritario.pdf>
- Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. 9, 1-24. *Revista General de Derecho Público Comparado - Iustel*. https://www.researchgate.net/profile/Roberto-Viciano-Pastor/publication/349029222_El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construccion_doctrinal/links/601bd0fe92851c4ed5497615/El-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-fundamento

Normativa

- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008, Octubre 22). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi, Manabí, Ecuador: Publicada en el Registro Oficial No. 449.
- Asamblea Nacional. (2009, Octubre 22). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC. Ecuador: Publicada en el Registro Oficial, Suplemento 52.
- Asamblea Nacional. (2014, Febrero 10). Código Orgánico Integral Penal, COIP. Ecuador: Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2015, octubre 22). Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Ecuador: Publicado en el Registro Oficial No. 613.

Jurisprudencia constitucional

- Corte Constitucional. (2021, Abril 28). Sentencia No. 34-19-IN/21 y Acumulados. Quito, Pichincha, Ecuador: Portal Web de la Corte Constitucional del Ecuador. Retrieved from <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=34-19-IN/21>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2017, octubre 18). Sentencia No. 006-17-SCN-CC. Quito, Pichincha, Ecuador. Retrieved from <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=006-17-SCN-CC>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021, Octubre 20). Sentencia No. 1158-17-EP/21 dentro del Caso No. 1158-17-EP. Ecuador. Retrieved from <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=1158-17-EP/21>

UNA VISIÓN GENERAL DEL DERECHO DE LAS COSAS EN ALEMANIA

A General Overview of the Rights in Rem in Germany

LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI¹
Justicia Federal, São Paulo, Brasil

Resumen

En este artículo se examina el tratamiento del derecho de las cosas en el derecho alemán. Presenta los principios fundamentales que regulan la materia, destacando el principio de abstracción, una peculiaridad del derecho alemán. Estudia la noción de cosa adoptada por el Código Civil alemán, que ya no se confunde con la situación de los animales. El texto analiza los derechos de propiedad en Alemania, incluyendo sus limitaciones, restricciones, formas de defensa, contenido, así como el vínculo social requerido por la Ley Fundamental alemana. Se trata de una investigación que utiliza una metodología descriptiva y deductiva, basada fundamentalmente en la investigación bibliográfica, jurisprudencial y legislativa. Finalmente, el estudio panorámico del tema busca alentar al lector a comprender mejor el papel socioeconómico del derecho de las cosas y buscar soluciones en el derecho alemán a problemas existentes en Brasil.

Palabras clave

Derecho de las cosas, Derecho alemán, Vinculación social de la propiedad, Principio de abstracción, Principio de separación.

Abstract

German law's treatment of the law of things is examined in this article. It presents the fundamental principles that regulate the matter, highlighting the principle of abstraction. It studies the notion of thing adopted by the German Civil Code, which is no longer confused with the situation of animals. The text further analyzes property rights in Germany, including their limitations, restrictions, forms of defense, content, as well as the social link required by the German Constitution. This research uses a descriptive and deductive methodology, fundamentally based on bibliographic, jurisprudential, and legislative research. Finally, the panoramic study of the subject seeks to encourage the reader to better understand the socioeconomic role of the rights in rem and to seek solutions in German law to problems existing in Brazil.

Keywords

Law of Property, German Law; Social Obligation of Property, Principle of Abstraction, Principle of Separation.

¹ Juez Federal en São Paulo y profesor universitario. Habilitación y Doctorado en derecho civil por la USP. Postdoctorado en derecho civil por el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemania). Máster en derecho civil por la PUC-SP. Licenciado en Derecho por la USP. Correo electrónico: assiszanini@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9057-4387>



1. Introducción

El derecho de las cosas, en particular el derecho de propiedad, tiene una gran importancia política, económica, social y medioambiental. En las discusiones actuales sobre los valores fundamentales de la democracia, se presta especial atención al problema de la propiedad privada y las formas en que debe ser abordada, de la que surgen temas muy sensibles, en particular en lo que respecta a la política habitacional.

En Alemania, la situación no es diferente, sobre todo porque el derecho de las cosas es uno de los temas con mayor uniformidad entre los países del sistema romano-germánico. Sin embargo, la legislación alemana tiene algunas peculiaridades, que requieren el estudio de los fundamentos del derecho de las cosas antes de un análisis más preciso del derecho de propiedad. Y en este punto, como resultado del derecho de la tradición alemana, cabe destacar la comprensión del principio de abstracción (*Abstraktionsgrundsatz*), una peculiaridad del derecho alemán.

Superado el análisis de los fundamentos del derecho de las cosas y la noción de cosa adoptada por el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB), pasamos al estudio del derecho de propiedad, incluyendo sus limitaciones, restricciones, formas de defensa, contenido, así como el enlace social requerido por la Ley Fundamental Alemana (*Grundgesetz* - GG).

Así, este texto pretende presentar los fundamentos de la legislación alemana sobre el derecho de las cosas. Se trata de un estudio en el que la metodología utilizada es descriptiva y deductiva, basada fundamentalmente en la investigación bibliográfica, jurisprudencial y legislativa. Al mismo tiempo que informa, el estudio panorámico del tema también busca instigar al lector a buscar soluciones en el derecho alemán a los problemas existentes en Brasil. Asimismo, se hacen notas específicas sobre posibles similitudes y diferencias entre la legislación alemana y brasileña, lo que sin duda permitirá una mejor comprensión del papel socioeconómico del derecho de las cosas, especialmente de la propiedad.

2. La distinción entre derechos absolutos y derechos relativos

Los derechos subjetivos se pueden clasificar de diferentes formas. La distinción más importante en Alemania, como también ocurre en Brasil, es entre derechos absolutos y derechos relativos.

La propiedad, según la ley alemana, está protegida contra cualquier persona, por lo que constituye un derecho absoluto (Medicus, 2010, p. 33). Lo contrario es el caso de los derechos que se dirigen solo contra una determinada persona y que solo pueden ser exigidos a esa persona, es decir, los derechos relativos, incluidas las obligaciones (Klinck, 2018, p. 1271).

Sin embargo, es importante enfatizar que las pretensiones individuales, que constituyen derechos relativos, pueden resultar de derechos de propiedad u otros derechos absolutos (Schapp, 2010, pp. 20-21). Así, si un objeto es destruido o dañado culpablemente, el propietario tiene una pretensión contra el infractor para pagar una indemnización (§ 823, 1 de la BGB), que es un derecho relativo (Leipold, 2007, pp. 72-73).

El Derecho alemán divide los derechos absolutos de la siguiente manera:

- a) Derechos de dominio sobre una cosa (por ejemplo, propiedad, prenda, usufructo).
- b) Derechos de la personalidad (derechos generales de la personalidad y derechos particulares de la personalidad, como, por ejemplo, el derecho a un nombre y el derecho a la propia imagen).
- c) Derechos sobre bienes inmateriales (derechos de dominio sobre bienes inmateriales: derechos de autor, derechos de patente, derechos de marca, entre otros) (Leipold, 2007, p. 73).

Así, con la excepción de la lista de derechos absolutos, de la que forma parte el derecho de las cosas, los alemanes clasifican los demás derechos como derechos relativos.

3. La distinción entre el derecho de las cosas y el derecho de las obligaciones

En el derecho alemán, la distinción entre el derecho de las cosas y el derecho de las obligaciones también es tradicional.

El derecho de las cosas existe sobre ciertos objetos, en un número limitado y solo con la autorización de la ley. Estos son derechos absolutos, que deben ser respetados por todos, ya que la ley otorga amplia protección contra su violación por parte de terceros (Prütting, 2017, p. 8).

El derecho de las obligaciones, en cambio, no se limita a determinados tipos previstos por la ley, admitiéndose su creación en consonancia con la libertad contractual (*Vertragsfreiheit*). Estos son derechos relativos, ya que solo vinculan al acreedor y al deudor, y no afectan a terceros (Schellhammer, 2017, p. 649).

Además, los negocios jurídicos de derecho de las cosas difieren considerablemente de los negocios jurídicos de derecho de las obligaciones. Tanto en la legislación alemana como en la brasileña, un contrato de compraventa, por ejemplo, solo crea una obligación para el vendedor de transferir la propiedad del objeto de la compra².

Esto se debe a que los negocios jurídicos obligacionales no tienen una influencia inmediata sobre la situación jurídica de una cosa. De hecho, es fundamental, para cambiar la situación jurídica de la cosa, la realización de un negocio jurídico adicional, un negocio jurídico de disposición (*Verfügungsgeschäft*). Por tanto, las diferencias entre el derecho de las obligaciones y el derecho de las cosas no son de naturaleza meramente teórica, sino que tienen una importancia práctica considerable (Eisenhardt, 2018, p. 480).

4. Fuentes del derecho de las cosas

El prototipo del derecho sobre una cosa es la propiedad, que encuentra protección en la Ley Fundamental alemana (art. 14, GG) (Kühl, Reichold, Ronellenfitsch, 2019, p. 209).

El derecho de las cosas forma parte del derecho privado alemán, tanto que está previsto en el tercer libro del BGB (§§ 854 a 1296), titulado “Derecho de las cosas” (*Sachenrecht*) (Baur; Stürner, 2015, p. 5). Contiene lo esencial sobre las reglas que rigen las relaciones jurídicas entre un sujeto de derecho (*Rechtssubjekt*) y una cosa (*Rechtsobjekt*), que incluye la propiedad, la posesión, así como muchos otros derechos reales limitados (Deckenbrock, 2017, p. 249).

Sin embargo, el tercer libro del BGB no contiene todas las disposiciones de derecho material sobre las cosas, ya que aún existen reglas al respecto en otros libros de la codificación civil (Klinck, 2018, p. 1271). En la Parte General del BGB, por ejemplo, existen reglas sobre las cosas en los §§ 90 a 103, que contienen una especie de parte general del derecho de las cosas, y cabe destacar las disposiciones de los §§ 90 y 90a, este último introducido en 1990 en el BGB (Schellhammer, 2017, p. 633).

Además, existen algunas leyes especiales, muy relevantes, que tratan determinadas cuestiones de derechos de las cosas fuera del ámbito del BGB (Baur; Stürner, 2015, p. 8). Este

² “§ 433 Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag. (1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. (2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen”.

Traducción libre: § 433 de la BGB: “Obligaciones contractuales típicas en el contrato de compraventa. (1) Por el contrato de compraventa se obliga al vendedor de una cosa a entregarla al comprador y a transferirle la propiedad de la misma. El vendedor debe entregar la cosa al comprador libre de defectos materiales y legales. (2) El comprador está obligado a pagar el precio de compra acordado al vendedor y recibir la cosa comprada”.

es el caso de la Ley de derechos de superficie (*Erbbaurechtsgesetz*), de la Ley de copropiedad en edificios de apartamentos (*Wohnungseigentumsgesetz*), de la Ley sobre buques (*Schiffsgesetz*) y la Ley de minas (*Bundesberggesetz*) (Fromont; Knetsch, 2017, p. 249).

5. La noción de cosa como objeto corporal

El concepto de cosa es fundamental para la comprensión del derecho de las cosas. En la Parte General del BGB, en su § 90, se encuentra la noción de cosa (*Begriff der Sache*), que se entiende como todo objeto corporal (*körperlicher Gegenstand*), tangible, que forma parte delimitable de la materia (Schwab; Löhnig, 2016, p. 128).

Retomando las ideas del movimiento pandectista, la concepción legal alemana considera que sólo se pueden poseer cosas corporales y que la propiedad y los demás derechos reales sólo pueden existir sobre los objetos corporales (Candian; Gambaro; Pozzo, 1992, pp. 317-318).

Con esto, hay un género (*Oberbegriff*), que sería el “objeto” (*Gegenstand*), que engloba todos los objetos de derecho (*Rechtsobjekte*), es decir, las cosas corporales (muebles e inmuebles) y los derechos incorpóreos (Leipold, 2007, p. 500). Las cosas en un sentido legal son entonces solo bienes tangibles, una concepción restringida del derecho alemán, que tiene su origen en la voluntad de los escritores del BGB, que querían distinguir claramente el derecho de las cosas del derecho de las obligaciones (Fromont; Knetsch, 2017, p. 249).

Solo se considera una cosa el objeto tangible (aprehendido físicamente), delimitable y sujeto a dominio (Kühl; Reichold; Ronellenfitsch, 2019, p. 209). Tiene que haber materia en el sentido físico, y es irrelevante si la materia está en estado sólido, líquido o gaseoso. No es necesario, entonces, que el objeto sea sólido, porque si se puede aprehender, independientemente de su estado (sólido, líquido o gaseoso), se considerará una cosa. Sin embargo, según la comprensión mayoritaria de la doctrina, el sonido, la electricidad y la luz no se consideran cosas (Kallwass; Abels, 2018, p. 231), porque no se pueden poseer ni transferir, ni se puede hablar de la existencia de un derecho de propiedad sobre ellos (Weber, 2015, p. 28).

En relación con el cuerpo de la persona viva, las reglas relativas a las cosas no se aplican. El cuerpo es el soporte material del ser humano (sujeto de derecho), por lo que el cuerpo no es en sí mismo objeto de derechos ajenos. Los embriones (criopreservados o *in vitro*) tampoco se consideran cosas y no son objetos de propiedad (Wolf; Wellenhofer, 2019, p. 8). En cuanto al cadáver, a excepción de las momias, esqueletos y piezas anatómicas, las reglas relativas a las cosas no son aplicables (Medicus, 2010, p. 480). Por otro lado, las partes separadas del cuerpo de la persona viva, como el cabello cortado o el diente extraído, se clasifican como cosas (Müller; Gruber, 2016, p. 5).

Además, dada esta concepción, los bienes inmateriales, como marcas, patentes, programas informáticos, datos electrónicos, derechos de autor y la firma (como el nombre del comerciante y la empresa), no pueden calificarse como cosas y no pueden ser objeto de propiedad. Son objetos de derecho que tienen una gran importancia práctica, pero al no ser corpóreos, no son cosas (Lüke, 2018, p. 4), ya que no pueden considerarse como una parte espacialmente limitada de la naturaleza (Strack, 2011, p. 6).

El mismo razonamiento se aplica a los derechos de la personalidad y a los derechos de crédito (*Forderungen*) (Fromont; Knetsch, 2017, p. 250). El soporte material de estos derechos, por otro lado, puede considerarse una cosa, distinción que se hace evidente cuando la propiedad del libro se separa de los derechos de autor sobre el texto que contiene (Hubmann, 1967, p. 86).

Por tanto, es evidente que la definición de cosa no busca resolver un problema de orden físico o lógico, sino simplemente satisfacer la conveniencia jurídica (Schwab; Löhnig, 2016, p. 128).

6. Los animales

Los animales (*Tiere*) se consideraban cosas hasta el 1 de enero de 1991. Hoy en día ya no son cosas y deben estar protegidos por leyes especiales. Las disposiciones sobre las cosas se les aplican por analogía, en la medida en que no se establece algo diferente (§ 90a de la BGB)³.

La regulación de la situación de los animales sufrió un cambio legislativo el 20/8/1990, con la introducción del § 90a en el BGB. La codificación alemana comenzó entonces a traer una disposición especial en relación con los animales, enfatizando que no son cosas, pero que, en ausencia de una disposición especial, se les aplican las reglas relativas a las cosas, según lo determinado por el § 90a, 3 del BGB (Schellhammer, 2017, p. 634).

Larenz y Wolf justifican la distinción de trato por el hecho de que los animales son seres vivos y no meras cosas. Por ello, su configuración jurídica no es, en general, la de la propiedad (§ 903), sino que se basa en leyes de protección especial, lo que, sin embargo, no les otorga la autodeterminación y responsabilidad inherentes al ser humano (Larenz; Wolf, 1997, p. 387).

Con este cambio, el BGB comenzó a distinguir los animales (*Tiere*) de las cosas (*Sachen*), considerando legalmente como cosas solo los objetos corporales (§ 90) (Brox; Walker, 2007, p. 400). A pesar de la distinción, en realidad, en el derecho civil alemán no existen disposiciones especiales con respecto a los animales, que se tratan como bienes muebles y se rigen por las normas relativas a la propiedad y la posesión (Schwab; Löhnig, 2016, p. 129).

Además, vale la pena señalar que, según parte de la doctrina alemana, este cambio es solo una ficción, una banalidad, debido a una motivación política, que tiene como objetivo implementar la agenda para la protección de los animales en el ámbito de la BGB. El cambio está realmente sujeto a fuertes críticas de la doctrina alemana, que afirma que, al final, los animales siguen siendo tratados como cosas en el ámbito del derecho civil (Kühl; Reichold; Ronellenfitch, 2019, p. 210).

7. Cosas muebles e inmuebles

Siguiendo la tradición existente en el derecho de los países de *civil law*, el Código Civil alemán distingue los bienes muebles (*bewegliche Sachen - Mobilien*) de los bienes inmuebles (*Grundstücke - Immobilien*) (Lüke, 2018, p. 10). Esto es bastante relevante, ya que, al igual que en la legislación brasileña, el régimen legal para muebles e inmuebles es diferente (Eisenhardt, 2018, p. 482).

De hecho, al reconocer la gran división entre cosas móviles e inmuebles, la doctrina alemana divide el derecho de las cosas en dos grandes bloques: el derecho de las cosas móviles (*Mobiliarsachenrecht*) y el derecho de las cosas inmuebles (*Immobilarsachenrecht*) (Wolf; Wellenhofer, 2019, p. 7). Y en esta línea, los académicos alemanes son los encargados de distinguir las dos categorías, ya que la legislación no aporta más aclaraciones (Baur; Stürner, 2015, p. 12).

Dada la ausencia de una definición legal, para comprender la distinción es necesario partir del concepto de cosa inmueble. Aunque no consagrado expresamente por los §§ 93 a 98 del BGB, la doctrina define cosa inmueble como “una parte delimitada de la superficie terrestre que se inscribe en el registro de la propiedad inmobiliaria como una parcela independiente” (Kühl; Reichold; Ronellenfitch, 2019, p. 210). Es un concepto técnico-legal que se entiende a partir del contenido del registro de la propiedad inmobiliaria (*Grundbuch*). Por tanto, la idea de *Grundstück* no coincide con la distribución del suelo en la naturaleza (Baur; Stürner, 2015, p. 12).

³ Traducción libre del § 90a de la BGB: “Los animales no son cosas. Están protegidos por leyes especiales. En la medida en que no se determine otra cosa, les son aplicables los correspondientes preceptos válidos para las cosas”.

De hecho, todo el territorio alemán está dividido en parcelas catastrales. El terreno (*Grundstück*) se crea a partir de uno o más lotes. El Registro de la Propiedad proporciona información sobre si una parcela o varias parcelas constituyen un terreno (Schwab; Löhnig, 2016, p. 131).

En este punto, el Código Civil alemán, a diferencia de la ley brasileña, utiliza la noción terreno para determinar la categoría de bienes inmuebles (*Grundstück*). Además, la noción de cosa mueble también engloba las cosas muebles que se han convertido en sus partes constituyentes esenciales (*wesentliche Bestandteile*), cuya disposición aparece en los §§ 93 y 94 del BGB (Schellhammer, 2017, p. 635). De esta forma, todos los demás objetos que no constituyen un terreno o una parte constituyente esencial del terreno se consideran cosas muebles (Wolf; Neuner, 2016, p. 302).

El derecho alemán, solo excepcionalmente, permite la disociación de los bienes inmuebles entre el terreno y el edificio (Zanini, 2016, p. 46), como es el caso de la ley de derechos de superficie (*Erbbaurecht*).

En consecuencia, de manera residual, toda cosa corpórea que pueda cambiar su posición espacial, así como que no se clasifique como inmueble (*Grundstück*), es considerada una cosa mueble (Baur; Stürner, 2015, p. 12). En cambio, los bienes inmuebles tienen una definición técnico-jurídica y no pueden cambiar su ubicación espacial (Wolf; Neuner, 2016, p. 302).

8. Principios fundamentales del derecho de las cosas

El derecho de las cosas se rige por ciertos principios fundamentales, que no se mencionan expresamente en la ley alemana. Como estos principios orientan el uso y la interpretación de las disposiciones en la materia, su conocimiento es muy importante (Wolf; Wellenhofer, 2019, p. 27).

A continuación, se presenta una breve exposición sobre los siguientes principios: a) taxatividad; b) publicidad; c) especialidad; d) abstracción y separación. Los principios fundamentales del derecho de las cosas también incluyen el carácter absoluto (*Absolutheit*), que ya se ha discutido anteriormente.

8.1. Taxatividad de los derechos reales

Al igual que en los países de *civil law*, el derecho alemán también adopta el principio de que los derechos reales están enumerados de forma limitada por la ley, lo que también determina el contenido y la forma de transmisión de estos derechos (Schellhammer, 2017, p. 651).

El *numerus clausus* de los derechos reales tiene así dos significados: a) *Typenzwang*, es decir, las partes no pueden crear nuevos derechos reales, ya que estos derechos solo pueden ser creados por ley (Lüke, 2018, p. 12); b) *Typenfixierung*, es decir, el contenido de los derechos reales está fijado por ley (Klunzinger, 2013, p. 631), no permitiendo que sea modificado por negocios jurídicos (Brehm; Berger, 2014, p. 22). Y esto se debe a que los derechos reales tienen efectos *erga omnes*, lo que exige que sean conocidos y previamente definidos de forma clara y siempre reconocible (Bähr, 2013, p. 423).

De hecho, en virtud del principio de *numerus clausus*, las partes no pueden crear un nuevo derecho real, ni alterar el contenido de un derecho real existente. Los derechos reales son entonces solo los que determina la ley y la estructura de estos derechos también debe ser estipulada por la ley (Brehm; Berger, 2014, p. 22).

El principio de la tipología imperativa (*Typenzwang des Sachenrechts*) se opone a la libertad de las partes en materia contractual (*Vertragsfreiheit*), que se aplica ampliamente en el derecho de las obligaciones. Por tanto, existen límites mucho más estrechos en el ámbito del

derecho de las cosas que en el derecho de las obligaciones (Förschler, 2018, p. 140). En consecuencia, el derecho a las cosas está constituido, predominantemente, por normas imperativas (*zwingendes Recht*) (Eisenhardt, 2018, p. 481).

En cualquier caso, la relación de derechos reales que prevé el BGB se acerca mucho a la contenida en el art. 1.225 del Código Civil brasileño. Y lo mismo puede decirse en relación con la forma en que funciona el principio de la taxatividad, que es muy similar a lo que ocurre en la legislación brasileña (Zanini, 2022, pp. 16-18).

8.2. Principio de publicidad

La legislación alemana establece que las relaciones jurídicas relativas a los derechos de las cosas deben ir acompañadas de medidas que den a conocer su existencia a terceros. Es decir, la ley exige que los negocios jurídicos en el ámbito del derecho de las cosas sean visibles externamente (Baur; Stürner, 2015, p. 38).

Según el principio de publicidad (*Publizitätsgrundsatz*), la constitución, la modificación, la transmisión y la extinción de los derechos de las cosas debe realizarse mediante un acto jurídico dotado de visibilidad externa (*Publizitätsmittel*), que permita a cualquier persona conocer la existencia de derechos sobre una determinada cosa (Fromont; Knetsch, 2017, p. 252).

La publicidad del derecho de las cosas determina cómo se realizará su transmisión (*Übertragungswirkung*), permite la adquisición de un *non domino* (*Gutgläubenswirkung*) y fundamenta una presunción legal a favor del derecho de las cosas (*Vermutungswirkung*) (Lüke, 2018, p. 13).

Por regla general, dicha visibilidad está asegurada, en materia inmobiliaria, por la inscripción en el libro de registro inmobiliario (*Grundbuch*), según lo dispuesto en el § 930 del BGB. Con respecto a los bienes muebles, la publicidad se produce a través de la transferencia de la posesión (§ 929 del BGB) (Meder; Czelk, 2018, p. 6).

En cualquier caso, cabe señalar que, en el sistema económico actual, la posesión ha sufrido una fuerte pérdida de su función como medio de publicidad, ya que muchos bienes jurídicos son utilizados por poseedores que no son propietarios, lo que ocurre cuando se trata de figuras como el *leasing*, la reserva de dominio (*Eigentumsvorbehalt*) o la propiedad fiduciaria (*Sicherungseigentum*) (Wolf; Wellenhofer, 2019, p. 29).

8.3. Principio de especialidad

Una de las principales tareas del derecho de las cosas es la ligación de un sujeto jurídico con un objeto jurídico. Por tanto, la titularidad de una cosa debe ser clara e inequívoca, requisito acorde con la seguridad jurídica. Un negocio jurídico bajo el derecho de las cosas solo es efectivo si la cosa en cuestión está inequívocamente determinada, es decir, especializada (Kühl; Reichold; Ronellenfitsch, 2019, p. 213).

El principio de la especialidad (*Spezialitätsgrundsatz* o *Bestimmtheit*) es muy importante y significa que el derecho a las cosas solo debe aplicarse a una cosa individualizada (Förschler, 2018, p. 139). En toda transferencia, su objeto debe ser designado con precisión, de modo que sea posible distinguirlo de otras cosas (Schellhammer, 2017, p. 650).

Además, es importante señalar que el BGB ignora la existencia del derecho de las cosas sobre las universalidades (*Sachgesamtheiten*). De hecho, un conjunto de cosas y derechos no puede estar sujeto al mismo derecho de las cosas. Su transmisión no puede hacerse sino organizando la transferencia de la propiedad de cada cosa perteneciente a la universalidad (Fromont; Knetsch, 2017, p. 249). Así, es necesario elaborar un inventario con todos los bienes individualizados (Meder; Czelk, 2018, p. 7).

Por tanto, una persona debe ser capaz de identificar, basándose únicamente en el negocio jurídico de disposición, quién tiene el derecho real sobre una determinada cosa (Lüke, 2018, p. 12).

8.4. Principios de la abstracción y de la separación

El derecho alemán presenta una gran particularidad que es la adopción de los principios de la abstracción y separación (*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*). Entre los países del sistema de *civil law*, Alemania, influenciada por Savigny, tomó un camino muy peculiar, consagrando los principios de la abstracción y separación, lo que genera bastante dificultad de comprensión por parte de los estudiosos extranjeros (Deckenbrock, 2017, p. 31).

El asunto está regulado en la Parte General del BGB, ya que se refiere a la noción general de los negocios jurídicos. Así, el derecho alemán distingue muy claramente entre dos tipos de negocios jurídicos, a saber, los negocios generadores de obligaciones (*Verpflichtungsgeschäfte*) y los negocios dispositivos (*Verfügungsgeschäfte*) (Wolf; Wellenhofer, 2019, p. 32). Esta distinción corresponde al principio de la separación (*Trennungsprinzip*), que es un presupuesto necesario para la existencia del principio de la abstracción (*Abstraktionsprinzip*) (Leipold, 2007, p. 81).

En efecto, la transmisión de la propiedad sea de un mueble o de un inmueble, no opera en el ámbito del contrato de compraventa (*Kaufvertrag*), que no tiene efecto traslativo, creando únicamente obligaciones (artículo 433 del BGB). Para que se produzca la transmisión de la propiedad es imprescindible que se realice un negocio jurídico diverso, un segundo negocio jurídico, aunque muchas veces dicho negocio se celebre simultáneamente con el contrato que crea las obligaciones (Witz, 2018, p. 113). Este acuerdo de voluntades, que tiene por objeto la transmisión de la propiedad, se denomina *Einigung*. En los inmuebles la *Einigung* se realiza ante una autoridad competente, normalmente un notario, recibiendo la denominación específica de *Auflassung* (Prütting, 2017, pp. 144-145).

Además, para que se produzca la transmisión, sigue siendo necesario un acto real que dé publicidad a la transmisión. En el caso de las cosas muebles, este acto real es la entrega del bien al comprador, es decir, la tradición (*Übergabe*, § 929 BGB). En relación con las cosas inmuebles, la transferencia se concluye con la inscripción del cambio de la situación jurídica en el registro inmobiliario (*Eintragung im Grundbuch*, § 873 BGB) (MEDER; CZELK, 2018, p. 178).

Así, el principio de la separación, que encuentra sus raíces en el derecho romano, significa, para el derecho alemán, la existencia de una dualidad de negocios jurídicos, es decir, un negocio jurídico obligacional, que puede ser una compraventa, y un negocio jurídico de disposición, la *Einigung* (Pietrek, 2015, pp. 29-30).

En el derecho brasileño también se admite el principio de la separación, pero en un sentido ligeramente diferente, ya que, como en el derecho alemán, el negocio jurídico obligacional no transfiere la propiedad, ya que es necesaria la realización de un acto real, que puede ser la tradición o la inscripción en el registro de la propiedad. En este punto, es importante aclarar que en el derecho brasileño no es necesario un segundo negocio jurídico, el negocio jurídico de disposición, que, como se ha visto, en el derecho alemán se llama *Einigung*.

Junto al principio de la separación, la doctrina alemana desarrolló en el siglo XIX el principio de la abstracción. Savigny es considerado responsable de la elaboración del modelo de la abstracción alemán, cuyo objetivo sería garantizar una mayor seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*) (Kühl; Reichold; Ronellenfitsch, 2019, p. 212).

Por el principio de abstracción, el negocio jurídico obligacional es independiente del negocio jurídico de disposición (Leipold, 2007, p. 81), de modo que cualquier problema

relacionado con el negocio jurídico obligacional (por ejemplo, nulidades, vicios del consentimiento, etc.) no afecta al negocio jurídico de disposición, que sigue siendo eficaz. Es jurídicamente irrelevante la causa de la transmisión, no importa si se hizo, por ejemplo, un contrato de donación o una compraventa.

La doctrina alemana divide la abstracción en dos aspectos. Por un lado, el negocio jurídico real no depende de la existencia de una causa (*inhaltliche Abstraktion*) (Lüke, 2018, p. 15). Por otro lado, el negocio jurídico real es independiente del negocio jurídico obligacional (*äußerlich Abstraktion*) (Baur; Stürner, 2015, p. 55).

Además, dado que los actos de disposición son abstractos, las acciones basadas en el enriquecimiento injusto (§§ 812 y siguientes del BGB) adquieren mucha importancia en el derecho alemán, ya que son presentadas por el enajenante para obtener la devolución de la cosa, lo que será posible a menos que la cosa haya sido transferida a un tercero.

Sin embargo, hay casos en los que una misma causa puede generar la nulidad tanto del negocio jurídico obligacional como del negocio jurídico de disposición (*Fehleridentität*) (Leipold, 2007, p. 81). Esto ocurre, por regla general, tanto en cuestiones de incapacidad jurídica (*Mängel der Geschäftsfähigkeit*) como en casos de dolo o coacción ilegítima. Sin embargo, la situación es diferente en el caso de error. De hecho, como el único objetivo del negocio jurídico de disposición es provocar la transmisión del bien, generalmente no se ve afectado por los errores cometidos al celebrar la operación que genera la obligación. Además, la valoración del alcance de la nulidad a ambos negocios jurídicos (obligacional y real) en caso de violación de la moral (§ 138 BGB) o de la prohibición legal (§ 134 BGB) requiere una valoración caso por caso (Witz, 2018, p. 114).

También cabe destacar que la categoría de negocio abstracto es más amplia que la de negocio de enajenación, ya que todo negocio de enajenación es un negocio abstracto, pero lo recíproco no es cierto (Witz, 2018, p. 114).

En resumen, por el principio de separación, el negocio obligacional y el negocio de disposición deben estar estrictamente separados el uno del otro. Por el principio de abstracción, el negocio jurídico de disposición no depende de la causa y su eficacia permanece inalterada, a pesar de que el negocio de derecho obligacional esté viciado (Kühl; Reichold; Ronellenfisch, 2019, p. 212). Así, la separación entre derechos obligacionales y derechos de las cosas es una expresión de los principios de separación y abstracción (Robbers, 2017, p. 183).

9. El derecho de propiedad

El BGB no ofrece una definición legal del derecho de propiedad (Eisenhardt, 2018, p. 489). Sin embargo, la propiedad es conceptualizada por la doctrina como la forma más completa de asignación legal de una cosa al patrimonio de un sujeto de derecho (Bähr, 2013, p. 438). Es un derecho ilimitado en el tiempo y confiere un señorío pleno sobre la cosa (Fromont; Knetsch, 2017, p. 258).

La redacción del § 903 del BGB no deja lugar a dudas cuando establece que el propietario puede, en la medida en que la ley o los derechos de terceros no se opongan, comportarse en relación con la cosa (mueble o inmueble) como quiera, excluyendo toda interferencia de terceros (Leipold, 2007, p. 63).

Dicha concepción, que se remonta al derecho romano, hace referencia a la distinción de dos estructuras en el derecho de propiedad: a) una positiva, que permite al propietario comportarse como quiera en relación con la cosa (*mit der Sache nach Belieben verfahren*) (Lüke, 2018, p. 46); b) una negativa, que tiene una función de exclusión (*andere von jeder Einwirkung ausschließen*), es decir, impedir que terceros actúen en relación con la cosa (Staudinger; Westermann, 2017, p. 23).

Los llamados poderes positivos (*Positive Befugnisse*), que componen la estructura formal de la propiedad, permiten al propietario hacer cualquier cosa con su propiedad: puede realizar los frutos o renunciar a ellos, puede disfrutar de la cosa personalmente o permitir que lo haga un tercero, así como puede disponer libremente de ella o simplemente gravarla⁴. Además de esta dimensión positiva, el derecho de propiedad también confiere poderes negativos (*Negative Befugnisse*). Así, los terceros quedan excluidos de todo derecho sobre la cosa (§ 903 del BGB), salvo que el propietario lo permita (Müller; Gruber, 2016, p. 22).

Sin embargo, la plenitud del derecho de propiedad no es absoluta. Así, la propiedad confiere actualmente no sólo derechos, sino también deberes (Meder; Czelk, 2018, p. 42).

10. La propiedad constitucional y la propiedad del Código Civil alemán

La Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), promulgada el 23 de mayo de 1949, considerando la importancia vital que tiene la propiedad para la sociedad, la incluyó entre los derechos fundamentales, tal como se expresa en el art. 14, 1 (Eisenhardt, 2018, pp. 488-489).

La propiedad está expresamente garantizada por el art. 14, 1 de la Ley Fundamental, que determina cómo deben distribuirse y utilizarse los bienes necesarios para la supervivencia. Según el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), la Ley Fundamental permite a todos crear un espacio de libertad en términos patrimoniales y, en consecuencia, un entorno de vida sujeto a su propia responsabilidad (Kingreen; Poscher, 2013, p. 242).

La protección constitucional del derecho de propiedad implica, por un lado, el derecho a oponerse a la injerencia de las autoridades públicas (*Abwehrrecht* o *Schutzfunktion*), lo que constituye una garantía individual (*Individualgarantie*). Por otro lado, se reconoce la propiedad como garantía institucional (*Institutsgarantie*), es decir, se garantiza la propiedad como institución jurídica, atribuyendo a la ley el establecimiento de su contenido y sus límites (Müller; Gruber, 2016, p. 21). El Estado está entonces obligado a crear un sistema legal que asegure la aplicabilidad práctica de la propiedad, que permita al individuo adquirir la propiedad y utilizarla de tal manera que se preserve el contenido esencial de ese derecho. Y en este punto, el BGB es una de las leyes más importantes de aplicación del art. 14, 1 de la Ley Fundamental (Bähr, 2013, p. 439).

Sin embargo, la garantía institucional de la propiedad privada no es absolutamente intangible, reconociendo la existencia de límites impuestos por el derecho público y privado. El art. 15 de la Ley Fundamental, por ejemplo, permite al Estado colectivizar el suelo, los recursos naturales y los medios de producción. Sin embargo, la expropiación solo puede tener lugar en beneficio de la comunidad y solo puede hacerse por ley o con una autorización legal (Leipold, 2007, p. 64). Por lo tanto, la ley de expropiación regula el tipo y alcance de la compensación, con el objetivo de asegurar que la parte lesionada sea compensada adecuadamente por lo que perdió (Staudinger; Westermann, 2017, p. 25).

Además, vale la pena enfatizar que el concepto constitucional de propiedad abarca no solo la propiedad de las cosas, sino también la titularidad de todos los derechos patrimoniales (Leipold, 2007, p. 63). Así, el campo de aplicación de la protección constitucional del derecho de propiedad es más amplio que el fijado por el derecho privado en el § 90 del BGB, que define la cosa como un objeto corporal (*körperliche Gegenstände*) (Eisenhardt, 2018, p.

⁴ En la doctrina se afirma que el propietario puede abstenerse de cualquier uso o destruir la cosa. Sin embargo, esto se relativiza, ya que existe la vinculación social del uso de la propiedad (BÄHR, 2013, p. 438). Schwab y Löhnig recuerdan que el § 903, 1 del BGB presenta la estructura formal de la propiedad (*die formale Struktur des Eigentums*), que no entra en conflicto con la vinculación social de la propiedad (SCHWAB; LÖHNIG, 2016, p. 127).

489 - 490). El área de propiedad constitucional incluye, por ejemplo, los derechos de crédito, los derechos de autor (*Urheberrecht*), la propiedad industrial (*Gewerblicher Rechtsschutz*), etc.

Por el contrario, en el sentido más estricto dado por el BGB, no hay propiedad de derechos, sino titularidad (*Inhaberschaft*) (Förschler, 2018, p. 122). Esto significa que alguien puede ser el titular de una patente, pero no el propietario de la patente, ya que solo existe propiedad sobre objetos corpóreos (PRÜTTING, 2017, p. 119).

11. El contenido y los límites de la propiedad constitucional

La Ley Fundamental garantiza el derecho de propiedad y también establece que el contenido y los límites de este derecho serán fijados por la ley (art. 14, 1 de la Ley Fundamental), lo que permite al legislador restringir sus atribuciones. La jurisprudencia constitucional subordina estas restricciones, como ocurre con cualquier derecho fundamental, a una prueba de proporcionalidad, que es más estricta cuando la restricción afecta a los bienes adquiridos por la fuerza de trabajo que cuando se trata de bienes raíces o medios de producción (FROMONT; KNETSCH, 2017, p. 259).

En este contexto, la libertad del propietario no es ilimitada. La visión liberal del derecho de propiedad como un derecho absoluto se vio limitada por el reconocimiento de su dimensión social. Influenciado por una disposición de la Constitución de Weimar, el artículo 14, 2, de la Ley Fundamental dice: “La propiedad es obligatoria. Su uso debe servir, al mismo tiempo, al bien común”. Así, dicha disposición constitucional deja claro que la propiedad no es sólo un derecho, sino también un deber (MEDER; CZELK, 2018, p. 43).

Además de las disposiciones de la Ley Fundamental, hay muchas reglas que limitan el derecho de propiedad en el BGB. El texto del § 903, 1 indica, por ejemplo, que el derecho de propiedad, en particular con respecto al alcance del poder de uso, tiene límites resultantes del deber cívico general del propietario de tener en cuenta los intereses de otras personas, los intereses de la comunidad, así como las restricciones a la propiedad acordadas por el propio propietario (BÄHR, 2013, p. 440). El § 906, a su vez, impone al propietario un cierto grado de tolerancia ante las molestias al vecindario. La ley de urbanismo (*deutsches Baugesetzbuch -BauGB*) condiciona la construcción de un edificio a la obtención de una licencia de obras expedida por la autoridad pública. Además, existen otras limitaciones para garantizar la protección del medio ambiente, organizar la caza y la pesca (*Bundesjagdgesetz - BjagdG*), regular la explotación de los recursos del suelo (*Bundesberggesetz - BbergG*) y de las aguas superficiales.

Por lo tanto, al lado de los límites impuestos por el respeto de los derechos de terceros, existen actualmente también numerosas disposiciones de derecho público que limitan la propiedad (LEIPOLD, 2007, p. 64).

12. Vinculación social de la propiedad

El principio general es que el uso de la propiedad no debe satisfacer únicamente las necesidades egoístas del titular del derecho (art. 14, 2 de la Ley Fundamental). El uso de la propiedad obliga y debe servir al bien común (Förschler, 2018, p. 122). Esto significa que el § 903 del BGB expresa únicamente la estructura formal de la propiedad, que no puede contradecir su vinculación social (Schwab; Löhnig, 2016, p. 127).

El derecho de propiedad está, pues, sujeto a una obligación social, que permite al legislador, incluso sin expropiación formal, establecer límites al uso de la propiedad, lo que está en consonancia con los valores de un Estado de Derecho democrático y social (Bähr, 2013, p. 440).

En el ámbito inmobiliario, los ejemplos de vinculación social de la propiedad (*Sozialbindung des Eigentums*) son especialmente numerosos: van desde la regulación de la

libertad de construir y sus límites, pasando por las normas de protección del medio ambiente y del patrimonio histórico y artístico, hasta la regulación del alquiler de viviendas y el arrendamiento de locales destinados a la producción empresarial. En esta línea, podría determinarse, por ejemplo, la plantación de vegetación en un terreno a lo largo de un río para reducir el riesgo de inundaciones. Y en ese caso, si la intervención es proporcional al riesgo, el propietario debe tolerar esa injerencia de las autoridades en su propiedad, pero, dependiendo de la situación, tendrá derecho a una indemnización (Meder; Czelk, 2018, p. 43).

En cualquier caso, se considera bastante difícil establecer, en casos concretos, la frontera entre la realización legal de la obligación social de la propiedad (sin pago de indemnización) y la expropiación (con la necesidad de pagar una indemnización). La cuestión sigue siendo controvertida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y de los Tribunales Federales Superiores, incluso 60 años después de la entrada en vigor de la Ley Fundamental. La dificultad radica en que no sólo los actos directos del Poder Ejecutivo encaminados a la privación individual de derechos dan lugar a la expropiación. También las restricciones a la propiedad a través de regulaciones normativas abstractas tienen un efecto directo sobre el libre uso de la propiedad (por ejemplo, el registro de todo un distrito urbano como zona histórica protegida, de modo que los edificios ubicados allí solo pueden modificarse estructuralmente de acuerdo con las normas de preservación de monumentos) (Bähr, 2013, p. 440).

También cabe destacar que los alemanes son muy cautelosos en relación con la intervención en la propiedad, que solo se permite cuando se cumplen ciertos supuestos, como la existencia de una excepción prevista por la ley y para servir al bien común (Meder; Czelk, 2018, p. 43). Por regla general, corresponde al legislador establecer el alcance de la vinculación social de la propiedad, dejando esta tarea a los tribunales solo en situaciones muy excepcionales (Schwab; Löhnig, 2016, p. 127).

Finalmente, vale la pena señalar que la doctrina alemana no coloca la vinculación social como parte integral del contenido del derecho de propiedad. En el derecho alemán, el tema se trata dentro del ámbito de los límites del derecho de propiedad.

13. Restricciones voluntarias a la propiedad

El propietario puede, mediante negocios jurídicos con terceros, restringir su derecho al libre uso o explotación del objeto que le pertenece. Esta restricción puede surgir de negocios jurídicos de derecho obligacional, como los contratos, en los que el propietario se compromete a abstenerse de un determinado uso de la cosa o a poner el uso de la cosa a disposición de la otra parte contratante (Bähr, 2013, p. 441).

Por otro lado, el propietario también puede transferir temporalmente los poderes de uso y disfrute para crear derechos reales limitados, que existirán paralelamente al su derecho de propiedad. En esta situación, el poder del propietario para actuar como mejor le parezca en relación con la cosa está limitado por los derechos de terceros que él (propietario) creó. Esto ocurre cuando, por ejemplo, el dueño de una casa otorga a otra persona el derecho real de habitación sobre el edificio, o partes de este, para que esa persona pueda usar y poseer el inmueble (§ 1093 del BGB) (Bähr, 2013, p. 441).

En todo caso, la situación es muy diferente cuando la transmisión de las facultades del propietario se produce por la vía del derecho de obligaciones o de los derechos reales. De hecho, los derechos reales limitados tienen un significado especial, ya que tienen prioridad sobre las disposiciones posteriores del propietario de la cosa, es decir, la parte que adquirió un derecho real sobre la propiedad de otra persona podrá hacer valer este derecho incluso contra un sucesor posterior del propietario. En cambio, en las relaciones establecidas sólo con la

fuerza de derecho obligacional, el titular de un derecho sólo puede ejercitarlo frente al sujeto con el que ha contraído el vínculo obligacional, ya que se trata de un derecho relativo. Si el derecho de propiedad se transfiere a un tercero o si un tercero interpone una acción contra el propietario, no será posible oponer la existencia de la relación obligatoria al que no fue parte en ella (Bähr, 2013, p. 441).

14. Diferentes formas de propiedad

Además de la propiedad individual (*Alleineigentum*), la legislación alemana también admite que la propiedad pueda ser compartida entre varias personas. A este respecto, el BGB reconoce diferentes formas para la regulación de las relaciones jurídicas externas e internas derivadas de la copropiedad: a) copropiedad por fracciones (*Miteigentum nach Bruchteilen*); b) copropiedad de mano común (*Gesamthandseigentum*) (Musielak; Hau, 2019, p. 289).

En la copropiedad por fracciones (arts. 1008 y ss. del BGB), salvo que se disponga lo contrario, los copropietarios son titulares de una cuota abstracta de un bien, una cuota ideal, que puede ser cedida libremente y que representa la parte del valor que correspondería a cada uno de los copropietarios en caso de división (Wolf; Wellenhofer, 2019, p. 16).

La copropiedad por fracciones, que en el Código Civil brasileño se denomina condominio general (art. 1.314 y ss.), es la figura más común en el derecho alemán. Siempre ocurre cuando varias personas adquieren una cosa sin estar unidas por un vínculo de mano común. Sin embargo, el propietario único de una cosa también puede concederla a otra persona, en un negocio de disposición, por el que ambos se convierten en copropietarios (Bähr, 2013, p. 442).

La copropiedad de mano común (*Gesamthandseigentum*) es otra forma de copropiedad reconocida por la legislación alemana. En la copropiedad de mano común cada persona es propietaria simultáneamente de toda la cosa, y no hay propiedad de fracciones ideales. La copropiedad de mano común surge en los casos en que varios sujetos de derecho forman una comunión patrimonial con base en relaciones jurídicas personales especiales. El BGB sólo conoce tres tipos de esta forma de copropiedad: a) la comunidad de sucesores (*Erbengemeinschaft* - § 2032 del BGB); b) la comunión entre cónyuges (*eheliche Gütergemeinschaft* - § 1416 del BGB); c) la sociedad de personas (*Gesellschaftsvermögen* - § 718 del BGB) (Musielak; Hau, 2019, p. 289).

La diferencia esencial de la copropiedad por fracciones en relación con la copropiedad de mano común es que en esta última los copropietarios no pueden disponer de su parte abstracta sin el consentimiento de los demás (Wolf; Wellenhofer, 2019, p. 17).

Por último, cabe señalar que el condominio de edificios es una forma especial de copropiedad, que surge, según el § 10, 1 de la Ley de Condominio de Edificios (*Wohnungseigentumsgesetz* - WEG), por la existencia de la propiedad privada (*Alleineigentum*) sobre una vivienda en conexión con la propiedad fraccionada (*Bruchteileseigentum*) sobre las áreas comunes (Förschler, 2018, p. 124).

15. Conclusiones

El derecho de las cosas alemán presenta peculiaridades muy importantes, entre las cuales, quizá la más relevante sea la adopción del principio de abstracción, que no encuentra correspondencia entre los países que siguen la matriz francesa. Este principio procura proporcionar mayor seguridad jurídica en las negociaciones que conciernen a los derechos reales, especialmente en lo que se refiere a la transferencia de bienes inmuebles.

El principio de la separación es un requisito previo para la existencia de la abstracción, es decir, la separación entre los derechos de las obligaciones y los derechos de las cosas, que se da en algunos ordenamientos jurídicos, como el brasileño, donde hay separación, pero

no hay abstracción, al menos según el entendimiento de la mayoría de los juristas. La abstracción determina que el negocio jurídico de disposición no depende de la causa y su eficacia se mantiene inalterable, a pesar de que el negocio de derecho de las obligaciones sea defectuoso.

Otro aspecto muy relevante del estudio del derecho de las cosas alemán es la vinculación social de estos derechos, que no deben satisfacer únicamente las necesidades egoístas de su titular. El derecho de propiedad está, pues, sujeto a una obligación social, de modo que el uso de la propiedad debe servir también al bien común, lo que está en consonancia con los valores de un Estado de Derecho democrático y social.

El estudio también permitió comprobar que la forma de protección del derecho de propiedad en Alemania, a pesar de los resultados similares y de la inspiración romana, es un poco diferente del sistema brasileño. Esto puede explicarse por el respeto que los tribunales alemanes tienen por el BGB, que suaviza mucho las incursiones del derecho constitucional sobre el derecho civil.

Por lo tanto, sin negar la fuerte influencia alemana en el derecho de las cosas brasileño, que ha acogido muchas teorías desarrolladas por juristas alemanes, es innegable que la materia presenta puntos de divergencia entre los dos países. Así, el presente trabajo ha pretendido esbozar una visión general del derecho de las cosas en Alemania y, al mismo tiempo, de manera sencilla, resaltar algunas de estas importantes diferencias, que no deben pasarse por alto.

Referencias bibliográficas

- Bähr, Peter (2013). *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. Ed. München: Franz Vahlen.
- Baur, Fritz; stürner, Rolf (2015). *Sachenrecht*. 18. Ed. München: C.H. Beck.
- Brehm, Wolfgang; Berger, Christian (2014). *Sachenrecht*. 3. Ed. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Brox, Hans; Walker, Wolf-Dietrich (2007). *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. Ed. München: Carl Heymanns Verlag.
- Candian, Albina; Gambaro, Antonio; Pozzo, Barbara (1992). *Property – Propriété – Eigentum*. *Corso di diritto privato comparato*. Padova: cedam.
- Deckenbrock, Christian; Höpfner, Clemens (2017). *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. Ed. Baden-Baden: Nomos.
- Eisenhardt, Ulrich (2018) *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. Ed. Viena: Facultas.
- Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson (2020). *Curso de direito civil*. 16. Ed. Salvador: juspodivm. v. 5.
- Förschler, Peter (2018). *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen.
- Fromont, Michel; Knetsch, Jonas (2017). *Droit privé allemand*. 2. Ed. Paris: LGDJ.
- Hubmann, Heinrich (1967). *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. Ed. Köln: Böhlau.
- Hübner, Heinz (1996). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 2 ed. Berlin: de Gruyter.
- Kallwass, Wolfgang; Abels, Peter (2018). *Privatrecht*. 23. Ed. München: Franz Vahlen.
- Kingreen, Thorsten; Poscher, Ralf (2013). *Grundrechte Staatsrecht II*. 29. Ed. Heidelberg: C.F. Klinck, Fabian (2018). *Sachenrecht*. In: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts. 6. Ed. Berlin: Sellier (pp. 1269-1388).
- Klunzinger, Eugen (2013). *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 16. Ed. München: Franz Vahlen.

- Kühl, Kristian; Reichold, Hermann; Ronellenfitsch, Michael (2019). Einführung in die Rechtswissenschaft. 3. Ed. München: C. H. Beck.
- Leipold, Dieter (2007). BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil. 4. Ed. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Lôbo, Paulo (2020). Direito civil: coisas. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, v. 4.
- Lôbo, Paulo (2018). Direito civil: parte geral. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, v. 1.
- Lüke, Wolfgang (2018). Sachenrecht. 4. Ed. München: C. H. Beck.
- Meder, Stephan; Czelk, Andrea (2018). Grundwissen Sachenrecht. 3. Ed. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Medicus, Dieter (2010). Allgemeiner Teil des BGB. 10. Ed. Heidelberg: C.F. Müller.
- Müller, Klaus; Gruber, Urs Peter (2016). Sachenrecht. München: Franz Vahlen.
- Musielak, Hans-Joachim; HAU, Wolfgang (2019). Grundkurs BGB. 16. Ed. München: C. H. Beck.
- Penteado, Luciano de Camargo (2014). Direito das coisas. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Pietrek, Marietta (2015). Konsens über Tradition? Tübingen: Mohr Siebeck.
- Prütting, Hanns (2017). Sachenrecht. 36. Ed. München: C.H. Beck.
- Robbers, Gerhard (2017). Einführung in das deutsche Recht. 6. Ed. Baden-Baden: Nomos.
- Schapp, Jan (2010). Direito das coisas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Schellhammer, Kurt (2017). Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen. 5. Ed. Heidelberg: C.F. Müller.
- Schwab, Dieter; Löhnig, Martin (2016). Einführung in das Zivilrecht. 20. Ed. Heidelberg: C.F. Müller.
- Staudinger, Ansgar; Westermann, Harm Peter (2017). Sachenrecht. 13. Ed. Heidelberg: C.F. Müller.
- Strack, Astrid (2011). Hintergründe des Abstraktionsprinzips. Juristische Ausbildung (JURA), Berlin, v. 33, n. 1, (pp. 5-9)
- Stürner, Rolf (2012). O princípio da abstração e a transmissão da propriedade. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (org.). V Jornada de Direito Civil. Brasília: CJE, (p. 50-65).
- Tepedino, Gustavo; Monteiro Filho, Carlos Edison do Rêgo; Renteria, Pablo (2020). Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense.
- Witz, Claude (2018). Le droit allemand. 3. Ed. Paris: Dalloz.
- Weber, Ralph (2015). Sachenrecht: Grundstücksrecht. 4. Ed. Baden-Baden: Nomos, v. II.
- Wolf, Manfred; Neuner, Jörg (2016). Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 11. Ed. München: C.H. Beck.
- Wolf, Manfred; Wellenhofer, Marina (2019). Sachenrecht. 34. Ed. München: C.H. Beck.
- Zanini, Leonardo Estevam de Assis (2022). Direito Civil: Direito das Coisas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Zanini, Leonardo Estevam de Assis (2016) O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social. Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischer Juristenvereinigung (DBJV-Mitt.), a. 34, n. 1, (pp. 39-59).
- Zweigert, Konrad; Kötz, Hein (1996). Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts. 3. Ed. Tübingen: Mohr Siebeck.

LA PREVENCIÓN PENAL ANTICIPATIVA. UN PARADIGMA COMPLEJO
DEL NUEVO DERECHO PENAL
Anticipatory Criminal Prevention. A Complex Paradigm
of the New Criminal Law

JOSÉ GUILLERMO MOYA VALDIVIESO¹
Universidad Carlos III, Madrid, España

Resumen

El presente artículo analiza, a breves rasgos, los problemas actuales de la implementación de la prevención penal anticipativa. Esta teoría se basa en el adelantamiento de la barrera punitiva a situaciones que carecen de un *factum* sujeto de reproche penal o de lesividad. Lo que se pretende sancionar, a través de una prevención general negativa basada en el principio de precaución, es la amenaza de ejecutar determinadas actividades que socialmente se categorizan como peligrosas. La prevención penal anticipativa cambia el ámbito de actuación penal, convirtiéndolo en un derecho penal prospectivo. Por lo tanto, no se acopla a los principios rectores del derecho penal dentro de un estado liberal de derecho. Los problemas se evidencian tanto en materia sustantiva como procesal y sus consecuencias van en detrimento de los derechos fundamentales de los ciudadanos y del principio general de última ratio de la actuación penal.

Palabras clave

Prevención penal anticipada, Peligrosidad, Prevención General Negativa, Seguridad como fundamento de la prevención anticipada, Derecho penal de acto, Derecho penal de autor.

Abstract

This article analyzes the current problems of the implementation of Anticipative Criminal Prevention. This is a strong example of the advancement of the punitive barrier to situations that lack a *factum* subject to criminal reproach or harmfulness. What is intended to be sanctioned is, through a general negative prevention, the threat of carrying out certain activities that are socially categorized as dangerous. Anticipatory criminal prevention is not coupled with the guiding principles of criminal law. The problems are evident both in substantive and procedural matters and their consequences are detrimental to the fundamental rights of citizens and the general principle of the last ratio of criminal proceedings.

Keywords

Anticipated Prevention, Dangerousness, Negative General Prevention, Security as the Basis of Anticipated Prevention, Offender-Based Criminal, Offense-Based Criminal.

¹ Magister de Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Carlos III de Madrid. Doctorando por la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado Magna Cum Laudem por la Universidad San Francisco de Quito. Miembro del área de Derecho Público del Estudio Jurídico Sperber & Álvarez Law Firm. Correo Electrónico: jose49moya@gmail.com.



1. Introducción

El derecho penal, como cualquier otra rama de la ciencia jurídica, se encuentra actualmente en constante evolución. Las nuevas tecnologías que permiten el almacenamiento generalizado de datos, la globalización y el reconocimiento del concepto de “sociedad de riesgo” (Beck, 1998), toman relevancia y generan un cambio radical en los principios reconocidos y respetados del derecho penal clásico (Beccaria, 2015). Estos siguen vigentes, y constituyen los límites del poder coercitivo del Estado. Sin embargo, no se los puede armonizar ni acoplar en su totalidad a las nuevas exigencias y necesidades que requiere una sociedad, cuya principal amenaza es la existencia constante de diversos riesgos que afectan nuestra coexistencia social.

Por estos motivos, la sociedad cada vez requiere y exige a los organismos estatales, la imposición de nuevas medidas que pretendan otorgar más seguridad a sus ciudadanos. De esta manera, se permite un mayor intervencionismo estatal en la actividad social. Esto conlleva a que se “sacrificase el principio *in dubio pro libertate*, por el mucho más restrictivo y problemático de *in dubio pro securitate*, dando lugar a que se puedan dar restricciones de la libertad y sanciones carentes de cualquier posible fundamento o legitimación material” (Galán, 2015, p. 77).

El motivo del presente ensayo es analizar brevemente la intervención penal anticipativa, eje principal dentro del nuevo modelo del derecho penal. En primer lugar, se estudiará como el principio de precaución permitió la expansión desmesurada de la actuación jurídico penal. En segundo lugar, se analizará la incompatibilidad material entre la prevención penal anticipativa y los principios rectores del derecho penal clásico.

2. El principio de precaución, origen de la “Prevención Penal Anticipativa”

En primer lugar, el principio de precaución se fundamenta en el control estatal de cualquier tipo de peligrosidad social² o conductas de riesgo previas al cometimiento de algún delito. Su evidencia se sostiene a través de la tipificación y aumento de nuevos tipos penales de riesgo abstracto o indeterminados. Estos se fundamentan en la vigencia de bienes jurídicos colectivos que deben ser protegidos por parte del Estado. Es decir, el principio de precaución obliga directamente al Estado a intervenir en las posibles situaciones riesgosas o peligrosas que suceden en cualquier sociedad. En su inicio, este principio se ancló directamente con la realidad científica, la cual debía brindar mayor certeza para su implementación. La certeza debía implantarse específicamente en el adelantamiento de la barrera punitiva de las conductas riesgosas que atenten contra el medioambiente o a la salud pública. En síntesis,

el principio de precaución lo que determina es que el derecho podrá intervenir limitando la libertad de los ciudadanos, estableciendo restricciones, prohibiciones e incluso previendo sanciones, en relación con aquellas conductas respecto de las cuales exista sospecha o indicios de que pueden dar lugar a la producción de resultados catastróficos o irreversibles [...], por más que exista incertidumbre científica sobre la realidad de dicho riesgo y su extensión (Galán, 2015, p. 77).

² Con la finalidad de que el lector pueda comprender de mejor manera, se esclarece que el concepto de peligrosidad es amplio, no obstante, en el presente ensayo únicamente se tratará la peligrosidad previa al cometimiento de un hecho delictivo y basada en la peligrosidad social. Por lo que, no se deberá entender la peligrosidad vinculada a las medidas de seguridad que se aplican sobre todo a reos con alto riesgo de reincidencia o de conducta violenta.

Es evidente que el margen de actuación de la seguridad técnica en estas materias es autónomo, es decir, la precaución depende de la materia en la cual se quiere implementar. No obstante, el problema surgió al forzar a cualquier Estado, a través de una obligación internacional³ o a través de un requerimiento social⁴, a utilizar métodos menos técnicos para la defensa de los ciudadanos a través del uso del derecho penal o de policía y sin un marco individual de acción. Esto sucede principalmente en materia de terrorismo (Erhard, 2009, p. 42) como uno de los principales ejemplos. El concepto de peligrosidad, a través del principio de precaución, toma relieve y permite sancionar conductas típicas sin la necesidad de un hecho fáctico riesgoso o reprochable penalmente. La evolución del concepto enunciado por Erhard reside que actualmente la prevención penal anticipativa, que comenzó con el terrorismo, se ha ampliado a otros frentes de actuación dentro de la política criminal, como lo es el cibercrimen, los delitos sexuales, el lavado de activos, entre otros.

En todos estos casos concurre una fundamentación parecida del concepto de peligrosidad, tipos, que al igual que el terrorismo, motivan la barrera anticipada de actuación punitiva en el mismo principio de precaución y basándose en su peligrosidad social. Como se evidencia, el concepto de precaución ya no se encuentra anclado a un análisis técnico de riesgos como sucedía en su inicio, sino se amplía de forma desmesurada a los nuevos conceptos de peligrosidad social (Alonso, 2016, p. 71).

En virtud de lo expuesto, la política criminal de la comunidad europea e inclusive mundial⁵ se embarca en una clara tendencia en “trasformar el principio de precaución, originario en el Derecho ambiental de la UE, en un principio general del Derecho de la UE e incluso dotándole de estatus constitucional” (Kaarlo, 2013, p. 16). La principal consecuencia de esta afirmación se evidencia en la tipificación de conductas preventivas, que ya no se fundamentan en impedir una lesión basada en una situación de riesgo (ej. delitos de peligro abstracto, inclusive indeterminados), sino tipifican conductas cuyo fin es “evitar la situación misma de riesgo interviniendo ante los factores que la puedan producir” (López, 2018, p. 101). De este modo, el principio de precaución, fundamento de la prevención penal anticipativa, se contrapone de forma directa con los principios sustantivos como procesales clásicos del derecho penal de acto. Esta contraposición ocurre principalmente con los principios de mínima intervención penal, culpabilidad, lesividad, legalidad, igualdad, defensa, contradicción, presunción de inocencia y valoración probatoria o *in dubio pro reo*.

3. Problemas principales de la vigencia de la prevención penal anticipada

En primer lugar, es oportuno y vital entender el alcance que brinda este nuevo concepto y el cambio radical que genera dentro de nuestro derecho penal. Actualmente, “ya no se trata, únicamente, de reaccionar frente al delito cometido, sino antes de eso, impedir su comisión, anudando al sistema de justicia criminal una función de carácter anticipativo, que hasta ahora

³ El autor considera que la nueva implementación de la prevención anticipada tiene fundamento y motivación en las obligaciones internacionales aceptadas por los estados en ejercicio de su soberanía. Diversos instrumentos internacionales imponen a los Estados parte tipificar sanciones de forma anticipativa. En materia de delitos sexuales y cibercriminalidad, ver “Convenio sobre la cibercriminalidad”, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. En materia de terrorismo, se puede observar la DIRECTIVA vigente n.o. (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa. En América, Convención Interamericana contra el Terrorismo.

⁴ Nota aclarativa. Ver. Díez Ripollés, J. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, ISSN-e 1695-0194, N.º 7.

⁵ El autor considera que existe estrecha vinculación entre la tipificación de conductas de forma anticipada y la propagación de convenios internacionales que tratan sobre la seguridad, las cuales obligan a los Estados parte a tipificar conductas de forma anticipada.

le ha sido ajena” (Campo, 2022). La prevención penal anticipada, cambia sustancialmente el ámbito de actuación penal, de ser reactivo, a ser prospectivo. En virtud de lo expuesto, los problemas suceden en ambos ámbitos del derecho, tanto sustantivo como adjetivo.

Consecuentemente, parecería que la actual tendencia de la política criminal reconoce la vigencia del derecho penal de autor y no de acto. Los actos humanos son esencialmente subjetivos, es decir, no son predecibles. Empero, la categorización misma del ser humano a través de la sincronización analítica de datos, sí puede ser estudiada desde un punto de vista objetivo y preventivo. Dicho de otra manera, los datos no pueden prevenir qué conducta peligrosa puede el individuo realizar, pero sí puede analizar si la esencia misma del individuo es probablemente peligrosa. Esta situación alienta la sanción de conductas preparatorias o, inclusive, meros hechos individuales que carecen de cualquier fundamento de lesividad dentro del derecho penal sustantivo. Mientras que, en el aspecto procesal, se permite el control y vigilancia constante por parte del Estado hacia sus ciudadanos a través del uso e implementación de las nuevas tecnologías. En resumen, la prevención penal anticipativa elimina la necesidad del *factum* de reproche penal como mecanismo de reacción, violando de este modo la mínima intervención penal. De la misma manera, podrían generarse situaciones arbitrarias por parte del Estado, ya que la desconfianza de algunos juristas aumenta “frente a todo intento legislativo de actuar frente a ‘peligros’, pues pocos frenos al poder estatal son tan efectivos como la exigencia de un “hecho” como presupuesto mínimo para la intervención estatal” (Ziffer, 2006, p. 630).

3.1. La inminente vuelta del Derecho Penal de Autor. Problema principal dentro del aspecto sustantivo.

Uno de los principales problemas dentro del derecho penal sustantivo se sitúa en la promulgación de tipos penales, cuya conducta punible es un hecho no exteriorizado ni materializado *ex ante*, pero que existe probabilidad de materialización del resultado riesgoso de forma *ex post*. Se podría incluso afirmar que la pena se fundamenta en el propio pensamiento “riesgoso o peligroso” del individuo y su posible materialización futura, mas no en el aspecto lesivo de la acción cometida y peor aún en su resultado. En otras palabras, se estaría imputando penalmente los pensamientos y la peligrosidad futura de que esta se concrete en la realidad. La tipificación de estos supuestos se fundamenta en el concepto de peligrosidad criminal, el cual “hace referencia a la valoración *ex ante* de que la conducta del individuo considerado peligroso, que pueda constituir una acción delictiva” (Alonso, 2016, p. 15).

Cada vez se crean nuevas obligaciones internacionales que imponen a los Estados parte la tipificación de conductas previas al mismo riesgo dentro de su ordenamiento jurídico interno. Inclusive, hay supuestos en los cuales lo que se pretende punir es efectivamente el pensamiento “peligroso” del sujeto activo. El autoadoctrinamiento terrorista es un ejemplo claro de esta afirmación, el cual se encuentra tipificado en el artículo 575 del Código Penal Español. En materia de delitos sexuales y ciberdelincuencia, se consta con un supuesto internacional que claramente pretende sancionar el pensamiento peligroso y se aleja sustancialmente del hecho lesivo. A pesar de que el Ecuador no ha ratificado el Convenio de Budapest sobre esta materia, el supuesto analizado ya se encuentra tipificado a través de la última reforma del COIP⁶. El artículo 9 numeral 2 del Convenio de Budapest establece textualmente lo siguiente:

⁶ Art. 103. Código Orgánico Integral Penal. Suplemento del Registro Oficial No. 180 , 10 de Febrero 2014

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos: a) La producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático; b) la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático; c) la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático, d) la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona; e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos. [...] 2. A los efectos del anterior apartado 1, por «pornografía infantil» se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de: (...) b) *una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita*; (las cursivas me pertenecen).

Claramente, lo que se pretende sancionar es meramente un pensamiento peligroso, al no existir un bien jurídico protegido. Es más, en el supuesto en mención ni siquiera concurre un menor. Lo que sí es evidente es la necesidad de tipificar una conducta que manifiesta una clara peligrosidad social y reproche de un determinado pensamiento, mismo que todavía no se ha materializado. Únicamente tendría sustento jurídico penal si se entiende que el bien jurídico protegido es colectivo y proviene de las diversas formas de explotación sexual, lo cual en mi opinión sería forzar de manera inadecuada el alcance del tipo.

Del mismo modo, el expansionismo injustificado de la prevención penal anticipativa genera otro problema dentro del aspecto sustantivo que se vuelve a plasmar en el reconocimiento del derecho penal de autor. Al no existir claros lineamientos ni límites sobre las conductas sujetas de reproche penal en las cuales se podría aplicar la prevención penal anticipativa, esta se expande a cualquier tipo sustantivo, inclusive la delincuencia más clásica.

Nos movemos en el campo de la delincuencia más tradicional, la que afecta a bienes jurídicos individuales básicos, como la vida e integridad personal, la libertad o la libertad sexual. Parece claro que en este grupo de conductas ya se han perdido con nitidez las referencias al original concepto de expansión, a aquel que pretendía atender a las nuevas formas de criminalidad inherentes a la sociedad tecnológica y mundializada. Se trata, ni más ni menos, que de intensificar intervenciones penales en el núcleo de la delincuencia clásica. [...] Y eso ha arrumbado buena parte de las certezas precedentes: las reacciones penales ya no le intimidan suficientemente, la resocialización no funciona con tales individuos, sólo la inocuización, el aislamiento, de tales personas ofrece perspectivas de éxito (Díez Ripollés, 2005, p. 219).

Las consecuencias son evidentes; la actuación penal pasa de ser reactiva a ser preventiva. La peligrosidad como fundamento de la sanción se basa en un criterio e hipótesis futura. Parece que el juicio de peligrosidad: o bien se trata de la cuestión de cómo habrá de conducirse el individuo si el Estado no interviene, o bien, en el caso de la resocialización, de cuáles habrán de ser los efectos de la injerencia estatal sobre la conducta futura del afectado. De esta forma, la prevención penal anticipada se convierte en un mecanismo de educación ciudadana, lo cual contraviene con los conceptos básicos del estado liberal. Como bien lo afirma Ziffer, “el ordenamiento jurídico no está llamado a educar mejores ciudadanos por medio de la coacción” (Ziffer, 2006, p. 640).

En síntesis, la prevención penal anticipativa, en virtud de su origen en el principio de precaución, permite sancionar los pensamientos de los ciudadanos. La pena se fundamenta en un mecanismo de prevención general negativa, que solo pretende amenazar determinados actos que no son aceptados por la sociedad a través de la actuación penal. De esta

manera, la actual política criminal, a través de la prevención penal anticipada, vuelve a recrear y fundamentar un aspecto de la escuela positivista, el perfil lombrosiano. Esta afirmación es alarmante para un sector de la doctrina, especialmente los seguidores de la escuela finalista, que se inclina a defender el derecho penal clásico y liberal dentro del estado de derecho. Las similitudes entre la nueva concepción del perfil lombrosiano y la anterior son evidentes. La principal recae en la facultad de no diferenciar el dolo requerido, ya que ni siquiera importa de forma sustancial el hecho, sino la prevención de algún hecho futuro que afecte la seguridad ciudadana. Muñoz acertadamente concluye:

se pueda llegar a castigar por la vía penal a quienes, sin actuar con un dolo siquiera eventual de lesionar y sin llegar a producir la lesión que podrían haber llegado a ocasionar, decidan por su propia voluntad realizar la conducta precautoriamente prohibida, pese a saber que con ello darían lugar a la aparición del riesgo no permitido que el legislador penal quería impedir que se llegase siquiera a generar (Galán Muñoz, 2015, p. 123).

El actual perfil lombrosiano ya no se fundamenta en las personas de color, de pómulos predominantes, etc., sino en las personas cuyo pensamiento y mínima actuación, sin la necesidad de que la misma genere un hecho lesivo y se exteriorice, sea contraria a los pronósticos de seguridad socialmente aceptados. La necesidad del castigo se sitúa, “no tanto en la acción ilícita individual del reo (culpabilidad por el acto aislado), como en las características del sujeto que, desde una perspectiva conjunta y más o menos permanente, lo identifican como peligroso (culpabilidad de autor)” (Jiménez, 2017, p. 33).

3.2. La incompatibilidad entre los principios procesales clásicos y el nuevo modelo de derecho penal preventivo

Al existir una armonización entre el derecho penal sustantivo y adjetivo, los problemas se concretan en ambos campos de la actuación penal. La necesidad de cambiar el derecho penal, de ser meramente reactivo a ser prospectivo, genera que exista una flexibilización abrupta de los derechos procesales clásicos y de los mecanismos de persecución penal. Esta flexibilización claramente se evidencia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, colegialmente conocida como LECRIM. En ella se establecen algunos supuestos en los cuales no es necesaria la autorización judicial previa para la intercepción de comunicaciones escritas (artículo 579 numeral 3) telefónicas o telemáticas (artículo 588 Ter inciso d.) o para el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (artículo 588 sexies inciso c.). Este tratamiento procesal diferenciado, el mismo que afecta directamente los derechos fundamentales del investigado y al principio de igualdad ante la ley, depende sustancialmente de la categoría delictiva que cometa. Lo mismo sucede en el derecho penal ecuatoriano a través del Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo, la norma crea una nueva diferenciación dependiendo del móvil utilizado dentro de un supuesto concreto. En otras palabras, no solo se fija en la conducta típica investigada (art. 476), sino inclusive de la diferencia del medio circunstancial empleado donde se quiere llevar una determinada actividad investigativa. Un ejemplo evidente sucede en los artículos 478 y 479 del COIP.

La vigencia de estos tipos penales y el tratamiento diferenciado en su investigación se orientan claramente a prevenir los riesgos futuros. Los juicios de peligrosidad se convierten en pronósticos esencialmente presumibles por parte de los agentes de control⁷

⁷ Ejemplo. Art. 479 Código Orgánico Integral Penal. Suplemento del Registro Oficial No. 180 , 10 de Febrero 2014.

y sus datos, provienen de la “ingente cantidad de información de la que hoy disponemos con mucha anterioridad, ofrece la exactitud y fiabilidad necesarias para afirmar que ya es un conocimiento suficiente para justificar la sanción (Gonzalez, 2017, p. 101)”. Siguiendo con esta misma línea argumentativa, uno de los principales referentes de la peligrosidad, Casabona de forma acertada afirma:

Al estar orientada la peligrosidad hacia el futuro, su apreciación implica un juicio naturalístico (es decir, no ético, moral o de valor), un cálculo de probabilidad, que se concreta a continuación en una prognosis. El juicio de peligrosidad se desenvuelve en dos momentos, derivados de su propia definición: la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso (el diagnóstico de peligrosidad), por un lado, y la comprobación de la relación entre dicha cualidad y el futuro criminal del sujeto (prognosis criminal) (1986, p. 30).

El principal problema de los juicios o presunciones de peligrosidad es su elevado margen de error y falta de neutralidad. Al inicio de la intervención penal anticipada, cuando la ciencia era utilizada para pronosticar el riesgo en materia ambiental o de seguridad pública, ya existía debate sobre el uso de estos. La doctrina especializada sobre la materia concluye de forma correcta que los estudios científicos obligatoriamente parten de una posición no neutral.

Los estudios científicos siempre parten de hipótesis y análisis que presuponen que el investigador adopte una determinada postura o enfoque respecto del objeto de su análisis, lo que, en muchas ocasiones, lleva a que estudios independientes, plenamente solventes y en modo alguno tendenciosos, lleguen a conclusiones completamente contradictorias a la hora de analizar y responder a las mismas cuestiones (Galán, 2015, p. 89).

Si estas críticas ocurren con ciencias naturales, la situación es sumamente más problemática en las ciencias sociales, donde existe por definición un mayor margen de incertidumbre. Esta se evidencia con el mismo significado del propio concepto de peligrosidad. Según la Recomendación CM/Rec(2014) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa define al delincuente peligroso de la siguiente forma.

Un delincuente peligroso es una persona que ha sido condenada por un delito sexual muy grave, o con violencia contra las personas también muy grave, y que presenta una alta probabilidad de volver a cometer nuevas infracciones sexuales o con violencia contra las personas muy graves.

Como bien lo expone la recomendación en mención, la peligrosidad se basa en un análisis de probabilidad futura que se amplía incluso a los supuestos en donde no se ha declarado una condena. Quién analiza esta peligrosidad, normalmente, es la misma autoridad que tiene la competencia investigativa. Es decir, no solo existe un grado elevado de incertidumbre al tratar una probabilidad futura, sino también, quien emite el juicio de probabilidad sobre una determinada peligrosidad es el mismo órgano o persona que ejerce la facultad investigativa o la acción penal, afectando su imparcialidad. En el caso de Ecuador la imparcialidad es más visible, ya que en virtud del artículo 479 del COIP, inclusive una simple presunción emitida por la misma autoridad de la existencia de un delito ya autoriza la implementación de la medida investigativa. Al respecto, es importante manifestar que estos niveles de precisión carecen sustancialmente de un resultado adecuado. Sobre este punto, la doctrina concluye:

Las técnicas de prevención de riesgo en los temas de violencia no tienen un nivel satisfactorio de precisión en la predicción. Existen varias razones, [...] no se tienen en consideración las tasas básicas de agresión y que consisten en la probabilidad de que un suceso ocurra en una muestra en concreto (Francia, 2016, p. 282).

Adicionalmente, a esta ya difícil situación se le suma que “en la actualidad no es posible hacer predicciones que vayan a ser exactas respecto a comportamientos futuros, por lo que únicamente se puede trabajar en términos probabilísticos de mayor o menor medida” (Francia, 2016, p. 282). Por estos motivos, es evidente que “la futura peligrosidad de un individuo es muy difícil o imposible de predecir: [...] que los instrumentos que se utilizan, tan apenas nos proporcionan una seguridad mayor de un 50% de probabilidades de acertar” (Francia, 2016, p. 295). Por ende, diversas asociaciones, incluyendo la prestigiosa American Psychiatric Association “tiene como postura oficial que no se puede confiar en las predicciones sobre peligrosidad” (Francia, 2016, p. 295).

Por consiguiente, el cambio radical en materia sustantiva de derecho penal de acto a derecho penal de autor, no solo se configura en la tipificación de nuevas conductas penales, sino que se manifiesta principalmente en el derecho procesal, ya que este permite “suspender excepcionalmente algunos derechos constitucionales básicos de los que gozan el resto de los sospechosos, acusados o procesados, como el ‘habeas corpus’, la inviolabilidad del domicilio, el secreto en las comunicaciones privadas, etcétera” (Jiménez, 2017, p. 60).

Inclusive, esta situación ocurre cuando la norma ordena un control posterior o anterior de la medida por parte del órgano judicial, ya que el fundamento de actuación proviene efectivamente de la norma sustantiva. Por lo que, “a pesar del control judicial, parlamentario y político a que están sometidas estas actuaciones, se han producido innumerables abusos en las fases de detención, interrogatorio, prisión preventiva, juicio y régimen penitenciario” (Jiménez, 2017, p. 60).

Sobre este punto, específicamente en materia de terrorismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a través de la sentencia de 13 de septiembre de 2016, asunto Ibrahim y otros c. Reino Unido párrafo 269 declara que los principales derechos procesales, como el acceso a la defensa técnica, o la prohibición de autoincriminación mediante métodos de coacción, no tienen un carácter absoluto de protección.

Sin embargo, el derecho a no auto incriminarse no es absoluto. El grado de coacción aplicado será incompatible con el artículo 6 cuando destruya la esencia misma del privilegio contra la autoincriminación. Pero no toda compulsión directa destruirá la esencia misma del privilegio contra la autoincriminación y, por lo tanto, conducirá a una violación del Artículo 6. Lo que es crucial en este contexto es el uso que se le da a las pruebas obtenidas bajo coacción en el curso del juicio penal.

A pesar de la costumbre jurisprudencial generalizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la situación cambia en América Latina. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala párrafo 94, defiende que el uso del concepto de peligrosidad no solo tiene un alcance en materia penal, dentro de su vertiente procesal o sustantiva. Su fundamento es más profundo y de mayor gravedad al responder a una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido. De esta forma sustituye el Derecho Penal de acto o, de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el

Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía. Por estas razones, el tribunal de forma correcta concluye:

La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobre ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos.

4. Conclusiones

De lo expuesto, se concluye que la prevención penal anticipada, la cual se basa en la peligrosidad del individuo y sin condena previa, permite un cambio radical del concepto y finalidad del derecho penal. El nuevo modelo del derecho penal pretende arrogarse nuevas funciones preventivas ajenas a los componentes reactivos de la actuación penal. De esta manera, esta nueva concepción del derecho penal “desmonta sin contemplaciones el derecho penal garantista” (Díez-Ripollés, 2005, p. 230), lo cual se evidencia todos los días por parte de las actuaciones de los miembros de seguridad del estado.

En materia adjetiva se evidencia claramente el mayor intervencionismo estatal a través de la “facilitación de controles corporales, de intervención de comunicaciones [...] sin control judicial o con laxos controles, uso generalizado de agentes encubiertos, prolongación de los períodos de incomunicación, restricciones del derecho a no declarar contra sí mismo, limitaciones del derecho de defensa” (Díez-Ripollés, 2005, p. 230).

Mientras que, en materia sustantiva, la creación de este nuevo modelo genera y demuestra la vigencia del Derecho Penal de Autor, concepto que parecía haberse superado dentro de la dogmática penal. Como en la escuela positivista, el actual perfil lombrosiano ya no radica, en mi opinión, en características únicamente físicas del agente, sino también en aspectos ideológicos o de pensamiento. De forma alarmante el derecho penal parece abandonar la primacía de la libertad como máxima limitación y garantía contra del totalitarismo y arbitrariedad estatal, con fundamento en la supuesta seguridad basada en el principio de precaución (Robles Planas, 2007, p. 18). Parece que la libertad individual se cohíbe y pierde terreno ante una visión comunitarista de la sociedad, la cual impone, incluso con medidas coercitivas, una especie de educación a sus ciudadanos. Lo cual, de forma recelosa, podría abrir “una vía hacia la uniformidad social y autoritarismo” (Díez-Ripollés, 2005, p. 236).

Reflexiono que es vital entender el actual fenómeno criminal y poder encontrar límites en su actuación. Nos encontramos en un derecho penal híbrido y sin un rumbo fijo (Gonzalez, 2017, p. 91-101), el cual no pretende abandonar los principios rectores antiguos de la parte sustantiva como adjetiva. No obstante, considero que la tipificación de nuevas conductas basadas en la anticipación preventiva con fundamento en cuestiones de peligrosidad, características del autor, más la imposibilidad concertar los principios procesales y los mecanismos de investigación de estas conductas delictivas, generan de forma automática la imposibilidad de armonizar el derecho penal clásico con la prevención penal anticipativa. Esta última genera que la responsabilidad penal radique en hechos futuros y que se fundamente en características propias del agente mas no en hechos.

Es evidente que la prevención anticipada tiene fundamento en el funcionalismo radical propuesto por Jakobs y seguido al inicio por su discípulo Cancio. Ambos afirman “quien (...) pena por hechos futuros, ya no tiene razón alguna para dejar impunes los pensamientos” (Cancio Meliá & Silva Sánchez, 2008, p. 41), y esto es justamente lo que pretende el nuevo paradigma del derecho penal. La pena ya no asusta, ni rehabilita en una sociedad amenazada por el riesgo. A simple vista la prevención penal anticipativa sitúa a la precaución como eje de la actuación estatal, dejando de lado la mínima intervención, pilar del derecho penal clásico. Por ende, defendiendo a totalidad la postura de Robles Planas quien sostiene:

La seguridad total no la puede ofrecer ningún Derecho penal del mundo (...) No puede reclamarse para uno mismo la libertad frente a controles y vigilancias de todo tipo, hablar de igualdad de todos los ciudadanos y a la vez esperar que se omitan conductas que pueden reprimirse con ayuda del Derecho penal mediante la permanente vigilancia. Quien quiere libertad debe estar dispuesto a pagar también el precio que va a ella unido de un Derecho penal sólo limitadamente eficiente (Robles Planas, 2007, p. 18).

Las dudas y preguntas siguen en el aire, tal vez la solución es crear una vertiente paralela del derecho penal, con sus propios principios procesales como sustantivos. Otros creen que lo mejor es volver al derecho penal clásico y delegar estas nuevas competencias de precaución a los órganos competentes dentro de un estado de derecho ajenos al derecho penal. Lo que sí es evidente es que estamos ante un paradigma sustancialmente nuevo y requiere encontrar y esclarecer cuáles son los principios, derechos y límites de la prevención penal anticipativa.

Referencias bibliográficas

- Alonso., S. (2016). Derecho Penal Preventivo y Peligrosista. *Revista de Ciencias Jurídicas No. 139.*, 57-88.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los Delitos y las Penas*. Madrid: UC3M.
- Campo, C. J. (febrero, 10 de 2022). *Función social del ius puniendi: La transformación del Derecho Penal a partir de las nuevas realidades sociales*. (Discurso Principal) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Española Madrid. España.
- Cancio Meliá, M., & Silva Sánchez, J. M. (2008). *Delitos de Organización*. Editorial B de f.
- Díez Ripollés, J. (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología, ISSN-e 1695-0194, No. 7*, 198-248.
- Erhard, D. (2009). Prevención y Libertad. Sobre el Orden de la Libertad. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. ISSN 0008-7750. No. 43*, 39-57.
- Francia, M. M. (2016). La peligrosidad criminal y las técnicas de prevención de riesgos. Especial referencia a la delincuencia sexual peligrosa. *Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales Fascículo 1*, 59-88.
- Galán Muñoz, A. (2015). La problemática utilización del principio de precaución como referente de la política criminal del moderno derecho penal. ¿Hacia un derecho penal del miedo a lo desconocido o hacia uno realmente preventivo? *En Revista de estudios de la justicia. ISSN 0718-4735. No. 22.*, 69-117.

- Gonzalez Cussac, J. L. (2017). Apuntes de un Derecho penal híbrido. . In J. J. Coord. por Jesús María Silva Sánchez, & Santiago Mir Puig (hom.), *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (pp. 91-101). Montevideo: B d F.
- Jiménez, E. B. (2017). Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización: proyecciones en el ámbito del terrorismo. *Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales Fascículo 1*, 27-71.
- Juan José López Ortega, J. M. (2018). Prevenir y evitar: consideraciones en torno a un modelo de intervención penal anticipativa. In N. S.-M. Carmen Juanatey Dorado (dir.), *Derechos del condenado y necesidad de pena* (pp. 89-116). Aranzandi Thomson Reuters.
- Kaarlo., T. (2013). Ultima Ratio as a constitutional principle. *Onate Socio-Legal series, V. 3. ISSN: 2079-5971* .
- Robles Planas, R. (2007). “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad. *Revista Para El Análisis Del Derecho No 4*, 1-25.
- Romeo Casabona, C. (1886). *Peligrosidad y derecho penal preventivo*. Bosch, Casa Editorial S.A.
- Ulrich., B. (1998). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Ediciones Paidós.
- Ziffer, P. S. (2006). La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez. *La Ley, suplemento de Derecho Constitucional*.

Convenciones tratados y conferencias

- Consejo de Europa y demás países signatarios. (2001). *Convenio sobre la Ciberdelincuencia, Convenio de Budapest*. el 23 de noviembre de 2001.
- Consejo de Europa (2014). Recomendación CM/Rec No. 3. Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa de 19 de febrero de 2014. <https://rm.coe.int/168070ee50>

Sentencias

- Corte IDH (2005). *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 20 de Junio de 2005.
- TEDH (2016). *Asunto Ibrahim y otros c. Reino Unido*. Sentencia de 13 de septiembre de 2016

REFLEXIONES SOBRE EL PACTO COMISORIO: UNA REAPROXIMACIÓN
A SU NATURALEZA Y ALCANCE¹Reflections on the 'Pacto Comisorio': An Alternative View
of its Nature and ScopeMARÍA GRACIA NARANJO PONCE²Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador
Yale Law School, New Haven, Estados UnidosSERGIO NÚÑEZ DÁVILA³

Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador

Resumen

De la literalidad del artículo 1817 del Código Civil ecuatoriano se desprende que el pacto comisorio es una figura que solo aplica en el contrato de compraventa y ante la falta de pago del precio. Si bien un amplio sector de la doctrina considera apropiado extender los efectos de la figura a otros contratos bilaterales, el presente trabajo se aleja de esa postura y propone una interpretación textual de la norma. El pacto comisorio es una figura cuyo fundamento es limitar la voluntad de los contratantes. Consecuentemente, por su carácter restrictivo, sus efectos no deben ser extendidos a otros supuestos que los explícitamente prescritos por el Código Civil.

Palabras clave

Pacto comisorio, Condición resolutoria tácita, Condición resolutoria ordinaria, Principio de autonomía de la voluntad, Incumplimiento contractual, Compraventa.

Abstract

From the text of article 1817 of Ecuador's Civil Code, it follows that the *pacto comisorio* is a figure that only applies to the sales contract and, specifically, in the event of non-payment of the price. Although a large sector of the literature considers it appropriate to extend the effects of this figure to other bilateral contracts, this work intends to present an alternative view and proposes a textual and more restrictive interpretation of the code. The *pacto comisorio* is a figure that limits the will of the contracting parties. Consequently, due to its restrictive nature, its effects should not be extended to hypotheses other than those explicitly prescribed by the Civil Code.

Keywords

Pacto comisorio, Tacit Condition Subsequent, Ordinary Condition Subsequent, Autonomy of the Will, Breach of Contract, Sales Contract.

¹ Las cargas y responsabilidades del presente trabajo fueron distribuidas en partes iguales.

² Profesora en Universidad San Francisco de Quito. LL.M y candidata a J.S.D. en Yale Law School. Correo electrónico: mnanranjo@usfq.edu.ec; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3132-4230>.

³ Estudiante en Universidad San Francisco de Quito. Asistente de cátedra de las materias de Teoría de la Norma Jurídica, Estado y Sociedad, Derecho Constitucional, Teoría de las Obligaciones y Derecho de Familia. Correo electrónico: nunezsergio9@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0588-1292>.



1. Introducción

La resolución del contrato es un remedio para la patología del incumplimiento. Es una forma de ineficacia en la que puede incurrir un contrato ante el incumplimiento obligacional. Tiene por principal efecto la extinción de las obligaciones y las restituciones mutuas entre las partes. El Código Civil ecuatoriano (2005)⁴ regula al menos dos mecanismos a través de los cuales se puede alcanzar la resolución del contrato en caso de incumplimiento. El primero de ellos es la condición resolutoria tácita, regulada en el artículo 1505, que se entiende incorporada a todos los contratos bilaterales, en virtud de la cual de no cumplirse lo pactado por uno de los contratantes, el otro podrá solicitar la resolución o el cumplimiento del contrato. El segundo es el pacto comisorio regulado a propósito de la compraventa. Su manifestación adquiere dos formas. El pacto comisorio simple consiste en la estipulación expresa de que, de no pagarse el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta; mientras que el pacto comisorio calificado se configura cuando la voluntad de las partes ha sido más tajante y pretende resolver automáticamente el contrato ante el incumplimiento del comprador⁵.

Bajo la regulación que el Código ofrece para ambas figuras, la resolución es solo una de las dos alternativas frente al incumplimiento —siendo la otra exigir el cumplimiento del contrato— y debe ser necesariamente solicitada a una autoridad judicial y constituida por esta. Del artículo 1505 se desprende con claridad que si un contratante aspira a la resolución del contrato como consecuencia del incumplimiento de su contraparte, deberá solicitarle a una autoridad judicial que declare tal resolución. Solo con sentencia judicial se constituye el estado resolutorio.

De igual forma, de la regulación del pacto comisorio se desprende que, si un contratante aspira a la resolución del contrato como consecuencia del incumplimiento de su contraparte, amparado en esta misma figura, tal resolución no operará de forma automática ante el incumplimiento⁶. El artículo 1818 contempla la posibilidad de solicitar el cumplimiento del contrato en lugar de la resolución; y el artículo 1819 permite al contratante incumplido detener la acción resolutoria cumpliendo con su obligación, incluso si se pactara resolución *ipso facto*. De tal forma, se infiere que, en el Código Civil, para estos casos, la resolución no opera de forma automática cuando se ha estipulado un pacto comisorio.

En el presente trabajo, sin embargo, exploraremos la posibilidad de pactar una condición resolutoria que consista en el incumplimiento contractual y que, de verificarse, derive en la resolución automática del contrato, sin necesidad de que exista una declaración judicial de incumplimiento y que se constituya el efecto resolutorio a partir de una sentencia judicial.

Para el efecto, en primer lugar estudiaremos a la figura del pacto comisorio. Nos referiremos a sus antecedentes históricos y a su regulación en el Código Civil, con especial énfasis en la imposibilidad de que de esta figura se despliegue la resolución del contrato como efecto automático en caso de incumplimiento. En segundo lugar, expondremos las razones para considerar que, a diferencia de lo que ha considerado la doctrina mayoritaria, el pacto comisorio es una figura que resulta únicamente aplicable al contrato de compraventa y, específicamente, ante el incumplimiento del comprador en su obligación de pago de precio.

⁴ En adelante, cualquier referencia al Código Civil que no contenga una especificación adicional corresponde al Código Civil ecuatoriano.

⁵ Para efectos del presente trabajo, con “pacto comisorio” se entenderá incluido tanto al simple como al calificado; seremos explícitos en caso de referirnos a uno en particular.

⁶ Así lo ha establecido también la jurisprudencia ecuatoriana. La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 26 de octubre de 2001 (Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Página 1868), sostuvo que “tampoco este acuerdo habilita a dar por terminado un contrato en forma unilateral, sino que debe intentárselo mediante la respectiva acción judicial”. Ver, también, sentencia de 25 de julio de 1951 (Gaceta Judicial. Año LV. Serie VII. Nro. 13. Pág. 1523).

En tercer lugar nos referiremos a la posibilidad de pactar, de forma expresa, una condición resolutoria que tenga como hecho futuro e incierto al incumplimiento de las obligaciones contractuales en contratos distintos a la compraventa (o incluso en el contrato de compraventa pero ante el incumplimiento del vendedor) y que esta tenga los efectos propios de una condición resolutoria: la resolución *ipso facto* del contrato ante la verificación de la condición. Particularmente, exploraremos la compatibilidad de esta figura con la condición resolutoria tácita y el pacto comisorio.

A nuestro criterio, resulta posible pactar una condición resolutoria que consista en el incumplimiento contractual y que, de verificarse, derive en la resolución automática del contrato. Una figura de este tipo permitiría garantizar la autonomía de la voluntad de las partes contractuales y no se opone a norma o institución vigente alguna.

2. El pacto comisorio: antecedentes y marco normativo actual

Antes de adentrarnos en la discusión central del trabajo, es oportuno hacer un repaso sobre la historia y los antecedentes del pacto comisorio. Una vez comprendido su origen, retornaremos al siglo XXI para ilustrar el marco normativo actual que lo regula.

2.1. Origen del pacto comisorio: *lex commissoria romana*

El pacto comisorio encuentra su origen en la antigua Roma. En este sistema, el contrato de compraventa no incluía una condición resolutoria implícita tal como se la entiende hoy a la condición resolutoria tácita. Es decir, ante el incumplimiento del otro contratante, la única acción que el contratante diligente tenía era la *ex contractu*. Esto significa que el contratante que sí cumplió con sus obligaciones podía iniciar una acción ejecutiva para hacerlo cumplir forzosamente, pero no tenía un recurso implícito para resolverlo (Guzmán, 2010, 144).

Para hacerse de esta alternativa, se permitía que en el contrato de compraventa se incluya un pacto adicional llamado *lex commissoria*⁷. En este acuerdo, “el vendedor se reserva la facultad de tener por no comprada la cosa si el comprador no paga el precio dentro de cierto plazo, de modo de poder recuperar (o no entregar) la cosa” (Guzmán, 2010, p. 144). Dicho consenso le permitía al vendedor resolver el contrato, bien sea obligando al comprador a resituir la cosa entregada, bien sea extinguiendo su propia obligación de entregarla.

Se ha discutido la naturaleza de la *lex commissoria*. En un principio, y así lo expone Gayo (1993) en las Institutas, se ha dicho que un contrato con esta cláusula estaría suspensivamente condicionado al pago del precio (p. 515). Otros, posteriormente, han encontrado en este contrato una condición resolutoria. El contrato nace válido y eficaz, pero tiene una potencial amenaza de resolución: el no pago del precio dentro de un tiempo determinado (1993, p. 515). La jurisprudencia de la época terminó por aceptar la segunda postura. Guzmán (2010) refiere al Digesto de Justiniano, que concluye que “mejor parece que la compra se resuelve bajo condición, que se contrae bajo condición” (p. 144).

La *lex commissoria* otorgaba al vendedor diligente un nuevo recurso del que antes carecía. Si previamente estaba limitado a presentar una acción ejecutiva, con esta cláusula ahora también contará con una acción resolutoria. Esta facultad alternativa que tiene el vendedor diligente de escoger entre el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato era conocida como la *actio venditi*. Una vez que el vendedor escogía una de las dos opciones, no podía retractar su decisión (Guzmán, 2010, 144).

⁷ El nombre que se le ha dado a la figura es impreciso, pues no es propiamente una ley sino un pacto, una cláusula contractual.

Por eso, en un contrato que contiene una *lex commissoria*, la resolución no es consecuencia *ipso iure* del incumplimiento contractual. El vendedor diligente puede escoger, todavía, entre la resolución del contrato o su cumplimiento forzoso (Botteselle, 2011). Esta cláusula no limitaba el ejercicio de sus facultades alternativas⁸.

Con el paso del tiempo, sin embargo, este pacto, que inicialmente fue diseñado exclusivamente para los contratos de compraventa ante la falta de pago del precio del comprador, fue generalizándose gradualmente al resto de los contratos bilaterales. Como la compraventa ya tenía su propia *lex commissoria*, pero esta no se extendía a los demás contratos, en el mismo derecho romano a finales de la República se empezaron a incorporar tácitamente estas cláusulas resolutorias en todos los contratos bilaterales innominados. Se consideraba que, ante la ausencia de una acción resolutoria, el comprador estaba en una posición que le permitía enriquecerse sin causa justa. Era apropiado que todos los contratos bilaterales concedan al contratante diligente la potestad de exigir la restitución de la cosa dada o entregada (Krebs, 1999).

La vía para integrar esta facultad resolutoria, igual que en la *lex commissoria*, es una *condictio* “en favor de aquella parte que, habiendo cumplido su prestación, se veía luego defraudada por la falta de honor de su contraparte, que eludía su promesa” (1999, p. 866).

Posteriormente, en el siglo XII el derecho canónico cristalizó esta tendencia de introducir tácitamente una condición resolutoria en los contratos bilaterales. Consideraron que esta facultad alternativa configura un derecho subjetivo natural (Larrea, 2008, p. 149). Con un fuerte apego a la moral cristiana y al valor de la palabra empeñada, los canonistas desarrollaron la doctrina que incluía, en todos los contratos bilaterales, esta misma facultad conferida por la *lex commissoria*. Siguiendo su lógica, sería abominable que un contratante diligente esté potencialmente expuesto a no recibir la contraprestación acordada, incluso cuando su contraparte prometió que cumpliría con sus obligaciones. Ahora, sin embargo, esta facultad no necesitaba de un pacto expreso, sino que estaba implícitamente integrada en el contrato⁹. Los canonistas son los creadores de la institución hoy conocida como la condición resolutoria tácita plasmada en el artículo 1505 del Código Civil.

A su vez, en el derecho común francés se solía estipular expresamente una cláusula que permita la resolución ante el incumplimiento contractual. Sin embargo, Luis Díez Picazo manifiesta que a partir del siglo XVI, la doctrina y jurisprudencia del sistema francés empezaron a admitir gradualmente la facultad resolutoria en ausencia de dicho pacto (Botteselle, 2011). En el año 1761, Pothier ya escribió sobre esta facultad resolutoria implícita o sobreentendida en los contratos bilaterales: “Aun cuando no se haya expresado en el contrato el incumplimiento de la obligación contraída como condición resolutoria, sin embargo la falta de cumplimiento puede con frecuencia producir la nulidad¹⁰ del convenio, y por lo mismo extinguir la obligación” (p. 434).

Fue así como ambas instituciones, ante la necesidad forzada de compatibilizar las dos figuras en un mismo sistema, y para no dejar en la obsolescencia a una cláusula de ese tipo, fueron distanciándose en cuanto a los efectos que cada una producía. Preciso era dotarle de algún efecto distinto del que el contrato bilateral, ya de por sí, le concedía. El pacto comisorio, de tan arraigado origen, necesitó tener alguna distinción con la nueva figura creada para

⁸ Guzmán (2010) citando el Digesto (18.3.2): “el destino del negocio quedaría al arbitrio del comprador, a quien bastaría abstenerse de pagar para que compraventa no hubiera” (p. 152).

⁹ El fundamento moral de esta tendencia era la máxima *frangenti fidem fides frangatur eudem*: “al que quebranta la confianza que en él se ha puesto, no se le guardará la propia”. Como explica Krebs, esta máxima no era particularmente jurídica, pero se expandió hacia muchos y diversos campos del pensamiento.

¹⁰ A pesar de que el término que Pothier utilizó fue la nulidad del acto, creemos que se refiere a una hipótesis general de ineficacia. En particular, él se refería a la resolución del contrato. Prueba de aquello es que él mismo denomina a la figura como una condición resolutoria y no como algo distinto.

suplir su ausencia: la condición resolutoria tácita. Así es como fueron encontrando diferencias prácticas artificialmente creadas para justificar su coexistencia.

Don Andrés Bello (1853), en el proyecto del Código Civil, incluye estas dos figuras por separado. Por un lado, incorpora a la condición resolutoria tácita bajo el Título III referente a las obligaciones condicionales. Por otro, introdujo la figura del pacto comisorio¹¹ en el Título XXIII (que trata sobre la compraventa), particularmente en la sección llamada “De algunos pactos accesorios al contrato de venta” (p. 493).

2.2. El pacto comisorio en el Código Civil

El pacto comisorio consta regulado en un párrafo específico dentro del título de la compraventa, a continuación del párrafo relativo a las obligaciones del comprador. El artículo 1817 del Código Civil define al pacto comisorio como la estipulación expresa de que “no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta”. De acuerdo con el mismo artículo, esta estipulación se entiende siempre incorporada en el contrato de compraventa, pero al expresarse, toma el nombre de pacto comisorio¹².

Ahora bien, cuando la cláusula se limita a explicitar la condición resolutoria tácita en el contrato de compraventa, es un pacto comisorio simple (Ospina y Ospina, 2005, p. 552)¹³. Esta estipulación contiene la condición que se entiende incorporada en todos los contratos bilaterales en virtud de lo prescrito en el artículo 1505, que de no cumplirse lo pactado por uno de los contratantes, el otro contratante podrá solicitar la resolución o el cumplimiento del contrato, a su arbitrio. Por el otro lado, la doctrina ha denominado pacto comisorio calificado a la estipulación contractual que apunta hacia la resolución automática en caso de incumplimiento del comprador. Para este supuesto, el Código Civil prescribe, en su artículo 1819, que incluso si se pactara de forma expresa que la resolución será automática o *ipso facto* en caso de incumplimiento¹⁴, el contratante incumplido podrá impedir la resolución del contrato y, por tanto, hacerlo subsistir, cumpliendo con su obligación en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda (Ospina y Ospina, 2005, p. 552).

En cuanto a los efectos de ambas modalidades de pacto comisorio, el Código Civil, en su artículo 1818, prescribe que “por el pacto comisorio no se priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el Art. 1813”. El artículo 1813 prescribe que si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.

¹¹ Tratando sobre el pacto comisorio, en el anteproyecto del Código Civil, Bello cita a Claude-Étienne Delvincourt. La influencia francesa en la redacción del Código Civil es notoria.

¹² Así lo ha interpretado también la Corte Suprema de Justicia. Mediante sentencia de 10 de marzo de 1975 (Gaceta Judicial. Año LXXVI. Serie XII. No. 8. Pág. 1561), al referirse a la norma que consagra a la condición resolutoria tácita, expresó que esta “contiene la denominada condición resolutoria tácita que suple la voluntad de los contratantes, a diferencia de la expresa o pacto comisorio”.

¹³ Ver, por ejemplo, sentencia de 30 de enero de 1952 de la Corte Suprema de Justicia (“es innecesario anotar aquí las diferencias entre la condición resolutoria tácita y la expresa: cuando ésta se estipula, en el contrato de compraventa, toma el nombre de pacto comisorio, y en tal caso [...] surte los efectos peculiarmente determinados por la ley”). Gaceta Judicial Año LVII. Serie VIII. No. 2. Pág. 173.

¹⁴ Innovadoramente, Molina Morales (2022) propone para el sistema colombiano que el presupuesto del pacto comisorio no es el incumplimiento ni la mora, sino el no pago de precio en el tiempo convenido del 1819. Sostiene que es distinto del incumplimiento porque, al ser un supuesto tan específico, no requiere de valoración judicial. Consideramos que, en el contexto ecuatoriano, aquella distinción es inoficiosa puesto que no encontramos diferencia alguna con el incumplimiento obligacional que para el caso del comprador es precisamente el no pago del precio. Además, en el supuesto de que no se haya pagado el precio en el tiempo convenido (es decir, ante plazo expreso), el comprador estará constituido en mora automáticamente por el artículo 1567 del Código Civil. Por lo tanto, es nuestra postura que el presupuesto fáctico del pacto comisorio es el incumplimiento del comprador y, en caso de haber habido plazo expreso, necesariamente lo será también la mora.

Es decir, a pesar de que se acuerde un pacto comisorio, el contratante diligente siempre podrá optar por exigir el cumplimiento del contrato en lugar de su resolución.

El Código no contiene una norma expresa con respecto a la posibilidad de impedir la resolución del contrato con el cumplimiento de la obligación en el pacto comisorio simple. Tampoco existe una norma similar en el contexto de la condición resolutoria tácita. Sin embargo, el artículo 1813, contenido en el párrafo acerca de las obligaciones del comprador en el contrato de compraventa, prescribe que si el comprador estuviere en mora de su obligación de pagar el precio y el vendedor demandara la resolución del contrato, el comprador demandado podrá enervar la acción resolutoria consignando el precio completo, que comprende el capital y los intereses adeudados, hasta que se reciba la causa a prueba¹⁵.

Según el artículo 1820, el pacto comisorio prescribe en el plazo pactado por las partes, que no podrá exceder de cuatro años desde la fecha de la celebración del contrato. Esta regla contiene una diferencia importante entre el pacto comisorio y la condición resolutoria tácita, en vista de que la acción resolutoria que se ejerce al amparo de esta última es una acción ordinaria que prescribe en diez años.

A continuación desarrollaremos la propuesta de que, en contratos distintos a la compraventa y en el mismo contrato de compraventa ante el incumplimiento del vendedor, es eficaz una condición resolutoria que consista en el incumplimiento contractual y que, de verificarse, derive en la resolución automática del contrato, sin necesidad de que exista una declaración judicial de incumplimiento y que se constituya el efecto resolutorio a partir de una sentencia judicial.

Esta propuesta parte de la premisa de que bajo la regulación que el Código ofrece para la condición resolutoria tácita y el pacto comisorio, la resolución es solo una de las dos alternativas frente al incumplimiento y debe ser necesariamente solicitada a una autoridad judicial y constituida por esta. Por ende, ante la imposibilidad de desconocer este régimen, sostenemos, por un lado, que el pacto comisorio es una figura exclusivamente aplicable al contrato de compraventa ante el incumplimiento del comprador en su obligación de pago de precio; y por otro, que pactar una condición resolutoria que tenga como hecho futuro e incierto al incumplimiento de uno de los contratantes en contratos distintos a la compraventa (o en la propia compraventa, ante el incumplimiento del vendedor) es posible y constituye una renuncia al régimen de la condición resolutoria tácita, en cuyo caso el incumplimiento deriva en la resolución automática del contrato.

3. El pacto comisorio: alcance de la figura

El artículo 1817 del Código Civil prescribe que “por el pacto comisorio se estipula expresamente que no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta”. De la literalidad del texto se desprende que es una figura aplicable ante el supuesto específico del incumplimiento del comprador en su obligación de pago de precio. Sin embargo, la

¹⁵ En el texto del Código Civil vigente hasta 1960, el artículo en mención no contemplaba de forma expresa la posibilidad de que el demandado, una vez solicitada la resolución, consigne el precio completo para enervar la acción resolutoria. La jurisprudencia no era uniforme en cuanto a la época en la que el comprador podía hacerlo. En la codificación de 1960 se introdujo el segundo inciso al citado artículo (entonces art. 1930), en los siguientes términos: “Si se exigiere la resolución, el demandado podrá consignar el precio completo, que comprende el capital y los intereses adeudados, al dar contestación a la demanda y hasta que se reciba la causa a prueba”. El texto introducido por esta codificación tiene como antecedente a la resolución obligatoria de la ex Corte Suprema de Justicia de 22 de marzo de 1957 (Registro Oficial No. 253 de 4 de julio de 1957), que aclara que “En los juicios en los que el vendedor, haciendo uso del derecho que le concede el Art. 1933 del Código Civil, demanda la resolución del contrato de compraventa, fundado en que el comprador se ha constituido en mora, podrá el demandado consignar el precio completo, que comprende al capital y los intereses adeudados, al dar contestación a la demanda y hasta que se reciba la causa a prueba”.

doctrina mayoritaria ha optado por desprenderse de su textualidad y considerar que el pacto comisorio, además de ser aplicable ante el incumplimiento del vendedor, es una figura de aplicación general; es decir, que sus efectos pueden ser desplegados en cualquier contrato bilateral (Abeliuk, 2001, p. 328; Ospina y Ospina, 2005, p. 554; Claro Solar, 1992, p. 198; Meza Barros, 2001, p. 89; Mejías y Severin, 2017, p. 100; Botteselle, 2011, p. 73)¹⁶.

Meza Barros (2001) lo sostiene “[c]omo que el pacto comisorio no es, al cabo, sino la condición resolutoria tácita que la ley reputa implícita en todo contrato bilateral, sin necesidad de estipulación, nada impide que se le estipule en todo contrato” (p. 89). Añade que el pacto comisorio se encuentra regulado a propósito del contrato de compraventa por razones históricas, y que no hay obstáculo alguno para que se estipule en un contrato distinto al de compraventa, o que opere ante el incumplimiento de las obligaciones del vendedor (p. 89).

Parraguez (2006) manifiesta que el pacto comisorio es una figura aplicable a tipos contractuales distintos a la compraventa, al amparo de las disposiciones generales relativas a la resolución por incumplimiento, en los siguientes términos:

Pero no obstante la limitación anotada del Art. 1844 [actual 1817] que restringe este pacto al sólo caso de la compraventa, la doctrina y la jurisprudencia, de manera casi unánime, han admitido su extensión al resto de los tipos contractuales. Y es lógico que así sea puesto que nada impide expresar la condición resolutoria tácita en los contratos en que ella se encuentra implícita, y no otra cosa que dicha expresión es, en esencia, el pacto que nos ocupa.

Esa extensión alcanza al propio contrato de compraventa, admitiéndose que la facultad resolutoria se consagre también a favor del comprador para el caso de que el vendedor no cumpla con sus propias obligaciones. Esto podría parecer una infracción al texto del Art. 1844 pero se ajusta perfectamente al sistema general de la resolución que está gobernado básicamente por el Art. 1532 (actual 1505) (p. 204-205).

En el mismo sentido, Abeliuk (2001) considera que la ubicación de la regulación del pacto comisorio en el título de la compraventa no puede ser vista como un impedimento para extenderlo a otros contratos:

La manera de reglamentar el legislador la institución podría llevar a pensar que sólo procede en la compraventa y respecto de la obligación del comprador de pagar el precio. Pero ello evidentemente no es así, y la condición resolutoria tácita puede estipularse en cualquier contrato, respecto de cualquiera de las obligaciones de las partes, y desde luego en la misma compraventa, para la del vendedor de entregar la cosa vendida (p. 328).

A criterio de Claro Solar (1992), “pacto comisorio es una frase genérica con que se designa la estipulación por la cual los contratantes convienen expresamente que el contrato se resolverá

¹⁶ La jurisprudencia ecuatoriana, por su parte, no ha sido del todo clara en cuanto al ámbito de aplicación de esta figura. La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 21 de Julio de 1961 (Gaceta Judicial. Año LXII. Serie IX. No. 11. Pág. 1159), consideró lo siguiente: “El llamado pacto comisorio estipulado en la cláusula séptima del contrato de mutuo, no surte ningún efecto, pues dicho pacto reglamentado en el párrafo 10 del Libro IV, Título XXIII del Código Civil, se ha establecido para el caso de resolución de un contrato de venta, cuando no se ha pagado el precio”. No obstante, en tal sentencia no se analiza si la mencionada cláusula séptima constituye realmente un pacto comisorio, pues por razones que no comprendemos manifiesta que “el señor [...] se obliga expresamente al siguiente pacto comisorio: En el caso de incumplimiento de la obligación del contrato de préstamo hipotecario al cabo de los dos años, se obliga a la indemnización pecuniaria de diez mil sucres”. Esto parece más una cláusula penal que un pacto comisorio y se evidencia que la figura es sumamente incomprendida.

al arbitrio de una de las partes, si la otra no cumple sus compromisos. Una estipulación semejante puede tener cabida en cualquier contrato” (p. 201):

Parecería desprenderse de [las disposiciones del Código] que el nombre pacto comisorio estuviera reservado para designar la estipulación expresa hecha en el contrato de compraventa de que no pagándose el precio en el tiempo convenido se resolverá el contrato de venta. No es esto evidentemente lo que el legislador ha querido expresar [...]. Alude así a la condición resolutoria tácita [...]; y declara que cuando se expresa recibe el nombre de pacto comisorio, lo que importa una referencia a una denominación genérica de este género de estipulaciones (p. 198).

Abeliuk (2001) expone tres razones para considerar que el pacto comisorio es una figura aplicable a todos los contratos¹⁷:

1.° Es sólo una razón histórica la que llevó al legislador a tratar el pacto comisorio en la compraventa y referido a la obligación de pagar el precio, como un recuerdo de la ley comisorio romana limitada a ella [...];

2.° Pero lo más importante es que esta estipulación, aunque el legislador no la hubiere contemplado expresamente, es perfectamente lícita, porque estamos en el terreno de la libertad contractual. El Art. 1.489 [1505 ecuatoriano] es meramente supletorio de la voluntad de las partes; de común que era la condición resolutoria tácita pasó a subentenderse, pero no se divisa qué inconveniente puede haber para que las partes estipulen aquello que sin el pacto de todos modos va a existir por disposición de ley, y

3.° Las partes pueden estipular cualquier hecho posible y lícito como condición resolutoria, aun el más caprichoso, ¿por qué no podrían convenir que lo fuera el incumplimiento de una obligación? (pág. 476).

Ahora bien, hemos considerado adecuado alejarnos de la postura mayoritaria. Como expusimos en la sección 2.1 *supra*, es cierto que son históricas las razones por las que, desde sus orígenes, la figura del pacto comisorio consta regulada en el título de las obligaciones del comprador¹⁸, de lo que se podría desprender que el pacto comisorio podría extenderse a otros contratos a pesar de

¹⁷ La jurisprudencia ecuatoriana lo ha considerado así al manifestar que un pacto comisorio podría ser aplicable en un contrato de permuta, pues en sentencia de 27 de marzo de 1991 (Gaceta Judicial. Año XCI, Serie XV, No. 11. Pág. 3317), el juez califica como pacto comisorio a la siguiente cláusula: “El plazo para llevar a efecto la construcción no excederá de tres o cuatro años, vencidos los cuales y de no haberse hecho una edificación que se encuentre al servicio, la presente permuta quedará rescindida y sin más trámite el terreno se revertirá al patrimonio Municipal”. Es curioso puesto que: (i) el presupuesto fáctico del 1817 es que se pacte resolución, y no rescisión; y, (ii) se aplicó el pacto comisorio a un contrato de permuta, decisión sumamente discutible pues si bien todo lo relativo a la compraventa será aplicable a la permuta en cuanto no atente contra su naturaleza, la permuta tiene dos vendedores y carece de la relación desigual entre comprador y vendedor, misma que funciona como piedra angular del pacto comisorio, pues las bondades solo aplican al comprador y no al vendedor. Queda pendiente, entonces, dilucidar si la decisión del juez de aplicar el pacto comisorio en una permuta se debe a que es un contrato bilateral, o a su estrecha relación con la compraventa.

¹⁸ Luis Claro Solar (1992) se refiere a que “la *lex comissoria* fue introducida, en el Derecho romano, como medio de favorecer al vendedor que había seguido la fe del comprador a fin de que pudiera, si quería, resolver el contrato y ponerse de este modo a cubierto de la pérdida de la cosa que no podía ya reivindicar, y del precio, que el comprador no estaba en situación de pagarle. Sin este pacto, la mora del comprador de satisfacer a su obligación no era causa suficiente para que el vendedor pudiera desligarse del contrato y recuperar la cosa que había sido entregada al comprador. Se entendía que el pacto comisorio había sido estipulado en beneficio del vendedor; y por eso éste podía renunciar a dicho pacto y perseguir el pago del precio; pero si invocando tal pacto pedía la resolución, se producía ésta de pleno derecho al elegir él la resolución” (p. 201).

estar particularmente regulado con motivo de la compraventa. También es cierto que no existen razones jurídicas para sostener que los contratantes no podrían pactar condiciones resolutorias que tengan como evento al incumplimiento en contratos distintos a la compraventa. No obstante, a nuestro criterio, dichas razones, más que abogar por la aplicación del pacto comisorio, figura regulada en el título de las obligaciones del comprador, a contratos distintos a la compraventa, hacen todo lo contrario: respaldan la posibilidad general de pactar condiciones resolutorias que tengan como contingencia futura e incierta al incumplimiento de uno de los contratantes.

Sostener que la figura del pacto comisorio, específicamente, es aplicable a contratos distintos a la compraventa deriva en la complejidad de determinar si a esta institución, cuando ha sido pactada en un contrato distinto a la compraventa, le rigen o no las normas contenidas en el título de la compraventa, particularmente las normas relativas a la subsistencia del derecho del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación y al derecho del deudor de enervar la acción resolutoria. Esta problemática ha sido identificada por Abeliuk (2001), quien ha sostenido que existen tropiezos “cuando se trata de dilucidar por qué normas se rige el pacto comisorio en otros contratos, si por las mismas dadas por el legislador en los Arts. 1878 [1817 del Código ecuatoriano] y siguientes, o por las generales de la condición resolutoria tácita y de la ordinaria” (p. 328).

Si la figura del pacto comisorio regulada en los artículos 1817 y siguientes del Código Civil es aplicable a contratos distintos a la compraventa, o a escenarios distintos al incumplimiento del comprador, al contratante acreedor en un contrato distinto al de compraventa le son aplicables las siguientes normas:

- 1) El artículo 1818 que prescribe que por el pacto comisorio no se priva al contratante de la elección de acciones que le concede el artículo 1813, esto es, exigir el cumplimiento de la obligación o solicitar la resolución del contrato.
- 2) El artículo 1813, que prescribe que el contratante en contra de quien se intenta la acción resolutoria podrá cumplir con su obligación hasta que se reciba la causa a prueba.

Sin embargo, creemos que no es así, puesto que tales regulaciones del pacto comisorio tienen un alcance limitado. Por lo mismo, una restricción a la voluntad de los contratantes no puede extenderse por analogía a escenarios contractuales en los que no se la encuentra prevista.

3.1. El pacto comisorio restringe la voluntad de los contratantes y no puede extenderse por analogía

El principio de la autonomía de la voluntad es la piedra angular del derecho privado. Consiste en la potestad de los sujetos para regular sus propias relaciones e incumbencias jurídicas como mejor les parezca, siempre con deferencia a la ley, la moral y las buenas costumbres.

Parraguez (2021) ha ilustrado el protagonismo que tiene este principio en el derecho civil:

Las personas pueden crear las relaciones jurídicas obligatorias que son de su interés, en la forma, con los contenidos y extensión que juzgan satisfactorios, dentro del marco normativo. Planiol y Ripert fundan esta potestad autorreguladora de los particulares en la regla de derecho según la cual todo lo que la ley no prohíbe, está permitido. En el ámbito general del contrato la voluntad asume efectivamente un rol fundacional a la vez que una muy importante

vis reguladora cuyo origen es esa especie de delegación que hace el ordenamiento jurídico para que los contratantes fijen o completen [...] las reglas que constituyen finalmente su propia ley contractual (p. 95-96).

El principio se encuentra cobijado por el artículo 1561 del Código Civil. Este precepto resalta la primacía de la voluntad en las relaciones jurídicas contractuales, pues prescribe que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”. En cierto sentido, la estipulación contractual ocupa el mismo rango que la ley cuando no la contraría.

Es apenas lógico concluir que las prohibiciones son excepcionales. Al serlo, no pueden ser entendidas laxamente; deben necesariamente ser interpretadas de manera restringida.

La existencia del pacto comisorio se justifica para limitar la voluntad de los contratantes. En el caso del pacto comisorio simple, la voluntad se limita cuando, sin haber sido la estipulación contractual tan tajante, las partes han querido resolver el contrato y aun así se le permite al comprador pagar el precio después de haber incumplido. En el pacto comisorio calificado la situación es más clara, y la voluntad se limita cuando dicho pacto impide que una manifestación tan contundente de voluntad (resolución automática) se ejecute, pues permite al comprador pagar el precio después de haber incumplido y después de haber sido demandado y notificado con la demanda¹⁹.

Claro Solar (1992) ha reconocido el carácter restrictivo de esta figura:

De modo que aun en este caso tan extremo [una cláusula contractual que estipule que por el incumplimiento de uno de los contratantes, el contrato se resolverá ipso facto], sin embargo de estipulación que manifiesta tan claramente la voluntad de las partes y especialmente del vendedor que quiere tener el día fijo, el comprador puede pagar con posterioridad al día en que con la notificación judicial de la demanda hecha en forma legal ha sido constituido en mora, notificación que seguramente se le ha hecho algún tiempo después de vencido el plazo en que debió pagar el precio (p. 208).

Meza Barros (2001) también lo notó:

La regla del art. 1879 [art. 1819 ecuatoriano] que autoriza al deudor para hacer subsistir el contrato, pagando dentro de las 24 horas que siguen a la notificación de la demanda, es excepcional, como que limita el alcance de una estipulación de las partes, cuya voluntad es regularmente soberana (p. 90).

Atendiendo a la excepcionalidad de las prohibiciones que rige en materia de derecho contractual privado, ¿cómo extender arbitrariamente una limitación de este tipo a todos los contratos bilaterales? Las limitaciones deben ser expresas²⁰. De ahí que consideramos que el pacto comisorio y su regulación contenida en el título relativo a las obligaciones del comprador aplica exclusivamente al contrato de compraventa y frente al incumplimiento del comprador.

¹⁹ Preciso es mencionar el descontento general que existe por la excesiva cantidad de tiempo que toma citar al demandado en el Ecuador. Textualmente la norma le da al comprador veinticuatro horas de gracia, pero en la práctica son varios meses, y eso asumiendo que fue demandado inmediatamente después del incumplimiento.

²⁰ Según Juan Larrea Holguín, “Don Andrés Bello tuvo la intención de incluir el pacto comisorio como la regla general de toda compraventa, y no consiguió que la Comisión Revisora de sus primeros proyectos de Código aceptara en su integridad esta innovación, de donde resultó la redacción actual de nuestra ley, un tanto ambigua”. De haber sido así, a nuestro criterio, el resultado de que no se haya regulado al pacto comisorio con ocasión de todos los contratos deriva en que las normas aplicables a esta figura, que constituyen limitaciones a la libertad contractual, no puedan extenderse a otros contratos.

3.2. Consideraciones adicionales para limitar su alcance

3.2.1. La doctrina extiende solo algunos efectos del pacto comisorio a contratos distintos al de compraventa

Quienes abogan por la aplicación del pacto comisorio, y su regulación contenida en el título de las obligaciones del comprador, a contratos distintos a la compraventa, en ocasiones sostienen que la regla relativa al plazo para enervar la acción resolutoria intentada al amparo de un pacto comisorio simple es aplicable únicamente al contrato de compraventa, mientras que en contratos distintos a este, no existe un plazo específico para efectuar tal enervamiento. El artículo 1813 del Código Civil prescribe que “si exigiere la resolución, el demandado podrá consignar el precio completo, que comprende el capital y los intereses adeudados hasta que se reciba la causa a prueba”. Al respecto, Parraguez (2006) sostiene que el plazo para enervar la acción hasta que se reciba la causa a prueba es aplicable exclusivamente ante el incumplimiento del comprador, mientras que en el resto de las hipótesis de incumplimiento, a falta de norma expresa, se podrá enervar la acción hasta que se dicte sentencia (p. 206).

Así, la doctrina ha considerado que, a falta de norma expresa sobre el enervamiento de la acción resolutoria en los casos de condición resolutoria tácita y pacto comisorio, en contratos distintos al de compraventa —para el cual existe norma expresa—, la acción resolutoria puede enervarse hasta que se dicte sentencia. De tal forma, la doctrina no favorece extender la aplicación de la norma del enervamiento de la acción resolutoria a casos para los cuales no está expresamente prevista.

Concordamos con tal visión. Sin embargo, a nuestro juicio, no existen razones para sostener que la figura del pacto comisorio, regulada en los artículos 1817 y siguientes, se extiende a todos los contratos distintos a la compraventa y a supuestos de incumplimiento distintos al del comprador a pesar de referirse solamente a este; y simultáneamente afirmar que el plazo del artículo 1813, al referirse exclusivamente al incumplimiento del comprador, no puede hacerse extensivo a otros supuestos. Por el contrario, consideramos que debe llegarse a la misma conclusión ante ambos supuestos.

3.2.2. El artículo 1766 del Código Civil permite resolución extrajudicial y favorece al comprador

Se ha sostenido que a pesar de que esta figura no está regulada en el contexto de las obligaciones del vendedor, su aplicación ante un incumplimiento de dichas obligaciones es plenamente concordante con las normas acerca de la condición resolutoria tácita (Parraguez, 2006, p. 205). Considerando que el pacto comisorio fue creado en un sistema en el que no existía la condición resolutoria tácita, su naturaleza no puede ser la misma el día de hoy, pues la facultad resolutoria ya se entiende envuelta en todos los contratos bilaterales.

En el derecho romano, la *lex commissoria* reportaba un beneficio para el vendedor. En ese entonces, el vendedor solo podía hacer ejecutar el contrato a la fuerza, pero este pacto adicional le permitía resolverlo. Ahora, sin embargo, la condición resolutoria envuelve implícitamente a todos los contratos bilaterales. Su fundamento forzosamente debe variar. Si antes su utilidad práctica era la de dotarle al vendedor de una acción de la que carecía, hoy, inoficiosamente, pretendería darle al vendedor una facultad que ya tiene. El sentido de tal régimen experimentó una transmutación: dejó de entenderse como una facultad del vendedor y empezó a vérselo como una potestad del comprador, cuyo incumplimiento no resuelve inmediatamente el contrato a pesar de que esa fue la clara intención manifestada en el contrato. Con el pacto comisorio se le da al comprador una segunda oportunidad y se tolera su negligencia.

Ospina Fernández y Ospina Acosta (2005) dan cuenta del proceso transformativo que experimentó la naturaleza jurídica del pacto comisorio con el advenimiento de la condición resolutoria tácita:

Por consiguiente, resulta que dicho pacto, reconocido por el derecho en favor del contratante insatisfecho, en nuestro sistema se convierte en una ventaja para el contratante incumplido, quien puede enervar la acción resolutoria pagando el precio dentro del plazo de gracia de las veinticuatro horas que le confiere la ley, caso en el cual el juez sí debe dictar sin más trámites sentencia en que declare extinguida la obligación pagada [...]

En suma: el pacto comisorio en cualquiera de sus modalidades en nada aprovecha al demandante insatisfecho, pero sí al contratante incumplido (p. 553).

Esta transformación hace que el pacto comisorio, desde la perspectiva de la doctrina mayoritaria, sea incompatible con el artículo 1766 del Código Civil. Este prescribe la posibilidad de que el comprador desista unilateralmente del contrato cuando el vendedor, por hecho o culpa suya, no le entregó la cosa inmediatamente. Este desistimiento con efectos resolutorios es de carácter extrajudicial. Consecuentemente, el comprador no necesita acudir a un juez para hacer valer sus facultades resolutorias.

Ahora bien, si el comprador puede desistir extrajudicialmente del contrato en ejercicio de un derecho potestativo alternativo (también podría perseverar en él), ¿por qué el vendedor carece de la misma facultad ante la negligencia del comprador? Porque, así como cuando el legislador optó por darle veinticuatro horas de gracia para pagar el precio al comprador, volvió a mostrarse indulgente con él. Tiene sentido que el pacto comisorio, como plazo de gracia que es, sea aplicable únicamente ante el incumplimiento del comprador y no del vendedor.

4. Cláusula resolutoria que verse sobre el incumplimiento en contratos distintos a la compraventa: condición resolutoria ordinaria

En la sección que antecede expusimos por qué consideramos factible sostener que el pacto comisorio es una figura que solo aplica al contrato de compraventa y ante el supuesto específico del incumplimiento del comprador, sin perjuicio de que se puedan pactar cláusulas de similar naturaleza en contratos distintos. En la presente sección nos referiremos a la naturaleza jurídica de una cláusula de esta naturaleza prevista en un contrato distinto al de compraventa, o en el contrato de compraventa cuando esta opere en el supuesto del incumplimiento del vendedor.

Particularmente, expondremos las razones para considerar que en contratos distintos al de compraventa, o frente al incumplimiento del vendedor, tal cláusula sí podría tener efectos resolutorios automáticos, en cuanto no le serían aplicables las normas referentes al pacto comisorio. La legislación ecuatoriana contempla dos tipos de condición resolutoria: la ordinaria y la tácita. El Título IV del Libro IV del Código Civil, titulado “De las obligaciones condicionales y modales”, introduce a la condición resolutoria en el artículo 1495. Esta condición resolutoria, sin otra calificación, es conocida como la condición resolutoria ordinaria. No es sino hasta el artículo 1505 que el legislador introduce a la condición resolutoria tácita que envuelve a todos los contratos bilaterales. Se colige que la condición resolutoria ordinaria es la regla general de las condiciones, mientras que la tácita es nada más que una excepción o especie particular de condición resolutoria.

Existe unanimidad sobre los efectos de una condición resolutoria ordinaria. Aquella resuelve el contrato *ipso facto* una vez verificada la condición. El artículo 1495 del Código Civil prescribe que una condición es resolutoria “cuando por su cumplimiento se extingue un

derecho”. Basta la verificación del hecho. De la misma manera, el artículo 1503— que también se refiere a la condición resolutoria general —prescribe que una vez “cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición”. Tampoco se divisa intervención judicial alguna.

Abeliuk (2001) ha sido claro en manifestar que la regla general de las condiciones es que operan *ipso iure*:

No hay problema alguno al respecto, porque la unanimidad de los autores y de la jurisprudencia están de acuerdo en que esta condición resolutoria opera de pleno derecho, por el solo hecho de cumplirse el evento de la condición; si el asunto llega a llevar pleito, la sentencia se limitará a constatar que operó la condición resolutoria y a ordenar el efecto pedido por el acreedor, ya sea la restitución de la cosa, etc., pero ellos se han producido desde que se cumple la condición.

Toda condición opera en principio de pleno derecho, se requiere disposición especial para que no sea así, y ello ocurre en la condición resolutoria tácita [...]. No existiendo nada semejante para la ordinaria, se aplica la regla general, que es muy fácil de comprobar (p. 438).

Ahora bien, la condición resolutoria tácita requiere de intervención judicial. Ante el incumplimiento del uno, “podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios” (art. 1505). El contratante diligente debe solicitar activamente la resolución a un juez para que esta prospere. De la misma manera, el pacto comisorio tampoco resuelve automáticamente el contrato²¹.

Consecuentemente, para que la resolución del contrato sea automática, el contrato no debe estar inmerso en alguna de las excepciones, es decir, en un pacto comisorio o en una condición resolutoria tácita.

En primer lugar, el pacto comisorio debe ser interpretado restrictivamente. De plano se descarta la posibilidad de que se configure un pacto comisorio en un contrato distinto al de compraventa específicamente ante el incumplimiento del comprador.

En segundo lugar, es preciso recordar que la condición resolutoria tácita es un elemento de la naturaleza de los contratos bilaterales. Abeliuk (2001) ha manifestado que la condición resolutoria tácita es renunciable y modificable:

El legislador subentiende la condición resolutoria tácita en todo contrato bilateral; es ella un elemento de la naturaleza del contrato, y las partes pueden libremente alterarla, ya sea derogándola para el que celebran, ya sea sometiéndola a otros requisitos, y también sus efectos, y entre ellos el momento y forma en que opera (p. 332).

El artículo 1460 del Código Civil define a los elementos de la naturaleza de los contratos como aquellos que “no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de cláusula especial”. Esto significa que, por la derogación o modificación de la condición resolutoria tácita en un contrato bilateral, la esencia de este permanece intacta.

²¹ Molina Morales (2022), así como Botteselle (2011), sostienen que el pacto comisorio resuelve el contrato de pleno derecho, sin intervención judicial. Discrepamos de tal postura, puesto que el artículo 1819 del Código ecuatoriano está estructurado de forma condicional. El legislador plantea un supuesto de hecho: que el contrato estipule una resolución *ipso facto*. Pero el texto legal no prescribe resolución automática alguna. Opta por darle efectos específicos a ese supuesto de hecho: que el comprador podrá hacer subsistir el contrato hasta veinticuatro horas después de la notificación judicial con la demanda. La norma no prescribe una resolución automática. En realidad, hace todo lo contrario: la impide.

Las partes, que conocen la ley, saben que si quisieran contar con la condición resolutoria tácita, entonces no deberían añadir cláusula alguna que pueda modificarla. Si deciden hacerlo, es evidente que quisieron renunciar a ella y sustituir el régimen por uno distinto. Las partes, en el ejercicio de su soberana voluntad, han preferido darle un efecto personalizado al incumplimiento contractual.

Recurrentemente se dice que la condición resolutoria ordinaria, por definición, debe tener como evento futuro e incierto un hecho ajeno al incumplimiento contractual (Abeliuk, 2001, p. 436; Alessandri y Somarriva, 1961, p. 72; Molina, 2022). En nuestro criterio, esta postura carece de asidero legal alguno pues no hemos identificado en el ordenamiento precepto alguno que prohíba dicho pacto. ¿Será porque se piensa que el incumplimiento contractual ya es la contingencia incierta de la condición resolutoria tácita y del pacto comisorio? En ese caso, se pasa por alto que la condición resolutoria tácita es un elemento natural del contrato mientras que el pacto comisorio es apenas accidental: el contrato bilateral bien puede prescindir de ambas figuras y así evitar una colisión.

Molina Morales (2022), después de considerar la tesis contraria, concluye que, técnicamente, nada impide que el incumplimiento contractual sea el evento futuro e incierto del cual pende la verificación de una condición (p. 95).

En un sentido similar, Abeliuk (2001) sostiene que lo que debe primar es la voluntad de las partes:

Eso es lo que las partes han estipulado: que el contrato se resuelva de pleno derecho, que no haya intervención judicial, que la resolución se produzca sin necesidad de requerimiento ni juicio alguno, ipso facto, inmediatamente por el solo incumplimiento, etc., y no se divisa qué razón puede haber para prescindir de la convención de los interesados.

De acuerdo al Art 1545 [1561 del Código ecuatoriano], semejante estipulación es una ley para las partes, y no puede ser invalidada sino por causal legal o ser contraria a las buenas costumbres o el orden público. No se ve en qué sentido ella podría vulnerarlos, cuando las partes pueden convenir cualquier condición resolutoria, y ella resolverá ipso facto, de pleno derecho, el contrato [...], ¿por qué no podría hacerlo el incumplimiento? (p. 331).

En nuestro criterio, cuando una cláusula de esta naturaleza no constituye un pacto comisorio, y consecuentemente se renuncia a la condición resolutoria tácita, no es más que una condición resolutoria ordinaria²².

* * *

Para resumir, en el Anexo 1 presentamos un gráfico que evidencia dónde se ubica nuestra propuesta dentro de la regulación actual de la condición resolutoria tácita y el pacto comisorio. El gráfico demuestra tres aspectos fundamentales de nuestra propuesta. En primer lugar, consideramos que la explicitación de la condición resolutoria tácita en supuestos distintos al del incumplimiento del comprador consiste en una simple explicitación de tal condición y no en un pacto comisorio, como lo ha considerado tradicionalmente la doctrina. En segundo lugar,

²² Podría decirse que la vida del contrato quedaría condicionada al capricho del deudor. Es decir, que le basta con incumplir para librarse de su obligación. Sin embargo, el artículo 1503 del Código Civil prescribe que “cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero estará obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere”. Consecuentemente, a pesar de que la resolución es automática, bien el acreedor podría renunciar a ella y optar por la ejecución forzada. Molina Morales (2022) se refiere a este fenómeno como “la resolución de la resolución” (p. 99).

consideramos que una cláusula en virtud de la cual los contratantes han pactado que el contrato se resolverá de forma automática ante el incumplimiento, en supuestos distintos al del incumplimiento del comprador, consiste en una condición resolutoria ordinaria cuyo efecto es la resolución automática y no un pacto comisorio calificado, como también lo sostiene la postura doctrinaria clásica. Hemos reiterado a lo largo de este artículo que el pacto comisorio, tanto simple como calificado, es una figura que únicamente aplica en la compraventa y ante el supuesto específico del incumplimiento del comprador.

Reconocemos que esta postura se aleja de la lectura tradicional que se ha hecho de la figura del pacto comisorio, que ha considerado que el pacto comisorio y su regulación son aplicables a contratos distintos a la compraventa²³. Reconocemos, también, que pueden existir otras posibles lecturas del pacto comisorio y su regulación, distintas a la postura tradicional y a aquella que proponemos en este trabajo²⁴. Si bien no pretendemos saldar la discusión, el propósito de este trabajo es propiciar al lector de una posible lectura adicional, de las varias que existen, de este complejo y a nuestro criterio incomprensible régimen.

Además, anticipamos la posibilidad de que existan ciertos cuestionamientos a esta propuesta. Por ejemplo, podría encontrarse en el 1561 un impedimento para la resolución automática, pues dicho artículo prevé que el contrato debe invalidarse por mutuo acuerdo o por causas legales. Asimismo, podría sostenerse que la resolución sin intervención judicial es inviable. También podrían presentarse cuestionamientos acerca de la compatibilidad de esta propuesta con el régimen de indemnización de perjuicios por incumplimiento y, en particular, con el requisito de constitución en mora. Estos potenciales cuestionamientos serán abordados a profundidad en una investigación futura que analice la viabilidad práctica de la propuesta de este trabajo.

5. Conclusiones

El pacto comisorio es una figura cuya naturaleza ha sido constantemente cuestionada en la literatura jurídica. La vaguedad con la que el Código Civil aborda su regulación produce severas discusiones doctrinarias que están lejos de ser saldadas.

Así, el presente trabajo, sin ánimos de agotar la discusión sobre la naturaleza jurídica y esencia de esta figura, pretende presentar otra posible lectura de la regulación del pacto comisorio en el Código Civil. Consideramos plausible proponer que el pacto comisorio es una figura que aplica exclusivamente al contrato de compraventa, específicamente ante el supuesto del incumplimiento del comprador en su obligación de pago del precio. Esta conclusión, evidentemente, no deriva en que no puedan pactarse en contratos distintos a la compraventa condiciones resolutorias que tengan como evento al incumplimiento de uno de los contratantes. Por el contrario, dichas condiciones pueden ser pactadas por los contratantes en cualquier contrato bilateral. Sin embargo, no le serán aplicables las normas relativas a la posibilidad de enervar la acción resolutoria y a la subsistencia del derecho de optar por la ejecución forzada del contrato en lugar de la resolución, en cuanto constituyen obstáculos para que opere la resolución automática del contrato y, por ende, a la voluntad de los contratantes. Estas limitaciones, a nuestro juicio, no pueden hacerse extensivas a contratos para los cuales no fueron expresamente previstas por el legislador.

²³ Ver apartados 2 y 3 de este trabajo.

²⁴ Por ejemplo, puede verse el interesante trabajo de Maricruz Moncayo García, titulado “El efecto resolutorio del pacto comisorio calificado en la compraventa”, en el que cuestiona que el efecto resolutorio necesite de sentencia cuando se trate de un pacto comisorio calificado, presentado como tesis de grado en la Universidad San Francisco de Quito el 20 de noviembre de 2020.

Esta propuesta, a su vez, intenta alinear el entendimiento que del pacto comisorio se tiene con máximas elementales del derecho privado, tales como el principio de la autonomía de la voluntad y la excepcionalidad de las prohibiciones y limitaciones.

Referencias bibliográficas

- Abeliuk, R. (2001). *Las Obligaciones: Tomo I*. Editorial Temis S.A.
- Alessandri, A., Somarriva, M. (1961). *Curso de Derecho Civil – Tomo III. De las obligaciones*. Santiago: Editorial Nascimento.
- Bello, A. (1888). Obras completas. Volumen XII. Proyecto de Código Civil (1853). Santiago: Consejo de Instrucción Pública.
- Botteselle, A. (2011). El pacto comisorio como manifestación de la facultad resolutoria. *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 17, 71-103.
- Claro Solar, L. (1992). Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo Décimo. *De las obligaciones I*. Editorial Jurídica de Chile.
- Código Civil [CC]. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial, Año CII, Serie XVII, No. 7, Pág. 1868 (26 de octubre de 2001).
- Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial, Año LV, Serie VII, Nro. 13, Pág. 1523 (25 de julio de 1951).
- Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial, Año LVII, Serie VIII, No. 2, Pág. 173 (30 de enero de 1952).
- Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial, Año LXXVI, Serie XII, No. 8, Pág. 1561 (10 de marzo de 1975).
- Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial, Año LXII, Serie IX, No. 11, Pág. 1159 (21 de Julio de 1961).
- Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial, Año XCI, Serie XV, No. 11. Pág. 3317 (27 de marzo de 1991).
- Corte Suprema de Justicia. Registro Oficial No. 253 de 4 de julio de 1957 (S/N; 22 de marzo de 1957).
- Gayo (trad. Di Pietro, A.) (1993). Institutas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Guzmán, A. (2010). *Derecho privado romano. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Krebs Poulsen, K. (1999). La inejecución de las obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26 (4), 839-874.
- Larrea, J. (2008). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Volumen VII*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Mejías, C., Severin, G. (2017). La justificación funcional del pacto comisorio en la compraventa. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXX (2), 87-109.
- Meza Barros, R. (2001). *Manual de Derecho Civil: De las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile.
- Molina, R. (2022). El pacto comisorio: uno solo y sin declaración judicial. *Revista de Derecho Privado*, no. 42, 87-110.
- Moncayo García, M. (2020). *El alcance del efecto resolutorio del pacto comisorio calificado en la compraventa* [Tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito]. Repositorio de la Universidad San Francisco de Quito. <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/10143/1/136526.pdf>.

- Ospina, G., Ospina E. (2005). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis.
- Pother, R.J. (1761). *Tratado de las obligaciones. Parte primera*. Barcelona: Imprenta y Litografía de J. Roger.
- Parraguez, L. (2006). Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro Cuarto. Teoría General de las Obligaciones. Volumen I. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Parraguez, L. (2021). Régimen Jurídico del Contrato. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Planiol, M., Ripert, G. (1991). *Tratado elemental de Derecho Civil*. Vol. I. Cárdenas Editor y Distribuidor.

Anexo 1

Cláusula		Fuente	Aplicación	Prescripción de la acción resolutoria	Enervamiento de la acción resolutoria	
Sin explicitación	CRT en contratos distintos a la compraventa		Legal	Todos los bilaterales	10 años	Hasta que se dicte sentencia (no hay regla)
	CRT en compraventa (incumplimiento del comprador)		Legal	Compraventa, ante el incumplimiento del vendedor	10 años	Hasta que se reciba la causa a prueba
	CRT en compraventa (incumplimiento del vendedor)		Legal	Compraventa, ante el incumplimiento del comprador	10 años	Hasta que se dicte sentencia (no hay regla)
Con explicitación	CRT explicitada en contratos distintos a la compraventa	Formulación 1 - explicitación con alternativa de resolución o cumplimiento	Contractual	Todos los contratos bilaterales	Hasta que se dicte sentencia (no hay regla)	Hasta que se dicte sentencia (no hay regla)
		*Según la doctrina mayoritaria: un PC simple Propuesta: una simple explicitación de la CRT				
	Formulación 2 - resolución automática ante el incumplimiento	Contractual	Todos los contratos bilaterales	Según la doctrina mayoritaria: un PC calificado Propuesta: cláusula de resolución automática	Según la doctrina mayoritaria: 4 años Propuesta: 10 años	N/A (no hay acción resolutoria)
	CRT explicitada en compraventa (incumplimiento del vendedor)	Contractual	Compraventa, ante el incumplimiento del vendedor	Según la doctrina mayoritaria: un PC simple Propuesta: una simple explicitación de la CRT	10 años	Hasta que se dicte sentencia (no hay regla)
	CRT explicitada en compraventa (incumplimiento del comprador)	Contractual	Compraventa, ante el incumplimiento del comprador	Según la doctrina mayoritaria: un PC calificado Propuesta: cláusula de resolución automática	Según la doctrina mayoritaria: 4 años Propuesta: 10 años	N/A (no hay acción resolutoria)
Contractual	Compraventa, ante el incumplimiento del comprador	4 años	Hasta que se reciba la causa a prueba			
				PC calificado	Contractual	Compraventa, ante el incumplimiento del comprador

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ENTRE ECUADOR Y CUBA

Comparative Analysis of Public Procurement Systems Between Ecuador and Cuba

JANETSY GUTIÉRREZ PROENZA¹

Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador

Resumen

El presente trabajo tiene como propósito comparar los sistemas de contratación pública de Ecuador y Cuba, en relación con la implementación de modelos económicos que los Estados utilizan para transparentar su gestión en su gobierno y aseverar un ejercicio democrático. De esta manera, el objetivo de este trabajo es demostrar las particularidades de cada país aplicadas a la contratación pública, mediante el estudio de su normativa para determinar así sus fortalezas y debilidades.

Palabras clave

Contratación pública, Bienes, Servicios, Gobierno, Gestión gubernamental.

Abstract

The purpose of this paper is to make a comparison between the public procurement systems of Ecuador and Cuba, in relation to the implementation of economic models that the states use to make their management transparent in their government and assert an exercise democratic. Thus, the objective of this work is to demonstrate the particularities of each country applied to public procurement, through the study of its regulations to determine its strengths and weaknesses.

Keywords

Public Procurement, Goods, Services, Governments, Government Management.

1. Introducción

La contratación pública tiene una considerable importancia económica tanto a nivel nacional como internacional, y representa una proporción significativa del PIB nacional. En la obra *Panorama general* de la labor de la Organización Mundial de Comercio en materia de contratación pública (OMC, 2017) se menciona:

A nivel nacional, la contratación de bienes y servicios por organismos gubernamentales proporciona los insumos necesarios que permiten a los gobiernos suministrar servicios públicos y desempeñar otras tareas. Los sistemas de contratación pública repercuten de forma significativa en el uso eficiente de los fondos públicos y, en términos más generales, en la confianza pública en los gobiernos y en la gobernanza (OMC, 2017).

¹ Máster en Derecho Empresarial, especialista en Derecho Penal y Derecho Ambiental. Docente de la Universidad Central del Ecuador. Correo electrónico: jgutierrezp@uce.edu.ec; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9151-0801>.



El desarrollo del Estado ha tenido como respuesta, en las últimas décadas, un movimiento que promueve la reducción del campo de acción estatal a través de la privatización de muchas de sus actividades; esto repercute en la eficacia del aparato estatal y enmarca una corriente de política económica sobre la realización de un programa de reformas económicas que permitan establecer principios orientados a mejorar la complejidad de su organización.

Es decir, el nuevo punto de partida del Derecho público es que “el Estado-organización no es ya la única institución de salvaguardia del interés general, el control de los intereses colectivos no es exclusivamente suyo ni asume con carácter de monopolio el proceso de satisfacción de las necesidades colectivas” (Frías y Borges, 2009, p. 10).

Frente a estos retos, la contratación pública representa una parte importante del mercado y la gestión administrativa de un país. Esta es necesaria en la formación de un sistema que permita la articulación y armonización, mediante procesos ágiles y transparentes de todas las instituciones y organismos a todos los niveles e instancias relacionados con la programación, proyección y prolijidad en la administración para la adquisición y ejecución de bienes, servicios y obras que se ejecuten con fondos públicos.

Asimismo, debe dar acceso a la participación del mayor número de personas naturales y jurídicas, contribuyendo al desarrollo de la producción nacional y la generación de recursos para la economía. El sistema de contratación pública dinamiza las actividades productivas, industriales, comerciales y de los servicios; coadyuva a innovar la tecnología y el desarrollo científico, fomenta la mejora de los servicios profesionales y especializados y consolida la acción del Estado.

Al efecto la Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N.º 020-2003-AI/TC en sus fundamentos 11) y 12) manifiesta:

La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, por lo que resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones que asegure que los bienes, servicios u obras respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos (Sentencia, 2003).

Considerando que la contratación estatal es el conjunto de normas que regulan todos los procedimientos que se adelantan para que las identidades del Estado puedan llevar a cabo sus procesos de abastecimiento cuando identifican una necesidad, los cambios más recientes en la economía a nivel internacional y nacional implican varios desafíos para la sociedad y especialmente para el marco legal de los contratos públicos en el Estado.

Numerosos elementos han generado un aumento y complejidad en los mercados comerciales, entre los cuales se recalcan la globalización y la creciente transnacionalización e informatización de las operaciones financieras o bancarias, los avances en los procesos de integración o convenios internacionales y regionales, entre otros. Esto obliga el ajuste y aproximación normativa e institucional.

En ese contexto, ha existido la necesidad de contar con instrumentos jurídicos que regulen correctamente la contratación en el sector público de la economía con el propósito de garantizar la racionalidad y el uso eficiente de los fondos públicos, “concretamente en el marco de la adjudicación de tales contratos mediante procesos transparentes y democráticos.

En este sentido es oportuno referirse a la Convención de las Naciones Unidas contra actos de corrupción, realizada en el año 2003” (ONU, 31 de octubre de 2003). En la que se introduce un conjunto de normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentarios destinados a la lucha contra la corrupción.

Es así como la Convención en su artículo 9 sobre Contratación Pública y gestión de la hacienda pública establece que “cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción” (ONU, 31 de octubre de 2003).

Bandeira de Mello citado por López ha afirmado que “si los particulares disponen de amplia libertad para vender, adquirir, arrendar, contratar y ejecutar obras y servicios; en cambio los sujetos del sector público para hacerlo necesitan de un procedimiento preliminar rigurosamente determinado y preestablecido, tal procedimiento se denomina licitación” (López, 1999). Luego, la naturaleza de la licitación consiste en un procedimiento administrativo que, a juicio de Fraga, “es todo procedimiento integrado por el conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo” (Fraga, 1977).

De todo lo mencionado anteriormente se colige que el bien jurídico protegido por esta institución es la administración pública o el correcto desempeño de la función administrativa del Estado, evitando que los intereses públicos queden a merced de la codicia, la mala fe y las manipulaciones de los particulares (Castillo, 1994).

Es así, que se ha pretendido analizar los sistemas de contratación pública entre Ecuador y Cuba, a fin de comprobar el cumplimiento de los pedestales que conforman a la contratación como uno de los elementos fundamentales en el desarrollo de los estados y en el cimiento de sus bases democráticas. Ello nos permite acercarnos a la comprensión y conocimiento de las marcadas diferencias que existen a pesar de seguir líneas paralelas en la consecución de estándares de desarrollo para sus pueblos, para diagnosticar sus fortalezas y debilidades.

2. Principales características del sistema de contratación pública de la República del Ecuador

En Ecuador, a partir de la Constitución del 2008, la contratación pública se ha constituido en uno de los pilares fundamentales para alcanzar los objetivos propuestos de redistribución de forma igualitaria de la riqueza en pro de erradicar la pobreza con una planificación solidaria. Al analizar históricamente las transformaciones en el marco de las contrataciones públicas, es fácil elucidar el avance que ha alcanzado el tema en las áreas tecnológicas, jurídicas y económicas; y que delimitan un antes y un después en el campo de esta rama.

La antigua Ley de Contratación Pública de 1990 mostraba inconsistencias que repercutían en el correcto funcionamiento del sistema, y, por consiguiente, en el manejo y control de la gestión pública. Entre las evidentes debilidades de esta ley, según Rafael Correa son:

La falta de planificación, ineficiente y mala utilización de los recursos financieros, la improvisación, la ausencia de capacitación, la falta de especialidad en los representantes de los contratantes para las decisiones respecto de la materia, la oscuridad en la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos y las formas de resolver las controversias; así como también la dispersión normativa para las contrataciones inferiores al denominado concurso público de ofertas (Correa, 2008).

La Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública (LOSNCP), publicada en el Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, constituye la base del Sistema Nacional de Contratación Pública, integrado por un cuerpo normativo y una entidad reguladora; en cuyo “Considerando” se resume el espíritu de la Ley en pro de dinamizar la Contratación Pública, mediante la innovación tecnológica que fomente la agilidad, eficiencia y transparencia de los procesos de contratación (LOSNCP, 2008).

En este sentido, operaron una serie de cambios innovadores, que privilegiaron la planificación y la organización del Estado, la optimización de los recursos públicos sobre la base de un ordenamiento jurídico uniforme. Entre los principales están, el uso de procedimientos electrónicos y herramientas, establecimiento de principios básicos uniformes, un cuerpo normativo extenso que opera sobre las contrataciones de las entidades definidas en su ámbito, mecanismos y elementos que no se quedan en una simple actualización de la contratación pública, sino que se adaptan a la sociedad moderna.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 11 numeral 9 determina que:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias/os, y empleadas/os públicos en el desempeño de sus cargos.

Esto reviste particular importancia en relación con la contratación pública, fijándose la responsabilidad de los funcionarios en la prestación de los servicios públicos, los que pueden ejecutarse precisamente mediante la contratación. Por su parte, el artículo 66 numeral 16, establece la libertad de contratación.

Asimismo, los artículos más importantes del referido texto son los 287 y 288 que señalan:

Art. 287.- Toda norma que cree una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente. Solamente las instituciones de derecho público podrán financiarse con tasas y contribuciones especiales establecidas por ley.

Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas (Nacional, 2008).

Por su parte el artículo 397 en el que, dentro de la sección de Política Comercial, se analiza la contratación del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras considera que se impone la renuncia de estas a toda reclamación diplomática, salvo contrataciones que correspondan al servicio diplomático. Los artículos 316, 407, 408, entre otros, aluden sobre el régimen de la administración del Estado.

2.1. La naturaleza jurídica de la contratación pública en Ecuador

Mucho se ha abordado sobre la definición de contrato administrativo o público, nuestro objetivo, no es llevar a cabo un análisis teórico-doctrinal sobre los elementos que componen al contrato de derecho público, pues más allá de las posiciones adoptadas podemos establecer que los Contratos Administrativos, en general, son aquellos en que intervienen la Administración Pública en cualquiera de sus esferas; además, para que el contrato sea

administrativo deben tener por objeto la satisfacción directa de una necesidad pública. La LOSNCP, lo conceptualiza en que se refiere a:

Todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios, incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción a compra (LOSNCP, 2008).

Es decir, reduce su ámbito de acción a 4 tipos de contratos: adquisición, ejecución de obras públicas, prestación de servicios y consultorías. De esta forma el Estado tiene la potestad para contratar con personas sean estas públicas o privadas, nacionales o extranjeras convirtiéndose en sujeto de contratación mediante sus instituciones y organismos que tengan personería jurídica.

Las inhabilidades y causales de nulidad para contratar están previstas en la Constitución de la República (art. 152) y la propia LOSNCP y en otros cuerpos normativos como el Código Civil.

2.2. Principales avances y desaciertos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Evidentemente, con la creación de una nueva Ley de Contratación y que ha ido perfeccionándose desde su vigencia, se establecieron importantes avances para la gestión y control de la administración pública. Las normas, reglas, procedimientos y mejoras prácticas para el beneficio de todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública en aras de mantener procedimientos transparentes, oportunos, ágiles y eficientes en beneficio de toda la sociedad se hacen perceptibles, entre ellos se destacan:

1. La uniformidad mediante un cuerpo normativo que presenta en los procesos precontractuales y de contratación normas uniformes y claras para adjudicarlos, con responsabilidades expresas de todos los intervinientes. La LOSNCP, unifica a la Ley de Contratación Pública, a Ley de Consultoría y a leyes especiales, ajustando los procedimientos para la contratación pública.
2. El establecimiento de principios básicos y fundamentales en el ejercicio de la contratación pública que, como dice el tratadista Alex Silva Calle, “e estos principios rectores establecidos en la Ley permiten dotar al sistema nacional de contratación pública de un mecanismo para asegurar eficiencia y calidad, basada en la adquisición, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría” (Calle, 2015).

Es así como los principios que gobiernan la contratación pública son muy importantes y pueden expresarse según el procedimiento de contratación en el artículo 4 de la LOSNCP, que prescribe:

“Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional” (LOSNCP, 2008).

3. Se crea un ente rector, el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), actualmente denominado SERCOP con nuevas atribuciones de acuerdo con el artículo 10 del Decreto Ejecutivo, publicado por Registro Oficial Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013, modificatorio de la LOSNCP.

Siendo el Servicio Nacional de Contratación Pública un “organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria”, que ejerce la rectoría del SERCOP, puede asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública; “promueve y ejecuta la política de contratación pública, establece los lineamientos generales que sirven de base para la formulación de los planes de contrataciones, administra el Registro Único de Proveedores (RUP), establece las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema; administra los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado”(LOSNCP, 2008, Art.10), entre otras.

4. La creación de un sistema oficial electrónico, mediante una herramienta informática (COMPRASPÚBLICAS) según el artículo 21, “que permite el orden y control, que aporta datos y cifras relevantes para el proceso de contratación, con la principal finalidad de darle transparencia y publicidad a los contratos estatales, proteger los recursos públicos y crear mecanismos para evitar la corrupción” (LOSNCP, 2008).

El portal de COMPRASPUBLICAS es administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública. Además, entre las atribuciones que la LOSNCP, le otorga al SERCOP la facultad de dictar normas administrativas, manuales e instructivos; se crea la herramienta USHAY que es muy importante ya que mediante este se realiza los pliegos, el Plan Anual de Contratación y la Calificación de las ofertas de los proveedores.

5. Se crea un RUP para ser fuente de información oficial de los proveedores a ser contratistas de la administración pública, y, también es un instrumento que los habilita, es decir, que nadie que no esté registrado en el RUP podrá ser oferente o proponente en un procedimiento precontractual de alguna institución pública, a excepción de lo que indica el artículo 18 el cual establece:

Obligatoriedad de Inscripción. - Para participar individualmente o en asociación en las contrataciones reguladas por esta Ley se requiere constar en el RUP como proveedor habilitado. Por excepción, los oferentes que intervengan en procesos de menor cuantía podrán no estar inscritos en el RUP; pero, deberán inscribirse en el RUP previa a la suscripción de sus respectivos contratos (LOSNCP, 2008).

6. Con la creación del RUP se estableció poder contar con una base de datos que incluya la universalidad de los proveedores del Estado ecuatoriano. Es importante señalar que se establecen claramente las situaciones ante las que se suspende al proveedor cuando éste cae en cualquiera de las causales prescritas en el artículo 19 de la LOSNCP.

Como consecuencia de la aplicación de la Subasta Inversa podemos encontrar las siguientes ventajas; a) Importantes ahorros económicos, b) Sensible disminución de tiempo, confidencialidad entre los participantes, c) Adjudicación Inmediata.

7. Creación del Plan Anual de Contrataciones (PAC) este proceso fue creado para ingresar datos al Sistema de Contratación Pública del Estado, realizando la planificación de la Entidad Contratante para todo el año, con la herramienta del PAC el control para la adquisición de bienes, servicio u obras es más estricto pues requiere a detalle lo que se piensa adquirir, complicando a las instituciones públicas que planifican a último momento su PAC. Como parte de un modelo que aún se encuentra en perfeccionamiento, es importante indicar algunas falencias que posee, entre las que podemos destacar:
8. Mediante la derogatoria numeral 5 de la LOSNCP que deroga: “los numerales 16 y 35 del Art. 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”; y, estos son según lo expresado en el art. 31 numeral 16.

Emitir informes razonados, como requisito previo a la celebración de todo contrato de las instituciones del Estado, que afecte al recurso público o implique egreso de recursos públicos, por un monto igual o mayor al que señale la ley para el concurso público de ofertas, haya sido o no concursado o licitado. El informe a que se refiere este numeral será expedido en el término de quince días contado desde la fecha de recepción de la solicitud y todos los documentos justificativos. La falta de informe no impedirá la celebración del contrato una vez vencido el término señalado en este inciso (Nacional, 2002).

Por lo que la Ley solo les ha dejado la facultad del control posterior a la celebración del contrato.

Esto es importante como un control previo para evitar glosas a funcionarios públicos, principalmente en los casos en que las cuantía y los montos adquieren significación por ser elevados y que su uso incorrecto acarrea actos derivados en corrupción. Si bien la normativa no eliminó el control y las funciones de este organismo con posterioridad a los contratos firmados por las instituciones, sí constituía un control importante en la gestión de la administración pública, pues de nada sirve percatarse de actos de corrupción o mal manejo de los recursos del Estado, en los que en muchas ocasiones el desfaldo es irrecuperable, a anticiparse a actos como estos. No obstante, es importante explicar que de alguna forma se ha subsanado este error a partir de la expedición del Decreto Ejecutivo Nro. 155, de 12 de agosto de 2021, que reforma al Reglamento General a la LOSNCP, mediante la cual se agrega después del artículo 27, la “Sección IV”, correspondiente al “Informe de Pertinencia para la Contratación Pública”. Aunque se debe destacar que existen excepciones para la elaboración del informe por parte de la Contraloría, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27.11.

9. Por su parte la normativa también excluye del campo de regulación común y establece procedimientos especiales en determinados casos, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, los que serán facultativos mediante normativa específica que dicte el presidente de la República en el Reglamento General, bajo criterios de selectividad y las contrataciones que por Giro Específico del Negocio apliquen distintas empresas públicas. Es así como en el Reglamento en el artículo 104, se cumple a lo dispuesto por la ley y se desregularizan, del propio sistema, sectores estratégicos importantes que debieran estar más que controlados y normados por su importante función dentro de la economía ecuatoriana; entre ellos, las actividades hidrocarburíferas. Todo ello unido a la derogatoria novena de la LOSNCP que determina:

Deróguese todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a esta Ley y de manera particular las siguientes:

Las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes. Se exceptúan expresamente las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos; las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que no se referan al ámbito de la presente Ley (LOSNCP, 2008).

Siendo así y considerando que especialmente en este tipo de contrataciones debiera existir un mayor control y regulación, por parte del Estado, constituye una falencia importante dejar en manos de la máxima autoridad de las empresas o sus delegados el ejercicio discrecional de estas actividades.

10. Si bien el SERCOP tiene amplias facultades regulatorias para ejecutar y administrar las políticas de contratación pública y que es importante atemperar los cambios y lagunas que en la perfección del sistema se requiera, no se puede propender a la publicación de un sinnúmero de resoluciones para reformar y cubrir vacíos que existe en la LOSNCP y su Reglamento General de aplicación. En la actualidad existe más de 107 resoluciones emitidas en su tiempo por el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), ahora llamado SERCOP, de ellas 24 derogadas, induciendo a la equivocación involuntaria en el ejercicio de la contratación.

3. Principales características del sistema de contratación pública de la República de Cuba

En el sistema cubano el predominio del Estado sobre los recursos y la administración de estos ha traído al traste la adjudicación de contratos en el sector público, que no ha sido de los temas más desarrollados como una consecuencia lógica del propio sistema en la implementación de mecanismos de adjudicación directa. En efecto, las concesiones administrativas en este país han tenido destacables y apreciables etapas. Luego se les fustigó su existencia y empleo por no ser compatibles con los fines y funciones que debía cumplir un Estado de nuevo tipo. Además, la institución de marras sirvió como vía para lograr ciertos intereses políticos de dominación e influencia sobre la Nación, al poner en manos foráneas importantes objetivos económicos indispensables para la vida.

Cuba no ha sido exonerada de manifestaciones de corrupción administrativa en el ámbito de la administración pública, lo que recae en dos aspectos fundamentales: por una parte, la crisis económica que padece desde algunas décadas, acentuada con la carencia tecnológica, la ineficiencia de varias empresas estatales y la medida de incrementar la inversión extranjera; y por otra parte, los cambios que se imponen en las formas de gestión privada en la economía que han aumentado las relaciones entre el sector estatal y no estatal de la economía, unidas al aumento de la propia inversión extranjera. Consecuentemente, han operado reformas legislativas que, aunque no resultan suficientes para asegurar la mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos y suprimir los resquicios legales propiciados por tales actos, traen un indiscutible impacto económico, político, social y ético en la contratación pública cubana.

Sin embargo, para poder entender la contratación pública en Cuba, se hace necesario evocar un breve recuento histórico.

3.1. La naturaleza jurídica de la contratación pública en la legislación cubana

Como parte del proceso de cambios económicos, enfatizado por el nuevo gobierno cubano a partir del 2011, se promulgó un paquete de medidas legales regulando de manera experimental la contratación de los cuerpos normativos puede deducirse que todos parten de un “acto unilateral”. Se señala por los estudiosos y analistas del tema en Cuba que dos son los elementos fundamentales para considerar de esta forma la naturaleza de dicha institución: primero, en virtud de la soberanía del Estado, a este es al único que le compete a las concesiones, el particular o concesionario no negocia, simplemente se limita a aceptar o no las condiciones que se le imponen y el ordenamiento positivo cubano no se acoge la figura del contrato administrativo, ni los juicios emitidos por las personas con más autoridad la aceptan; por lo que la única vía propicia para implementar las concesiones es la que se está utilizando. Segundo, en este ordenamiento, hasta la fecha, al no ser reconocido el contrato administrativo, la solución que se ha encontrado es otorgar la concesión administrativa de la gestión del servicio público a través de un acto decisorio unilateral del máximo órgano administrativo el Consejo de Ministros.

Ello ha traído consigo si bien un “control” por parte del Estado, también una preocupación y distorsión en la realización del acto. Para Matilla Correa:

Consideramos que al catalogarse en nuestra legislación a la concesión como acto gubernativo o del gobierno unilateral se ha incurrido en una imprecisión técnica, pues, jurídicamente hablando, éstas se enmarcan dentro de los actos administrativos o de los contratos administrativos y no dentro de los actos de gobierno. Por eso creemos aconsejable que se sustituyan las expresiones acto unilateral gubernativo o del Gobierno por acto administrativo (nótese que eliminamos el adjetivo unilateral porque está más que demostrado que la concesión administrativa nunca será unilateral en sus efectos, por muy poco que sea el rol que se le asigne en ella a la aceptación del concesionario). Con ello se logra igualmente la finalidad que persigue el Estado cubano, al hacer ver explícitamente el papel preponderante de la Administración Pública, y se elimina una imprecisión que, desde nuestra óptica, no favorece la construcción técnico-jurídica que debe presentar cualquier cuerpo normativo (2002).

Se debe aclarar, en cuanto al párrafo precedente, que el Consejo de Ministros no produce actos administrativos. Este órgano produce actos de autoridad y gobierno, ya que, por prescripción legal, el otorgamiento le corresponde al Consejo de Ministros o a su Comité Ejecutivo; dicho Consejo, por el artículo 95, párrafo 1, de la actual Constitución, es el máximo órgano ejecutivo, administrativo y constituye el Gobierno de la República de Cuba.

Otro aspecto relevante es la conformación de las llamadas cooperativas no agropecuarias y los trabajadores por cuenta propia. En tal sentido, resulta significativo que, según los propósitos del gobierno cubano reflejados en textos legales, los medios de producción estatales, particularmente los inmuebles, no serían vendidos sino arrendados para su uso por parte de las cooperativas no agropecuarias y los trabajadores por cuenta propia.

Ello trajo aparejado en la realidad cubana un traspaso de las fronteras entre lo estatal y lo privado, y por consiguiente sin una regulación eficiente, surgieron insatisfacciones en cuanto a la calidad de tales servicios operados bajo la forma de «gestión estatal», a ello se le sumó el descontrol y actos de corrupción, que frente a la escasez de recursos, respaldaron la apropiación por parte de particulares y funcionarios de estas empresas el desvío sistemático de capitales provenientes del Estado (Esteban, 2012).

Es así como el gobierno con la intención de buscar mayor calidad en la prestación de servicios, ahorrar recursos y tratar de prevenir y reprimir la corrupción administrativa en la Resolución 570, de 15 de noviembre de 2012, del Ministerio de Economía y Planificación (MEP), establece el procedimiento para que se liciten los bienes de un establecimiento estatal. Así, dispone que estas licitaciones serían como regla general abiertas y que los organismos, órganos o entidades nacionales que autorizan la licitación podrán excepcionalmente decidir que esta sea restringida, dado su impacto en lo que se refiere a la prevención y represión de la corrupción que pueda derivar de esa decisión; pues, si no se precisan los supuestos jurídicos lo excepcional puede devenir en regla general en la práctica. Dispone que en toda licitación se observarán los principios de transparencia, igualdad y publicidad.

Por otra parte, los participantes en la licitación pueden, en el término de tres días hábiles a partir de la notificación del informe, presentar ante la Comisión una aclaración del informe. Por lo tanto la comisión tiene cinco días hábiles para responder y que cualquiera de los oferentes no seleccionados, puedan (luego de 5 días desde la notificación del informe) presentar la reforma ante la propia Comisión; de esta manera Comisión deberá responder en un máximo de 10 días hábiles. También, si el recurso de reforma genera una decisión diferente a la inicial se citará nuevamente a todos los participantes para dar a conocer la nueva decisión. La decisión definitiva del recurso de reforma es impugnable ante la vía judicial.

De análisis exegético al texto jurídico pueden detectarse aspectos de relevancia sobre contratación que son omitidos, entre ellos se destacan:

1. No se fija las razones para efectuar licitaciones restringidas, todo lo cual queda en el ámbito de la discrecionalidad de la administración que organiza la licitación.
2. No se establecen los plazos para las convocatorias, ni las vías para su publicación.
3. No se prevén reglas de capacidad de los concursantes tales como “capacidad técnica, profesional, económica, financiera, ética y jurídica, ni sobre los requisitos formales para acreditarla, ni las causas legales de incapacidad o inhabilitaciones para participar en las licitaciones” (Parada, 1997).
4. En cuanto a quienes forman parte del órgano administrativo licitante, no se regula la obligación del personal de respetar la confidencialidad, de no usar en su beneficio o de terceros la información privilegiada, ni a la responsabilidad por tales violaciones, las sanciones administrativas por infracciones en las licitaciones y tampoco se prevé la recusación de funcionarios administrativos como miembros de la Comisión de Licitaciones, por parentesco, amistad o

- enemistad, interés personal, o relación de servicios en la licitación, lo cual constituye una derivación lógica del principio de imparcialidad.
5. Se omiten importantes principios rectores de las licitaciones, como los de trato justo, calidad, oportunidad, concurrencia, objetividad y claridad de las reglas, entre otros.
 6. No se precisan los supuestos de nulidad y anulabilidad de los procedimientos de licitación.
 7. Existe degradación normativa, pues conforme la consolidada doctrina y práctica legislativa a nivel internacional, se supone que el régimen de licitaciones quede establecido por una ley y no por una norma administrativa ramal.

De manera que, en este caso, el régimen jurídico del procedimiento administrativo de contratación se concede un amplio espacio para la actuación discrecional y no reglada de la administración. Asimismo, es necesario recalcar la determinación clara para los procesos de impugnación si de contratación pública se trata. Numerosas legislaciones, entre ellas la ecuatoriana, han dedicado exhaustivamente desarrollar en la norma lo que en doctrina se conoce como “vicios” de los actos administrativos, que pueden ser identificados desde la convocatoria, la apertura de las ofertas, legalidad, relaciones de parentesco o interés legítimo, entre otros, lo que en la legislación cubana debido a una falta de normativa específica se adolece.

En el caso del régimen judicial sobre los procesos de contratación pública que se ventilan ante las salas de lo contencioso administrativo, es importante mencionar que la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 de agosto de 1977 (LPCAL) aplicable a este tipo de proceso cuenta con imperfecciones normativas, fundamentalmente sobre la impugnabilidad de los actos realizados por la administración en el ejercicio de sus potestades cuando subraya que de conformidad con el artículo 657, las resoluciones de la Administración en ejercicio de su facultad discrecional, no son apelables en la vía jurisdiccional.

No obstante, frente al Estado y sus decisiones, es risorio lo expresado por el profesor González Pérez con su probada solvencia científica en la esfera del Derecho Administrativo, el que ha expresado que “su eficacia encuentra múltiples obstáculos difícilmente superables. Pero todos giran en torno a un hecho básico: la quiebra del principio de igualdad y que por eso es la especie que mejor pone de manifiesto las deficiencias y las impotencias del proceso” (González Pérez, 1971).

En el caso de la comercialización de los productos agropecuarios y su régimen jurídico, en la Cuba de los últimos 50-60 años, su evolución muestra una historia de encuentros y desencuentros entre el Estado y el mercado de estos productos, de decisiones muy variadas y contradictorias: aperturas, cierres y reaperturas. Diferentes estudios han confirmado la cronicidad de algunos problemas en el funcionamiento actual de dichos mercados, como:

1. Exceso de regulaciones y limitaciones en cuanto al régimen de concurrencia, “como por ejemplo la prohibición de la venta de leche vacuna y sus derivados, carne de ganado mayor, papa, café y otros productos y al mismo tiempo insuficientes regulaciones en cuanto al control estatal de los precios y la calidad” (Nova, 2010).
2. Deficiente relación precio-calidad de los productos, asociada a la insuficiente oferta, en lo cual han incidido “excesivas pérdidas de la producción en la fase de acopio y comercialización, precaria actividad de beneficio de los productos

agropecuarios” (Nova, 2013). Acaparamiento, especulación y desvío de productos desde los mercados estatales hacia otras formas de comercialización, “todo lo cual ha derivado en una incontrolada elevación de los precios y afectaciones a la seguridad alimentaria” (Nova, 2006).

3. “Deficiencias en la protección de los consumidores, asociadas a la ineficiencia, el desinterés, la falta de control y la deficiente calidad de los servicios que se ofertan en estos mercados” (Puig, 2013).

3.2. Contextualización de la realidad cubana en la contratación pública

El 7 de octubre de 2010 se dictó la Resolución 32, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Este reglamento cuenta con la autorización ampliando hasta más de 200 oficios y servicios; asociado a ello, y luego de demoradas tentativas, se emitió la Instrucción 7 del Ministerio de Economía y Planificación: “Indicaciones a las entidades estatales para la contratación de los productos y servicios de los trabajadores por cuenta propia”, de 18 de noviembre de 2011. En estas normativas se estipuló que la relación comercial se formaliza mediante contratos y estos son aprobados en función del tratamiento que la propia entidad prescriba; es decir, mediante adjudicación directa.

A estos propósitos, el Banco Central de Cuba dictó la Resolución 101, Normas bancarias para los cobros y pagos, de 18 de noviembre de 2011. En esta autorizó a las empresas estatales a pagar a los trabajadores por cuenta propia, fijando como límite que no excedan de los gastos establecidos en el plan o el presupuesto aprobado para cada entidad.

A finales del 2011, mediante la Resolución 122 de 14 de noviembre, el Ministerio de la Agricultura autorizó la venta directa de productos agropecuarios por agricultores y cooperativas a las entidades del sector del turismo, a los fines de posibilitar mayor autonomía de gestión en las cooperativas agropecuarias y de reducir las importaciones de alimentos. En ningún caso se regularizaron los criterios para proceder a otorgar estas concesiones o adjudicaciones de contratos.

En el 2012, se dictó el Decreto Ley 295 dotando a las empresas de una mayor autonomía para asegurarse las materias primas y para comercializar los productos terminados, todo ello aparentemente para fortalecer el sistema estatal de dirección y gestión empresarial cubano. Aunque insiste en que las empresas deben garantizar el funcionamiento de su comité de contratación como órgano técnico y asesor encargado de revisar y aprobar cada transacción comercial, determinándose también que todos los contratos sean dictaminados por el asesor jurídico de la entidad contratante; pero como podrá apreciarse, no instrumenta ningún procedimiento competitivo para la adjudicación de tales contratos.

El Decreto Ley 313, Sobre la Zona Especial de Desarrollo Mariel, y el Decreto 318 que lo reglamenta, de 19 de septiembre de 2013, prevén un régimen discrecional de autorizaciones administrativas para el establecimiento de los concesionarios y usuarios en dicha zona. Sin embargo, resulta significativo que en estos textos legales tampoco se establece que deban efectuarse licitaciones, sino que por el contrario insiste en adjudicar directamente estos contratos, aunque se sabe que estas relaciones se establecerán muchas veces entre empresas estatales y empresas privadas.

3.3. Síntesis sobre el sistema cubano

1. En el marco legal cubano, en lo relativo a los procedimientos de contratación pública a pesar de las reformas introducidas en el ámbito socioeconómico, no

existe una norma general que establezca las condiciones generales de esta institución; esto trae como consecuencia: casuismo, desregulación parcial, dispersión normativa y no se trata como una institución única. Lo que atenta contra el desarrollo unitario que debe tener esta institución.

2. Se establecen normativas dispersas con viejas prácticas contractuales que no están acorde a los retos que enfrenta el país, carentes de garantías y seguridad jurídica, que permitan prevenir actos de corrupción administrativa en la gestión de los recursos públicos y acorde a los criterios doctrinales y las tendencias de avanzadas legislaciones en el plano internacional.
3. Los contratos administrativos se encuentran en los límites de los actos de gobierno, y no dentro de los actos administrativos, reforzado por una situación de monopolio por parte del Estado, en muchas ocasiones.
4. Se han otorgado excesivas potestades discrecionales para los casos en que se celebren licitaciones y el ordenamiento jurídico ha continuado resultando incompleto, deficiente, carente de sistemática y desactualizado. Esto solamente se puede resolver mediante una verdadera ley de licitaciones o contratación pública, acompañada de las demás normas de Derecho Administrativo de las que aún carece el país.
5. Se imponen condiciones contrarias al derecho, o que limitan o excluyen la responsabilidad de la entidad proveedora del producto o servicio, reducidas a las formas propias de contratación adoptadas empíricamente que conducen a desvirtuar el objeto de la contratación.
6. No existe un ente de control ni de regulación que instituya la actividad de la contratación pública.

4. Conclusiones

Es así como después de este examen exegético se puede concluir que en el Ecuador existe un sistema único regulatorio marcado por una Ley base que cuenta con principios, instituciones y el uso de tecnologías de la información y comunicación, que transparentan la gestión de los sujetos que participan en la contratación pública, además de procesos claros y externos a este sistema en la vía judicial. En Cuba no existe un sistema único, sino un sistema de normas dispersas impuestas a partir de las reformas introducidas en la Constitución en 1992, que además se encuentran en el rango de meras resoluciones administrativas y no existen organismos de control u administración de los contratos públicos establecidos específicamente para tales efectos como en Ecuador.

En Ecuador, las instituciones públicas pueden contratar en relación con las disposiciones regladas mediante actos y procedimientos de diversas formas: dinámicos, comunes, especiales, régimen especial; consultoría en contratación directa, lista corta, concurso público. Además, existen garantías de diferentes índoles para el cumplimiento eficaz de los contratos, estableciéndose las responsabilidades y respectivas sanciones a los funcionarios por el incumplimiento de lo reglado. En Cuba rigen los actos unilaterales, emanados del centralismo del gobierno, en los que se otorgan amplias facultades discrecionales a los funcionarios que están a la dirección de las empresas, sin un control sobre el otorgamiento directo en la adjudicación de los contratos.

Existe una planificación económica por ambos Estados. En el caso de Ecuador, el Plan Anual de Contrataciones (PAC), en el que se debe establecer la planificación de la Entidad Contratante para todo el año, pero a diferencia de Ecuador, en Cuba no se rige imperativamente a las contrataciones que deba realizar en el marco de estas.

Como se puede observar, el sistema de contratación pública de Ecuador dista mucho a asemejarse siquiera al sistema cubano. Indiscutiblemente las ventajas que presenta uno sobre el otro le ubican, en el caso ecuatoriano —a pesar de sus imperfecciones—, entre uno de los más avanzados internacionalmente. Mientras que en Cuba comienzan a verse los primeros vestigios de contratación pública. Con independencia del desarrollo económico imperante en las relaciones comerciales entre un país y otro, es necesario, según la propia globalización, establecer en el marco de la administración pública, pues ello es muestra del ejercicio democrático y el derecho imperante de todos los pueblos de que los Estados gestionen y administren correctamente sus recursos, y que coadyuven a garantizar el tan anhelado bienestar social.

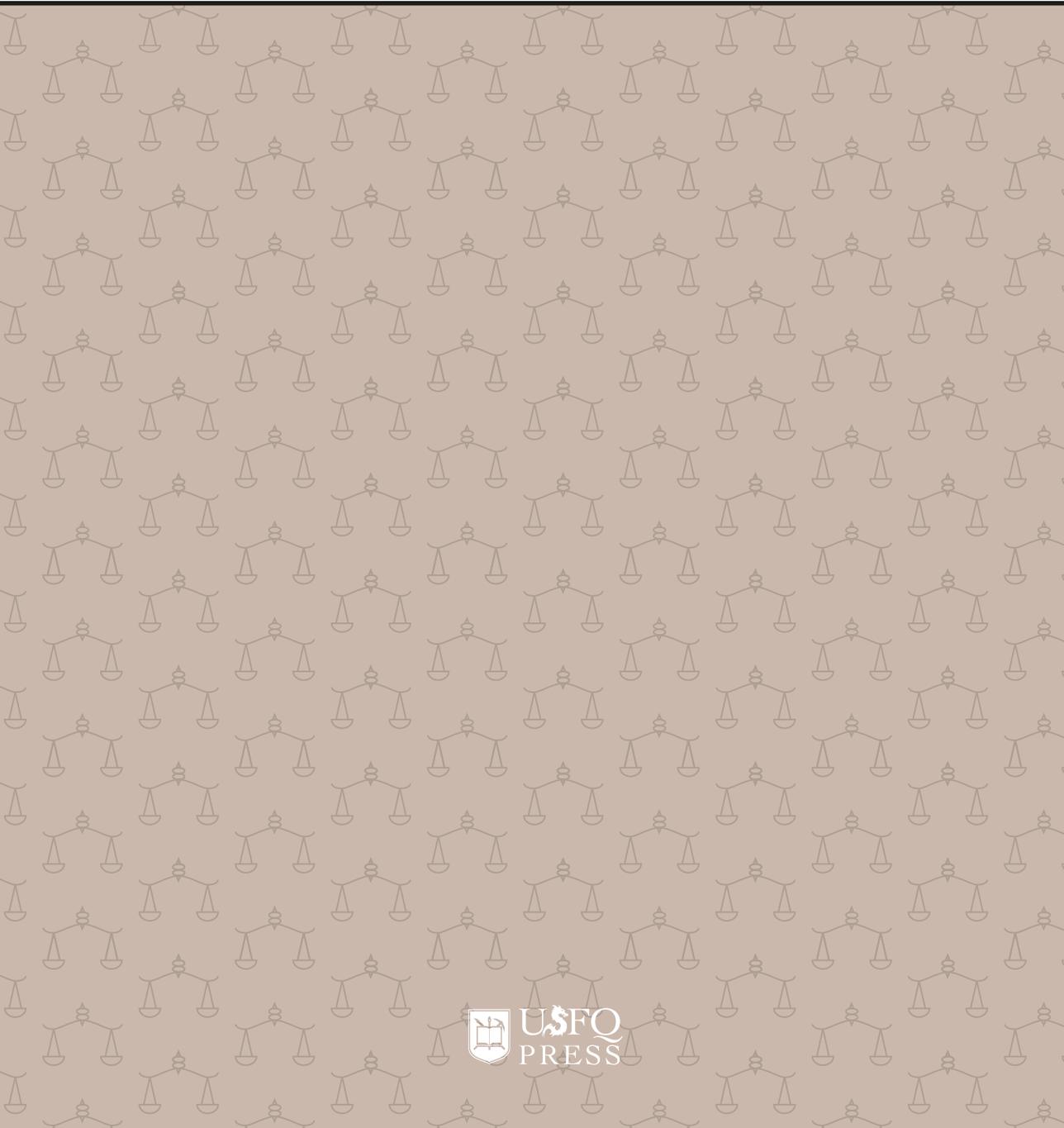
Referencias bibliográficas

- Calle, A. S. (2015). *Principios de Contratación Pública*.
- Castillo, J. (1994). *Ensayo sobre el Derecho Administrativo mexicano*. UNAM .
- Comercio, O. (2017). Panorama general de la labor de la OMC en materia de contratación pública.
- Correa, E. (2008). Discurso presidencial sobre sistema de contratación pública. Abril, 15/08. *Discurso presidencial sobre sistema de contratación pública. Abril, 15/08.*
- Esteban, M. (2012). *Una vez más sobre la llamada corrupción de poca monta*. moncadalectores.blogspot.com/2012/09/una-vez-massobre-la-llamada-corrupcion.html
- Fraga, G. (1977). *Derecho Administrativo*. (17ma ed.). Porrúa.
- Frías, G. A. y Borges, J. L. (2009). *Gobernabilidad ante los desafíos del siglo XXI*. (E. C. Editor, Ed.). <https://www.clubensayos.com/Temas-Variados/Resumen-de-Capital-La-gesti%C3%B3n-del-capital-humano/4115183.html>
- J, G. P. (1971). *Administración Pública y Libertad*. UNAM.
- López E. (1999). *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*. México.
- Matilla Correa, A. (2002). Concepto y las Características de las Concesiones administrativas. En *Revista Cubana de Derecho de la Unión de Juristas de Cuba*. Editorial Félix Varela.
- Nacional, A. (2002). Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Ecuador: Lexis.
- Nacional, A. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Ecuador. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf
- Nacional, A. (2008). LOSNCP. art.6 numeral 5.
- Nacional, A. (2008). LOSNCP. *LOSNCP, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Lexis.
- Nova, A. (2006). *Evolución y trayectoria de la agricultura*. Ciencias Sociales.
- Nova, A. (2010). *La cadena productiva y comercializadora en el sector agropecuario en Cuba*. Caminos.
- Nova, A. (2013). *El modelo agrícola y los lineamientos de la política económica y social en Cuba*. Ciencias Sociales.
- ONU. (31 de octubre de 2003). *Resolución 58/4 de la Asamblea General*.

- Parada, R. (1997). *Derecho Administrativo, Parte General*. Marcial Pons.
- Puig, V. (2013). *Cooperativas no agropecuarias; una apuesta por la eficiencia*. Granma.
- Sentencia, Expediente N° 020-2003-AI/TC (Constitucional Peruano 2003).
- Unidas, N. (2003). Resolución 58/4 de la Asamblea General. ONU .

FECHA DE PUBLICACIÓN

Este número de la revista se publicó en el dominio web <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/index> el día 15 de diciembre de 2022.



USFO
PRESS