

IURIS DICTIO

Año 13. Vol 15 enero- junio 2013

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Iuris Dictio

(ISSN 1390-6402)

Del Colegio de Jurisprudencia
de la

Universidad San Francisco de Quito.

Quito-Ecuador.

Año 13 # 15

Comité Editorial

Fabián Corral

Luis Parraguez

Farith Simon

Editor

Diego Pérez

Revisores externos

Dra. Sonya Merlyn

Profesora Facultad de Derecho PUCE

Dr. César Montaña

Profesor Universidad Andina Simón Bolívar

ÍNDICE

	Pág.
Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político? Farith Simon Campaña.....	9
El Neoconstitucionalismo en la mira Jaime Vintimilla.....	39
Neoconstitucionalismo en el Ecuador una Mirada al Jurista Ingenuo Juan Pablo Aguilar Andrade	49
El Activismo Judicial en la era Neoconstitucional Luis Fernando Torres.....	65
La acción por incumplimiento como mecanismo de exigibilidad de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos respecto de Ecuador Daniela Salazar Marín.....	81
Líneas para un proceso de reforma a la justicia civil en Ecuador Vanesa Aguirre Guzmán.....	113
Consecuencias jurídicas de los derechos del procesado derivadas de su operatividad constitucional Xavier F. Andrade Castillo	131

La máquina de asesinar: un acercamiento a la relación entre el ordenamiento jurídico y el sujeto a través del intertexto literario	
Diego Falconí	147
Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica	
Hugo García Larriva	159
Tratamiento del agotamiento del derecho sobre la marca en la comunidad andina	
María de los Ángeles Lombeyda	191
Las licencias obligatorias de patentes en el Ecuador. Una breve referencia al caso de los medicamentos y al decreto presidencial 118	
Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.	205
Propuesta de reformas al Mercado de valores Ecuatoriano	
Juan Isaac Lovato Saltos	221
La función indemnizatoria y resarcitoria del recargo tributario	
Javier Bustos A.	247

Carta del Editor

En este número la revista *Iuris Dictio* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito se adecúa oficialmente a los estándares internacionales en materia de publicaciones académicas. Aunque anteriormente nuestras políticas y líneas editoriales eran apropiadas para una revista de pensamiento jurídico y de apariciones periódica, hemos decidido esta estandarización para poder estar al nivel de las más exigentes publicaciones internacionales. Para este efecto – y ya desde la perspectiva del contenido de esta revista- la estandarización editorial coincide con la publicación de los trabajos de investigación de los profesores de la casa.

Por ejemplo, Juan Pablo Aguilar y Farith Simon tratan temas de la actualidad constitucional: en el caso de Juan Pablo un análisis sobre los efectos del neoconstitucionalismo y en de Farith un examen jurídico de los derechos de la naturaleza, en vigencia desde la adopción de una nueva Carta Política en 2008. Jaime Vintimilla también se ha adentrado en los terrenos neoconstitucionales con su perspectiva sobre la relación entre el nuevo derecho y el garantismo; y Daniela Salazar nos ha enviado su trabajo sobre la acción extraordinaria de protección desde la aplicación de los derechos fundamentales. También desde la óptica del Derecho Constitucional, el trabajo de Luis Fernando Torres está enfocado al nuevo rol de los jueces y al activismo judicial. En la misma línea, la investigación de Vanessa Aguirre se centra en el estudio y en una propuesta para la reforma judicial en Ecuador. Incluimos también el artículo de Xavier Andrade sobre las consecuencias jurídicas de los derechos del procesado derivadas de su operatividad constitucional. De este modo se ve claramente que el debate respecto de la aplicación y de las nuevas instituciones de la Constitución de 2008 sigue en vigencia.

Javier Bustos nos ha entregado su perspectiva sobre las incidencias del recargo tributario y Hugo García Larriva aporta con su perspectiva respecto de las partes no signatarias del convenio arbitral. Manuel Fernández de Córdoba, desde la óptica de la propiedad intelectual, se ha abocado al estudio del nuevo régimen de patentes en Ecuador, y desde la misma disciplina, María de los Ángeles Lombeida trabaja los asuntos más relevantes sobre el agotamiento de la marca en la legislación andina y Juan Isaac Lovato ha abordado una propuesta de reforma al régimen de mercado de valores. Estos temas, producto de los trabajos de investigación de los profesores del Colegio de Jurisprudencia, constituyen un aporte sobre las nuevas tendencias del derecho y sobre instituciones jurídicas siempre en movimiento y en evolución. En este mismo contexto, aunque desde la visión de lo jurídico y literario, Diego Falconí ha aportado con su perspectiva de un acercamiento a la relación entre el ordenamiento jurídico y el sujeto a través del intertexto literario, tema siempre novedoso.

De modo que con este número, el décimo quinto, *Iuris Dictio* continúa en su afán de aportar al pensamiento jurídico y de contribuir de la mejor forma a los asuntos de investigación de la mano del Colegio de Jurisprudencia.

Normas para la publicación de artículos en la Revista Iuris Dictio

La Revista Iuris Dictio (ISSN 1390-6402) es una publicación semestral del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, que contiene trabajos de académicos, profesionales y estudiantes, en los que se analizan temas de relevancia para el desarrollo del conocimiento jurídico.

Se encuentra indexada en Latindex y por un acuerdo con VLex la versión electrónica está disponible en 129 países.

Los trabajos que se sometan a la Revista deben ser inéditos y pueden consistir en ensayos, análisis de jurisprudencia y reseñas bibliográficas. Excepcionalmente el Comité Editorial podrá autorizar la inclusión de trabajos ya publicados, cuando considere que son de gran relevancia científica. Deberán cumplir, además, los requisitos de estilo que correspondan a cada clase de trabajo.

Tratándose de ensayos, deben tener una extensión de no menor de 10 ni mayor de 30 páginas, en formato A4, letra Times New Roman 12 puntos o Arial 11 puntos.

En el caso de las reseñas bibliográficas la extensión máxima es de 10 pp., en formato de página A4, letra Times New Roman 12 puntos o Arial 11 puntos, interlineado doble, numeración consecutiva de páginas.

El artículo debe tener un título, la referencia a la afiliación académica del autor y datos de contacto, como un correo electrónico (requisito optativo); un resumen en español e inglés de no más de 250 palabras y un sumario del artículo en español e inglés.

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

Los trabajos pueden ser enviados a jurisprudencia@usfq.edu.ec.

Revisión por pares

Una vez recibido el artículo el Comité Editorial realizará una evaluación inicial y de cumplirse las condiciones generales para la presentación de artículos se lo remitirá a un evaluador externo especialista en el tema que corresponda, que emitirá su informe dentro de los 30 días siguientes con alguna de las siguientes recomendaciones: publicación sin cambios, publicación con modificaciones y no publicación. La recomendación se notificará al autor.

Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político? *

The rights of nature: transcendent innovation legal rethoric or political project?

Farith Simon Campaña

Profesor a tiempo completo en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, estudios de maestría en derechos de la infancia y adolescencia en la Universidad Internacional de Andalucía y candidato a Doctor en Nuevas Tendencias del Derecho Civil por la Universidad de Salamanca.

Quito, febrero del 2013

Resumen

¿La sola innovación puede ser considerada como un avance? La carga emotiva de lo “nuevo”, de lo “diferente” suele arrastrar una reacción entusiasta en muchos sectores, a la par suele provocar más de una resistencia. En el tema derechos de la naturaleza se ha desarrollado una literatura jurídica cada vez más extensa que la pondera como una contribución ecuatoriana al pensamiento jurídico mundial.

Este trabajo es una revisión de la innovación constitucional, sus fundamentos, las categorías jurídicas involucradas, para realizar una evaluación inicial sobre el tema y sentar algunas bases a fin de entender si puede considerarse como una innovación trascendental o es una retórica jurídica al servicio de un proyecto político.

Abstract

Does innovation itself can be considered as a breakthrough? The emotional charge about what it is “new” or “different” often brings an enthusiastic response in various sectors; however, it can also trigger resistance. In the issue of rights of nature, an extensive legal literature has been

*Artículo presentado por el autor el 20 de febrero del 2013.

Revisado por la Dra. Sonia Merlyn (Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador) y aprobado el 6 de marzo del 2013.
Artículo aprobado por el Comité Editorial de la Revista *Juris Dictio* el 8 de marzo del 2013.

developed, more than what is boasted, as an Ecuadorian contribution to global legal thought.

This paper is a review of the constitutional innovation, its foundations, the legal categories involved, in order to make an initial assessment on the subject and lay some groundwork to understand whether it can be considered as a significant innovation or a legal rhetoric in service of a political project.

Sumario

I. Antecedentes de la reforma constitucional. **II.** Las normas constitucionales sobre los derechos de la naturaleza. **III.** Fundamentos para la reforma: utilitaria, esencialista, animista, política. **IV.** Categorías jurídicas involucradas. El derecho como técnica de regulación de conducta. *Sujetos del derecho*, derecho subjetivo, deber, capacidad, responsabilidad. **V.** El valor político (emancipador) atribuido al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos.

I. Algunos antecedentes de la reforma constitucional

La Constitución del Ecuador del 2008 tiene una serie de novedades en varios campos del derecho, posiblemente una de las más llamativas es la determinación normativa de la naturaleza como sujeto de derechos, lo que convierte al Ecuador en el primer país del mundo en asignarle esa categoría jurídica a la naturaleza¹.

Algunos autores sostienen que la Constitución Política de Bolivia, vigente desde el 2009, contiene igual declaración; no comparto esa opinión, si bien en su Preámbulo se hace referencia a la Pachamama (“Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios”) y dos de sus normas se refieren al medio ambiente, no existe declaración o regla que permita arribar a la conclusión de que en Bolivia se considere a la naturaleza como sujeto de derechos.

En el artículo 33 de la Constitución de Bolivia se establece que “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente”, el derecho al medio ambiente de acuerdo a esta norma es de las personas (individuales o colectivas).

¹ A propósito de esto se puede leer a Eugenio Raúl Zaffaroni que en su ensayo “La Pachamama y el humano” asegura que “Los Derechos de la Naturaleza no están solamente contemplados entre los artículos 71 a 74 de la Constitución ecuatoriana, o en el artículo 33 de la Constitución Boliviana” (pp. 12, 25, 104). Este artículo se ha publicado en los libros: “La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política” de Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011, pp. 25 a 138 (esta edición es la que utilizaré para las citas a continuación); “Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2011, pp. 3-34. También disponible en línea en <http://www.derechosdelanaturaleza.com/2011/06/la-naturaleza-con-derechos-filosofia-y-politica/>. Este artículo se publicó posteriormente como libro por la editorial Colihue, Buenos Aires, 2012. De hecho, Gudynas, en un artículo publicado en la misma obra de Zaffaroni dice que “Estas tensiones [al referirse al enfrentamiento entre antropocentrismo y biocentrismo] se vuelven todavía más complejas en Bolivia, ya que en su reforma constitucional no se han incluido los derechos de la Naturaleza. En efecto su nuevo texto constitucional se mantiene dentro de la visión tradicional donde el ambiente aparece entre los derechos humanos de tercera generación, como derechos a un ambiente sano.”. Eduardo Gudynas, “Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política”, publicado en “La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política” de Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011, pág. 270. Por cierto esta afirmación hecha al traste la idea, cada vez más difundida, de que reconocer a la Naturaleza como sujeto de derechos es parte de un “constitucionalismo andino”, una idea sostenida por Zaffaroni, además de Ramiro Ávila a nivel local.

Efectivamente la regla se refiere a que el ejercicio de ese derecho debe permitir que “otros seres vivos” se desarrollen normalmente, no se le asigna a esos otros seres vivos un “derecho a la vida” o la titularidad de cualquier otro derecho.

El reconocimiento constitucional de la Naturaleza como sujeto de derechos ha suscitado más de una adhesión entusiasta en el mundo jurídico, empero la reacción favorable no es unánime², existen varias voces que consideran que esta es una declaración sin un verdadero impacto práctico, que se sitúa más en un plano retórico porque sus efectos no son mayores, siendo posible alcanzar iguales objetivos con una mejora de las normas de protección al medio ambiente.

Algunas críticas se sitúan en un nivel más teórico, siendo un buen ejemplo el artículo de José Sánchez Parga, cuyo expresivo título es “Discursos retrorevolucionarios: Sumak Kawsay, derechos de la naturaleza y otros pachamamismos”³.

Muchos de los defensores de este cambio han presentado como argumento central una lectura “progresista” de varias categorías jurídicas como *sujeto del derecho*, derecho subjetivo y capacidad, sin embargo esos análisis se han centrado en la revisión de teorías surgidas en el Siglo XIX, que han sido superadas posteriormente. Un ejemplo que revela esto es que en el informe de la Mesa sobre “derechos fundamentales” de la Asamblea Nacional, se presentó la propuesta de articulado sobre los derechos de la naturaleza, efectúa una sola referencia doctrinaria al jurista Rudolph von Jhering (1818-1892).

En este artículo paso revista al contenido de las normas constitucionales que se refieren a la naturaleza, revisaré los diferentes argumentos justificatorios para la declaración a la naturaleza como sujeto de derechos, sin ninguna pretensión de exhaustividad⁴, finalmente analizaré algunos de los conceptos jurídicos involucrados.

II. Las disposiciones constitucionales referidas a la naturaleza

El preámbulo de la Constitución establece el marco más general para entender

2 Se pueden leer las entusiastas reacciones que ha provocado esta declaración en varios libros publicados, dos de ellos han sido ya citados (ver nota 1), pero además se pueden consultar, entre otros, el libro “Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora”, publicado por la editorial Abya-Yala, Quito, 2009. También se puede revisar el artículo “La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica”, publicado en la revista Tabula Rasa, Bogotá, No.13: 45-71, julio-diciembre 2010; Brewster Kneen. En el libro “La Tiranía de los Derechos” (Editorial Ram’s Horn, Ottawa, 2009) afirma que “Una postura muy refrescante está siendo articulada en lo que se denomina ‘los derechos de la Naturaleza’ por gente y pueblos que tienen una comprensión de sí mismos y un punto de partida muy diferentes. Por ejemplo, en la nueva Constitución del Ecuador no son los derechos humanos o los derechos de un individuo lo que es primordial, sino la afirmación de la Pachamama, de la vida misma” (pág. 61). Este autor advierte que la redacción final se logró “...con la colaboración de una organización sin fines de lucro de los EEUU que ha estado ayudando a jurisdicciones en los Estados Unidos que reconocen que la protección del medio ambiente no se puede lograr bajo la estructura de leyes que tratan a los ecosistemas naturales como propiedad”, y como prueba de ello cita un boletín de prensa de Community Environmental Legal Defense Fund (CELDF) **en que se informa el apoyo a la Asamblea Nacional Constituyente para la “el desarrollo y redacción de la nueva Constitución para que incluyera directamente a los derechos de la naturaleza”** (pp. 61-62). Este trabajo puede ser descargado de la siguiente dirección electrónica <http://ramshorn.ca/la-tiran%C3%ADa-de-los-derechos-0>; el artículo de Alberto Acosta Mesas, en el artículo “Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza” afirma que “...en un pequeño país andino, Ecuador, se dio un paso histórico de trascendencia planetaria. En su Constitución, aprobada hace dos años, se asumió a la Naturaleza como sujeto de derechos. Por igual, se abrió la puerta para la restauración integral de la Naturaleza afectada por la acción de los seres humanos. Ésta es una propuesta de vanguardia indiscutible.”, puede ser consultado en línea en <http://www.gloobal.net/iepala/global/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=12425>

3 José Sánchez Parga, “Discursos retrorevolucionarios: Sumak Kawsay, derechos de la naturaleza y otros pachamamismos”, publicado en la revista “Ecuador Debate”, No. 84, diciembre 2011, pp. 31-50.

4 Por ejemplo he dejado de lado todo el análisis del llamado *especismo*.

el tratamiento jurídico que se da a la naturaleza en el Ecuador: la “armonía con la naturaleza” es un elemento de una nueva forma de “convivencia ciudadana”, condición necesaria para alcanzar el “buen vivir”, el “sumak kawsay”, uno de los ejes de la Constitución del 2008.

A partir de esto se pueden identificar normas constitucionales que regulan los temas de la naturaleza a partir de dos perspectivas: las que la reconocen como sujeto de derechos (perspectiva *biocéntrica* o de la ecología profunda); y, como derechos de las personas y colectividades, constituyéndose en objetivo y límite para la actividad estatal (perspectiva *antropocéntrica*, de derechos humanos o ambientalista).

El artículo 10, inciso segundo, establece que “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”, son tres esos derechos (artículos 71 y 72): 1) respeto integral de su existencia; 2) mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; y, 3) derecho a la restauración, como un derecho autónomo al que tienen derecho los individuos y colectivos a ser indemnizados en caso de un daño ambiental.

Se concede amplia legitimación activa a toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad para exigir a las autoridades públicas el cumplimiento de los derechos declarados. Esta *actio popularis* se complementa con el establecimiento, en el artículo 399, de una *tutela estatal* sobre el ambiente con una corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, lo que se articula, dice la norma, a través de un “sistema nacional descentralizado de gestión ambiental”, que tiene a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza.

Al Estado se le impone obligaciones de promoción, respeto, garantía y reparación de esos derechos, estas son de carácter similar a las que nacen de los derechos humanos. De forma adicional se establece una obligación de largo plazo: la “restauración”

Las normas, del capítulo sobre los derechos de la naturaleza, se completan con una obligación específica de “incentivo” y dos prohibiciones.

El Estado, de acuerdo al tercer inciso del artículo 72, debe “incentivar a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza”, se entiende que es una obligación adicional a la de promoción.

Se prohíbe (i) la de apropiación de servicios ambientales, pero sin limitar su prestación, producción, uso y aprovechamiento por particulares, al determinar que estos deben ser regulados por el Estado; y, (ii) la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico “que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional”.

Para la interpretación y aplicación de los derechos se fijan como criterios específicos los de precaución y restricción; que se definen como “medidas” para limitar actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.

El segundo inciso del artículo 71, contiene una norma de reenvío para aplicación e interpretación de los derechos de la naturaleza: en lo que proceda se podrán aplicar los principios constitucionales sobre los derechos y las reglas interpretación

constitucional; los primeros contenidos en el artículo 11 y las segundas en el artículo 427⁵.

Se reconoce el derecho de los seres humanos –actuando de forma individual o colectiva- a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Se considera un deber de los ecuatorianos y ecuatorianas “Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible” (artículo 83.6).

Las normas citadas se complementan con el *principio in dubio pro natura*, para la aplicación e disposiciones legales en materia ambiental que, en caso de duda, se hará siempre en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza. Este principio hermenéutico está contenido en el artículo 395.4, norma que contiene los principios constitucionales en materia ambiental⁶.

Se pueden identificar otras 19 disposiciones constitucionales que se refieren a la naturaleza:

En el art. 66.22 se considera un derecho de las personas el vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza; estas pueden beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan un buen vivir.

Para alcanzar el buen vivir, reza el inciso tercero del artículo 275, se requiere que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.

Uno de los objetivos del régimen de desarrollo (artículo 276.4) es: “Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural.

El sistema económico y la política económica (artículo 283), que “reconoce al ser humano como sujeto y fin”, se dice, “debe propender a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e

5 “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”.

6 “1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional.

3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.

4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.”

inmateriales que posibiliten el buen vivir”.

En las normas que regulan el “Régimen del Buen Vivir” aparece la naturaleza como parte del “marco” en el que tiene que actuar el “sistema nacional de ciencia y tecnología, innovación y saberes ancestrales”, de forma específica se dice que debe respetarse “al ambiente, la naturaleza, la vida, las culturas y la soberanía” (artículo 385). Es una responsabilidad del Estado (artículo 387.4) garantizar la libertad de creación e investigación, siempre respetando “a la ética, la naturaleza, el ambiente, y el rescate de los conocimientos ancestrales”.

En la “gestión del riesgo” (artículo 389) el Estado debe proteger “a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad”.

Otro límite a las políticas económicas son los límites “biofísicos” de la naturaleza (numerales 4 y 7 del artículo 276).

Las normas que regulan el “Régimen de Desarrollo” contienen varias disposiciones sobre la naturaleza: es deber del Estado, para la consecución del buen vivir: “Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza” (el artículo 277.1).

En el artículo 290.2 (que contiene las reglas sobre endeudamiento público) se determina que el Estado debe “velar” que el endeudamiento no afecte a la “soberanía, los derechos, el buen vivir y la preservación de la naturaleza”.

En lo referido a la política comercial se establece la obligación de “desincentivar” la importaciones que “afecten negativamente a la producción nacional, a la población y a la naturaleza” (el artículo 306).

En el artículo 318 se declara que “El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos...”.

El inciso segundo del artículo 319, norma en la que trata “la organización de la producción y su gestión” se ordena al Estado desincentivar todas las formas de producción que atenten contra los derechos de la población “o los de la naturaleza”.

En las disposiciones que regulan la protección de la biodiversidad y recursos naturales, algunas ya citadas previamente, se establece la prohibición de suscripción de convenios o acuerdos de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza (artículo 403).

El artículo 408, que se refiere a la propiedad estatal sobre los recursos naturales no renovables establece, entre varias condiciones para la explotación de esos recursos, el “estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución”, y se determina como un deber estatal garantizar que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales.

La aparente ambivalencia en el tratamiento constitucional, por un lado se la trata como sujeto de derechos (ya examinaremos con más detenimiento esta categoría jurídica) y por otro como un objeto de apropiación y explotación, es explicada por los defensores de los derechos de la naturaleza haciendo una distinción entre un aprovechamiento dirigido a la satisfacción de necesidades vitales (un uso legítimo dirigido a asegurar la sobrevivencia) y la “crueldad por simple comodidad y el abuso superfluo o innecesario”⁷.

Algunos defensores del reconocimiento constitucional de la naturaleza como sujeto de derechos, especialmente los que provienen del mundo del derecho, han usado varias categorías jurídicas para apoyar o explicar la reforma, especialmente las nociones sujeto de derechos, capacidad, derecho subjetivo y deber; han confundido el fundamento y los instrumentos usados para dar forma al objetivo de proteger a la naturaleza (al medio ambiente), trasladando de forma automática sus visiones esencialistas al análisis de las categorías involucradas, asumiendo como base de la crítica –o de la justificación- perspectivas que han sido superadas en la teoría del derecho o que al menos tienen como contraparte otras perspectivas.

A continuación presentaré algunos de los fundamentos (los argumentos) expuestos a favor de declarar a la Naturaleza como un sujeto de derechos, para posteriormente examinar algunas de las categorías jurídicas involucradas.

III. Fundamentos para el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos

Para facilitar el análisis de los argumentos que se han esgrimido para justificar este tratamiento normativo de la naturaleza como sujeto de derechos los he agrupado en cuatro categorías: utilitaristas, esencialistas, animistas y políticos.

Los defensores de los derechos de la naturaleza podrán alegar que es una simplificación, que este es un tema que no puede ser leído (interpretado) así, ya que precisamente la transformación conceptual más profunda tiene que ver con la complejidad (la mirada holística) de los temas estudiados, que todo está relacionado y es interdependiente y que la fragmentación es un defecto del mundo occidental.

Es posible que mi (de)formación occidental me impida acercarme al conocimiento de otra forma, asumo el riesgo, y no niego que cualquier intento de explicación racional de un concepto supone su “descomposición” -y ,por tanto, su fragmentación-, lo que en caso alguno niega la complejidad y las relaciones que existen en los diferentes aspectos aquí expuestos. La complejidad es vista como una negación de las relaciones exclusivamente binarias, pero para acceder a un conocimiento complejo hay que descomponerlo.

Se podrá decir que tres de las cuatro líneas que se presentan a continuación, están relacionadas, que unas se apoyan en las otras y que se refuerzan (excepto la utilitarista), a partir de esto podría rechazarse este intento de sistematización, empero se encuentran diferencias entre los distintos discursos justificatorios que es necesario señalar.

⁷Zaffaroni, “La Pachamama y el humano” en “La Naturaleza con derechos”, *Op. Cit.*, pág. 82.

1. La justificación utilitarista

Entiendo que se corresponde a la perspectiva “utilitarista” todas las justificaciones que tienen su origen en la idea central de que reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos es un medio para alcanzar cierto estado de cosas, por tanto, su valor está ligado al logro de ciertos objetivos.

El cambio del estatus jurídico de la naturaleza de *objeto* a *sujeto* de derechos aseguraría una mejor y mayor protección del ambiente, aseguraría un desarrollo sostenible “... que no amenace la existencia de los ecosistemas, garantizando así, que las futuras generaciones puedan disfrutar, de la misma manera que nosotros, de la naturaleza y sus beneficios”⁸.

Elizalde Hevia deja en claro esta posición

...asumiendo que **es imprescindible la protección de la naturaleza, sería necesario preguntarse cómo hace más eficaces las leyes que eventualmente se expedirían para protegerla frente a las agresiones y la depredación que constantemente sufre**. Si existe conciencia de que debe ser utilizada con prudencia y no abusar de ella. Si se considera que es un absurdo pensar que el ser humano es propietario de la naturaleza. Es decir si en realidad, la naturaleza ha dejado de ser objeto propiamente dicho y se le comienzan a reconocer intereses distintos a los humanos.⁹ (resaltado no consta en el original)

La justificación utilitarista busca “elevar” el nivel de protección jurídica a la naturaleza, asumiendo que las leyes ambientales son insuficientes y que se han revelado ineficientes para detener la destrucción del medio ambiente y preservarlo para futuras generaciones.

El Informe de mayoría sobre los Derechos de la Naturaleza de la Asamblea Nacional Constituyente, podría considerarse como el mejor ejemplo de las argumentaciones puestas al servicio de un fin pragmático

Lo que nos preocupa y lleva a proteger a la Naturaleza, elevándola de objeto de protección jurídica a sujeto de derecho, es la necesidad de cambiar el paradigma de desarrollo, el enfoque de aproximación legal y la relación que el ser humano tiene con su entorno, **a fin de evitar o, al menos paliar las imprevisibles consecuencias que se producirán si mantenemos el sistema de depredación antropocéntrico**.¹⁰ (resaltado no consta en el original)

En este nivel el cambio de paradigma, el nuevo estatus jurídico, no tiene por objeto la protección de un bien valioso en sí mismo sino evitar las “imprevisibles consecuencias” de su destrucción.

8 Thomas Alan Linzey, “Aportes sobre los Derechos de la Naturaleza”, publicado en “Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora”, Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), editorial Abya – Yala, Quito, 2009, pp. 109-110

9 Antonio Elizalde Hevia, “Aportes sobre los Derechos de la Naturaleza”, publicado en “Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora”, Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), editorial Abya – Yala, Quito, 2009, pp. 70 -71.

10 Asamblea Constituyente, Informe de Mayoría sobre los Derechos de la Naturaleza, Mesa No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, mayo 2008, pág. 4.

2. La justificación esencialista o del valor intrínseco

Se sustenta en la idea básica, aunque pueda asumir diferentes sentidos, de que “Cuando se reconocen los derechos de la Naturaleza, se están admitiendo valores propios o intrínsecos en ella”¹¹.

Se parte de un supuesto: la atribución de un derecho está ligado a una “esencia”, esto podría darse a partir de tres “abordajes”, dice Gudynas¹², que se presentan confundidos y superpuestos en los postulados de la llamada “ecología profunda”: 1) el bienestar y florecimiento de la vida humana y no humana tiene un valor en sí mismo, de forma independiente a la utilidad que presten a los humanos; 2) el reconocimiento de que un objeto es valioso en cuanto posee propiedades que no dependen de las relaciones con el entorno u otros objetos; y, 3) las cosas tienen un valor “objetivo” que no depende de las evaluaciones que le otorguen terceros.

Se busca sustraer la calificación de un objeto, de un ser, de valoraciones externas a él, por tanto el derecho se limita a reconocer jurídicamente algo que es valioso con independencia de lo jurídico.

Quienes defienden esta posición sostienen que se produce un cambio radical desde un *antropocentrismo* que considera que “todas las medidas y valoraciones parten del ser humano, y los demás objetos y seres son medios para sus fines”; hacia un *biocentrismo*, que implicaría, en palabras de Gudynas, que la Naturaleza tiene valores propios, al igual que todas las formas de vida, una igualdad que se traduce en que “... todas las especies son ‘iguales en sus derechos a vivir y florecer y alcanzar sus propias formas de despegarse y auto-realizarse’”¹³.

El filósofo alemán Otfried Höffe sostiene que quienes defienden, lo que él llama una “política ecológica”, buscan establecer un nuevo imperativo categórico

Los representantes del debate ecológico abogan en términos tan sencillos como poco modestos **por un nuevo imperativo categórico o una nueva moral, respectivamente**. Bajo diferentes términos –como el carácter sagrado de la vida (Hans Jonas) o defendiendo al menos dos generaciones antes y, sin embargo, no mencionando el respeto (Albert Schweitzer) o la paz con la naturaleza (Meyer-Abich), o bien la capacidad de sufrimiento- se sostiene *una misma* idea rectora; **se pretende que la moral abandone lo que antes era natural para ella: una referencia exclusiva al hombre**. Si denominamos antropocéntrica aquella moral que defiende la referencia exclusiva y a la moral que rechaza la exclusividad ya sea biocéntrica, cuando se trata de cualquier vida, o patocéntrica, cuando se trata únicamente de vida capaz de sufrir, hemos encontrado el primer elemento, la piedra fundamental.

11 Eduardo Gudynas, “Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política”, publicado en “La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política” de Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011, pág. 245.

12 Eduardo Gudynas, “Aportes sobre los Derechos de la Naturaleza”, publicado en “Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora”, Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), editorial Abya – Yala, Quito, 2009, pp. ; del mismo autor el artículo, ya citado, “Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política”, pp. 248-249; y, “La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica”, Op. Cit., pág. 50.

13 Deval y Sessions, citados por Gudynas, Op. Cit., Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política”, pág. 270.

Este elemento define la pregunta rectora: “moral antropocéntrica o bien biocéntrica o patocéntrica.”¹⁴ (resaltado no consta en el original)

Es llamativo que la idea del reconocimiento de lo “intrínseco”, es de decir del ser, de lo ontológico, que sustenta a las propuestas teóricas más conservadores con respecto a la categoría *persona* (en el mundo jurídico) y la perspectiva *unitaria* de ese concepto, que equipara en vida humana, ser humano y persona (como categoría jurídica) son lo mismo, sus defensores asumen una paridad ontológica entre persona y *Homo sapiens* (como ser en general y sus propiedades metafísicas), es decir, la lógica que sustenta la total exclusión de cualquiera que no sea humano (actuando individual o colectivamente) como titular de derechos es la que se usa para sostener la tesis contraria¹⁵.

3. La justificación “animista”

Se sostiene que la carta constitucional ecuatoriana significa la irrupción de una nueva forma de constitucionalismo -el *constitucionalismo andino*- esto por la incorporación en las constituciones ecuatoriana y boliviana de dos conceptos provenientes de la cosmovisión de los pueblos ancestrales, de su comprensión de su entorno y de sus prácticas de convivencia. Esos dos conceptos son: *Sumak kawsay* y la *Pachamama*¹⁶.

Se afirma que el *Sumak kawsay* (“buen vivir”) es considerado en la cultura andina un sistema de vida que contiene una serie de principios, normas o reglas que establecen un modelo económico, social, político de sociedad¹⁷. Este “modelo” depende de cuatro principios básicos que se afirma son parte de la filosofía andina¹⁸: relacionalidad, correspondencia, complementariedad, reciprocidad. Uno de los elementos de esa visión es la convivencia armónica con el entorno.

Estermann considera que el “núcleo principal del pensamiento andino” es la relacionalidad de todo acontecer y ser: “el individuo como tal es vano y perdido, si no está bien insertado dentro de un sistema de relaciones múltiples”: lo explica de la siguiente forma “El individuo concebido como ser particular y autónomo es para el pensamiento andino algo sin lugar (u-tópico), sin fundamento (an-árquico) y sin centro (ex – céntrico)”¹⁹.

El “cosmos como un sistema ético” tiene como la expresión más clara la relación de los individuos con “...la pachamama, la madre tierra. Sólo cuando se respeta

14 Otfried Höffe, “*Animal Morale*”, publicado en “El proyecto político de la modernidad”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, pág. 248.

15 A propósito de éste tema es valioso el trabajo de Ilva Hoyos Castañeda, “La persona y sus derechos”, Temis, Bogotá, 2000, pp. 1-16. Es especialmente valiosa, con el propósito de entender la división que hace entre teoría unitaria y reduccionista y propone 10 tesis sobre el tema, la primera es la citada en este trabajo “...admitir la paridad ontológica entre el hombre y la persona, esto es, aceptar que el criterio objetivo para determinar quién es persona es su pertenencia a la especie *homo sapiens*” (pág. 4).

16 Raúl Zaffaroni, “La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política” de Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011, pág. 103-117

17 Raúl Llasag Fernández, “Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2011, pág. 82.

18 Todos los artículos que he revisado reproducen un trabajo de Josef Estermann (misionero, filósofo y teólogo suizo) “Filosofía Andina”, para explicar las particularidades de la lógica andina. Josef Estermann y Antonio Peña, “Filosofía Andina”, IECTA-CISA, Cuadernos de Investigación en Cultura y Tecnología Andina No. 12, Iquique, 2004.

19 *Ibid.*, pág. 10.

debidamente las relaciones entre ser humano y cosmos, la tierra produce y es fértil”²⁰.

Complementaridad y reciprocidad son dos formas particulares de relacionalidad. Complementaridad “significa que a cada ente y cada acción corresponde un complemento (elemento complementario) que de estos recién hace un todo integral. El contrario de una cosa no es su negación, sino su contra-parte, entonces su complemento y su correspondiente necesarios”, esto significa que “no hay negación absoluta, sino sólo relativa”; a partir de esto se rechaza toda concepción de “substancia”, como un ser que existe en y de en sí mismo²¹.

El principio de reciprocidad es la expresión de la complementaridad en lo moral y práctico: “Cada acción recién cumple su sentido y fin en la correspondencia con una acción complementaria, la cual restablece el equilibrio (trastornado) entre los actores sociales”, existe un “orden cósmico como un sistema balanceado de relaciones... cada relación tiene que ser bi-direccional; es decir: recíproca.”²²

Finalmente, el principio de correspondencia y transición entre micro y macrocosmos, que implica que el “orden cósmico y el orden humano corresponden mutuamente e interfieren de diferentes maneras”²³.

La Pachamama, en la racionalidad andina, se dice es la

...fuente principal de vida, continuación del proceso cósmico de regeneración y transformación de la relacionalidad fundamental y del orden cósmico. En este sentido la Pachamama vive, “es un ser vivo orgánico que ‘tiene sed’ [...], que se ‘enoja’, que es ‘intocable’ [...] que ‘da recíprocamente’[...] La naturaleza (*pachamama*) es un organismo vivo, y el ser humano es, en cierta medida, su criatura.”²⁴

Por ello se afirma que tiene vida, que los seres humanos somos una parte al igual que los animales, los minerales, el agua.

Este discurso asume que los pueblos ancestrales saben “relacionarse” con la naturaleza, respetan sus ciclos, su forma de vida es medioambientalmente responsable; frente a los pueblos occidentales, especialmente los capitalistas, que son depredadores, irresponsables con el medio ambiente y son los causantes de los desastres ecológicos.

El objetivo de este trabajo impide un análisis en profundidad de esta afirmación. Sin embargo, hay varios estudios que desmienten la hipótesis de que “... todos los pueblos indígenas del pasado eran (y que los actuales todavía son) administradores moderados y ecológicamente prudentes de sus respectivos entornos, conocían y respetaban profundamente la naturaleza, vivían con inocencia en un virtual paraíso...”²⁵

20 Ibid., pág. 11.

21 Ibid., pág. 12.

22 Ibid., pp. 14-15.

23 Ibid., pág. 18.

24 Raúl Llasag Fernández, “Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos”, Op. Cit., pág. 85.

25 Jared Diamond, “Colapso”, Debate, Bogotá, 2006, pág. 30.

En realidad, ambas posiciones extremas de esta controversia –la de los racistas [que consideran que los indígenas no tienen capacidad para manejar sus recursos naturales] y la de los creyentes en los paraísos del pasado– cometen el error de considerar que los pueblos indígenas del pasado eran esencialmente diferentes de los pueblos del moderno Primer Mundo, ya sea por su inferioridad o su superioridad. Gestionar de forma sostenible recursos ambientales ha sido siempre difícil, desde los tiempos en que el *Homo sapiens* desarrolló el ingenio, la eficiencia y las destrezas de caza modernas desde hace aproximadamente cincuenta mil años²⁶.

Esto no significa negar el hecho de que varios pueblos ancestrales tengan una relación “mística”, respetuosa del entorno, que sepan gestionar de forma adecuada sus recursos naturales; sin embargo esto no es un atributo generalizable de acuerdo a los datos disponibles en la actualidad²⁷.

Al margen de este debate varios autores relacionan –de hecho afirman– que confluyen el concepto andino de la Pachamama y las tesis occidentales sobre Gaia un “supraorganismo extremadamente complejo, que requiere de cuidados y debe ser fortalecido, es sujeto de dignidad y portador de derechos, porque todo lo que vive tiene un valor intrínseco, tenga o no uso humano.”²⁸

El uso de la “hipótesis Gaia” (ahora la “tesis Gaia”), como base científica para sustentar la visión de la naturaleza como un sujeto con vida y por tanto con valor intrínseco, es recurrente, lo que ha permitido a sus defensores darle un valor “científico” a sus afirmaciones.

He revisado trabajos de James Lovelock (quien formuló la hipótesis Gaia) y los escritos de Lynn Margulis (una de las científicas evolucionistas más relevantes), para verificar las afirmaciones de los defensores de esta hipótesis.

Empezaré por Lynn Margulis, en su libro “Captando Genomas”, al referirse a este tema lo hace de la siguiente forma

La hipótesis Gaia de James Lovelock ha representado un gran avance desde que Vernadsky reconociera a la vida como fuerza geológica. Lovelock postula que tanto la composición química de la atmósfera, como su temperatura global, la salinidad de sus océanos y la alcalinidad de la superficie de estos (pH 8,2), no son parámetros aleatorios, sino que presumiblemente vienen regulados por el metabolismo de la suma de la vida sobre la Tierra. Esa clase de modulación global **no significa que la superficie de nuestro planeta sea el equivalente a un organismo, porque a diferencia de la biosfera, no puede sobrevivir de sus propios residuos ni respirar sus propias excreciones gaseosas**. Sin embargo, la superficie de la Tierra sí presenta algunos rasgos propios de los organismos. Está constituida en gran medida a base de

26 *Ibid.*, pág. 31.

27 Un libro que aporta información muy interesante sobre éste tema es “1491. New revelations of the Americas before Columbus”, escrito por Charles C. Mann, Random House, New York, 2005. Especialmente interesante es el capítulo 3 “In the Land of Four Quarters”, en el que se relata el impacto que en el hombre tenía en la naturaleza antes de la llegada de los españoles (pp. 68-106).

28 Alberto Acosta, “Los Derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia” de Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011, pág. 345. En el mismo sentido Zaffaroni en el texto aquí citado pp. 75 a 84.

células que se reproducen, toma sus nutrientes del agua y produce incesantemente residuos. Ambas entran en asociaciones ecológicas, en ocasiones simbióticas, absolutamente necesarias para el reciclado de residuos, lo cual determina que el reino celular se expanda. El resultado consiste en que, con el paso del tiempo, el medio ambiente se vuelve cada vez más organizado, diferenciado y especializado”²⁹ (resaltado no consta en el original)

En otras palabras, la Tierra actúa como un organismo pero no es un organismo. Margulis, en la misma obra, se refiere a la “hipótesis” de Lovelock de la siguiente forma

Al darle al planeta el nombre de la diosa griega, Lovelock, en un verdadero acto de bautismo, convirtió su idea en memorable, tanto para la ciencia como para sus enemigos. Logró personalizar el objeto de estudio y centrar la atención de sus colegas en sus características sobresalientes. En la mente de muchos, «Gaia» quedó reducida a un eslogan: «la Tierra es un organismo gigante», de hecho un organismo «femenino». ¿Cómo –protestábamos ante Lovelock- podría ser la Tierra un «organismo», cuando ningún organismo puede vivir de sus propios residuos? ¿Por qué insistes en promover la imagen de la Tierra como un ser único y gigantesco –le recriminábamos- alejándote de la ciencia y atrayendo hacia a (sic) ti la potencial enemistad de respetables colegas? ¿Por qué no decir que Gaia es un ecosistema gigante, que reconoce la pluralidad de los seres que lo componen, le sugeríamos. Pero él insistía. El término «ecosistema» le parece engorroso, difícil de definir y completamente opaco para quienes no estén familiarizados con la ecología. Es más, se atreve a defender su metáfora de la diosa. «Si consigo que piensen en la Tierra como en un ser vivo –explica- aprenderán a respetarla y a amarla. Si el planeta no es más que un montón de rocas, no hay inconveniente en darle puntapiés y maltratarlo. A nadie le importa. **Por supuesto, Gaia no es un organismo único ni ninguna diosa, pero está viva y merece nuestra comprensión y nuestra reverencia.**»³⁰ (resaltado no consta en el original)

Esta cita no deja duda del uso metafórico de la figura de “organismo”.

Dos breves citas de Lovelock confirman el uso inicialmente metafórico de Gaia, las dos han sido tomadas del que se considera su mejor obra “Las edades de Gaia”: “Para mí era evidente que la Tierra estaba viva en el sentido de que era un sistema autorganizado y autorregulado.”³¹

La homeostasis, base de la propuesta, se explica como

La hipótesis de Gaia, cuando la expusimos en los años setenta, suponía que la atmósfera, los océanos, el clima y la corteza de la Tierra se encuentran ajustados a un estado adecuado para la vida por el comportamiento de los mismos organismos vivos. Concretamente, la hipótesis de Gaia dice que la temperatura, el estado de oxidación, de acidez y algunos aspectos de las

29 Lynn Margulis y Dorion Sagan, “Captando genomas. Una teoría sobre el origen de las especies”, Kairos, Barcelona, 2003, pág. 183.

30 Ibid., pp. 187-188.

31 James Lovelock, “Las edades de Gaia. Una biografía de nuestro planeta vivo”, Tusquets, Barcelona, 2000, pág. 54.

rocas y las aguas se mantienen constantes en cualquier época, y que esta homeostasis se obtiene por procesos cibernéticos llevados a cabo de manera automática e inconsciente por el biota. La energía solar sustenta estas condiciones favorables para la vida. Estas condiciones son sólo constantes a corto plazo y evolucionan en sincronía con los cambios requeridos por el biota a lo largo de su evolución. **La vida y su entorno están tan íntimamente asociados que la evolución afecta a Gaia, no a los organismos o al medio ambiente por separado.**³² (resaltado no consta en el original)

Mario Melo, uno de los más activos defensores del cambio constitucional, en lo que al inicio me pareció un uso metafórico de los conceptos pero que posteriormente me he convencido, leyendo sus trabajos posteriores, que es una descripción afirma

Que la Naturaleza es nuestra madre, es una verdad evidente que la repiten todos los niños de preescolar. Siendo nuestra madre, ella cumple día a día con su deber de ser soporte de vida para todas las especies, incluyendo la especie humana. Madre al fin, ella tolera paciente pero no indolente, cuanto agravio le causamos los humanos en nuestra desenfadada carrera por la acumulación de capital y el desarrollo.³³

Para afirmar posteriormente “A la Naturaleza, como ser, no se puede mezquinar sus derechos. El derecho de la Naturaleza a existir y a que sus ciclos vitales que le permite sostener la vida no sean alterados por agresiones provenientes de la especie humana. . .”³⁴. Obviamente la visión animista y la esencialista se relacionan, sin embargo se pueden estudiar de forma diferenciada, en el animismo se asume que la naturaleza tiene un derecho a existir y seguir sus propios procesos vitales³⁵ que cumple con un deber que es sustentar la vida³⁶. Es “un ‘alguien’ que nos procrea, nos nutre y nos acoge”³⁷.

La perspectiva esencialista le da un valor ontológico a la Naturaleza, un fin en sí mismo, pero no –necesariamente- se le atribuye una “vida”, o considerarla un organismo vivo con un “proyecto de vida”.

4. La justificación política

Reconocer a la Naturaleza como un sujeto derechos, promover el *buen vivir* se dice, es cuestionar “el modelo neoliberal en relación a la organización de la economía y de la sociedad, pero en última instancia el mismo sistema capitalista”³⁸. La Naturaleza *objeto* “ha convertido a todos los seres vivos en materia prima de diferentes procesos industriales”³⁹.

32 *Ibid.*, pág. 40.

33 Mario Melo, ... “Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora”, Abya-Yala, Quito, 2009, pág. 52.

34 *Ibid.*, pág. 60.

35 Eduardo Gudynas, “Aportes sobre los Derechos de la Naturaleza”, *Op. Cit.*, pág. 49.

36 Alberto Acosta, “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces”, publicado en “Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora”, *Op. Cit.*, pág. 17.

37 Eduardo Gudynas, *Op. Cit.*, “Aportes sobre los Derechos de la Naturaleza”, pág. 57.

38 Esperanza Martínez, Prólogo del libro “La Naturaleza con derechos”, Abya-Yala, Quito, pág. 12.

39 *Ibid.*, pág. 7.

Se considera que el reconocimiento de la Naturaleza como *sujeto de derechos* se convierte en una tarea “civilizatoria” que implica su “desmercantilización”, para ello “Los objetivos económicos deben estar subordinados a las leyes del funcionamiento de los sistemas naturales, sin perder de vista el respeto a la dignidad humana, siempre procurando asegurar la calidad de vida de las personas.”⁴⁰. Por ello los “derechos de la naturaleza tienen un componente político: constituyen un llamado al mundo entero para iniciar un cambio urgente”⁴¹.

Esto implica, dicen los defensores de esta posición, contraponer el modelo de desarrollo capitalista basado en la explotación de los recursos naturales, en el que la naturaleza se pone al servicio del capital⁴², a otra en la que se reconoce a la Naturaleza como quien “nos procrea, nos nutre, nos acoge”, en la que debe imperar una “relación de no utilización, sino de respeto e incluso de solidaridad”⁴³.

No se niega la posibilidad de que los seres humanos satisfagan sus necesidades vitales “pues la vida es un continuo en que todos sobrevivimos, pero excluye la crueldad por simple comodidad y el abuso superfluo e innecesario”⁴⁴. Se afirma, que desde la vigencia de los Derechos de la Naturaleza, es “indispensable avizorar una civilización postcapitalista, que exige una lucha de liberación...”⁴⁵.

Los defensores de esta posición caen en una simplificación, asocian un modelo político al respeto del medio ambiente. Existen suficientes evidencias que los niveles de deterioro y destrucción ambiental son (fueron) igualmente graves en países que optaron por un sistema político diferente al capitalismo, ejemplo de ello son la ex Unión Soviética y China. Por el contrario, Nueva Zelanda es reconocido como país con un gran respeto por la naturaleza y con altos estándares de protección medioambiental⁴⁶.

IV. Aspectos preliminares sobre algunas categorías jurídicas involucradas

El cambio de estatus jurídico de la Naturaleza es mirado por sus defensores como una auténtica revolución jurídica, a punto de compararla con el fin de la esclavitud o el reconocimiento del voto a la mujer⁴⁷. No sólo eso, se afirma que “La incorporación de la naturaleza al derecho constitucional en carácter de sujeto de derechos abre un nuevo capítulo en la historia del derecho, respecto del cual nuestra imaginación es pobre, porque nos movemos aún dentro del paradigma que niega derecho a todo lo no humano”⁴⁸.

40 Alberto Acosta, “Los Derechos de la Naturaleza, una lectura sobre el derecho a la existencia”, Abya-Yala, Quito, pág. 339.

41 Andrés Borja Ortiz, “Derechos de la naturaleza”, publicado en “Nuevas instituciones del Derecho constitucional ecuatoriano, Tomo I, INREDH, Quito, pág. 132.

42 Cfr. Esperanza Martínez, “Los Derechos de la Naturaleza en los países amazónicos”, publicado en “Los Derechos de la Naturaleza. El futuro es hora”, Abya – Yala, pág. 97.

43 Alberto Acosta, Op. Cit., “Los Derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia”, pág. 21.

44 Raúl Zaffaroni, “La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política”, Op. Cit., pág. 82.

45 Alberto Acosta, “Los Derechos de la Naturaleza, una lectura sobre el derecho a la existencia”, Op. Cit., pág. 346.

46 Es revelador el resultado del “Environmental Perfomance Index”, publicado por la Universidad de Yale, disponible en <http://epi.yale.edu/dataexplorer/tableofmainresults>

47 Eugenio Zaffaroni, “La Pachamama y el humano”, Op. Cit., pág. 57.

48 Ibid., pág. 136.

No cabe duda de su novedad en el mundo del derecho, algo que podría tener implicaciones significativas en múltiples aspectos de la vida social, más allá de su valor emotivo-simbólico, fortaleciendo las medidas de protección medioambientales, sin embargo, no existen evidencias hasta el momento, de que esa protección haya mejorado sustancialmente, o vaya a mejorar, como resultado de la declaración constitucional.

Zaffaroni, en el trabajo ya citado, propone algunos de los posibles efectos de este reconocimiento, pese a que advierte la preocupación expresada por algunas personas de que estas normas “carecerán de efectos prácticos diferenciales respecto del derecho ambiental constitucional de las últimas décadas.”⁴⁹

Algunas de estas consecuencias serían: “cualquiera podría accionar en defensa de la naturaleza...sin que sea menester invocar –y menos probar- la condición de damnificado...”; al ser un sujeto de derechos, dice Zaffaroni, ésta adquiere la condición de *tercero agredido* cuando se le ataque ilegítimamente se habilita al ejercicio de una legítima defensa por parte de terceros, por tanto poner “obstáculos al avance de maquinarias de desmonte y –por los menos- todos los medios de lucha no violenta serán conductas lícitas”; afirma que la propiedad de animales sufrirá restricciones y que sus “titulares incurrirán en un *abuso* ilícito cuando ofendan a la *Tierra* haciendo sufrir sin razón a sus hijos no humanos”; se limitará la propiedad “fundiliaria”, no se podrá alterar los procesos regulativos; se deberá replantear el *patentamiento* de animales y plantas. Todo esto en el marco del principio de que la “naturaleza puede ser usada para vivir, pero no suntuariamente para lo que no es necesario [...]. La explotación artesanal pocas veces tendrá problemas, pero la industrial será siempre un semillero de pleitos, donde se harán jugar valores encontrados”.

En realidad cada uno de los posibles efectos señalados por Zaffaroni pueden lograrse en ordenamientos jurídicos que no reconozcan a la naturaleza como sujeto de derecho, usando el *actio popularis* de las leyes ambientales, el derecho a la resistencia de las personas y pueblos, las sanciones que existen por maltrato a los animales, las limitaciones a la explotación agrícola y las restricciones al patentamiento de animales o plantas, algunas ya existentes.

No me detendré a profundizar en todas las posibles implicaciones prácticas del reconocimiento a la naturaleza como sujeto de derechos, me queda claro que la mayoría de las derivaciones –al menos de las anunciadas hasta el momento- se podrían alcanzar con una protección ambiental reforzada, ahora bien debe examinarse si existe tal “revolución” jurídica, al menos en lo conceptual y que efectivamente ésta implicó “...resolver las limitaciones jurídicas de una concepción del derecho como atributo exclusivamente individual [...], debió enfrentar los temas de titularidad, acción y tutela[...], además la relación entre derechos y deberes...”⁵⁰. Si efectivamente la crítica jurídica podría derivarse de que la naturaleza no puede ser “titular de derechos...si no los puede exigir por sí misma”⁵¹.

49 Ibid., pp. 133-136.

50 “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces”, publicado en “Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora”, Op. Cit., pág. 17

51 Mario Melo, Op. Cit., pág. 53.

Estas afirmaciones implican que en el Ecuador –antes de la Constitución del 2008– existía una concepción en la que los derechos son un “atributo exclusivamente individual”, que el titular de un derecho siempre asumía una obligación y que el derecho no podía atribuírsele a quien no se puede exigir su cumplimiento.

Cualquiera que conozca el derecho ecuatoriano responderá que, al menos desde la Constitución de 1998, los derechos no son un atributo exclusivamente individual⁵², que tener un derecho no implicaba asumir una obligación⁵³, y que no era una condición poder exigir un derecho (tener voluntad) para ser titular de uno⁵⁴.

Otra obviedad es decir que todos estos conceptos han sufrido profundas transformaciones, al punto que en la teoría del derecho contemporánea, desde una perspectiva normativa, no existiría inconveniente alguno para declarar a la naturaleza como sujeto de derechos como se hizo en este país, sin que esto represente una verdadera revolución jurídica.

La dificultad real –de grandes dimensiones e implicaciones– se refiere a las motivaciones políticas, las valoraciones involucradas, las consecuencias reales de esta determinación.

Es imposible desligar al derecho de lo humano, solamente el *Homo sapiens* es capaz de optar por un determinado comportamiento que, más allá de los fines y el contenido específico de las reglas.

¿Realizar esta afirmación es una expresión de antropocentrismo? Me parece que es apenas una manifestación de realismo: mientras no exista evidencia de que la naturaleza, como un todo, es un organismo vivo, que tiene planes de vida, que se comuniquen y que nosotros no podemos entenderla porque nuestra limitada racionalidad nos lo impide⁵⁵, asumiré que el centro del derecho es el ser humano.

Muchos de los defensores de éste tema parecen haber perdido de vista que el derecho es humano y para humanos, que las categorías involucradas: sujeto, derecho subjetivo, capacidad, titularidad, etc., son creaciones, construcciones necesarias para el funcionamiento del derecho.

Esto no significa negar el impacto que tiene (ha tenido) el *Homo sapiens* sobre su entorno y la necesidad, por cierto urgente e indispensable, de establecer reglas que impidan la devastación de la Tierra, su destrucción sea que lo hagamos para

52 Art. 84 de la Constitución Política de la República de 1998 “El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, y el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos...”

53 La titularidad del derecho no se encuentra condicionada en ninguna norma al cumplimiento de algún deber, el ejercicio de ciertos derechos pueden ser sometidos a ciertas restricciones que deben estar legalmente contempladas, ser necesarias y proporcionales al fin que se persigue. Pero algunos derechos no están sometidos a restricción alguna, un ejemplo recurrente es de estar libres de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

54 La Constitución de 1998 reconoció plenamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sin distinguir en cuanto a su titularidad si tenían capacidad, o no, para exigir el derecho declarado.

55 Ramiro Ávila afirma que “La primera constatación que tenemos que hacer es que la Tierra es un ser vivo, tiene incluso planes de vida, y como todo ser vivo tiende a la supervivencia y a la reproducción para garantizar su existencia, que serían sus fines, desde nuestra limitada racionalidad para comprender a otros seres vivos con los que no tenemos iguales códigos de comunicación.” “El derecho de la Naturaleza: fundamentos”, publicado en “Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos”, Op. Cit. pág. 45.

preservar nuestra propia existencia, los intereses de las generaciones futuras o por ser la naturaleza valiosa intrínsecamente.

De regreso al mundo jurídico, abordaré algunos de los temas señalados, a partir de una literatura jurídica bastante conocida y por tanto de fácil acceso.

1. El derecho como técnica de regulación de la conducta

En la clásica distinción entre técnicas de regulación de la conducta humana se estudian a las reglas morales, las de trato social y las jurídicas⁵⁶. Me detendré únicamente en las jurídicas por ser de interés para este trabajo.

El derecho tiene como objetivo regular el comportamiento humano en cuanto impacte a los demás y a su entorno. Elementos centrales tienen que ver con la convivencia y la cooperación, por tanto es bilateral o multilateral. Da origen a conductas exigibles, en cuanto tienen una manifestación externa.

Se puede señalar muchos rasgos distintivos de las normas jurídicas: su origen institucional (no se diferenciaría del Derecho canónico), que viene acompañado de la amenaza del uso de la fuerza (lo que no lo diferenciaría de la amenaza de una banda de asaltantes que obliga a cierta conducta), por lo que se resalta que su característica principal es su "impositividad inexorable", es decir, frente al incumplimiento de la regla se desencadena las consecuencias previstas en las normas y para su aplicación se cuenta con el Estado.

La *ley* (en su sentido más amplio) es una "regla general que rige un número indeterminado de hechos, expresando las relaciones en las que dichos hechos se encuentran"⁵⁷. Se pueden distinguir (en sentido amplio) tres clases de *leyes*: las *leyes naturales* (las que rigen a la naturaleza) que se manifiestan en relaciones de causa y efecto ("si A entonces B"); *leyes sociales* que se expresan como reglas de probabilidad ("si A puede ser B"); y, las que nos interesan en particular, que son las *leyes, reglas o normas de conducta* que se expresan relaciones del deber ser ("si es A, debe ser B").

Con lo que volvemos al punto de partida inicial, las normas se dirigen al ser humano estableciendo un *deber ser*, un estado de cosas a alcanzar. Kelsen, a propósito de este tema dice

La conducta humana regulada por un orden normativo es ora una acción determinada por ese orden, ora la omisión de esa acción. La regulación de la conducta humana a través de un orden normativo, se produce de una manera positiva y una manera negativa. La conducta humana está regulada por el orden normativo en manera positiva, por de pronto, cuando se exige a un hombre una determinada acción, o la omisión de una acción determinada (cuando se exige la omisión de una acción, la acción está prohibida). Decir

56 Estos temas se abordan en diferentes obras, he tomado algunas ideas de Eduardo García Máynez, "Introducción al estudio del Derecho", Porrúa, México, 1998, pp. 15-35; Luis Recaséns Siches, "Introducción al estudio del Derecho", Porrúa, México, pp. 83-106.

57 Aftalion, Vilanova y Raffo, "Introducción al Derecho", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 585 y siguientes.

que la conducta de un hombre es exigida por una norma objetivamente válida, significa lo mismo que afirmar que el hombre está obligado con respecto de esa conducta⁵⁸.

La normatividad requiere de algunas categorías, como se advirtió, todas ellas involucradas en la regulación jurídica de la naturaleza, todas elaboraciones humanas.

2. Sujeto de derechos, derechos subjetivos, deber, capacidad

En los discursos justificatorios sobre esta materia se tratan en el mismo nivel la definición de *persona en términos jurídicos* (teoría general del Derecho), *quiénes* son los entes sobre las que recae esta condición (un tema que corresponde al ordenamiento jurídico de cada país), en *qué* consiste la esencia de ser *sujeto* (tema de Sociología y de la Antropología filosófica), y a *quién* el derecho debe reconocer personalidad jurídica (estimativa jurídica o filosofía política)⁵⁹.

Por el objetivo de este trabajo pasaré revista a dos de los cuatro debates antes descritos, *qué es* un sujeto derechos y *quiénes* son los *sujetos del derecho*.

Sujeto de derechos o *persona* es una categoría jurídica que implica la determinación de un "ente que tiene la capacidad para ser sujeto de las normas jurídicas (activa o pasivamente)"⁶⁰. Recaséns Siches dice "La personalidad jurídica es tan sólo la síntesis de tales funciones jurídicas imputadas por la norma no a los hombres que las realizan, sino a un sujeto ideal, construido consistente en ese común término ideal de imputación", en esa medida un ordenamiento jurídico⁶¹.

Es el resultado de una imputación normativa, de acuerdo al concepto de Kelsen, son relaciones creadas por las reglas de carácter jurídico, a estas se asocian ciertas consecuencias cuando se cumplen determinados supuestos. Estas relaciones no existen en la realidad, son resultado de una determinación normativa⁶².

En resumen, establecer que la naturaleza es sujeto de derechos es una decisión que depende del derecho positivo de cada país y , siguiendo a Valencia Zea y Ortiz, no debe confundirse los conceptos o nociones con las cosas de las cuales se predicán⁶³. Así, al otorgar normativamente a la naturaleza derechos se la convierte en sujeto de derechos, en su titular.

Estos dos conceptos, derechos subjetivos y capacidad, son usados de forma equívoca en varias de las argumentaciones que se presentan al tratar el tema del presente estudio: 1) se realiza una asociación automática entre derecho subjetivo y deber del mismo sujeto titular del derecho; 2) se afirma que en el derecho contemporáneo se requiere expresar voluntad para poder ser titular de un derecho subjetivo; y, 3) se

58 Hans Kelsen, "Teoría pura del derecho", UNAM, México, 1982, pp. 28-29.

59 Luis Recaséns Siches, "Introducción al estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 148 y sgts.

60 Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, "Derecho Civil. Parte General y personas", Tomo I, decimoquinta edición, Temis, Bogotá, 2000, pág. 293.

61 Luis Recaséns Siches, "Tratado General de Filosofía del Derecho", Porrúa, México, decimonovena edición, 2008, pág. 272.

62 Kelsen, Op. Cit., pág. 112.

63 Valencia Zea y Ortiz Monsalve, "Derecho Civil. Parte General y personas", Op. Cit., pág. 294.

confunde capacidad legal con responsabilidad.

2.1 Derecho subjetivo

La doctrina considera que la esencia del derecho subjetivo⁶⁴, categoría que ha evolucionado de forma significativa, es

...la situación o conducta del titular del derecho subjetivo constituye, según la norma, el supuesto determinante de un deber en otro u otros sujetos. Así pues, en general, tener un derecho subjetivo quiere decir que la norma vincula a una situación o conducta de un sujeto el deber de un cierto tipo de comportamiento en otro sujeto. Resulta, por tanto, que derecho subjetivo -en su más general y amplia acepción- es la cualidad que la norma atribuye a ciertas situaciones de unas personas, consistente en la posibilidad de determinar jurídicamente (por imposición inexorable) el deber de una especial conducta en otra u otras personas.⁶⁵

El derecho subjetivo⁶⁶ tiene tres manifestaciones: a) derecho subjetivo como reverso material de un deber jurídico de los demás, impuesto con independencia de la voluntad del titular del derecho; 2) el derecho subjetivo como pretensión; y, 3) el derecho subjetivo como poder de formación jurídica.

El derecho subjetivo como *reverso material de un deber jurídico* existe a partir de una disposición normativa y no tiene relación alguna con el hecho de que su titular tenga o no voluntad, ya que no depende del titular para ser considerado un derecho. Las acciones para exigir su cumplimiento pueden ejercerse por un tercero sin considerar al titular. Un ejemplo de ello son los derechos de los niños más pequeños y la posibilidad de que se accionen los sistemas de protección por terceros.

Para la existencia de estos derechos subjetivos se requiere de tres elementos: una norma que los establezca, un titular, un obligado u obligados.

El derecho subjetivo como *pretensión*, al igual que los otros derechos subjetivos, tiene su origen en una norma jurídica, lo que implica en ciertas situaciones determinar un deber para algunas personas, la ejecución forzada de este deber se pone "...a la disposición de otra persona (a quien beneficia dicho deber), que es quien, por eso, figura como titular del derecho subjetivo (como pretensión)"⁶⁷.

El derecho subjetivo como *poder de formación jurídica* es aquel que depende el nacimiento, modificación y extinción de ciertas relaciones jurídicas de los actos de su titular. Los actos de un sujeto activo son los que dan origen a los deberes del o los sujetos pasivos.

64 En éste tema seguiré, por una cuestión de correspondencia con el uso de los conceptos previos, a Luis Recaséns Siches, "Tratado General de Filosofía del Derecho", Porrúa, México, decimonovena edición, 2008, pp. 232-239.

65 *Ibid.*, pág. 234.

66 Seguiré la propuesta de Recaséns Siches, *Ibid.*, pág. 235-239.

67 *Ibid.*, pág. 236.

De las tres es la primera forma de derecho subjetivo (*reverso material de un deber jurídico*) la que expresa mejor la declaración de la Naturaleza como *sujeto de derechos*, desde una perspectiva estructural, el énfasis se coloca en el establecimiento de obligaciones a terceros, más allá de la voluntad, potencial o inexistente, del titular del derecho; sin embargo la segunda (*pretensión jurídica*) podría usarse para explicar su funcionamiento en los casos de inacción o incumplimiento de las obligaciones estatales.

2.2 Deber jurídico

Un deber, en sentido jurídico, es el resultado de una norma que lo impone⁶⁸, por tanto el obligado (el sujeto pasivo desde la perspectiva estructural) debe conducirse de cierta manera porque una regla así lo establece, el contenido puede implicar, una o muchas, obligaciones de acción o abstención. En caso de no actuar de acuerdo a lo previsto el sujeto(s) pasivo será “objeto de un acto de coacción impositiva de carácter inexorable”.

El ser titular de un derecho no comporta, en todos los casos, un deber del mismo titular ya que la obligación le puede corresponder a otro; tampoco se requiere voluntad o expresión de voluntad del titular. Este derecho puede ser defendido, accionado por otro u otros. La capacidad ser titular de derechos (capacidad de goce) no se asocia a la expresión real o potencial de voluntad, sino a una asignación normativa: una regla otorga derechos a un sujeto⁶⁹ y de estos se derivan ciertas obligaciones de acción o abstención, las que pueden corresponder a otros sujetos diferentes de los que ejercen su titularidad.

2.3 Capacidad

Al hablar de capacidad en el mundo jurídico siempre pensamos en sus dos dimensiones, goce o ejercicio. La capacidad de goce está vinculada a titularidad de un derecho. Es suficiente que se asigne normativamente un derecho para que su titular se convierta en sujeto de derechos y por tanto tenga capacidad de derecho o de goce.

La segunda dimensión, capacidad de ejercicio o capacidad legal, de acuerdo a su definición normativa se refiere a las obligaciones civiles, a los “actos y declaraciones de voluntad”, que tienen como un requisito de validez que la persona (el sujeto) se *legalmente capaz*; esto no cubre otras dimensiones del mundo jurídico, ya que alguien considerado legalmente incapaz puede actuar en otros ámbitos del mundo jurídico sin limitación.

El Código Civil la define así: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”⁷⁰.

68 Cfr., Recaséns Siches, “Tratado General de Filosofía del Derecho”, Op. Cit., pág. 241.

69 La universalización de la titularidad de derechos para todo ser humano se establece luego de la Segunda Guerra Mundial, aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

70 Inciso final del artículo 1461 del Código Civil.

La titularidad de derechos no está condicionada a la capacidad legal de una persona, como tampoco el ejercicio de muchos de ellos tiene relación con la posibilidad de realizar negocios jurídicos.

También se encuentran diferencias importantes entre capacidad y responsabilidad.

La responsabilidad, responder por las consecuencias de un daño, se asocia a una obligación, por ello puede atribuirse la responsabilidad a un tercero diferente a quien se le atribuye la acción u omisión, incluso cuando el daño ha sido causado por animales o cosas, a los que obviamente no se les puede atribuir voluntad o negligencia⁷¹.

Ejemplos de esta distinción abundan. Citaré uno muy conocido.

El inciso quinto del artículo 1486 del Código Civil, como ejemplo de las obligaciones naturales (aquellas que no confieren derecho para exigir su cumplimiento: pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas") a las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son sin embargo incapaces de obligarse según la ley como los menores adultos. La distinción entre capacidad y responsabilidad civil es tan clara que una persona que no tiene capacidad legal puede ser responsable de sus acciones o de los daños de terceros, incluso en el caso de daños causados por no humanos⁷².

Tampoco es equiparable responsabilidad penal con capacidad legal. Debe recordarse que una persona en interdicción por discapacidad intelectual debe estar en esa situación en el mundo civil pese a sus intervalos lucidos⁷³ y bajo esa condición sus actos no surten efectos aunque se hayan realizado en unos de esos intervalos lucidos⁷⁴, pero podría ser responsable de sus acciones en el ámbito penal donde se valora la "lucidez" en el momento del acto⁷⁵.

En materia de derechos humanos no existe un correlato automático derecho/deber, por ello es absurdo sostener que como rasgo estructural todo derecho puede ser asociado un deber del mismo titular. Las personas no "perdemos" nuestros derechos por irrespetar la ley, algunos pueden ser restringidos como resultado de una medida coactiva. Algunos derechos no admiten restricciones en caso alguno, por ejemplo la protección contra la tortura.

71 Kelsen, *Op. Cit.*, pp. 129 y sgtes.

72 El artículo 2219 (inciso primero) del Código Civil dispone "No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, ni los dementes; pero son responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si se pudiera imputárseles negligencia"; el artículo 2220 "Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieran a su cargo"; artículo 2226 "El dueño de un animal es responsable de los daños causados por éste, aún después que se haya suelto o extraviado; salvo que la soltura, extravío o daño no pueden imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal. Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de una animal ajeno; salvo su acción contra el dueño, si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño con mediano cuidado o prudencia debió conocer o prever, y que no tuvo conocimiento."; artículo 2227 "El daño causado por una animal fiero de que no reporte utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído".

73 Artículo 478 del Código Civil "El adulto que se halla en estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos".

74 Artículo 486 "Los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que los ejecutó o celebró estaba entonces demente".

75 Artículo 32 del Código Penal "Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia"; artículo 33 "Repúntanse como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario; excepto cuando de las circunstancias que procedieron o acompañaron al acto puede deducirse que no hubo intención dañada de cometerlo".

El presente ensayo no se dirige a contribuir con argumentos para aceptar o negar lo que ya es un hecho, que la naturaleza sea sujetos de derechos, la intención es demostrar que en una perspectiva de teoría del derecho contemporánea y de derecho positivo no existe limitación alguna para realizar esta declaración, algo que depende de un acuerdo político, y como se podrá constatar, es parte de un proyecto político.

Elevar el estatus jurídico de la Naturaleza (como un todo) de objeto a sujeto de derechos, por tanto, depende de una decisión normativa, de una modificación de su estatus en el mundo jurídico, sin desconocer que muchos de los elementos que componen la naturaleza son “apropiables” de acuerdo a las disposiciones jurídicas.

Luis Felipe Borja, uno de los más destacados juristas ecuatorianos de todos los tiempos, enseñaba a inicios del siglo pasado, que los derechos pueden “ejercerse relativamente a la naturaleza no libre y a las personas. Podemos dominar, no toda la naturaleza, sino una porción determinada, separándola de su conjunto. La porción así separada se llama *cosa*; y aquí comienza la primera especie de *derechos*, *el derecho de una cosa*, el cual, bajo su forma más completa, se llama *dominio*.”⁷⁶

Es decir, en el derecho civil ya se conocía que la naturaleza no era apropiable como un todo, que existen porciones que no pueden estar bajo el dominio del ser humano por imposible o porque pueden excluirse del “comercio” y de la apropiación por decisión normativa.

La innegable novedad constitucional, al declarar a la naturaleza como sujeto de derechos, se pierde cuando sus impulsores y defensores pierden de vista la condición humana del derecho y de las categorías jurídicas involucradas

Ferrajoli, uno de los autores más citados por los neoconstitucionalistas ecuatorianos, explica las categorías persona, personalidad jurídica y *sujetos del derecho* de la siguiente forma:

...los conceptos de ‘personalidad’ y de ‘persona’, identificados por el específico estatus jurídico de quien puede ser autor de actos o titular de situaciones, no agotan todas las formas de subjetividad jurídica[...]. La imputación de un comportamiento, de una modalidad o de una expectativa no se identifica, en efecto, con la condición del autor del primero o de titular de la segunda o la tercera. En la experiencia jurídica, podemos precisar ahora, existen actos y situaciones imputadas, además de a las personas que son sus autores o titulares, también a otros sujetos que no son personas, como por ejemplo las sociedades simples, a las que se imputan actos y situaciones imputadas también a los socios particulares que son sus autores o titulares. Por lo tanto, junto al concepto de ‘persona’ es necesario disponer también de otra figura, que llamaré ‘sujeto jurídico’ (o *‘sujeto del derecho’*), para designar a todo aquel que sea centro de imputación de actos o situaciones independientemente de que sea en cuanto persona, su autor o titular.⁷⁷

⁷⁶ Luis Felipe Borja, “Estudios sobre el Código Civil Chileno”, tomo segundo, A. Roger y F. Chernoviz, Paris, 1901, pág. 3.

⁷⁷ Luigi Ferrajoli, “*Principia iuris*. Teoría del derecho y la democracia”. Tomo 1, Teoría del derecho, Trotta, Madrid, 2011 (primera edición en italiano 2007), pp. 327-328.

A partir de esta aclaración establece una distinción entre *persona*, *sujeto* y *sujeto jurídico*

‘Persona’, a su vez, es todo aquel que, en virtud de su *status personae* o personalidad, puede ser o no simplemente centro de imputación de actos o de situaciones sino más específicamente autor de los primeros o titular de las segundas. Por eso todas las personas son sujetos jurídicos y todos los sujetos jurídicos son sujetos, pero no viceversa. Son por ejemplo sujetos jurídicos, pero no personas, no sólo los *nascituri*, las sociedades simples y las asociaciones no reconocidas sino también en el derecho internacional, sujetos colectivos como los pueblos – a los que se atribuye el «derecho de autodeterminación» y de «disponer libremente de las riquezas y recursos naturales propios» e incluso la humanidad, identificada por algunos tratados internacionales como el centro de imputación del llamado «patrimonio común de la humanidad». **En cambio no son ni siquiera sujetos jurídicos, allí donde no les sean (o hasta que no les sean) imputables por el derecho positivo actos o situaciones, sujetos como las generaciones futuras o los animales y demás seres sensibles.**⁷⁸ (resaltado no consta en el original)

No debemos, ni podemos, perder de vista que el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos es parte de un debate más amplio y complejo sobre la universalidad de los derechos humanos, algo que ha sido cuestionado por algunos sectores por considerarlos occidentales y liberales, los que afirman que se parte de la idea de que existe

...una naturaleza humana universal que se puede conocer por medio racionales; la naturaleza humana es esencialmente distinta de, y superior a, la del resto de la realidad; el individuo tiene una dignidad absoluta e irreductible que debe ser defendida frente a la sociedad y al Estado; la autonomía del individuo requiere una sociedad organizada de una manera no jerárquica, como una suma de individuos libres.⁷⁹

De esta cita se puede concluir que se cuestiona la visión occidental de la superioridad de la naturaleza humana frente al resto de la realidad.

El mismo Boaventura de Sousa Santos considera que el “contrato social”, base de la moderna obligación política -en sus palabras- se basa en unos criterios de inclusión, por tanto de exclusión, una de ellas es que

...sólo incluye a los individuos y a sus asociaciones; la naturaleza queda excluida: todo aquello que precede o permanece fuera del contrato social se ve relegado a ese ámbito significativamente llamado ‘estado de la naturaleza’. La única naturaleza relevante para el contrato social es la humana, aunque se trate en definitiva, de domesticarla con las leyes del Estado y las normas de convivencia social. Cualquier otra naturaleza o constituye una amenaza o

⁷⁸ Ibid. pág. 328.

⁷⁹ Boaventura de Sousa Santos, “Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho”, Op. Cit., Taurus, Madrid, 2009, pág. 515.

representa un recurso.⁸⁰

Estas dos citas me llevan directamente a lo que considero el núcleo esencial de la reivindicación que encierra la declaración de la naturaleza como sujeto de derechos, para ello seguiré el razonamiento del mismo autor.

Para Boaventura da Sousa la “tarea central de la política emancipatoria actual” consiste en “que la conceptualización y práctica de los derechos humanos se transformen de un localismo globalizado en un proyecto cosmopolita insurgente”⁸¹, algo que se lograría a partir de lo que llama un “diálogo transcultural sobre la dignidad humana”; incorporando al discurso de los derechos humanos otras visiones culturales por medio de una *hermenéutica diatópica* que se formula a partir de la idea de que cada cultura es incompleta, que se debe centrar la mirada en los *topoi* (los tópicos) de cada una de ellas⁸² y construir respuestas a partir de cada una de ellas debido a que, desde la visión de la *dharmā* (cultura hindú) u otras visiones culturales en las que se incluiría a la cosmovisión andina, “los derechos humanos son incompletos, porque no logran establecer un vínculo entre la parte (el individuo) y el todo (la realidad), o, aún más radicalmente, porque se centran en lo que es meramente derivado de los derechos, en lugar de centrarse en el imperativo primordial, el deber de las personas de encontrar su lugar en el orden de toda la sociedad y de todo el cosmos”⁸³.

Así, esta *hermenéutica diatópica* sería “la única forma de introducir en la cultura occidental las ideas de los derechos colectivos, de los derechos de la naturaleza y las de las generaciones futuras, así como las de los deberes y responsabilidades frente a las entidades colectivas, sean la comunidad, el mundo o incluso el cosmos.”⁸⁴

Este autor va más allá y considera que el reconocimiento de “derechos originales” que no son sino –dice– “injusticias-originales” que se reivindican para una crear una nueva “concepción de derechos humanos poscolonial y posimperial”.

Uno de los cinco “derechos constitutivos o ur-derechos”⁸⁵ es el “derecho al reconocimiento de derechos a entidades incapaces de ser titulares de deberes, concretamente la naturaleza y las generaciones futuras”, que se ha negado, de acuerdo a Boaventura da Sousa, por la asimetría entre los sujetos de derechos y los sujetos de deberes creados por la concepción occidental de los derechos, que considera que sólo quienes pueden ser sujetos de deberes pueden ser sujetos derechos, esto es calificado como “ámbito del principio de reciprocidad” que dejó por fuera a las mujeres, a los niños, los esclavos, los indígenas, la naturaleza y las generaciones futuras⁸⁶.

80 Boaventura de Sousa Santos, “Reinventar la democracia, reinventar el Estado”, Abya-Yala y Friedrich Ebert Stiftung, Quito, 2004, pág. 2.

81 Boaventura de Sousa Santos, “Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho”, Op. Cit. pp. 516 a 519.

82 *Ibid.*, pág. 518.

83 *Ibid.*, pág. 519.

84 *Ibid.*, pág. 525.

85 Los otros cuatro son: derecho al conocimiento, que implica reconocer los conocimientos alternativos que debe “fundamentarse en una nueva epistemología desde el Sur, desde el Sur no imperial”; el derecho a llevar el capitalismo histórico a enjuiciamiento en un tribunal mundial; el derecho a una transformación del derecho de propiedad orientada a la solidaridad; y, el derecho a la autodeterminación democrática. Boaventura da Sousa, Op. Cit., pp. 534-538.

86 *Ibid.*, pág. 537.

A partir de esta información surge con claridad las razones por las que se afirma, más allá del *naturalismo* y las ideas sobre el biocentrismo, que la Constitución del 2008 forma parte de un nuevo “constitucionalismo andino”, que –se afirma– ha incorporado la visión cultural indígena no precisamente por los derechos colectivos o los derechos de la naturaleza, sino por la mención a la *Pachamama* y al *Sumak Kawsay*. Los dos, derechos colectivos y de la naturaleza, son un refuerzo a esa nueva concepción que se considera parte un proceso de crear un “localismo globalizado” que se quiere convertir en un proyecto “cosmopolita insurgente”.

Un ejemplo del uso de este “localismo globalizado” y en clave “cosmopolita insurgente” es la acción de protección que presentaron un grupo de personas (ecuatorianas y extranjeras) en contra de la empresa británica British Petroleum (BP), por el derrame de petróleo en el Golfo de México acaecido en el año 2010.

En la demanda se invocan los derechos de la naturaleza, de la Pachamama (“del universo” dicen los demandantes), invocando los principios de “justicia universal”

Cualquier acto u omisión que la degrade o destruya a toda o a una parte de ella más allá de su capacidad de recuperación natural, en cualquier lugar que se produzca, es un daño a esa totalidad de la Pachamama, por lo que la demanda en contra de los autores de los actos causante de tales daños puede ser conocida y resuelta por cualquier juez del mundo mediante la aplicación por analogía de los principios de justicia universal, ya porque los daños a la naturaleza con irrespeto a los ciclos vitales de recuperación constituyen un atentado **contra los derechos fundamentales que, en el Ecuador, incluye a los de la naturaleza**, amenazan a la supervivencia de las especie humana y también porque el desastre ecológico del Golfo de México ofende a la conciencia de la humanidad.

...En suma, fundamentamos esta acción en los imperativos de la ciencia y en la profunda convicción de que “otro mundo es posible” y que en él la justicia está a favor de la naturaleza no solo como el hábitat de la especie humana sino también como comunidad de seres vivientes interdependientes unos de otros y que es universal la responsabilidad de velar por la supervivencia de esta “comunidad de seres vivientes” de la que hablan con énfasis las Naciones Unidas.

...Cuando la Naturaleza está ejerciendo su derecho a regenerarse y desarrollar sus procesos normales evolutivos, un derrame de varios millones de barriles de petróleo es una acción prohibida...⁸⁷ (resaltado no consta en el original)

Las pretensiones de los demandantes se dirigen a solicitar información sobre el evento, la restauración de la naturaleza afectada, compensación (no para los demandantes, sino la redirección de las inversión para nuevas exploraciones dejando en petróleo en el subsuelo), y que se dé garantías de no repetición.

Más allá de la simpatía que la causa puede provocar y el deseo de que se haga justicia

87 Demanda de acción de protección presentada el 17 de enero del 2012 por Vadana Shiva, Blanca Chancoso, Cecilia Chérrez, Nnimmo Bassey, Delfin Tenesaca, Alberto Acosta, Líder Góngora y Esperanza Martínez.

en el caso, sancionando a quien causó un daño grave, tomando medidas efectivas para que estos hechos no se repitan, la coherencia jurídica de la demanda es cuestionable ¿de aceptarse la demanda el juez ecuatoriano tiene la potestad para exigir a una compañía británica que tome medidas por daños causados en el Golfo de México? ¿la naturaleza ejerce el derecho a regenerarse y desarrollar sus procesos evolutivos?

Se dirá que el ejemplo del caso Pinochet es un antecedente para la aplicación transfronteriza de ciertas reglas, pero se pierde de vista que las acciones jurídicas de ese caso se sustentó en un instrumento internacional específico, ratificado por todos los estados involucrados, que sustentaba la competencia del juez y era fuente de obligaciones para esos estados.

El Juez segundo de Trabajo de Pichincha, a quien le correspondió el caso, así lo entendió, rechazándola por improcedente

...los hechos que han generado esta causa es el derrame de crudo en el Golfo de México en aguas profundas donde la empresa British Petroleum realizaba sus actividades; hecho que repercute en el medio ambiente, parte de la naturaleza que en la práctica no reconoce fronteras [...]; y por cuanto el Golfo de México y exactamente donde ocurrió el desastre ambiental, no es territorio Ecuatoriano (sic), no está amparado por nuestra Constitución [...]; en consecuencia ...esta autoridad no es competente para conocer la presente causa por el territorio [...] se rechaza por improcedente La (sic) Acción de Protección presentada en contra de la EMPRESA BRITISH PETROLEUM...⁸⁸

La acción judicial deja en claro que el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos debe ser "leída" en clave política, o como sostienen muchos de sus defensores en "clave emancipatoria" antiglobalización.

El primer caso en que se tuvo conocimiento de aplicación judicial de los derechos de la naturaleza se dio en el año 2011. La Acción de Protección, resuelta en segunda instancia por la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja⁸⁹, fue presentada por Richard Frederick Wheeler y Eleanos Geer Huddle en contra del Gobierno Provincial de Loja "a favor de la Naturaleza particularmente a favor del río Vilcabamba" por los trabajos de ampliación de la carretera Vilcabamba-Quinara. En su demanda se refieren, además, a los daños que sufrió su propiedad y las vecinas.

La Sala concedió el recurso. Acepta que "la acción de protección resulta la única vía idónea y eficaz para poner fin y remediar de manera inmediata un daño ambiental focalizado"; aplica el principio de precaución, dicen los jueces

...hasta tanto se demuestre objetivamente que no existe la probabilidad o el peligro cierto de que las tareas que se realicen en una determinada zona produzcan contaminación o conlleven daño ambiental, es deber de los Jueces constitucionales propender de inmediato al resguardo y hacer efectiva la tutela judicial de los derechos de la Naturaleza, efectuando lo que

⁸⁸ Sentencia 2012-12-03, Juzgado Segundo de Trabajo, Causa No. 2012-0523.

⁸⁹ Sentencia Causa de 30 de marzo del 2011, Acción de Protección No. 11121-2011-00010, Sala Penal de la Corte Provincial de Loja

fuera necesario para evitar que sea contaminada, o remediar. Nótese que consideramos incluso que en relación al medio ambiente no se trabaja sólo con la certeza de daño sino que se apunta a la probabilidad...⁹⁰

La Sala recuerda que la Constitución "...sin precedente en la historia de la humanidad, reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos..."; asume como un hecho evidente e indiscutible la "importancia de la Naturaleza", a tal punto que considera "que cualquier argumento respecto a ello resulta sucinto y redundante", incorporando en la decisión la idea de que los daños causados a ella son 'daños generacionales' que define como "aquellos que por su magnitud repercuten no sólo en la generación actual sino que sus efectos van a impactar en las generaciones futuras..."⁹¹

Modifica la carga de la prueba liberando a los accionantes de probar los perjuicios, estableciendo que es el

...Gobierno Provincial de Loja tenía que aportar pruebas ciertas de que la actividad de abrir una carretera no afecta ni afectará el medio ambiente, Sería inadmisibles el rechazo de una acción de protección a favor de la Naturaleza por no haberse arrojado prueba, pues en caso de probables, posibles o bien que puedan presumirse ya provocado su daño ambiental por contaminación, deberá acreditar su inexistencia no sólo quien éste en las mejores condiciones de hacerlo sino quien precisamente sostiene irónicamente que tal daño no existe...⁹²

Pese al entusiasmo que provocó este fallo en los defensores del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, la Sala no niega la posibilidad de la obra, sino que establece que debe hacerse respetando "los derechos de la Naturaleza" sin especificar como se los vulneró, se limita a repetir el texto constitucional: "se está violentando el derecho que la Naturaleza tiene de que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructuras, funciones y procesos evolutivos".

Todo el razonamiento se reconduce hacia el derecho humano al medio ambiente sano, de hecho la acción parte de la defensa de un interés particular

En cuanto al alegato...de que la población...necesita carreteras, es de indicar que: En caso de conflicto entre dos intereses protegidos (sic) constitucionalmente, la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto y a la luz de los principios y valores constitucionales. Esta labor de interpretación es función primordial del Juez constitucional. Pero en este caso no hay que ponderar porque no hay colisión de derechos constitucionales, ni sacrificio de uno de ellos, pues no se trata de que no se ensanche la carretera Vilcabamba-Quinara, sino que se haga respetando los derechos constitucionales de la Naturaleza. En todo caso, el interés de esas poblaciones en una carretera resulta minorado comparándolo con el interés a un medio ambiente sano

90 *Ibid.*, considerando quinto.

91 *Ibid.*, considerandos séptimo y octavo.

92 *Ibid.*, considerando décimo.

que abarca un mayor número de personas.⁹³

La sentencia declara que el Consejo Provincial es responsable por los daños causados, ordenándole que se acojan las recomendaciones ambientales y “pida disculpas públicas por iniciar la construcción de una carretera sin contar con el licenciamiento ambiental”.

La revisión de los dos fallos confirma que estas decisiones pudieron tomarse en base a la normativa de protección medioambiental.

V. Conclusión provisoria.-

Podría ser suficiente analizar el uso de las categorías jurídicas y su ampliación normativa sin buscar los fundamentos de tal reconocimiento por fuera del consenso político. Puede decirse que luego de reconocidos los derechos de la naturaleza es innecesario encontrar un fundamento absoluto, considerando que ni siquiera para el caso de los derechos humanos, como lo demuestra Norberto Bobbio, esto es posible, por ello parafraseando a este autor, en la actualidad estamos enfrentados a un tema más político (la aplicación de las reglas) que filosófico (su fundamentación de las mismas)⁹⁴.

Aceptar como legítimo que evitar la destrucción de la Tierra por parte del ser humano, es un fin valioso, no es razón suficiente para que aceptemos como válida cualquier reforma normativa que suene a “revolucionaria” y avanzada, sin examinar de manera concienzuda sus posibles consecuencias, especialmente cuando existe la posibilidad de debilitar la protección de los derechos de los seres humanos.

¿Qué significa uso de subsistencia de la naturaleza? ¿cuándo afectamos sus ciclos naturales? ¿a qué deberían dar más peso los jueces a los derechos de la naturaleza o a los derechos de los individuos y comunidades en un conflicto? ¿tenemos el mismo valor ontológico seres humanos y naturaleza? ¿la naturaleza tiene un plan de vida en el sentido de la busca deliberada de sobrevivencia y reproducción?

Estos son unas pocas preguntas que surgen al analizar este tema, este es un trabajo inicial, hay muchos temas de la relación derechos de la naturaleza y derechos humanos por profundizar, algunas estas conclusiones son provisorias y sujetas a revisión y profundización; ahora nos enfrentamos a una nueva realidad política, provocada en parte por algunos de los “experimentos” normativos, esperemos que esto nos deje tiempo para revisar estos aspectos del “nuevo” derecho ecuatoriano, pero todo hace prever que pronto estaremos estudiando, defendiendo y explicando la importancia de los derechos más básicos, recordando la necesidad de considerar al ser humano como centro de todo.

Lo anterior no significa negar la importancia de la protección al medio ambiente y su relación con los derechos humanos, esto se ve claramente reflejado en la opinión de John Knox, experto independiente de las Naciones Unidas sobre los derechos

⁹³ *Ibid.*, considerando decimosegundo.

⁹⁴ Norberto Bobbio, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, publicado en “El tiempo de los derechos”, Sistema, Madrid, 1991, pág. 61.

humanos y el medio ambiente: “los derechos humanos y el medio ambiente no sólo están relacionados entre sí, sino que además son interdependientes...Un medio ambiente sano es fundamental para el disfrute de los derechos humanos, y el ejercicio de los derechos humanos es necesario para un medio ambiente saludable...”⁹⁵.

⁹⁵ Reunión mundial de Ministros del medio ambiente, Nairobi, 19 de febrero del 2013.

El Neoconstitucionalismo en la mira

Neconstitutionalism in sight

Jaime Vintimilla

Profesor a tiempo completo en la escuela de Jurisprudencia de la USFQ

Beati monoculi in regno caecorum

Resumen

Desde la expedición de la Constitución de la República en 2008, se anunció un cambio de paradigma radical en función de los lineamientos doctrinarios del denominado neoconstitucionalismo. Subsisten sin embargo, en su aplicación práctica, desafíos para la implementación del garantismo dada la persistencia de factores como la discrecionalidad y arbitrariedad en el ejercicio de las funciones públicas. El activismo judicial como mecanismo de defensa de los derechos constitucionales no tiene aún la relevancia indispensable dentro del presente esquema, en el cual los jueces constitucionales deben adaptar sus actuaciones al derecho de principios.

Abstract

From the moment when the new Constitution is in force it was announced a radical change of paradigm based on the doctrinal patterns of the new constitutionalism. Nevertheless, there are challenges to face since the law is still being interpreted with arbitrariness and discretionary acts against the constitutional guarantees. The judicial activism as a tool of constitutional rights defense is not yet visible within the new juridical structure since the constitutional judges must get used to the meaning of principles law.

Sumario

I. Garantismo nominalista. II, Neoconstitucionalismo teórico, normativo o jurisprudencial. III. Jueces constitucionales y jueces legales

Después de más de cuatro años de vigencia de la Constitución ecuatoriana, parece que es el momento de formular algunos comentarios críticos, no sin antes indicar, que desde octubre de 2008 se forjó un derecho con características propias, no necesariamente adecuadas, donde el neoconstitucionalismo y el garantismo han marcado la pauta de contenidos.

En este sentido, trataré de mostrar, al menos de manera liminar, que en la práctica y, a ciencia cierta, la Constitución ha mostrado algunas debilidades que la han alejado de los fines y valores buscados.

En primer lugar, a pesar de ser garantista, en la realidad ha sido garantista nominalista, ya que se ha alejado del fomento de una democracia constitucional que custodia los derechos de todos los ciudadanos.

Por otro lado, hasta el momento no ha sido posible advertir las ventajas y bondades del constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo en la construcción del *Ius Novus*.

Finalmente, los jueces legales han sufrido una suerte de *capitis diminutio* frente a los constitucionales que buscan todavía comprender la aplicación del modelo de un Estado Constitucional de derechos y justicia.

I. Garantismo nominalista

Precisamente uno de los pilares del cambio del paradigma socio jurídico fue el desarrollo normativo de un concepto doctrinario construido por el jurista Luigi Ferrajoli denominado garantismo¹.

Dicho jurista textualmente nos explica:

“Ante todo, en el sentido que los derechos fundamentales sancionados por las constituciones deben ser garantizados y concretamente satisfechos; el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, dirigido a asegurar las técnicas de garantía idóneas para tener a su vez el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y, además, en el sentido en que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, *que puede y debe ser extendido en una triple dirección: en primer término, en garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, en confrontación con todos los poderes, no sólo los poderes públicos sino también los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo del derecho estatal sino también del derecho internacional*”².

En este sentido, a pesar que la esencia del concepto ha sido debidamente absorbida, desafortunadamente no ha tenido todavía una aplicación forense adecuada que se oriente a la defensa de los derechos constitucionales, incluso por encima de los deslices de los poderes públicos; por ello, considero que hasta el momento tan solo brilla un garantismo meramente nominalista, pues varios elementos del profesor de la Universidad de Camerino han sido omitidos, conforme las siguientes razones:

1. No se ha desvanecido, o al menos, limitado el principio de soberanía en el sentido clásico, ya que en presencia de cartas constitucionales no existen más poderes soberanos ni poderes *legibus soluti*. Recuérdese que todas las funciones del Estado así como la soberanía popular quedan sujetas a las disposiciones constitucionales. Es decir, incluso las mayorías no pueden atentar contra los valores, principios ni reglas que constan en la Carta Magna

¹ Ferrajoli, Luigi, *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 15, primera reimpresión, Bogotá, 2001.

² *Ibidem*

así como tampoco pueden desconocer los derechos fundamentales que existen contra cualquier poder y en tutela de todos.

Mi modesto criterio es que el proceso constituyente neofundacional de Montecristi atentó contra la realidad constitucional imperante e inició un proceso de democracia plebiscitaria que conspira constantemente contra una democracia constitucional que dicha Carta también busca impulsar. Es decir, se inauguró la colisión entre la democracia mayoritaria, ilimitada o plebiscitaria y la constitucional, siendo hasta el momento la primera la que sobresale³. Un ejemplo claro de este aserto lo podemos advertir en la consulta popular del 7 de mayo de 2011 donde claramente se pudo observar que gracias a las urnas fue posible proceder al cambio de la estructura orgánica del Consejo de la Judicatura mediante una reforma de aquello que fue previamente aprobado en Montecristi, sin duda alguna, la Corte Constitucional hizo verdaderos malabares jurídicos para no aplicar las reglas y principios constitucionales imperantes.

2. No ha sido posible todavía la eliminación de formas de poder ajurídico y neoabsolutista originadas tanto por la crisis del *Welfare State* como del proceso de desconstitucionalización⁴, pues el nuevo modelo estatal no ha logrado reducir aquellos espacios sempiternos de discrecionalidad y de arbitrariedad desarrollados en los aparatos burocráticos y hasta judiciales, ejemplos abundan y no se puede soslayar como ciertas normas legales, reglamentarias y hasta meros instructivos atentan a las disposiciones constitucionales que deberían ser de aplicación directa o, al menos, de aplicación preferencial frente a normas inferiores contradictorias o alejadas del espíritu constitucional. Lamentablemente y muy a pesar que la antinomia existente entre los artículos constitucionales 426 (aplicación directa de normas constitucionales)⁵ y 428 (Consulta a Corte Constitucional)⁶ ya sido aparentemente resuelta gracias al artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial⁷, la práctica nos

3 Para comprender la esencia de estos dos conceptos revisar además el libro Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional de Luigi Ferrajoli, Mínima Trotta, Madrid, 2011.

4 Esta tendencia aparece después del colapso del estado abstencionista o gendarme y se refiere al rechazo de las tesis y mecanismos jurídicos que el constitucionalismo clásico había implantado, pudiéndose advertir varios aspectos contrarios a la defensa de los derechos tales como la anulación de las libertades individuales, la implantación del partido único, el amplio poder del Estado sin limitaciones ni control y la supresión de toda oposición con respecto a los gobernantes. Consultar el texto de Hernán Salgado, Lecciones de Derecho Constitucional, Ediciones Legales, tercera edición, Quito, 2004, páginas 40 y 41.

5 Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos

6 Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

7 Avila Santamaría, Ramiro, El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008, Alberto Acosta y Esperanza Martínez editores, Ediciones Abya-Yala, primera edición, Quito, 2011, página 60. La parte pertinente del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial reza: PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma..."

muestra que la cultura jurídica es inferior frente a las necesidades extremadamente formalistas de los operadores jurídicos que riñen con el activismo constitucional y la misma ciencia del derecho, en especial se advierte que la teoría y práctica eficiente de la argumentación⁸ fáctica, jurídica y pragmática así como el conocimiento o dominio de los límites del lenguaje normativo son insuficientes o escasos⁹.

Existen muchos ejemplos que ilustran esta realidad, así tenemos el memorando circular No. 1605 –DPPCJT.IEM-8-2012-08-01 suscrito por el Director Provincial del Consejo de la Judicatura de Transición de Pichincha, el Memorando Circular No. 3524_UCD-2012 suscrito por el Coordinador de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura¹⁰, el Oficio No. T.1-C.1-SNJ-12-1134 firmado por el Secretario Nacional Jurídico¹¹.

3. Contrariamente a lo buscado, se ha mantenido todavía el paradigma del derecho anterior que precisamente se buscaba cambiar. De este modo, podemos advertir que existen leyes vigentes como el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que fueron aprobadas sin guardar la debida coherencia con los principios establecidos en la Carta Magna, aunque tampoco se puede dejar de lado la competencia atribuida a ciertos órganos mediante mecanismos reñidos con las normas sustantivas constitucionales, tal es el caso de la Corte Constitucional.

En lo relativo a la Ciencia del Derecho o Ciencia Jurídica se ha mantenido la visión puramente descriptiva y hasta formalista, pues a mi entender en el Ecuador no se ha vivido el positivismo en ninguna de sus manifestaciones, sino más bien hemos experimentado el formalismo jurídico¹² que constituye una expresión de naturaleza diversa, aunque conectada con el positivismo, a pesar que algunos estudiosos podrían atribuirle la calidad de positivismo jurídico en base a la “tesis de la ley”, en el sentido que “el concepto del derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley”¹³.

8 Vale la pena analizar: Atienza, Manuel, Lozada, Alf, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Cevallos editora jurídica, Quito, 2009; Atienza, Manuel, *las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, primera reimpression, Lima, 2006 y Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, Madrid, 2008.

9 Para comprender los sinsentidos que origina el uso del lenguaje normativo se puede consultar el texto de Genaro Carrió denominado “Sobre los límites del lenguaje normativo”, Editorial Astrea, primera reimpression, Buenos Aires, 2001.

10 Estos documentos que bien podrían denominarse edictos o circulares ley versan sobre la aplicación de sanciones, en contra de los jueces que han resuelto favorablemente acciones de protección de actos administrativos, cuyo objeto de reclamación tienen que ver con aspectos de mera legalidad y que pueden ser impugnados en vía judicial. Un estudio de este tema lo hace el profesor Jorge Zavala Egas en el volumen 1 de su opúsculo denominado *El Leviatán Judicial*, agosto de 2012.

11 Es un oficio dirigido a los ministros, secretarios de Estado y demás autoridades de la administración pública central e institucional para que en los diversos contratos que suscriban procedan a someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios y no a la de los Tribunales Arbitrales.

12 Norberto Bobbio en su libro “El problema del Positivismo Jurídico” explica que el formalismo jurídico “significa cosas muy diversas, algunas buenas, otras malas, otras, sobre todo, inevitables”, además le otorga cuatro significados en base a cuatro problemas: el de la justicia, el del derecho, el de la ciencia del derecho y el de la interpretación jurídica y también analiza cuatro teorías distintas: el legalismo, el normativismo, la dogmática y el conceptualismo jurídico. La concepción formal de la justicia explica que acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella. En segundo lugar, una teoría particular del derecho, no ya una teoría de la justicia, es decir, del criterio según el cual las acciones o las leyes son juzgadas como justas o injustas, sino una teoría de los “jurídico”, o sea, de aquella esfera de la actividad práctica del hombre que suele ser diferenciada de la moral, de la costumbre, de la economía, etc. El tercer significado se refiere a la concepción de la ciencia jurídica como ciencia formal o teoría de la construcción o dogmática que define un hecho, un acto, una relación, una institución, con el fin de insertarlo en el sistema de los conceptos jurídicos. Finalmente, la acepción más polémica se refiere a la teoría de la interpretación jurídica donde se da preferencia a los métodos lógico y sistemático frente al histórico y teleológico; a esta distinción se refiere, ampliamente, la conocida controversia entre jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de intereses. La primera defiende a la lógica y los conceptos como dogma en tanto que la segunda ampara los intereses de una sociedad, pues el juzgador debe encontrar los fines o intereses que crearon una ley.

13 Hoerster, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa editorial, primera edición, Barcelona, 2000, página 11. El mismo autor considera que existen cinco tesis diferentes a las que acuña una nomenclatura propia: 1) Tesis de la ley, 2) tesis de la neutralidad: el concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido, 3) tesis de la subsunción: la aplicación

Algo que debe aprenderse es que la función o papel de la Ciencia jurídica debe ser “crítica y prescriptiva en confrontación con su objeto: crítica de las antinomias y de las lagunas de la legislación vigente respecto de los imperativos constitucionales, y prescriptiva en orden a la introducción de las técnicas de garantía que se requieran para superarlas”. Es decir, el nuevo paradigma jurídico todavía no ha inundado el debate nacional ni se ha apoderado de los jueces que despachan las acciones constitucionales e incluso legales, ya que todavía no se advierten con claridad la aplicación de algunos principios de la interpretación constitucional como los de concordancia práctica, unidad, optimización, entre otros¹⁴.

II. Neoconstitucionalismo teórico, normativo o jurisprudencial

Siguiendo a Carbonell¹⁵, el neoconstitucionalismo es un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo que tiene, no obstante, varios seguidores así como ya distintas legislaciones lo han incorporado.

En ese sentido, Ramiro Avila habla ya de un neoconstitucionalismo andino o transformador que trata “de construir un estado y un derecho diferentes” basados en la defensa de conceptos como el *Sumak Kausay*¹⁶ y el pluralismo jurídico orientados a la construcción de un nuevo modelo de vida y desarrollo.

Por su parte, Carlos Bernal Pulido explica, citando a Luis Prieto Sanchís, que el neoconstitucionalismo constituye una “nueva cultura jurídica”, o por lo menos una “teoría del derecho” distinta de la “teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico”¹⁷, algo que no comparto, pues se habla del positivismo como si fuese una tesis única, cuando en esencia presenta varios acercamientos conceptuales y forenses¹⁸.

Además se omiten sectores de la doctrina que califican al neoconstitucionalismo ya sea como iuspositivismo crítico, ya sea como positivismo corregido.

del derecho puede llevarse a cabo en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones, 4) tesis del subjetivismo: los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva, y 5) tesis del legalismo: las normas del derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias. Únicamente las tesis 2 y 4 son las sostenidas por los iuspositivistas contemporáneos.

14 Esto se puede observar en la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 dentro del Juicio No. 17502-1994-1890-3996- donde los jueces aplican normas abiertamente inconstitucionales. Merece la pena leer la tesina “Inconstitucionalidad de la Décima Disposición para el Cobro Eficiente de las Acreencias del Estado de la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado” de Daniel Fernández Salvador, Universidad San Francisco de Quito, noviembre de 2012.

15 Carbonell, Miguel, Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales, Cevallos editora jurídica, Quito, 2010, página 23. También revisar Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta/instituto de investigaciones jurídicas-UNAM, Madrid, 2007.

16 Su pensamiento se lo puede estudiar en varias publicaciones, pero para el tema *in comento* se recomienda el texto “El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008”, Alberto Acosta y Esperanza Martínez editores, Ediciones Abya-Yala, primera edición, Quito, 2011.

17 Bernal Pulido, Carlos, El neoconstitucionalismo a debate, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

18 Por ejemplo Michel Villey habla de dos escuelas: aquella en la cual el derecho procede del espíritu del legislador y obedece en principio estrictamente al texto de la ley frente al positivismo científico que tiene otro método, revisar “philosophie du droit. Les moyens du droit”, Précis Dalloz, Toulouse, 1979. Por otro lado, no se puede olvidar la presencia de la integración dentro de las técnicas jurídicas así como las tesis de Norbert Hoerster, en especial aquella que habla del derecho recto basado en la subjetividad. Finalmente, el profesor mexicano Germán Cisneros al hablar de “La teoría pura del Derecho”, de Hans Kelsen, expresa que es amética, pues según ella, la interpretación consiste en escoger, dentro de un margen de posibilidades que la ley señala, alguna de ellas, por un acto de voluntad del Juez, aunque no nos dice a qué criterio haya de ajustarse; algo que hoy, al menos en Ecuador, pretende ser colmado con el uso del derecho de los principios, que dicho sea de paso, siempre han sido fuente de derecho, aunque lamentablemente sistemáticamente han sido omitidos o sencillamente han sido fuente de retórica.

En el primer caso, valiéndose de las tesis de Ferrajoli como positivista crítico, se advierte que cuando el neoconstitucionalismo condiciona la validez de las normas a su contenido de acuerdo con los principios sustanciales y los derechos fundamentales positivizados en la Constitución, no deja de ser positivismo jurídico, sino que lo convierte en positivismo jurídico crítico¹⁹ que llena el subjetivismo existente en la teoría de Kelsen para la aplicación de una de las varias posibilidades que brinda la ley.

En el segundo concepto, defendido por el profesor español Gregorio Peces-Barba²⁰, denominado positivismo corregido, flexible, dúctil y hasta ético, encontramos una teoría particular porque trata de explicar únicamente los Estados constitucionales actuales, pues es en estos sistemas donde la ética pública –en forma de valores, principios y derechos- se ha incorporado al derecho y a la idea de justicia.

En todo caso, Carbonell nos indica que la esencia neoconstitucional la podemos revisar en los textos precisamente tildados de neoconstitucionales, en las prácticas jurisprudenciales y en desarrollos teóricos.

En relación a los textos, las constituciones dejan de ser de contenido político programático y se complementan con normas sustantivas o materiales que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Creo que este tema no ha sido bien entendido, pues la Carta Magna ha generado un modelo concentrador que muchos juristas lo han denominado hiperpresidencialismo²¹, modelo donde el Estado se ha transformado en administrador de derechos en lugar de garantizar la defensa de su observancia.

En este sentido, de nada vale el amplio catálogo de derechos constitucionales que, en principio, busca una relación renovada y justa entre el Estado y los ciudadanos, pues se advierte que en muchos aspectos los derechos son conculcados gracias a la necesidad de obedecer a la mayoría, a una interpretación subjetiva y hasta arbitraria de la Constitución o a la prevalencia de la ley derogada tácitamente por la Constitución. Al respecto, no se pueden olvidar casos en los cuales los servidores públicos no usan las normas constitucionales y lo que es más lacerante tienen temor a su aplicación directa, además se hace necesario un proceso de seguimiento y evaluación a la Corte Constitucional para medir su función como garante de Estado Constitucional y urge una formación integral a todos los operadores jurídicos para que comprendan el valor forense de la Carta Constitucional.

También resulta pertinente hacer la conexión exacta entre el derecho escrito y aquel que se utiliza en la práctica forense y para ello es necesario un proceso de desideologización de conceptos universales como los derechos constitucionales que no tienen categorías ni jerarquías ni se revisten de discriminación en su aplicación, pues los principios y reglas deben aplicarse de forma prudente y justa a todos los sujetos del derecho sin importar su preferencia política o su capacidad económica, tal y como lo dispone el artículo 11 del Código máximo.

19 Jiménez Cano, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008, página 96.

20 *Id.*, páginas 99 a 104.

21 Torres, Luis Fernando, *Presidencialismo Constituyente. La ruta del autoritarismo en el Ecuador*, Editora jurídica Cevallos, primera edición, Quito, 2009.

En lo referente a las prácticas jurisprudenciales, conforme lo resalta el profesor mexicano, el juez constitucional ha debido aprender nuevos modelos interpretativos, pues entran en juego las técnicas de interpretación propias de los principios constitucionales como la ponderación, la proporcionalidad, el efecto irradiación, el principio *pro personae*, etc., sin dejar lado la tarea hermenéutica de los valores constitucionalizados que obligan a la defensa razonable y justificada de la decisión del poder constituyente.

Lamentablemente existe un gran peligro para una eclosión de decisiones o conductas arbitrarias, reñidas con los principios y valores constitucionales, donde la decisión libre o dirigida del juzgador, dependiendo de sus niveles de independencia, puede verse seriamente afectada por la limitación del denominado activismo judicial, ya que los jueces y hasta ciertos servidores públicos no judiciales necesariamente deben cobrar relevancia en la defensa de los derechos mediante las garantías. Si es que no existe activismo, sencillamente no existe neoconstitucionalismo.

Un ejemplo claro de la deficiencia jurisprudencial es el uso interpretativo condicionado o tergiversado de conceptos jurídicos ajenos a la Constitución o de doctrinas que no teniendo relación con la realidad normativa ecuatoriana se utilizan sin técnica jurídica²².

Entonces, urge una adecuada formación de los jueces constitucionales en el derecho de principios, en especial la utilidad y funcionamiento de la llamada ponderación como “forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto”²³. Considero que hace falta mayor estudio de ramas jurídicas antaño aparentemente innecesarias, pero hogaño trascendentales para la administración de justicia, tal es el caso de la Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Antropología Jurídica, Sociología Jurídica, entre otras²⁴.

Finalmente el desarrollo teórico del Derecho debe cada vez más relacionarse con la jurisprudencia y las normas, dejando de lado las disquisiciones meramente teóricas y aisladas que en nada abonan a la práctica forense, sin omitir el espacio necesario de las ramas analíticas y críticas de la *Scientia Iuris*. En esta orientación, ya se ha empezado en el país un incipiente debate doctrinario que ha sido complementado por juristas y estudiosos europeos y norteamericanos que han servido como punto de partida para la comprensión del *Ius Novum*, sino cómo se explica el hecho que autores como Alexy, Zagrebelsky, García Amado, Habermas o Dworkin se encuentren compartiendo espacios académicos y hasta interpretativos con pensadores locales. En este sentido, me parece plausible la publicación de la serie denominada “Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad”, preparada por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos²⁵, desafortunadamente

22 Un interesante artículo escrito por el profesor Farith Simon nos muestra algunas debilidades interpretativas que la Corte Constitucional en transición ha presentado en torno a la noción de derechos fundamentales donde demuestra “la incompreensión de ciertos conceptos y el uso equivocado de algunas fuentes doctrinales del neoconstitucionalismo y el garantismo” así como hace visible el hecho que el obiter dicta es utilizado para mostrar “un arsenal de autores y teorías jurídicas para referirse a la aplicación de normas o instituciones constitucionales en las que no existe disputa o duda de su alcance”. Simon, Farith, La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana”, *Iurisdictio*, Año X No. 13, Universidad San Francisco de Quito, Septiembre 2010.

23 Bernal Pulido, Carlos, *ibídem*, página 12. También leer mi artículo Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *Ius Novus* ecuatoriano, *Iuris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Septiembre-2010, año X No.13.

24 Broekman, Jan, *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*, Temis, Bogotá, 1997.

25 La serie contiene hasta el momento 22 volúmenes entre los que sobresalen “Teoría y práctica de la justicia constitucional” y “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”.

algunos de sus postulados no se han aplicado todavía en la práctica.

III. Jueces constitucionales y Jueces legales

Néstor Pedro Sagüés explica que incluso en aquellos países donde el modelo de control de constitucionalidad se encuentra concentrado en una Corte Constitucional, el juez ordinario no deja de tener una dimensión de "juez constitucional"²⁶. Por ello, en el Ecuador, que presenta un modelo mixto de control de constitucionalidad, los jueces legales también son jueces constitucionales especialmente en aquellos casos que son competentes para resolver las reclamaciones provenientes de las acciones o garantías constitucionales que protegen los derechos constitucionales.

Como se sabe, la justicia constitucional ecuatoriana está conformada por dos espacios diferenciados pero complementarios, a saber: las garantías jurisdiccionales y el control por parte de la Corte Constitucional de la supremacía constitucional²⁷.

En el primer aspecto que nos atañe, me preocupa el proceso de transformación de juez Hermes en juez Hércules, es decir, como se hace para que los jueces legales descritos como mecánicos puedan convertirse en jueces constitucionales guiados por principios constitucionales que ayudan a configurar el Derecho, constituyéndose en una pieza clave de su evolución²⁸. Es un tema que requiere de un proceso de transformación jurídica, institucional y cultural, pues estos mismos jueces legales son los juzgadores de la defensa de los derechos constitucionales, lamentablemente no se ha avanzado en este aspecto.

Además, coincidiendo con Roberto Berizonce, la existencia de una buena administración de justicia constitucional guarda estrecha relación con la independencia judicial sumada al conocimiento de los operadores judiciales de técnicas apropiadas de interpretación.

*"En definitiva, puede aseverarse que el modo e intensidad con que los jueces ejercitan la tutela de las garantías fundamentales de los ciudadanos y el control de constitucionalidad y legalidad es uno de los indicadores más acabados y objetivos del grado de independencia, en las circunstancias concretas. La libertad efectiva que asuman para decidir los casos en que los poderes políticos están involucrados es decisiva y se sobrepone, casi siempre, a las limitaciones derivadas de condicionantes funcionales (autarquía presupuestaria, régimen de gobierno de la magistratura, dotación material, medios tecnológicos disponibles, etc.). Claro que la independencia paralelamente se apuntala a través del régimen apropiado de los nombramientos, la estabilidad en el cargo, la intangibilidad de las remuneraciones y las garantías del proceso de enjuiciamiento disciplinario y político"*²⁹.

En consecuencia, se hace necesario un proceso de formación para que los jueces legales

26 Sagüés, Néstor Pedro, Del Juez legal al juez constitucional en Estado Constitucional No. 1-abril 2011, Editorial Adrus, Lima, 2011, página 25.

27 Zavala Egas, Jorge, Teoría y práctica procesal constitucional, Edilex S. A. editores, Guayaquil, 2011, páginas 102 y 103.

28 Baquerizo, Jorge, Leuschner, Erick, Sobre Neoconstitucionalismo, principios y ponderación. Notas desde la teoría y la filosofía del Derecho, Edilex S. A. editores, Guayaquil, 2011, página 189.

29 Berizonce, Roberto (Coordinador), El Juez y la magistratura. Tendencias en los albores del siglo XXI, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, página 29.

sepan cuando deben desempeñarse como juzgadores constitucionales, debiendo además conocer, en palabras de Sagüés, “qué debe hacer” y “cómo puede desempeñarse”.

Al respecto, un tema que cobra vital importancia como polémica doctrinaria y procesal es la aplicación directa de las normas constitucionales y su relación con el propósito del constituyente. En este particular se han advertido varias debilidades de los jueces legales convertidos en constitucionales:

1) Manipulación de la Constitución, cuando se hace decir a la norma lo que no expresa, o se calla lo que en verdad establece; “todo eso mediante contrabandos normativos e ideológicos que de hecho implican interpretaciones fraudulentas o evasoras de la Constitución”³⁰.

Un aspecto que vale la pena estudiar, aunque sea de forma breve, es aquella famosa sentencia constitucional emitida en contra del diario La Hora³¹ que se orienta supuestamente a rectificar información, pero que a mi juicio, se ha contaminado con un proceso de vaciamiento de la Constitución que obedece a criterios de pura censura y, además, atenta contra los estándares internacionales de derechos humanos, tan preocupante situación me obliga a esbozar una reflexión en torno a la denominada acción de protección, uno de los pilares del nuevo constitucionalismo local.

El objetivo principal de esta garantía jurisdiccional es, sin duda alguna, tutelar los derechos reconocidos en la Constitución y busca amparar o proteger a los ciudadanos de la arbitrariedad de la autoridad pública no judicial así como de las personas naturales o jurídicas del sector privado.

En este sentido, todos los órganos y organismos del sector público, solamente pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas constitucional y legalmente, careciendo, por ello, de prerrogativa alguna para privar de los derechos a los individuos, ciudadanos o personas, menos aún para violarlos.

Precisamente, la Constitución de Montecristi se orienta a forjar un cambio estructural e ideológico al abrazar al neoconstitucionalismo como una nueva categoría en el constitucionalismo y por ello ha insistido en la diferenciación entre el concepto formal y material del Estado constitucional. Al decir, de Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, la distinción estriba en entender que no es un Estado constitucional aquel que cuenta con un texto que se autodenomina Constitución (concepto formal), sino el que cuenta con una Constitución en sentido propio (concepto material), es decir, fruto de la legitimidad democrática y que cuenta con instrumentos que garantizan la limitación del poder y la efectividad de los derechos contemplados en el texto constitucional, por eso, si en la realidad los derechos constitucionales son inobservados por las acciones u omisiones de los poderes públicos, nos encontraremos ante un constitucionalismo aparente o retórico que se aleja de la juridicidad y da pábulo a la arbitrariedad.

Esta garantía, entonces, no está orientada para defender al Estado.

2) Facilismo o resolución frívola de litigios “con citas elementales de normas o principios

³⁰ Sagüés, Néstor Pedro, Del Juez legal al juez constitucional, *Óp.cit.*, p. 30.

³¹ Sentencia pronunciada por el Juez Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha el 12 de noviembre de 2012, ratificada por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha el 12 de enero de 2013.

constitucionales, muchas veces mencionados a granel y sin mayor pulcritud jurídica, interpretados con ligereza, desconociendo los antecedentes y fundamentos de la norma, el propósito del constituyente, el debate doctrinario o jurisprudencial que puede haber detrás de las cláusulas citadas, su necesaria conexión con otras, sus mutaciones y correspondencias, incluso con el derecho subconstitucional que le es afín o complementario”³².

3) Activismo no razonable o sencillamente ilimitado, en el sentido que los jueces aparentemente aplican la Constitución, colman las anomias o resuelven las antinomias, pero en realidad han escrito sus propias ideas o han aplicado un acercamiento *free-form* o subjetivo (ideológico y axiológico) no necesariamente técnico³³ que desborda sus funciones hasta llegar a reescribir las normas constitucionales, algo que ni siquiera la Corte Constitucional puede hacer.

Habría que concluir indicando que los jueces tienen poder, aunque al parecer no lo han comprendido y además no se les ha permitido que lo utilicen, empero, la Constitución ha propiciado que, de forma irreflexiva, todos los operadores judiciales (Jueces, fiscales y abogados) se adhieran a un nuevo paradigma que desconoce toda la ciencia jurídica formal anterior, de esta manera el modelo previo, al menos teórico, de administración de justicia es denostado frecuentemente sin piedad.

Terminamos indicando que los perfiles de los jueces deben cambiar, debiendo contestar a la pregunta efectuada por Herrendorf³⁴: ¿Cómo piensan los jueces que piensan? Por lo pronto, piensan los objetos de la ciencia del derecho con métodos impropios que deben ser corregidos y adaptados al nuevo modelo jurídico, caso contrario, el remedio será peor que la enfermedad, pues podríamos perder todavía más la confianza en los jueces y como dice Carlos Cossio “quien sabe que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas”.

32 *Ibíd.*

33 Schlafly, Phyllis, *The supremacists. The tyranny of judges and how to stop it*, Dallas, 2004 y Roosevelt III, Kermit, *The myth of judicial activism. Making sense of Supreme Court Decisions*, Yale University Press, New Haven and London, 2006.

34 Herrendorf, Daniel, *El poder de los Jueces. Cómo piensan los jueces que piensan*, Abeledo-Perrot, tercera edición actualizada, Buenos Aires, 1998, página 97.

Neoconstitucionalismo en el Ecuador una Mirada al Jurista Ingenuo

Neconstitutionalism in Ecuador a look at the naive jurist

Juan Pablo Aguilar Andrade

Por lo demás, el derecho y la democracia

son construcciones humanas:

dependen de la política y de la cultura,

de la fuerza de los movimientos sociales

y del empeño de cada uno de nosotros.

FERRAJOLI, 2008: 41

Resumen:

A cinco años de la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi, muchas de las proclamas sobre sus bondades, han tenido una incidencia mucho menos importante en el aspecto práctico. Estamos enfrentados a la evidencia de que la sociedad no ha sufrido la transformación radical, que se publicita sí ha tenido el ordenamiento jurídico constitucional -algo que es también discutible-. En medio de una intensa propaganda sobre la novedad del neoconstitucionalismo y la separación del pasado, aparece que la mera reforma normativa, incluso acompañada de grandilocuentes exclamaciones, no es medio suficiente para la transformación social. En cuanto se pretende abstraer el mundo jurídico de los aspectos políticos, se está negando una realidad incontestable.

Abstract

Five years after the entry into force of the Constitution of Montecristi, most of the claims on its merits have had less significant impact on the practical side. We are facing the evidence that society has not undergone a radical transformation as ads say about the constitutional law -something that is also debatable. In the midst of an intense campaign about the novelty of neoconstitutionalism and separation from the past, it appears that the legislative amendment, even accompanied by grandiloquent exclamations, is not enough for a social transformation. When there are pretensions of abstracting the legal aspect from the political context, an incontestable reality is being denied.

Sumario:

I. El Jurista ingenuo. II. Normas ingenuas. III. El Estado de Justicia. IV. La satanización del pasado. V. ¿Un nuevo paradigma? La Corte Constitucional inventa el agua tibia. VI. Sobre textos y actitudes. VII. Adaptación e instrumentación.

I. El jurista ingenuo

Jurista ingenuo es, para Dario Melossi, el “hombre del derecho que cree que los problemas sociales, económicos y políticos y los propios problemas del ordenamiento jurídico, pueden ser resueltos mediante un cambio legislativo”¹.

Sería un error, sin embargo, pensar que el elemento central de esa ingenuidad es la idea de que los textos normativos tienen la virtud de modificar la realidad; de hecho, la mayoría de los juristas ingenuos repite aquello de que no es suficiente con las normas, sino que éstas deben ir acompañadas por actuaciones concretas que las apliquen conforme lo previsto por el legislador.

En realidad, el problema principal se encuentra en la autosuficiencia del jurista ingenuo, en su convencimiento de que la sociedad se dirige desde el mundo del derecho, en su incapacidad para vincular el proceso jurídico con el político y entenderlo como un elemento de este último. No solo eso, sino que la política, para el jurista ingenuo, distorsiona las virtudes de la técnica jurídica; es ella la que altera las sabias prescripciones de las normas y se convierte en obstáculo para que la ley haga todo lo que está en capacidad de hacer.

Cuando abogados y no abogados se manejan con el esquema mental del jurista ingenuo, sus proyectos se agotan en el debate parlamentario, mientras la realidad la configuran quienes ocupan un campo por ellos abandonado: el del proceso social.

Al rodar maltrecho tras embestir a los molinos de viento que su mente ha convertido en gigantes, don Quijote se explica todo como una obra del sabio Frestón, que “ha vuelto estos gigantes en molinos, por quitarme la gloria de su vencimiento”². Tampoco para los juristas ingenuos el problema está en los molinos de viento que su mente ha creado, sino en Frestón, el político o el juez que tergiversa o no aplica como es debido el sabio texto de la norma.

Cuando no se ven los componentes políticos que envuelven la reforma jurídica, el trabajo del jurista se traslada al cielo de las ideas como satisfactorio ensayo de autocomplacencia académica, pero no pasa de ser instrumento al servicio de un proyecto que, en cuanto político, él no ve ni comprende, simplemente porque parte del convencimiento de que todo depende de la correcta redacción de los textos.

En su miopía, el jurista ingenuo transforma mundos en el papel, pero es incapaz de entender qué es en realidad lo que está haciendo, ni a quién sirve con su trabajo; como en su mente solo existe la reforma jurídica, no se le ocurre que esta última puede ser solo una pieza de un proyecto político en el que se juega algo muy distinto al contenido de las normas.

El jurista ingenuo o, mejor, la forma de pensar del jurista ingenuo, ha estado siempre presente en nuestro medio, pero la última Asamblea Constituyente ecuatoriana fue su epifanía.

1 SOZZO Máximo, 2008. Inseguridad, prevención y policía, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Municipio Metropolitano de Quito. 222

2 CERVANTES Miguel de, 2004. Don Quijote de la Mancha, Real Academia Española de la Lengua, Alfaguara, San Pablo (Brasil), edición conmemorativa del IV centenario. parte I, cap. VIII

Ante el llamado para refundar la República y la promesa de construir un nuevo ordenamiento jurídico, muchos acudieron para contribuir con lo mejor de sus esfuerzos y reflexiones a la redacción de una nueva Constitución; y muchos creyeron que cada artículo aprobado era el ladrillo de un mundo mejor, y que al escribir los textos diseñaban una sociedad diferente.

No vivieron, sin embargo, más que una ilusión jurídica, tras la cual se ocultaba un proceso político en el que la redacción de la Constitución era, simplemente, un paso adecuado para consolidar un proyecto de gobierno personalista; todo el proceso constituyente, y los textos que de él salieron, cumplían un papel muy diferente al que le asignaban muchos de sus protagonistas y redactores: eran simplemente un paso necesario para fortalecer un proyecto político, darle buena imagen y permitirle acumular poder.

Durante la campaña previa a la consulta popular que aprobó la Constitución vigente, con el debate centrado en las bondades y defectos de los textos constitucionales, la mente del jurista ingenuo no pudo entender que no estaba aprobando una Constitución, sino entregando el poder total en manos de una persona; y tampoco se le ocurrió que ese poder no se detendría ni siquiera ante los textos tan arduamente trabajados.

Pasaron por alto lo esencial: “una constitución no es el texto escrito en un papel, sino el texto realmente producido por una voluntad de poder”³.

II. Normas ingenuas

El jurista ingenuo produce normas ingenuas y no son pocos los ejemplos que nos entrega la Constitución ecuatoriana, pero sin duda el mejor es el relacionado con la regulación de las garantías, que nos permite ver, además, la forma en que en nuestro medio se confunde el texto académico con el texto normativo.

Cuando se habla de la Constitución de 2008, una de las cosas que se dice de ella es que se trata de una Constitución garantista, y al decirlo se entiende que la norma fundamental no se limita a contener una lista de derechos reconocidos, sino que crea instrumentos para su defensa.

Contra lo que afirma la propaganda, ésta no es una novedad en el constitucionalismo ecuatoriano. Hasta la Constitución de 1978, inclusive, la regulación de los derechos se limitaba a ser una mera declaración cuya efectividad dependía del desarrollo que pudiera darse en la legislación secundaria; era esta última la que establecía medios de defensa contra posibles violaciones de los derechos, y si esos medios faltaban, los derechos quedaban simplemente escritos en la Constitución. La misma noción de garantía, en el sentido en el que se entiende en la actualidad, no existía, y la palabra se usaba como sinónimo de derecho.

Las garantías, en el sentido en que hoy las entendemos, son parte de nuestro

3 CORREAS Oscar, 2004. Teoría del Derecho, México, Fontamara. p. 109

ordenamiento jurídico desde las reformas constitucionales de 1996 (Registro Oficial 863 del 16 de enero de 1996), que establecieron como tales la acción de habeas data (para acceder a los archivos con información personal) y la de amparo (para suspender actuaciones administrativas que afecten uno o más derechos). La Constitución de 2008, si bien introduce varias novedades de no poca importancia en relación con el tema, ni es la creadora de las garantías, ni la que introduce el garantismo en el Ecuador.

Las garantías, entendidas como instrumentos de defensa contra las violaciones de derechos, implican establecer medios para proteger a los afectados; esos medios requieren, necesariamente, la presencia de un tercero neutral, o que pretendemos que lo sea, para que actúe como protector de los derechos presuntamente violentados.

Para la técnica jurídica, esos instrumentos son judiciales. Si lo que existe es un conflicto acerca de la violación de un derecho, es un juez quien debe decidir lo que según el ordenamiento jurídico corresponda, y el hecho de que sea un tercero distinto de las partes involucradas refuerza la posibilidad de un control efectivo sobre posibles abusos o violaciones constitucionales.

No encuentro que la técnica jurídica pueda darnos un instrumento de protección que no sea el jurisdiccional, que actúa por medio de una autoridad distinta de las partes en conflicto, que resuelve si entre ellas se ha producido o no una violación de derechos y adopta las medidas correctivas necesarias.

La Constitución de 2008, sin embargo, pretende innovar en este punto y, junto a las garantías jurisdiccionales establece otra categoría, la de las garantías normativas. ¿Cómo se expresan éstas?

Según los artículos 84 y 85 de la Constitución, las garantías normativas implican, por un lado, que los órganos con potestad normativa tienen “la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales” y, por otro, que en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas y los servicios públicos, se deben cumplir varias disposiciones que apuntan a la efectiva aplicación de los principios constitucionales.

Salta a la vista que lo que tenemos en frente no es una garantía en sentido estricto sino, simplemente, un nada novedoso mandato, dirigido a los poderes públicos, a fin de que adecúen sus actuaciones a los preceptos constitucionales.

Es, entonces, como las listas de derechos en los textos anteriores a 1996, una mera declaración, cuya efectividad depende de la voluntad de cumplirla que tengan los llamados a hacerlo. ¿Qué pasa, me pregunto, si la Asamblea expide leyes inconstitucionales o si las políticas del Ejecutivo contradicen uno o más derechos constitucionalmente reconocidos?

Supongo que deberá recurrirse a las garantías jurisdiccionales, que a la larga acaban siendo las únicas garantías propiamente tales.

El discurso de la norma evidencia, en este punto, sus contradicciones. Si el mandato de los artículos 84 y 85 de la Constitución es una garantía, los poderes públicos cumplirían siempre y en todos los casos con el ordenamiento jurídico y, si esto es

así, las garantías jurisdiccionales estarían demás; pero las garantías jurisdiccionales son necesarias, precisamente porque los artículos citados se incumplen o, en otras palabras, porque son una simple declaración que puede ser interesante y hasta necesaria, pero que nada garantiza.

No implica esto desconocer que, desde el punto de vista teórico, la existencia misma de un ordenamiento jurídico puede concebirse como una garantía, en la medida en que confiere determinados derechos a las personas y establece límites para el ejercicio del poder. Es la distinción que Ferrajoli establece entre garantías primarias, esto es, las “obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados”, y secundarias o jurisdiccionales, que se activan cuando fallan las primeras⁴.

Esta, sin embargo, es una distinción académica que tiene un espacio muy preciso, y ese espacio no es el de la norma. Es evidente la relación entre el texto constitucional y la teoría constitucional, pero quien redacta una Constitución no teoriza, sino que hace una aplicación práctica de la teoría; y para esa aplicación práctica, los derechos no se defienden con una simple declaración que obligue a cumplirlos, sino con instrumentos jurisdiccionales que permitan protegerlos ante cualquier violación.

Aquí se ve cómo, para el jurista ingenuo, el sueño y la teoría no son el sustento de una práctica, sino un tranquilizador sustituto del difícil ejercicio de poner los pies sobre la tierra.

Las supuestas garantías normativas en nada se diferencian de otros mandatos de cumplimiento que abundan en el texto constitucional, como el que establece el respeto a los derechos como el más alto deber del Estado (art. 11:9) o la disposición de generar condiciones para la protección integral de los habitantes (art. 341); pero cuando se las califica como garantías, el discurso constitucional busca vendernos la idea del Estado protector, del que surgen normas y políticas que responden a, y garantizan los, derechos de las personas.

Esto porque la noción de garantía normativa no se incluye por casualidad en la Constitución, sino que es parte de un diseño que apunta a fortalecer eso que Ferrajoli llama la ilusión de un poder bueno⁵.

El Estado de justicia

El primer artículo de la Constitución califica al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, lo que constituye, hasta donde sé, una novedad absoluta en la historia del constitucionalismo.

Del Estado se puede predicar que es un estado Constitucional si la organización social se basa en normas y principios reconocidos en un texto constitucional; podría incluso decirse que es un Estado de derechos porque esa organización se somete a los derechos, aunque no deja de parecerme una expresión poco feliz, porque a la larga,

4 FERRAJOLI Luigi, 2008. Democracia y garantismo, Madrid, Trotta. p. 64

5 FERRAJOLI Luigi, 2008. Democracia y garantismo, Madrid, Trotta. p. 62

salvo que pensemos que los derechos son obra de la divinidad o de la razón natural, y no construcciones humanas, habrá que remitirse a un ordenamiento que los reconozca.

Pero sostener que un Estado puede calificarse como de justicia es caer, de lleno, en las redes de la justificación ideológica, es presentar un orden determinado como justo, calificar al Estado como productor de justicia y, en consecuencia, considerar como bueno y digno de aceptación todo lo que de él provenga.

El concepto de lo justo depende de valoraciones individuales o grupales y, en esa medida, de las circunstancias particulares de cada persona, de “móviles de orden psicológico”⁶, como diría Kelsen y no de constataciones científicas o deducciones racionales. En otras palabras, considerar algo como justo o injusto depende de un juicio de valor, no de una comprobación científica.

Cuando se califica a un Estado como de justicia, y se dice que es tal porque debe someterse a esta última, es preciso, para establecer cuándo alguien se desvía del mandato constitucional, que haya quien califique qué es lo justo y qué lo injusto, y quien lo hará será, obviamente, quien tenga poder para ello.

Si el Estado es constitucional, nos remitimos a la Constitución; si aceptamos que es de derechos, son éstos los que deben ser consultados; pero si lo que tenemos es un Estado de justicia, dependemos en última instancia del criterio, de las valoraciones y de los intereses de alguien, y ese criterio, esas valoraciones e esos intereses se transforman en buenas y correctas, porque se envuelven con el velo de la justicia.

Cuando se dice que el Ecuador es un Estado de justicia, entonces, lo que se hace es dotar al poder de un instrumento para justificarse, para mostrar como buenos y queridos por todos, los que no son sino intereses concretos de grupos y personas que, mágicamente, se convierten en expresión de la justicia y adquieren el prestigio que a ésta se reconoce. Lejos de servir a los derechos, el Estado de justicia “hace reposar en el poder del Estado la interpretación de ‘la Justicia’, sin tener un referente claro ‘del Derecho’”⁷.

En palabras de Kelsen, “cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural”⁸.

El derecho es un discurso que pretende velar su carácter de “producto de la voluntad de poder”⁹, pero la tarea del jurista crítico es develar, no contribuir al ocultamiento.

Lo que existe, en el fondo, es la necesidad que tiene el jurista ingenuo de buscar un referente externo, un mundo seguro en el que los valores estén definidos de antemano por un dios imaginado o por una autoridad de carne y hueso, un mundo en el que los peligros de optar se sustituyan por la seguridad de obedecer.

6 KELSEN Hans, 1960. Teoría pura del Derecho, Buenos Aires, Eudeba. p. 60.

7 VEGA UGUALDE Silvia, 2008. “Igualdad y diversidad en la formulación de los derechos”, en Nueva Constitución, Quito, ILDIS, p. 87.

8 KELSEN Hans, 1960. Teoría pura del Derecho, Buenos Aires, Eudeba. p. 62-63.

9 CORREAS Oscar, 2004. Teoría del Derecho, México, Fontamara. p. 119.

Otra vez habla Kelsen:

El punto de vista según el cual los principios morales constituyen solo valores relativos no significa que no sean valores. Significa que no existe un único sistema moral, sino varios, y hay que escoger entre ellos. De este modo el relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo. Evidentemente, esto supone una responsabilidad muy seria, la mayor que un hombre puede asumir. Cuando los hombres se sienten demasiado débiles para asumirla, la ponen en manos de una autoridad superior: en manos del gobierno o, en última instancia, en manos de Dios. Así evitan el tener que elegir. Resulta más cómodo obedecer una orden de un superior que ser moralmente responsable de uno mismo. Una de las razones más poderosas para oponerse apasionadamente al relativismo es el temor a la responsabilidad personal. Se rechaza el relativismo, y todavía peor, se interpreta incorrectamente, no porque sea poco exigente moralmente, sino porque lo es demasiado¹⁰.

La satanización del pasado

Uno de los espacios en que mejor se expresa el hecho de que la Constitución aprobada en Montecristi fue menos un texto jurídico que un paso necesario para consolidar un proyecto político, es el que podríamos denominar espacio de la propaganda constitucional.

El sentido de esa propaganda no ha sido, en lo fundamental, conseguir que la ciudadanía se apropie de las instituciones constitucionales, sino consolidar al régimen con la imagen de una Constitución que inaugura un mundo nuevo, radicalmente distinto del nefasto pasado.

Esto, desde el mundo de lo jurídico, ha llevado a la descalificación del texto constitucional de 1998, al que se ha hecho cargar con todos los males de la República; y para hacerlo se ha recurrido a una serie de argumentos que, o carecen de solidez doctrinaria, o rayan peligrosamente en la deshonestidad intelectual.

Lo más común es referirse a la codificación constitucional de 1998 como un cuerpo normativo neoliberal, que abrió las puertas a la privatización y desmanteló el Estado. Olvidan, quienes eso sostienen, que el proceso privatizador precedió a los textos de 1998 y no fue una consecuencia de ellos. En efecto, las reformas fundamentales que sufrió el ordenamiento jurídico en esta materia se hicieron mientras estaba en vigencia la Constitución de 1979, que incluía normas bastante parecidas a las de la Constitución actual, definían sectores estratégicos de la economía y reservaban determinados campos a la actividad estatal; basta con revisar los artículos 46 de la Constitución de 1979 y 313 al 318 de la vigente.

Como parte de la estrategia de satanización ha sido muy útil, también, el recurso a comparar peras con manzanas.

10 KELSEN Hans, 1982. ¿Qué es justicia?, Barcelona, Ariel. p. 59-60.

Un buen ejemplo es la comparación que, en materia de garantías, realiza Ramiro Ávila (2008) entre los textos de 1998 y 2008. Ese análisis se hace sobre la base de comparar dos cosas diferentes: mientras la nueva Constitución es vista como superior a partir de lo que promete su texto, a la anterior se la juzga sobre la base de la forma en que sus disposiciones fueron aplicadas.

Esto se ve claramente cuando en el análisis en referencia se incluye un cuadro¹¹ en el que se afirma que la acción de amparo del texto de 1998 se refería a un grupo determinado de derechos, pese a que en la página anterior se había dicho, con una transcripción del texto constitucional, que la garantía, “en teoría”, protegía cualquier derecho¹². Sabemos que, en la práctica, el Tribunal Constitucional de ese entonces optó por restringir el ámbito de los derechos protegidos, pero ese no era un problema del texto constitucional sino de la práctica concreta de los jueces.

Idéntica diferencia entre textos y realidades encontramos en el caso de las nociones de “acción cautelar” y “acción de conocimiento”. Según Ávila, el texto de 1998 se refiere a la acción de amparo como una acción cautelar, mientras que la Constitución vigente crea la acción de protección como una acción de conocimiento¹³. En realidad, ninguno de los textos constitucionales de 1998 impedía a un juez interesado en desarrollar todas las posibilidades de una acción como la de amparo, calificarla como de conocimiento; de hecho, incluso autores como Rafael Oyarte, que sostenían la naturaleza cautelar del amparo, reconocían que el tema era objeto de polémica y que había quienes sostenían que se trataba de un proceso declarativo y de conocimiento¹⁴.

El carácter excepcional de las garantías constitucionales, el hecho de que operen solo cuando no exista otra vía para reparar las violaciones a los derechos es, según Ramiro Ávila, un defecto que habría superado la Constitución de 2008¹⁵. Sin duda, eso es lo que se pretendió hacer al redactar los textos constitucionales, pero en las reglas dictadas inicialmente por la Corte Constitucional (Registro Oficial 466 del 13 de noviembre de 2008, arts. 43:3), primero, y en los artículos 27 y 123 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, después, se incluyeron disposiciones que contradicen esta aspiración.

Vale recordar, frente a esto, que tanto la doctrina como la jurisprudencia sobre la acción de amparo venían reconociendo que esta última, conforme al texto constitucional de 1998, podía “interponerse aunque existan otras vías de impugnación del acto materia de la garantía y que las mismas no hayan sido agotadas”¹⁶

Cuando compara las garantías existentes en las dos constituciones, Ávila establece una contundente superioridad de la de 2008, que incluiría doce garantías frente a

11 ÁVILA Ramiro, 2008. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”, en Ramiro Ávila y otros, *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, p.97.

12 *Ibidem*

13 *Ibidem*

14 OYARTE Rafael, 2006. *La acción de amparo constitucional*, Quito, Fundación Andrade & Asociados. p. 167.

15 ÁVILA Ramiro, 2008. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”, en Ramiro Ávila y otros, *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, p.91-92.

16 OYARTE Rafael, 2006. *La acción de amparo constitucional*, Quito, Fundación Andrade & Asociados. p. 173.

las tres escasas del texto de 1998¹⁷. No toma en cuenta, sin embargo, que si bien la acción de incumplimiento no existía como tal en la codificación constitucional de 1998, bien podía desarrollarse a partir de la acción de amparo, prevista también para el caso omisiones de las autoridades públicas¹⁸; lo mismo ocurre con el amparo judicial, regulado por el Código de Procedimiento Penal, pese a que no constaba en el texto constitucional, y con la acción de acceso a la información, ausente de la Constitución pero vigente en virtud de mandatos legales, precisamente porque no había norma constitucional que se opusiera a su existencia; en este último punto, la Constitución de 2008 no innova, simplemente constitucionaliza normas que antes tuvieron rango de ley.

En realidad, un análisis que compare textos con textos y evalúe adecuadamente el carácter de las garantías, descalificando como tales a las llamadas normativas, por las razones que se anotaron anteriormente, muestra que en durante la vigencia de la codificación constitucional de 1998 existieron cinco garantías, tres constitucionales y dos legales, mientras que la Constitución vigente regula seis garantías jurisdiccionales.

No pretendo sostener, sería absurdo, que las dos últimas constituciones dicen, en este punto, lo mismo, y que no hay ningún aporte sustancial en el texto de 2008. Todo lo contrario, este último aporta indudables y sustanciales mejoras a las regulaciones de 1998, pero hay una gran diferencia entre perfeccionar lo existente y crear algo completamente nuevo.

En realidad, los problemas de la anterior Constitución estuvieron menos en los textos que en la actuación concreta de los jueces constitucionales; más en el recelo del Tribunal Constitucional para avanzar en el camino de las garantías de los derechos, que en prohibiciones o limitaciones constitucionales. Claudia Escobar lo explica muy bien al comparar la actuación de la Corte Constitucional colombiana y la de nuestro Tribunal Constitucional:

En términos generales puede sostenerse que en el caso colombiano la Corte Constitucional ha intentado asumir una suerte de activismo judicial que implica el establecimiento de un sistema “fuerte” de control constitucional. Este tipo de control ha permitido que las sentencias constitucionales tengan un papel preponderante, dentro del sistema de fuentes del derecho, aun por encima de las leyes y demás actos normativos que hacen parte del ordenamiento jurídico. En el caso ecuatoriano, el Tribunal Constitucional ha asumido el papel de “legislador negativo”, instaurando un sistema “débil” de control constitucional, en el que otras fuentes del derecho determinan los alcances del proceso político y normativo¹⁹.

¿Un nuevo paradigma? La Corte Constitucional inventa el agua tibia

La Corte Constitucional es la que mejor ha expresado esa idea del nuevo comienzo, que parte de entender la entrada en vigencia del texto constitucional de 2008 como la

17 ÁVILA Ramiro, 2008. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”, en Ramiro Ávila y otros, Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, p.98.

18 OYARTE Rafael, 2006. La acción de amparo constitucional, Quito, Fundación Andrade & Asociados. p. 103-111.

19 ESCOBAR Claudia, 2006. “Prácticas constitucionales y discrecionalidad judicial”, en Foro, Revista de Derecho, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, número 6, p. 23.

instauración de un “nuevo paradigma constitucional”, pues se habría dejado atrás la Constitución “programa político” y se establecería, por fin, una Constitución concebida como “norma jurídica directamente aplicable” y fuente del resto del ordenamiento (suplemento del Registro Oficial 451 del 22 de octubre de 2008).

A partir de estas ideas se ha aceptado, sin beneficio de inventario, que la Constitución de Montecristi instala el neoconstitucionalismo en el Ecuador y, al hacerlo, produce un cambio radical en el constitucionalismo ecuatoriano, por medio de lo que Riccardo Guastini denomina constitucionalización del ordenamiento jurídico²⁰.

Pese a la espectacularidad de las declaraciones, la promocionada transformación jurídica no pasa de ser un discurso que, consciente o inconscientemente, encubre la realidad tras el velo del nuevo comienzo y de la construcción de una República radicalmente distinta de la que le antecedió.

En efecto, la misma Corte de Transición, en una sentencia interpretativa de noviembre de 2008 (Registro Oficial 479 del 2 de diciembre de 2008), repite su idea de que la nueva Constitución “establece por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana, una nueva forma de Estado”, y enumera las características que, según ella, definen esa novedad:

- a) Existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley;
- b) Carácter normativo y fuerza vinculante de toda la Constitución;
- c) Control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales;
- d) Aplicación directa de la Constitución; y,
- e) Interpretación constitucional a cargo de un Tribunal o una Corte Constitucional.

Aunque los integrantes de la Corte de Transición fueron miembros del Tribunal Constitucional en la parte final de lo que consideraban la vieja forma de Estado, parecen no haberse percatado de que al menos cuatro de esas “novedosas” características existían ya en el anterior esquema constitucional.

La rigidez y la no modificabilidad de los textos constitucionales por medio de una ley ordinaria, estaban aseguradas por el artículo 282 de Constitución anterior: el famoso “candado”, que tanto se criticó en su momento y que actuó como una eficiente barrera contra reformas constitucionales coyunturales.

El carácter normativo, la fuerza vinculante y la aplicación directa de la Constitución, eran también parte del texto constitucional de 1998 y basta ver, para comprobarlo, sus artículos 18, 272, 273 y 274. Estas características fueron, por otra parte, estudiadas por la doctrina ecuatoriana²¹ y autores como Julio César Trujillo afirmaron en su

20 GUASTINI Riccardo, 2009. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, p. 49.

21 ZAVALA Jorge, 2003. *Introducción al Derecho Administrativo*, Guayaquil, Edino, p. 62; OYARTE Rafael, 2006. *La acción de*

momento²², refiriéndose precisamente a la Constitución que estuvo vigente hasta octubre de 2008, que ésta, “como norma jurídica es directa e inmediatamente aplicable”.

Las garantías jurisdiccionales no son, tampoco, como se ha visto, creación de la Constitución de Montecristi, y fueron introducidas en nuestro Derecho incluso antes de la codificación constitucional de 1998.

Solo la interpretación de la Constitución a cargo de la Corte Constitucional es una institución nueva en el Derecho Constitucional ecuatoriano, pero ni ésta, ni el hecho evidente de que en materia de garantías constitucionales se han introducido cambios y mejoras de no poca monta, autoriza a sostener que lo que se vive es, para repetir las palabras de la Corte de Transición, un “nuevo paradigma constitucional”.

La afirmación de que el neoconstitucionalismo se instala en el Ecuador en octubre de 2008 es un mito, pero un mito útil para la legitimación gubernamental, que se construye a partir de una retórica de lo nuevo y de la descalificación del pasado.

El neoconstitucionalismo no es una novedad en el Ecuador: al menos desde la década del noventa del siglo pasado ha sido parte, tanto del debate doctrinario, como de los textos constitucionales; “descubrir” a estas alturas su existencia es lo mismo que inventar el agua tibia.

También en este caso, cuando la Corte Constitucional sostiene que es la Constitución de Montecristi la que declara “al Ecuador dentro del paradigma del neoconstitucionalismo latinoamericano” y produce “una revolución conceptual y doctrinaria” (Registro Oficial 479 del 2 de diciembre de 2008), se utiliza la falacia de comparar los textos de la Constitución vigente, con la forma en que fue aplicada la que le antecedió, esto es, se juzga al ordenamiento anterior por lo que ocurrió realmente, y al vigente por lo que se dice que va a ocurrir.

Esto se ve con claridad en la décima nota al pie que se incluye en el documento por medio del cual se estableció la Corte de Transición (suplemento del Registro Oficial 451 del 22 de octubre de 2008); dicen ahí los integrantes del extinto Tribunal Constitucional, en trance de convertirse en magistrados de la Corte, que “pese a las múltiples manifestaciones retóricas incluidas en muchas de las Constituciones históricas Ecuatorianas y particularmente en las de 1979 y 1998 según las cuales Ecuador es un ‘Estado Social de Derecho’, en Ecuador nunca hubo Estado social porque no se produjeron ninguno de sus elementos esenciales”.

Según la Corte de transición, las declaraciones constitucionales no pasaron de ser simples manifestaciones retóricas y el “Estado Social de Derecho” nunca llegó a existir. ¿Qué virtud especial confiere la Corte a los textos de la Constitución vigente, para pensar que éstos sí serán capaces de modificar la realidad?

Bien pensada, la cosa es aún más grave. Los integrantes del Tribunal que debía velar

amparo constitucional, Quito, Fundación Andrade & Asociados. p. 27.

22 TRUJILLO Julio César, 2006. Teoría del Estado en el Ecuador, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional. p.142

por el orden constitucional en la etapa final de vigencia de la anterior Constitución, confiesan que nada hicieron para cumplir los mandatos que emanaban de la declaración del Ecuador como Estado Social de Derecho; tuvieron que esperar un nuevo texto constitucional para descubrir el neoconstitucionalismo, la aplicación directa de la Constitución y la primacía de los derechos, que existían pero no fueron capaces de ver antes de octubre de 2008.

Sobre textos y actitudes

Si bien los textos son importantes, un ordenamiento jurídico no puede ser juzgado únicamente a partir de ellos; la referencia a la realidad es ineludible.

Y, sobre todo, no es admisible que se satanice una norma por la manera en que fue aplicada, o ignorada, y se alabe otra solo a partir de sus promesas.

Un verdadero cambio de paradigma implica no solo normas con una orientación distinta, sino actuaciones cualitativamente diferentes, impregnadas por esa nueva orientación normativa. Riccardo Guastini, habla de “constitucionalización” para referirse a “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”²³.

Siete condiciones considera Guastini que son necesarias para que pueda producirse esa constitucionalización:

- a) La existencia de una Constitución rígida;
- b) El establecimiento de garantías jurisdiccionales de la Constitución;
- c) La fuerza vinculante de la Constitución;
- d) La sobreinterpretación de la Constitución, para extraer de ella todos sus contenidos implícitos;
- e) La aplicación directa de las normas constitucionales;
- f) La interpretación de las leyes conforme a la Constitución; y,
- g) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas²⁴ (2009: 50-58).

Si bien se requiere que se cumplan todas estas condiciones para que pueda hablarse de constitucionalización, las dos primeras son las que Guastini considera necesarias, “en el sentido de que la constitucionalización no es ni siquiera concebible en su ausencia”²⁵.

23 GUASTINI Riccardo, 2009. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (ed.), Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, pp. 49.

24 *Ibidem*

25 *Ibidem*

Como puede verse, esas dos primeras condiciones son normativas y sin duda estaban presentes en los textos constitucionales de 1998 y 2008. Las otras, si bien pueden tener expresión normativa, dependen menos de los textos constitucionales que de la actitud de la ciudadanía y, fundamentalmente, de los juristas y de los actores políticos; son esas, precisamente, las condiciones que si han existido en el Ecuador, ha sido solo de manera esporádica y aislada.

Y el problema es que si las dos primeras no vienen acompañadas por las siguientes, quedan reducidas a textos inútiles, ilusiones jurídicas incapaces de incidir en la realidad.

Es claro, entonces, que si bien los textos pueden marcar un sendero, un nuevo paradigma solo puede provenir de actitudes cualitativamente diferentes.

Adaptación e instrumentación

Pronto la Constitución de Montecristi cumplirá cinco años y no parece que la nueva era anunciada por la Corte de transición exista más allá de los textos y la retórica.

Abundan los ejemplos que muestran que la forma de entender el Derecho, la manera en que se utilizan los textos y el papel que se asigna a la Constitución, siguen siendo los mismos, aunque el ropaje que hoy los envuelve esté impregnado de invocaciones al neoconstitucionalismo o de citas de autores que no se reconocerían en las consecuencias que se extraen de sus palabras.

Basta con ver la forma en que la Corte de transición ejerció su competencia de control de las declaratorias de estado de excepción²⁶, o cómo la misma Corte limitó el alcance de la acción de protección, calificándola como residual, por medio de una norma reglamentaria que luego se incorporaría a la Ley de Control Constitucional.

Es que la tarea de modificar un paradigma jurídico no parte de la reforma legislativa, sino de la transformación de las mentalidades. Difícilmente los abogados que se han formado en la escuela del más rígido y pedestre formalismo, podrán aceptar razonamientos que vayan más allá de la aplicación mecánica de las normas. Nuestro medio no es propicio a la argumentación jurídica y solo encuentra seguridad en la cita de textos normativos.

Un funcionario administrativo preferirá siempre aplicar una disposición reglamentaria, que aceptar un razonamiento que, a partir de principios constitucionales, le demuestre que esa disposición no debería ser tomada en cuenta; y esto no solo porque cree que esa es la forma en que se debe proceder, sino también porque es la única manera de sentirse tranquilo frente a entes de control poco propensos a entender sofisticaciones constitucionales.

Cuando la modificación de los paradigmas se limita a ser modificación de textos, ni las ideas más innovadoras son capaces de alterar la racionalidad imperante.

26 AGUILAR Juan Pablo, 2010. Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción”, en *Iuris Dictio*, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, No. 13, pp. 59-89.

En esos casos, la reforma normativa produce dos consecuencias: adaptación e instrumentación.

Máximo Sozzo, en su análisis sobre la reforma policial en Argentina, ha mostrado lo primero al establecer que la simple reforma legislativa no produce otra cosa que la generación de estrategias de actuación distintas, para seguir haciendo exactamente lo mismo²⁷.

En el Ecuador, funcionarios judiciales y administrativos hacen gala de un nuevo lenguaje y, siguiendo la línea trazada por la Corte de transición, ponderan el “nuevo paradigma constitucional”; pero tras la modificación del discurso no se encuentra una actuación distinta, simplemente, el vino viejo se ha puesto en odres nuevos.

La forma en que ha operado la acción de protección es un buen ejemplo de ello.

Para los entusiastas constituyentes de Montecristi, era mejor prescindir de jueces especializados para el conocimiento de las acciones constitucionales; encargar estas últimas a cualquier juez, pensaron, haría que la Constitución se convierta en el instrumento fundamental de la actividad judicial.

En la práctica, para un juez abrumado por expedientes propios de su especialidad, una acción constitucional es menos un motivo para estudiar Derecho Constitucional, que una molesta carga de la conviene librarse lo más pronto posible. Y es esto último, precisamente, lo que se hace: los argumentos neoconstitucionales se convierten así en discurso que permite dar buena cara y mostrar como actualizadas y acordes a los “nuevos vientos constitucionales” las decisiones, por otro lado frecuentes, que rechazan acciones de protección.

Si la adaptación es la lógica respuesta de toda burocracia a las pretensiones reformistas que vienen de fuera, la instrumentación es la cara perversa del discurso “neoconstitucional”.

Rogelio Pérez Perdomo, al analizar la falta de concordancia entre las declaraciones constitucionales del siglo XIX y las realidades económicas y sociales que marchaban en sentido contrario, sostenía que el espacio normativo cumplía una función ideológica, entendiendo ideología como visión distorsionada de la realidad: “el ordenamiento formal... otorga buena conciencia a la élite, permitiéndole presentarse a sí misma como actora del progreso”²⁸.

En el Ecuador de hoy, la acumulación de un poder personal concentrado en el jefe del Ejecutivo tiene que justificarse de alguna manera, tanto hacia afuera para generar adhesión social, como hacia adentro para tranquilizar la conciencia. En lo jurídico, esa justificación se vale de un discurso constitucional que se identifica con la democracia y la defensa de los derechos, pero que aquí y ahora no cumple un papel democrático ni garantista y se limita a ser lo que es cualquier máscara en cualquier representación.

27 SOZZO Máximo, 2008. Inseguridad, prevención y policía, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Municipio Metropolitano de Quito. p. 219-223

28 PÉREZ PERDOMO Rogelio, 1978. El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano, Caracas, Monte Ávila Editores. p. 99.

El solo ejemplo de la criminalización de la protesta y los juicios por terrorismo muestra que la realidad ecuatoriana encaja difícilmente en el paradigma garantista.

Ante eso, el jurista ingenuo sigue sin entender que una sociedad diferente puede construirse con el Derecho, pero no desde el Derecho; no comprende que la redacción de textos no sustituye a los procesos sociales y protesta porque las normas tan trabajosamente elaboradas no sirvan para lo que se pensó originalmente.

La ingenuidad, sin embargo, no convierte a nadie en inocente.

Hoy, cuando empiezan a aparecer los arrepentidos y los que no pensaron que las cosas podían darse como se están dando, es bueno recordar un hecho olvidado, pero decisivo.

En diciembre de 2007, en Dayuma, un grupo de ciudadanos obstaculizó la vía que conducía a un pozo de Petroproducción. El Presidente de la República respondió con la declaratoria de estado de emergencia (Decreto Ejecutivo 770, Registro Oficial 231 de 13 de diciembre de 2007) y la detención violenta de varios ciudadanos, entre los que se encontraba la Prefecta de la provincia, Guadalupe Llori, bajo la acusación de terrorismo organizado²⁹. Fue necesaria una declaración de amnistía de la Asamblea Constituyente para que los presos pudieran salir en libertad luego de varios meses en prisión (segundo suplemento del Registro Oficial 343 de 22 de mayo de 2008).

El 10 de diciembre de 2007, estos hechos se plantearon ante la Constituyente de Montecristi, pero el pleno de la Asamblea resolvió que ese no era el espacio para tratarlos. Los procesos judiciales deben seguir adelante porque solo por medio de ellos se puede saber quién es culpable y quién inocente, sostuvo María Paula Romo, mientras Pedro de la Cruz afirmó que la Asamblea debía dedicarse a resolver los problemas estructurales y no temas puntuales; María Molina recogió, pintándolo de otro color, el viejo argumento de la derecha: hay que cuidarse de la manipulación del tema de los derechos humanos; y Trajano Andrade negó a “quienes antes violaron los derechos humanos” la posibilidad de reclamar al gobierno; finalmente, Gabriel Rivera hizo un llamado a cerrar filas alrededor del Presidente: “que a nadie le quepa la menor duda del férreo e irrenunciable apoyo de estos asambleístas del Movimiento País hacia nuestro Presidente, porque es el buque insignia de la revolución ciudadana”³⁰.

29 CEDHU, 2007. “Dayuma: criminalización de la protesta social”, en *Derechos del Pueblo*, Quito, número 162, 2007, p. 11.

30 ASAMBLEA CONSTITUYENTE, 2007 *Actas de la Asamblea Nacional Constituyente*, Montecristi, Acta 007, 10 de diciembre.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR Juan Pablo, 2010 “Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción”, en *Iuris Dictio*, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, No. 13, pp. 59-89.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE, 2007 *Actas de la Asamblea Nacional Constituyente*, Montecristi, Acta 007, 10 de diciembre.

ÁVILA Ramiro, 2008, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”, en Ramiro Ávila y otros, *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, pp.89-109.

CEDHU, 2007 “Dayuma: criminalización de la protesta social”, en *Derechos del Pueblo*, Quito, número 162, 2007, p. 11. CERVANTES Miguel de, 2004 *Don Quijote de la Mancha*, Real Academia Española de la Lengua, Alfégar, San Pablo

(Brasil), edición conmemorativa del IV centenario.

CORREAS Oscar, 2004 *Teoría del Derecho*, México, Fontamara.

ESCOBAR Claudia, 2006, “Prácticas constitucionales y discrecionalidad judicial”, en *Foro*, Revista de Derecho, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, número 6, pp. 5-26.

FERRAJOLI Luigi, 2008 *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta.

GUASTINI Riccardo, 2009 “La institucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, pp. 49-73.

KELSEN Hans, 1960 *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba.

En “El Juicio de Núremberg”, la película de Stanley Kramer, Abby Mann, el guionista, nos presenta el diálogo final entre Ernst Janning (Burt Lancaster), el juez alemán condenado a cadena perpetua, y Dan Haywood (Spencer Tracy) el juez norteamericano que lo condenó.

Créame, dice Janning, nunca me imaginé que podía llegarse a tanto abuso.

La primera vez que usted condenó a un inocente sabiendo que lo era, le contesta Haywood, ya llegó a eso.

En el Ecuador llegamos a la criminalización de la protesta, a las persecuciones, procesos penales y sentencias de las que estamos siendo testigos, y a las que vendrán en el futuro, el 10 de diciembre de 2007, cuando un grupo de asambleístas prefirió no ver los atropellos contra los que siempre había reclamado y sacrificó los derechos de las personas en el altar de las conveniencias políticas.

KELSEN Hans, 1982 *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel.

OYARTE Rafael, 2006 *La acción de amparo constitucional*, Quito, Fundación Andrade & Asociados.

PÉREZ PERDOMO Rogelio, 1978 *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*, Caracas, Monte Ávila Editores.

SOZZO Máximo, 2008 *Inseguridad, prevención y policía*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Municipio Metropolitano de Quito.

TRUJILLO Julio César, 2006 *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional.

VEGA UGUALDE Silvia, 2008 “Igualdad y diversidad en la formulación de los derechos”, en *Nueva Constitución*, Quito, ILDIS, pp. 86-101.

ZAVALA Jorge, 2003 *Introducción al Derecho Administrativo*, Guayaquil, Edino.

El Activismo Judicial en la era Neoconstitucional

Judicial Activism in the neoconstitutional era

Luis Fernando Torres

Presidente de la Corporación Autogobierno y Democracia F.A. Hayek que publica la Revista Debate Constitucional. Autor del libro "Presidencialismo Constituyente". www.cad.org.ec

Resumen:

Ante el vehemente avance de los postulados neoconstitucionalistas, tanto en el ámbito normativo constitucional formal, cuanto en las actuaciones de jueces constitucionales, nos encontramos en un nuevo escenario, marcado por el denominado activismo judicial. Alejados de la aplicación de normas o reglas, la aplicación de principios y valores, constituyen herramientas poderosas puestas a disposición de jueces y que tiene el potencial de resultar en una marcada discrecionalidad, que a su vez puede poner las decisiones judiciales al servicio de intereses o ideologías. Considerando la innegable realidad del panorama jurídico nacional, cabe analizar también las connotaciones de la constitucionalización del derecho privado, como reafirmación de la transversalidad del Estado en la sociedad y como amenaza a las libertades individuales.

Abstract

Facing the intense advancement of neoconstitutionalism statements, not only in the constitutional regulation, but also in the actions of constitutional judges, we are in a new stage, marked by the so called judicial activism. Far from the application of standards or rules, the application of principles and values, gives judges a powerful tool that can result in a marked discretion, which in turn can make judicial decisions to service private interest or ideologies. Considering the undeniable reality of the national legal scenery, it is also important to analyze the connotations of the constitutionalization of private law, as a reaffirmation of the mainstreaming of the state in society and a threat to individual liberties.

Sumario:

I. Del Gobierno de las Leyes al Gobierno de los Jueces. II. La magnitud de la Constitucionalización del Derecho Privado. III. Entre la aplicación directa y la eficacia jurídica. IV. Colofón

I. Del gobierno de las leyes al gobierno de los jueces

I. 1. El activismo judicial en Estados Unidos El activismo judicial en Estados Unidos.

Una de las mayores conquistas del civismo democrático y republicano fue la de haber pasado del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes¹. El constitucionalismo estadounidense se desarrolló alrededor de esa gran conquista conceptual, socavada, lamentablemente, por el recurrente activismo judicial del Tribunal Supremo, cuyos jueces, en no pocas sentencias, interpretaron la Constitución a la luz de sus preferencias personales, con una lectura coyuntural de los derechos y los principios constitucionales. El activismo judicial, practicado, inclusive, con más audacia y fuerza en los niveles inferiores de la estructura judicial estadounidense, se convirtió, para los originalistas, positivistas y adherentes a la voluntad democrática expresada por el legislador, en el pretexto para que los jueces desconozcan el valor y la eficacia de las leyes e incursionen en el proceso político. Así, del gobierno de las leyes, en el que soñaron los fundadores de la república, se ha retornado al gobierno de los hombres, esta vez, togados y vestidos de negro².

Es histórica la forma como los activistas y liberales³ en el Senado estadounidense, liderados por Ted Kennedy, bloquearon, hace 25 años, la nominación al Tribunal Supremo del famoso Juez conservador Robert Bork⁴, quien, desde la judicatura y la Facultad de Derecho de Yale, revolucionó, con una visión originalista, la legislación sobre carteles económicos (antitrust law) para orientarla en beneficio de los consumidores, sin que adquiriera una proyección en contra de la competencia. Su pecado judicial fue haber deslegitimado a los jueces que sentenciaban sobre la base de sus puntos de vista personales. Decía que los jueces que miraban fuera de la concepción original de la Constitución⁵, siempre terminaban mirándose a sí mismos, y, por ello, eran peligrosos, pues, desconocían los límites constitucionales en nombre de sus preferencias individuales.

I.2. Los jueces armados con los valores del neoconstitucionalismo y del iusnaturalismo

El neoconstitucionalismo, de finales del Siglo XX, ha sido la llave maestra de la discrecionalidad judicial, al igual que, en su tiempo, esto es, en los siglos XVI y XVII, fue el iusnaturalismo⁶. Las dos corrientes armaron con valores y principios a jueces

1 El uso moderno de la expresión "gobierno de las leyes y no de los hombres" deriva directamente de Aristóteles, aunque Hobbes haya dicho que tal idea no fue sino otro error aristotélico para las comunidades bien ordenadas. Véase F.A. Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Barcelona, 1996, Cap. XI:2, T. II, 203. Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, 2a. ed., FEC, México, 41, recuerda el alcance de la expresión "government by law" e "imperio de la ley".

2 Mark R. Levin, *Men in Black, How The Supreme Court is destroying America*, Regnery Publishing, Washington DC, 2005. Mark R. Levin, *Liberty and Tyranny, A Conservative Manifesto, Threshold*, New York, 2009. Bruce Ackerman, *La Revolución de los derechos civiles, en la Constitución Viviente*, Marcial Pons, Madrid, 2011, 41-89.

3 En la política estadounidense se llama liberales a los políticos de tendencia socialdemócrata o socialista. En cambio, en Latinoamérica, los liberales contemporáneos defienden el libre mercado y el capitalismo.

4 Could Another "Borking" Ever Succeed?, *The Wall Street Journal*, 24-12-2012.

5 Original intent of the founders.

6 El derecho natural ha pasado por diversas etapas: derecho natural estoico y cristiano, escuela clásica, derecho neokantiano. Ver Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, 2ª. ed., FEC, Segunda Parte. Entre la escuela del derecho natural y el neoconstitucionalismo

liberados de toda regla, con una diferencia: en los siglos XVI y XVII recién estaba formándose el Estado contemporáneo alrededor de la concentración del poder político en el Rey, mientras en el Siglo XX ya se había desarrollado el Estado nacional en la mayor parte de territorios. El positivismo apareció, en el siglo XIX, como la respuesta más articulada a la inseguridad jurídica creada por los jueces iusnaturalistas, para que el juez no sea otra cosa que la “boca de la ley”. El neoconstitucionalismo se convirtió, en cambio, en la respuesta a la decadencia de la ley como vertebradora de seguridad jurídica, cuando la ley dejó de ser norma general y abstracta⁷.

El antecedente próximo del neoconstitucionalismo se encuentra en el Movimiento del “Derecho libre” que surgió en Europa alrededor de un derecho natural de contenido variable, casi al mismo tiempo que adquiría cuerpo el positivismo. Hace más de un siglo, los portavoces de ese Movimiento negaban que las normas del derecho positivo constituyeran una base suficiente para la decisión de casos reales, al tiempo que reconocían la existencia de lagunas jurídicas que debían ser llenadas por los jueces, ponderando y contrapesando los intereses en conflicto⁸.

1.3. Las variantes del neoconstitucionalismo

En el Ecuador, el neoconstitucionalismo, perfilado por la Corte Constitucional a partir del 2008⁹, abrió la puerta para que tanto los jueces de esa Corte como los demás jueces practiquen un activismo judicial orientado a destruir los cimientos legales de la sociedad levantada, según su personal visión sociopolítica, sobre la desigualdad social y la exclusión económica. Con la activación de varios dispositivos jurídicos y políticos, entre ellos, el estatismo transversal de la Constitución de Montecristi, la interpretación neoconstitucional a cargo de la Corte Constitucional en su condición de “máximo intérprete” y la colonización político partidista tanto de esa Corte como de toda la estructura judicial, se quiso transformar a los jueces positivistas en jueces neoconstitucionalistas, debidamente entrenados para acomodar la aplicación de las leyes a los principios, en medio de una peligrosa discrecionalidad judicial, que ya ha dejado a la seguridad jurídica¹⁰ sin su verdadero contenido esencial.

El proceso es de tal vehemencia que es imposible volver al pasado en que los jueces eran, simplemente, la boca de la ley. Por ello, con ese neoconstitucionalismo ya instalado en el Ecuador, conviene indagar hacia dónde parece dirigirse y qué resultados provocaría, de no mediar una reorientación del proceso constitucional en marcha.

El neoconstitucionalismo¹¹ tiene sus matices. Inclusive, notodos los neoconstitucionalistas

existe un parentesco conceptual, en la medida en que las dos corrientes colocan a los valores y a los principios sobre el positivismo legal de corte kelseniano. ¿Hay puntos de contacto entre el positivismo y el derecho natural y el neoconstitucionalismo?. En ciertos casos, según la perspectiva adoptada, la respuesta es afirmativa. Véase Neil MacCormick, H.L.Hart, Marcial Pons, Madrid, 2010. Desde la perspectiva de Hart se entiende debidamente sobre la moral y las reglas.

7 G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 4ª. ed., Ed. Trotta, Madrid, 2002, 21-41. Véase, además, G. Zagrebelsky, *Contra la ética de la verdad*, Trotta, Madrid, 2010. En esta colección de ensayos despliega toda la profundidad de su pensamiento jurídico.

8 Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, 2ª. ed., FCE, México, 1994, 210.

9 CC, Res. s/n. R.O. 451 (s) 22-10-2008 (Transformación del TC “de los manteles” en CC de la Transición); CC, Caso No. 001-08-SI-CC, R.O. 479 (s) 2-12-2008 (Integración de la Corte Nacional de Justicia con los conjuces).

10 Se han incorporado al núcleo de la seguridad jurídica figuras como la de las formalidades justas. Véase CC, Caso 0041-08-EP, R.O. 54 26-10-2009.

11 Luigi Ferrajoli, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012. En este libro se encuentran reflexiones

tienen la misma orientación. Entre los más respetables teóricos del derecho por principios, Dworkin, Zagrebelsky y Ferrajoli¹², existen importantes diferencias conceptuales sobre el lugar de la ley y la utilización de los principios. Más aún, no es uniforme la perspectiva neoconstitucional de las cortes constitucionales de Ecuador, Colombia, España, Italia y Alemania. Ni siquiera entre los jueces estadounidenses del Tribunal Supremo existe una convergencia en la aplicación de los principios.

El territorio que ocupa el neoconstitucionalismo es vasto y está, a la vez, muy parcelado. Así como puede ser empleado para desarrollar una transformación social y económica de corte socialista¹³, también puede ser utilizado para promover revoluciones de corte conservador y libertario e, inclusive, fascista. Para tomar una u otra dirección, el activismo judicial le servirá al juez para que, con entera discrecionalidad, lea, interprete y aplique los “valores y principios” útiles a su causa. En todo caso, en la época actual, dominada por el discurso socialista, el activismo es el arma utilizada para destruir los cimientos de la injusta sociedad capitalista. Sirve, además, para imponer nuevas pautas culturales y el ideal de sociedades blandas con derechos inventados, sin responsabilidades y, en el Ecuador, “sin peligros (armas, toros, periódicos, juegos, imágenes, bancos, ahorro, cerveza)”¹⁴.

La administración de justicia en el Tercer Reich de Adolf Hitler se la ejerció sin sujeción a las bases jurídicas formales, a las que se dejó de considerar como las fuentes únicas del derecho. “El juez nazi al dictar sentencia tenía que actuar de acuerdo con los principios generales de la concepción nacionalsocialista del mundo. En la aplicación del derecho penal, por ejemplo, a falta de ley, podía castigar a un hombre si el sentimiento sano del pueblo exigía su castigo”¹⁵. El régimen autoritario alemán facilitó el desarrollo de una justicia liberada de la ley. Existe una conexión entre autoritarismo político y discrecionalidad judicial.

1.4. Los excesos del activismo judicial

El activismo judicial está más allá del debate sobre el derecho por principios y el derecho por reglas. Si los jueces se convierten en agentes de causas políticas, encontrarán la forma de superar las exigencias de la argumentación y de la

académicas de los especialistas en neoconstitucionalismo sobre la postura de L. Ferrajoli, a quien no le catalogan como neoconstitucionalista.

12 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985. G. Zagrebelsky, *Derecho Dúctil*, 4a ed., Trotta, Madrid, 2002. L. Ferrajoli, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, Vols. I y II.

13 El llamado nuevo constitucionalismo incorpora las posiciones del neoconstitucionalismo con la presencia hegemónica de los principios constitucionales, para superar el concepto liberal de Constitución como limitadora del poder constituido y avanzar en la definición de la Constitución como fórmula democrática –en la línea del constitucionalismo jacobino– donde el poder constituyente expresa su voluntad no sólo sobre el Estado sino también sobre la sociedad, dentro de un programa orientado a destruir el viejo Estado a fin de levantar uno nuevo con el que se superen las desigualdades económicas y sociales. Mientras el neoconstitucionalismo es una teoría del derecho, el nuevo constitucionalismo aparece como una teoría de la Constitución. Véase Roberto Viciano, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en el *Nuevo Constitucionalismo*, CC, Quito, 2010, 13-43.

14 Alfonso Reece, *El mundo si se acabó*, *El Universo*, 31-12-2012. Entre el 2007 y el 2012, el activismo junto al denominado socialismo del siglo XXI, les dejaron a una mayoría significativa de ecuatorianos sin sus tradiciones taurinas y sus libertades hasta para beber, en público, un vaso de cerveza el domingo.

15 Edgar Bodenheimer, *Teoría del Derecho*, 2ª ed., FCE, México, 1994, 214. Este autor advierte que las formas autoritarias de gobierno han preferido la administración de justicia discrecional. Mientras en la república romana se repudió la discrecionalidad judicial, con Augusto y sus sucesores, en cambio, se convirtió en regla.

fundamentación de sus decisiones judiciales. No tendrán problemas en transformar el derecho legislado en las reglas jurisprudenciales y judiciales¹⁶ que requieran para promover su programa político.

La marca de la mayoría de los jueces y tribunales neoconstitucionales, convertidos en legisladores y en promotores de políticas públicas, ha sido el activismo judicial de corte social. Asfixiado por ese tipo de activismo costoso e ineficaz, en febrero del 2012¹⁷, el Gobernador de Nueva Jersey pidió a los jueces de la Corte Suprema de ese Estado que se abstuvieran de legislar desde el foro y se limitaran a interpretar y a aplicar las leyes, debido a que, mediante sentencias constitucionales orientadas supuestamente a mejorar las condiciones de vida de los postergados en educación y en vivienda, habían elevado el gasto fiscal y los impuestos hasta convertirle a Nueva Jersey en uno de los estados con la mayor carga tributaria. Entre otras medidas, la Corte había dispuesto que se establecieran impuestos adicionales a la renta para financiar la educación en los distritos más pobres y que se obligara a los municipios a cambiar las normas de zonificación para que se multipliquen las viviendas. Al final, esas medidas judiciales no lograron ninguno de sus objetivos esperados. Las diferencias educativas no se redujeron, y, luego de los irreparables daños en el entorno urbano por las masivas construcciones en altura, el déficit habitacional aumentó. Una Corte activista desfinanció al gobierno estatal y fracasó en sus propósitos sociales.

En el Ecuador, todavía no se ha llegado a estos extremos de activismo judicial. Tanto las sentencias de algunas salas de la Corte Nacional de Justicia como las de la Corte Constitucional se han limitado a tratar asuntos con reducido impacto fiscal, económico y social. En Colombia, por el contrario, la Corte Constitucional, que, en no pocas ocasiones, ha servido de modelo a su contraparte ecuatoriana, se ha caracterizado por interferir en el ejercicio de las funciones políticas de los órganos del poder democrático con sentencias de envergadura fiscal, social y económica¹⁸.

El neoconstitucionalismo ecuatoriano¹⁹ ha servido para que la Corte Constitucional realice algunas tareas de limpieza y consolidación bajo la bandera de un proyecto político transformador liderado por el Jefe de Estado y de Gobierno. En primer lugar, ha dejado en claro que existe un conflicto latente entre el viejo derecho –anterior al creado por los revolucionarios ciudadanos que accedieron al poder el 2007- y los principios de la Constitución de Montecristi, que debe ser resuelto en beneficio de estos principios con la declaración que ese derecho, antes que inconstitucional, se encuentra derogado desde que entró en vigencia la Constitución, a finales del 2008. En segundo lugar, ha proclamado que la Constitución del 2008 tiene la fuerza necesaria para constitucionalizar el derecho privado, en todos sus ámbitos, especialmente en lo relativo a los derechos patrimoniales. En tercer lugar, ha señalado que si bien, a nivel constitucional, todos los derechos constitucionales tienen la misma jerarquía, en el campo conceptual se debe distinguir entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales. En cuarto lugar, no ha declarado la inconstitucionalidad

16 Claudia Escobar, Del derecho por reglas al derecho por principios, en Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional, Min. Justicia, Ecuador, 2010, 207-253.

17 New Jersey's Judicial Road to Fiscal Perdition, Wall Street Journal, February 4, 2012.

18 Manuel Cepeda, Polémicas Constitucionales, Legis, Bogotá, 2008, 297-303.

19 Salim Zaidán, Neoconstitucionalismo: Teoría y práctica en el Ecuador, Librería Cevallos, 2012, 25, intenta responder a la pregunta: ¿qué factores incidieron en la recepción del neoconstitucionalismo en el Ecuador?.

de la legislación revolucionaria aprobada, entre el 2007 y el 2012, por la Asamblea Constituyente, el Congresillo y la Asamblea Nacional, sino que, ante las exigencias de los gobernantes de turno, la ha validado interpretándola en el sentido que guarda conformidad con la Constitución vigente. En quinto lugar, ha santificado al más abyecto constitucionalismo jacobino para destrozar, con la fórmula de la democracia plebiscitaria, las libertades individuales. Por último, ha logrado establecer niveles más exigentes y complejos de argumentación constitucional, a fin de asegurar que sean legítimas únicamente las decisiones judiciales adoptadas conforme las interpretaciones de la Corte Constitucional.

Con el aporte del neoconstitucionalismo se han removido los obstáculos más visibles del viejo derecho, al tiempo que se han mantenido incólumes los fundamentos de la llamada legislación revolucionaria.

El principio de legalidad ha servido para defender las bondades de la legislación producida entre el 2007 y el 2012. Las leyes aprobadas en este lapso no han sido cuestionadas por los activistas judiciales. Las han aplicado rigurosamente, olvidándose del derecho por principios y aferrándose al derecho por reglas. Por el contrario, para las leyes pertenecientes al antiguo derecho, el principio de legalidad ha sido reducido a la mínima expresión, con la finalidad de desconocerlas o manipular su sentido a la luz de los nuevos principios y valores constitucionales.

II. La magnitud de la constitucionalización del derecho privado

II. 1. La transformación del principio de legalidad.

Con un principio de legalidad subyugado, se ha facilitado la tarea de transformar, por la vía judicial, la estructura jurídica levantada, según los neoconstitucionalistas, sobre los denominados derechos patrimoniales²⁰, entre ellos, el derecho de los bienes, de los contratos, de las sucesiones y, en definitiva, “los actos negociables de intercambio”.

En este contexto, sobre todo el derecho privado civil ecuatoriano ha perdido la autonomía que tuvo en la era del positivismo cuando la Ley regulaba, con plenitud, independientemente de lo que decía la Constitución, las relaciones jurídicas entre los particulares. Por lo general, hasta el 2008, para la aplicación del Código Civil, el juez no tenía que consultar la Constitución ni someterse a otra jurisprudencia que no sea la producida por la antigua Corte Suprema de Justicia, por intermedio de sus salas civiles de casación. La Ley le bastaba para resolver el caso civil. Actualmente, en virtud de las exigencias impuestas por la nueva legislación²¹ y la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional, no sólo que está obligado a aplicar tanto la Constitución como la jurisprudencia constitucional sino que ya no puede justificar sus decisiones con el tradicional método de la subsunción. La motivación de sus

20 Los derechos patrimoniales no son derechos fundamentales, por lo que no deben tener la misma protección constitucional. Véanse: a) L. Ferrajoli, ob. Cit., Vol. II, 218-297; b) CC, Caso 01777-09-EP, R.O. 25 (s) 14-09-2009.

21 LOGJCC (Arts. 4:2 y 9, 2:3), COFJ (Arts. 5, 6, 23)

resoluciones debe sustentarse en una argumentación más compleja, especialmente si las partes han incorporado al proceso planteamientos constitucionales relevantes.

II.2. La Constitución de Montecristi y el viejo positivismo

Con el advenimiento de la Constitución de Montecristi, el 2008, adquirió una fuerza singular el cuestionamiento a las bases del positivismo ecuatoriano. La Corte Constitucional, debidamente equipada con nuevas competencias²², inició la cruzada en contra del imperio de la Ley, bajo la bandera del neoconstitucionalismo más radical, esto es, el compromiso con la aplicación directa de aquellos principios constitucionales destinados a terminar con las desigualdades e injusticias del viejo derecho. La Acción de Protección entre particulares, la Acción Extraordinaria de Protección y, al final, la condición de máximo intérprete de la Constitución, le sirvieron a la Corte para que decantara los principios y valores constitucionales sobre el derecho privado civil, con una argumentación a la que no estaban acostumbrados los jueces civiles formados bajo los estrictos cánones del positivismo.

Para esta operación de constitucionalización y otras de marcado activismo judicial, la Corte ha considerado, desde su abierto neoconstitucionalismo, que había que pasar del viejo derecho por reglas al nuevo derecho por principios, olvidándose que, en la argumentación constitucional seria y objetiva, no se puede excluir a uno u otro modelo, dado que entre ellos existen conexiones y el juez, en último término, tiene la obligación de construir reglas jurisprudenciales, desde las reglas o, para mayor precisión, desde el derecho legislado, con las que justifique y, sobre todo, fundamente su decisión de precautelar la eficacia de un principio. Desde esta perspectiva, resulta artificiosa e inútil la distinción entre un derecho por principios y un derecho por reglas, pues, el juez constitucional necesita de los dos derechos para decidir motivadamente²³.

Tales cambios han impuesto mayores exigencias a los abogados y a los jueces que se desenvuelven en el campo de los litigios civiles. Además de conocer debidamente la Ley y la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, como ocurría en el pasado, ahora no pueden perder de vista que el litigio civil puede terminar en un litigio constitucional por el desconocimiento o la vulneración de derechos constitucionales, en virtud de la Acción Extraordinaria de Protección en contra de sentencias definitivas y ejecutoriadas adoptadas por los jueces ordinarios. No hay duda que se ha ampliado el campo de batalla judicial de las disputas civiles. En este entorno, el civilista de la era del positivismo está expuesto a naufragar en el profundo mar del neoconstitucionalismo, a menos que comprenda la dimensión de los desafíos establecidos por el acelerado proceso de constitucionalización del derecho privado civil, especialmente en el ámbito de los contratos y de las obligaciones.

22 (Const. Arts. 436 y 437) Máximo intérprete de la Constitución y de los tratados; productor de jurisprudencia vinculante; juez supremo en virtud de la AEP.

23 Art. 4:9 LOGJCC.

II.3. Algunos antecedentes extranjeros de la constitucionalización

Este proceso de constitucionalización, que adquirió especial fuerza, en el Ecuador, a partir del 2008, en otros países se desarrolló con anterioridad. En Alemania empezó con la aplicación directa de la Ley Fundamental a las controversias entre particulares, alrededor de 1958, con el caso Luth²⁴, aunque, pocos años antes, la constitucionalización había comenzado por el ámbito laboral. En Italia, se inició con la primera decisión de la Corte Constitucional, en 1956, con la que desconoció la distinción entre normas preceptivas y normas programáticas. En España, arrancó con las resoluciones del Tribunal Constitucional en materia de derechos a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. En Colombia²⁵, tuvo un desarrollo intenso con la aplicación de la Constitución de 1991 a las relaciones horizontales entre ciudadanos.

En Estados Unidos, el desconocimiento, desde los principios, de las reglas relativas al derecho sucesorio, ocurrió con anterioridad. Por ejemplo, a finales del siglo XIX, en el caso *Riggs v. Palmer*²⁶, exhaustivamente analizado por uno de los más conspicuos defensores del derecho por principios, Ronald Dworkin, para probar al gran defensor del derecho por reglas, H.L.Hart, que los principios tenían todo el potencial para desplazar a las reglas en temas del derecho civil, los jueces le despojaron al nieto de la herencia dejada, mediante testamento, por su abuelo, por cuanto consideraron que, al haber presenciado la muerte lenta de su ascendiente envenenado sin que haya tomado medida alguna para que se salvara, no podía beneficiarse de su propia falta, a pesar de la legalidad del testamento y de la existencia de la Ley Civil que le reconocía como heredero. Dado que el nieto, menor adulto, había sido condenado por haber envenenado a su abuelo, los jueces, para justificar su decisión de no reconocerle como beneficiario del testamento, recurrieron a los principios del *common law*²⁷ e, inclusive, del derecho romano.

La constitucionalización del derecho privado y, dentro de éste, del derecho civil, especialmente de las obligaciones y de los contratos²⁸, exige que, previamente, se haya constitucionalizado el ordenamiento jurídico, en general. Una vez que éste ha sido sometido a una inexorable transformación, al final, termina totalmente "impregnado" por las normas constitucionales. "Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal"²⁹. Entre las condiciones determinantes de una eficaz constitucionalización se encuentran, entre otras, la fuerza vinculante de la Constitución, su sobreinterpretación por los jueces constitucionales, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes y una Constitución rígida colmada de principios.

24 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., CEC, Madrid, 2008, 474 y 475.

25 Jaime Arrubla, *La constitucionalización del derecho privado de los contratos, en neoconstitucionalismo y derecho privado*, editado por Beatriz Espinoza y Lina Escobar, DIKE, Bogotá, 2008, 63-121.

26 115 NY 506 (1889).

27 Oliver Wendell Holmes JR, *The Common Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2009.

28 Interpretación de las normas del Código Civil ecuatoriano sobre cálculo de intereses simples y compuestos por falta de cumplimiento de obligaciones dinerarias, realizada por la CIDH (*Caso Salvador Chiriboga v. Ecuador*, 3-03-2011, párrafo 96, cita 149). En materia de contratos de adhesión y otros que involucran a los consumidores, el proceso de constitucionalización está generalizado y aceptado. Sobre contratos de adhesión véase CC, Caso 0093-10-CN, R.O. 396 (s) 2-03-2011.

29 Ricardo Guastini, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en *Neoconstitucionalismo*, editado por M. Carbonell, Ed. Trotta, Madrid, 2003, 60 y 61.

Mientras las constituciones se entendieron como límites al poder estatal en beneficio de los derechos de los ciudadanos, la constitucionalización del derecho privado civil no fue un tema de discusión. Cuando las constituciones ampliaron su horizonte a la sociedad civil, la constitucionalización del derecho privado civil emergió con todo su potencial. Algunos renombrados civilistas han advertido las grandes dimensiones de este fenómeno jurídico y han hecho un llamado a que se estudie el alcance de un inexorable proceso de invasión del derecho privado civil por la Constitución.

II.4. El proceso ecuatoriano

La Constitución de Montecristi, Constitución con pretensiones de ser una auténtica Constitución “material”, compuesta, en general, de valores, principios, reglas, políticas públicas y, sobre todo, de derechos iguales y directamente aplicables, desde su vigencia, ha desencadenado un pausado y, a la vez, inexorable proceso de constitucionalización del derecho privado, que, por la forma y el contenido de las sentencias de la Corte Constitucional, podría seguir por el mismo sendero de procesos semejantes desarrollados en otros países.

En todo caso, la mayor o menor fuerza de la “irradiación constitucional” marca la velocidad y los tiempos de la transformación del derecho privado civil. En el Ecuador, por la corta vida de la Constitución, de cerca de algo más de tres años, el efecto de irradiación no es, todavía, fuerte. Evadió pronunciarse sobre la eficacia de un contrato de suministro de combustible entre la comercializadora y la estación de servicio, bajo el argumento que el tema era privado y civil³⁰. Aseguró el derecho a la propiedad privada sobre inmuebles, sin hablar de la naturaleza precaria de los derechos patrimoniales como lo había hecho en sentencias anteriores³¹.

Sin embargo, en algunos temas la CC ha dado sorpresas. Al negocio de los seguros privados le calificó de servicio público impropio, por lo que, como servicio público, debe cumplir con los principios constitucionales de obligatoriedad, eficiencia y responsabilidad³². Volvió a sostener que las terminaciones unilaterales de contratos públicos sí pueden ser objeto de acciones constitucionales de protección³³. Se declaró competente para pronunciarse sobre AEP deducidas en contra de laudos arbitrales³⁴.

Ha resultado difícil identificar los límites a la creciente constitucionalización del derecho privado civil. El principio de proporcionalidad, muy útil para medir el grado de afectación de los derechos fundamentales por parte de las leyes inconstitucionales³⁵, ha logrado erigirse, con algunas dificultades, en uno de los límites más eficaces, bajo la premisa que es la decisión judicial, del juez ordinario o de la Corte Constitucional, la que “revaloriza o desvaloriza” un derecho constitucional dentro de un litigio civil y, en consecuencia, esa decisión judicial sí puede ser sometida al test de proporcionalidad.

30 Sentencia 038-12-SEP-CC, R.O. 724 (s) 14-06-2012. Revista Debate Constitucional 31, Junio 2012.

31 Sentencia 173-12-SEP-CC, R.O. 724 (s) 14-06-2012. Revista Debate Constitucional 32, Agosto 2012. Ver, además, Sentencia 093-12-SEP-CC, R.O. 718 (s) 6-6-2012. Revista Debate Constitucional 31, Junio 2012.

32 Sentencia 106-12-SEP-CC, R.O. 724 (s) 14-06-2012. Revista Debate Constitucional 31, Junio 2012.

33 Sentencia 153-12-SEP-CC, R.O. 724 (s) 14-06-2012. Revista Debate Constitucional 32, Agosto 2012.

34 Sentencia 155-12-SEP-CC, R.O. 743 (s) 11-07-2012. Revista Debate Constitucional 32, Agosto 2012.

35 Art. 3:2 LOGJCC

Cuando los valores y los principios constitucionales difieren radicalmente de aquellos que inspiran la formación de la legislación civil, la aplicación del principio de proporcionalidad se hace más difícil a la hora de explicar la afectación de un derecho desde la finalidad, idoneidad, razonabilidad y necesidad de la decisión judicial. En efecto, ¿cómo identificar los límites de la sentencia judicial en la que el juez aplica valores y principios constitucionales de corte estatista, igualitario, redistributivo, con las libertades individuales bajo sospecha, dentro de un caso marcado por una legislación civil alineada, en cambio, con la libertad de empresa, la autonomía de la voluntad, la libertad contractual?

Con la aplicación judicial de una rudimentaria y discrecional técnica de la ponderación, el test de proporcionalidad pierde eficacia, inclusive, como potencial límite a dicho proceso de constitucionalización, como ocurre cuando el operador judicial pondera, sin más condicionamientos que su parecer individual, sin auténticas justificaciones, a favor de una de las partes contractuales y en perjuicio de otra.

El quehacer judicial y profesional ha adquirido un interesante componente constitucional, debido a que cualquier asunto jurídico puede envolver una discusión constitucional sobre derechos y principios constitucionales. Temas laborales, civiles, societarios, penales y otros han concluido, no sólo en la Corte Constitucional sino en las salas de la Corte Nacional de Justicia, con serias discusiones constitucionales, de las que han quedado marginados los abogados y juristas especializados en áreas ajenas a la constitucional.

El neoconstitucionalismo ha replanteado el mismo ejercicio de la profesión de la abogacía. Una disputa sobre indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual o responsabilidad extracontractual, que en el pasado se resolvía sobre la base de las normas del Código Civil y del derecho privado, actualmente, en el Ecuador, puede convertirse en un litigio con complejas connotaciones constitucionales. El abogado que, desde el inicio, no advierta estas derivaciones constitucionales, actuará sin la debida perspectiva.

II.5. La Casación de Chevron

En el recurso de casación planteado por la multinacional Chevron se puede apreciar la magnitud del debate constitucional en un reclamo por daños y perjuicios³⁶.

Una vez que la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos confirmó, el 3 de enero de 2012, la sentencia del juez de primera instancia (Presidente de la Corte) en contra de la empresa Chevron por los daños ambientales que causó Texaco, Chevron interpuso el correspondiente recurso de casación, para ante la recién integrada CNJ, en el que desarrolló el concepto de fraude procesal en conexión con los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Dado que la demandada fue condenada a pagar daños punitivos, sobre la base de los principios universales del derecho y de la sana crítica, también resulta interesante la reflexión sobre la inexistencia de tales daños en el Ecuador y, en general, en todos los países ajenos a la órbita del derecho anglosajón en los que los daños son compensatorios y reparatorios. El texto completo del recurso de casación fue publicado en el siguiente sitio virtual: www.chevron.com/documents/

³⁶ Revista Debate Constitucional No. 29, Febrero 2012. www.cad.org.ec.

pdf/ecuador/chevron-cassation-appeal.pdf Chevron fue condenada al pago de 18 mil millones USD. 8.6 mil millones USD se originaron en la falta de una disculpa pública.

En la sentencia impugnada se aplicó el juicio verbal sumario, previsto en la Ley de Gestión Ambiental, para juzgar a Chevron por la responsabilidad civil extracontractual señalada en los artículos 2214, 2229 y 2236 del Código Civil, cuando la vía judicial aplicable para la determinación de este tipo de responsabilidades civiles siempre ha sido la del juicio ordinario. El juicio verbal sumario, por las limitaciones procesales a las que le somete al demandado, dejó en la indefensión a Chevron para practicar pruebas e impugnar autos, pues, sólo podía apelar de la sentencia y en ésta debían resolverse todos los incidentes. Por lo demás, sostuvo el casacionista, las acciones ambientales no pueden ampararse en normas del Código Civil sobre responsabilidad civil extracontractual, debido a la naturaleza distinta de unas y otras. Las del Código Civil son patrimoniales y personales, mientras las ambientales protegen derechos difusos y colectivos. Más aún, con la Constitución de 2008 recién se estableció la responsabilidad objetiva por daños ambientales, por lo que tal responsabilidad no podía servir para juzgar actos y hechos acaecidos en 1990. La norma del Art. 2236 del Código Civil era inaplicable al caso por tratarse de una acción cautelar, de carácter popular, por daños contingentes distintos de los ambientales. Dado que a Chevron se le demandó y condenó por daños consumados, la sentencia no podía ser cautelar sino declarativa.

Luego de haber puntualizado el que la demanda era inexistente por la falsificación de las firmas de algunos de los actores, el casacionista alegó la existencia de fraude procesal con las evidencias encontradas en las filmaciones de la película "Crude" sobre manipulación probatoria y judicial por parte de los propios actores y de sus abogados, quienes, ante el juez competente, habían minimizado tales evidencias con el argumento que existían pruebas abundantes en contra de Chevron sobre los daños ambientales. Los artículos 172 y 174, inciso segundo de la Constitución, y el Art. 26 del COFJ, le sirvieron al casacionista para desarrollar el concepto de fraude procesal y alegar que, ante los actos dolosos de los actores y de sus representantes, los jueces debían anular el juicio, en lugar de sostener que eran incompetentes para hacerlo. El casacionista sumó a estos razonamientos el hecho que la justicia estuvo parcializada a favor de los actores, a tal punto que tanto el juez de primera instancia como los jueces de la Corte Provincial estuvieron comprometidos con los actores a dictar un fallo contrario a Chevron, habiendo llegado, además, al extremo de valorar como prueba un informe pericial falso, de cuya autoría no se hizo cargo el mismo perito designado.

II.6. La Casación de Merck

Es, igualmente, ilustrativa la sentencia de casación en el juicio de daños entre Merck y Prophar³⁷.

La Corte Nacional de Justicia, en el juicio No. 1140-2011 ER que seguía NIFA S.A contra MERCK SHARP DOHME (MSD), dentro del Recurso Extraordinario de

³⁷ Recurso Extraordinario de Casación No. 1140-2011 del 21-09-2012. Revista Debate Constitucional 34. www.cad.org.ec.

Casación No. 1140-2011 del 21-09-2012, casó la sentencia dictada el 23-01-2011 y ordenó que MSD indemnice por daños y perjuicios a PROPHAR S.A. (antes Nifa S.A.) por el cuasidelito civil de negativa de venta por actos de desorganización del competidor dentro del Derecho de la Competencia Desleal, con la cantidad de un millón quinientos setenta mil dólares. La sentencia casada, resuelta el 23-01-2011 por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, había fijado el monto de la indemnización en ciento cincuenta millones de dólares a favor de Nifa S.A, la cual, posteriormente, se transformó en PROPHAR S.A. El 2007, en primera instancia, la Jueza Segunda de lo Civil de Pichincha había condenado a MERCK al pago de doscientos millones de dólares a título de indemnización por daños y perjuicios, sentencia luego apelada y confirmada en cuanto al fondo por la Corte Provincial de Pichincha. La CNJ, dentro de una correcta técnica de casación, se basó en la legalidad de la sentencia de instancia, sin declarar nulidades. El caso versa sobre la compraventa fallida de un inmueble entre MSD y PROPHAR, inmueble de propiedad de esta empresa. Hizo bien la CNJ en reducir el irracional y exagerado monto indemnizatorio establecido en las instancias inferiores que, además de absurdo, no tenía precedente alguno en la jurisprudencia ecuatoriana. La accionante interpretó extensivamente la Constitución de 1998 para fundamentar su pretensión en un supuesto problema de competencia.

La CNJ expuso que la negociación fallida entre PROPHAR y MERCK por la compra de una planta industrial no se trató de un tema de Derecho de Defensa de la Competencia, sino más bien un cuasidelito por práctica desleal, absolutamente diferente. Mediante la protección contra la competencia desleal se persigue salvaguardar los intereses concretos y la integridad de los operadores del mercado. La protección contra la competencia desleal responde a una finalidad más marcada de derecho privado: el impedir, evitar o reparar el daño provocado a un competidor por otro operador de mercado que actúa deslealmente. Las actuaciones de Merck, argumenta la CNJ, al condicionar la negociación de la venta de la planta industrial a la no comercialización del medicamento "Roficoxib" por parte de PROPHAR, la llevaron a incurrir en prácticas que impidieron y distorsionaron la competencia, afectando una negociación civil y, configurando así, un cuasidelito civil.

La CNJ diferenció, citando a la doctrina jurídica más actualizada, la "pérdida de oportunidad" o "pérdida del chance" del concepto de lucro cesante. Definida por la doctrina francesa como la "desaparición de la probabilidad de un suceso favorable" su reparación nunca puede plantearse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido favorable al perjudicado, y debe indemnizarse cuando alcance un cierto determinado grado de probabilidad. La pérdida de chance evita así, la injusticia de no reparar la oportunidad pérdida y la reparación plena cuando no existe plena certeza de que algo puedo haberla afectado.

II.7. El Laudo en el Caso OXY

El laudo del CIADI³⁸, en la demanda de OXY en contra del Estado ecuatoriano, sirvió para que, internamente, se discutiera sobre la valoración de los daños ocasionados

³⁸ Caso CIADI ARB/06/11. Revista Debate Constitucional 33, Octubre 2012.

por expropiaciones de inversiones, desde una perspectiva constitucional.

El Tribunal del CIADI, en el caso CIADI No. ARB/06/11), aceptó, parcialmente, la pretensión indemnizatoria de las demandantes (OPC y OEPC) (OXY). El Tribunal declaró que Ecuador violó el TBI al expropiar la inversión de las demandantes estadounidenses. El motivo de la disputa fue la caducidad del contrato de participación petrolera de 1999 para la exploración y explotación del Bloque 15, efectuada mediante decreto ministerial, el 15 de mayo de 2006.

El Tribunal recurrió al Art. 24:3 de la Constitución sobre la necesaria proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones no solamente para materias penales. Recordó que en Europa está ampliamente aceptado el principio de proporcionalidad a las actuaciones administrativas. Precisó que el deber de otorgar un trato justo y equitativo, previsto en los TBIs, incluye una obligación de proporcionalidad, como se ha resuelto en varias decisiones arbitrales dentro del CIADI. Existían algunas opciones alternativas a la caducidad: pago de prima por transferencia, mejoramiento de los términos económicos del contrato, acuerdo negociado (el cual fue considerado por el PGE). La demandada no sufrió ningún daño cuantificable como consecuencia directa de la posesión de AEC de un interés económico en el Bloque 15. El Tribunal concluyó que el precio que debieron pagar los demandantes "fue desproporcionado respecto del hecho ilícito que se le imputa a OEPC". Más aún, en otros casos de incumplimientos, el Ministerio optó por no declarar caducidades. La frase, "en la ley, el contexto es todo", resume como el derecho inglés importó el principio de proporcionalidad. El decreto de caducidad fue sancionado en violación del derecho ecuatoriano, del derecho internacional consuetudinario y del TBI. "La privación por parte de la demandada de la inversión de las demandantes mediante dicha sanción administrativa constituyó una medida equivalente a la expropiación".

Una vez que el Tribunal Arbitral del CIADI determinó, dentro del Caso CIADI No. ARB/06/11), que la caducidad del contrato de participación petrolera no fue proporcional a la falta cometida por la empresa estadounidense, valoró el monto del daño que debía pagar el Estado ecuatoriano en 1.769.625.000 USD.

El Tribunal estuvo de acuerdo con la posición de la demandada de que puede reducirse la compensación si las demandantes tuvieron culpa y esa culpa contribuyó al perjuicio sufrido. Como no solicitaron autorización actuaron las demandantes de manera negligente y fueron culpables de un acto ilícito. Deben, por lo tanto, pagar un precio por haber cometido un acto ilícito. El Tribunal, con su amplia discrecionalidad, lo estableció en un 25% del perjuicio sufrido por la demandada cuando decretó la caducidad. Consideró justa y razonable la atribución de responsabilidad entre un 25% y un 75%.

Se adoptó el método del flujo de caja descontado (FCD) y se aceptó que el valor justo de mercado (VJM) es el estándar apropiado de reparación en el derecho internacional. Adicionalmente, el Tribunal admitió que el daño indirecto era una categoría de daño válida, inclusive en el derecho ecuatoriano. El Tribunal determinó que el Valor Actual Neto de los flujos de caja descontados generados por la producción de OPEC en el Bloque 15 al 16 de mayo de 2006 ascendía a 2.359.500.000 USD, que, reducidos en un 25%, quedaron en 1.769.625.000 USD. A esta suma se le sumaron los intereses compuestos anuales del 4.188%, desde el 16-05-2006 hasta el Laudo, estableciéndose

que los intereses posteriores al Laudo se devenguen a la tasa LIBOR de Estados Unidos a 6 meses compuesta mensualmente. El monto fue calculado después del pago de los respectivos impuestos. El Tribunal no condenó en costas a la demandada.

III. Entre la aplicación directa y la eficacia jurídica entre la aplicación directa y la eficacia jurídica.

III.1. Casación del Municipio de Guayaquil

La idea que la Constitución es una norma de aplicación directa³⁹ se ha convertido en una peligrosa arma al servicio del neoconstitucionalismo y del activismo judicial para justificar los excesos de los jueces.

Sin reparar que las normas constitucionales contienen valores, principios y reglas, los operadores judiciales se han convencido que todas, por igual, pueden ser aplicadas directamente, con amplios márgenes de discrecionalidad. Así, se han olvidado que si bien todas las normas constitucionales gozan, desde un punto de vista conceptual, de aplicabilidad directa, no todas tienen la misma eficacia, es decir, solamente son aplicables directamente en la medida de su mayor o menor eficacia. De su capacidad para producir efectos jurídicos depende su aplicabilidad directa. Solamente algunas normas constitucionales gozan de eficacia plena y, por ello, al encontrarse dotadas de los medios necesarios para su ejecución, son, en definitiva, autoaplicativas.

Existe un reciente ejemplo ecuatoriano del más audaz activismo judicial realizado en nombre de la aplicación directa de la Constitución. La Sala Civil de la Corte Nacional de Justicia⁴⁰ casó, de oficio, una sentencia de la Corte Provincial de Guayas, bajo el argumento que, en aplicación directa de la Constitución, podía aumentar el monto de la indemnización que debía pagar el Municipio de Guayaquil al dueño del inmueble afectado, a pesar que éste no dedujo recurso de casación de la sentencia de la Corte Provincial, que había fijado un monto menor. La Sala Civil de la CNJ se olvidó del principio de legalidad y casó la sentencia en beneficio de quien no había presentado recurso de casación.

Para incrementar el valor que se dispuso pagar al Municipio, la Sala Civil se apartó de las normas del Código de Procedimiento Civil y recurrió a las disposiciones constitucionales sobre derechos. Citó, en primer lugar, el Art. 11:3 de la Constitución que contiene el "principio" según el cual los derechos son de directa e inmediata aplicación por los jueces. En segundo lugar, citó el Art. 76:7:1), de la Constitución sobre la necesaria motivación de los actos del poder. Con esas dos referencias cuestionó que los jueces de la Corte Provincial (Tribunal ad quem) hayan desechado el informe pericial que fijó en 3.680212,00 USD el precio del inmueble perteneciente a la empresa privada afectada con la expropiación, sin haberle pedido explicaciones al perito, y, en su lugar, hayan fijado el precio, sin motivación suficiente, en 2.000000,00 USD. Con estas conclusiones, la Sala citó otras normas

39 (Arts. 4:2, 141 y 142 LOGJCC), (Art. 5 COFJ) (Arts. 11:3 y 426 Const.)

40 Revista Debate Constitucional 29, Febrero 2012. www.cad.org.ec. Recurso de Casación 269-2011, 27-12-2011. G.J. Serie VIII, 9, 3126. Ver también juicio de expropiación del Municipio de Cayambe en G.J., Serie VIII, 10, 3524.

constitucionales, entre ellas, las de los artículos 66:26 y 321 que garantizan el derecho a la propiedad privada y condenan la confiscación. Por último, invocó los artículos constitucionales 424, 425, 11:5 y 172 sobre la supremacía constitucional frente a leyes secundarias. La Sala cuestionó, inclusive, la forma como los jueces de la Corte Provincial aplicaron los artículos 786:3, 257 y 262 del CPC, para fijar un valor inferior al establecido por el perito.

III.2. La difícil aplicación directa del art. 1 de la constitución

La Constitución tiene, en términos conceptuales, la categoría de norma⁴¹. Antes de la aparición de la justicia constitucional no era otra cosa que un conjunto de declaraciones. La ley era la norma por excelencia y, como tal, gozaba de algunos atributos, entre ellos, el de la aplicación directa.

El hecho que la Constitución sea una norma no significa que cada una de sus disposiciones pueda ser aplicada directamente por los jueces, que, en estricto sentido, son los únicos habilitados, por la función que desempeñan, a ingresar en el territorio de la aplicación directa, en los casos sometidos a su decisión, con el riesgo, por cierto, de ser procesados por el delito de prevaricato.

A pesar de lo que dispone la propia Constitución, para los demás operadores judiciales y, en general, para los funcionarios públicos, la aplicación directa de la Constitución debería ser, simplemente, un ideal constitucional. Se abrirían las puertas a los más reprochables excesos si se tolerara que estos operadores y funcionarios desconocieran el principio de legalidad en nombre de la aplicación directa de la Constitución.

La aplicación directa de la Constitución no es automática y, como se dijo, debería estar reservada a los jueces para que sólo ellos, en virtud de la interpretación constitucional, decidan, en los casos que conozcan, los parámetros y consecuencias de aplicar directamente las normas constitucionales.

El Art. 1 de la Constitución de Montecristi, que habla del Estado constitucional de derechos y de justicia, plantea algunas preguntas difíciles relacionadas con la aplicación directa: ¿se trata de una norma prescriptiva o descriptiva?, ¿está compuesto de reglas o, más bien, de principios y valores?, ¿puede aplicarse directamente?, ¿requiere de la interpretación del juez constitucional para desplegar toda su fuerza normativa e integradora?, ¿no es, más bien, la guía fundamental alrededor de cuyos principios se debe articular todo el entramado constitucional?.

No hay duda que el Art. 1 es una norma. Sin embargo, no por ello puede ser aplicada directamente con toda la eficacia jurídica. Requiere de la intervención judicial de los jueces constitucionales para que despliegue toda su fuerza normativa. Sin la mediación judicial, el Art. 1 carece de eficacia.

41 Constitución del Ecuador Art. 424.

IV. Colofón

El activismo judicial ha prendido sus motores, ayudado por un neoconstitucionalismo todavía en desarrollo. Les espera un largo recorrido hacia un destino predeterminado por la vocación estatista de la Constitución de Montecristi y la orientación marcadamente autoritaria de quienes detentan el poder político.

En las actuales circunstancias, no es útil discutir si se deben apagar esos motores y si debe retornar el viejo positivismo. La realidad incontrovertible es que el activismo judicial y el neoconstitucionalismo ya se instalaron en el Ecuador.

La discusión debe encaminarse al establecimiento de mecanismos que protejan a las libertades y a los derechos de los efectos dañosos que provoquen los jueces activistas, al servicio del proyecto político de turno. En otras palabras, el esfuerzo tiene que concentrarse, por ahora, en el control de daños a las libertades individuales, a los llamados derechos patrimoniales y, por cierto, a la economía de mercado, que han sido objeto de atentados y amenazas recurrentes entre el 2007 y el 2012.

El garantismo⁴² de la misma Constitución de Montecristi, debidamente reorientado, podría contribuir, en alguna medida, a reposicionar las libertades individuales. No existe, dentro de esa Constitución estatista que, en lugar de limitar al poder político, potenció la capacidad de mando de los gobernantes, otro instrumento, fuera del garantismo, para colocar a las libertades individuales como los auténticos contrapoderes frente al activismo judicial y al neoconstitucionalismo comprometido con los principios y valores de corte igualitario, redistributivo, e intervencionista, incluidos en el documento constitucional por quienes asumieron la tarea de llevar adelante una *sui generis* revolución en el Ecuador.

42 “... la Constitución de Montecristi fue hábilmente construida como una carátula de “garantismo”, pero con gran contenido de poder sin reglas, expresado en los difusos conceptos de “las políticas” y del “proyecto” y basado en un régimen presidencialista y planificador a ultranza ...”. Véase Fabián Corral, El gran problema: los límites, Diario El Comercio, 23-02-2012, 11 A.

La acción por incumplimiento como mecanismo de exigibilidad de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos respecto de Ecuador

The legal action for failure to comply as a mechanism for
demanding compliance of judgements and reports by
international human rights bodies regarding Ecuador

Daniela Salazar Marín

Profesora a tiempo completo en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Máster en Leyes (Ll.M.) por Columbia University. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito.

Quito, enero de 2013.

Resumen

La Constitución de 2008 marcó algunas diferencias respecto de la Constitución de 1998 en materia de garantías jurisdiccionales para proteger los derechos humanos. El objetivo de este artículo es estudiar una de las garantías jurisdiccionales incluidas en la Constitución de Montecristi: la acción por incumplimiento. En la primera sección realizo algunas reflexiones respecto del valor jurídico que la Constitución otorga a los instrumentos internacionales de derechos humanos y cómo esto influye en el valor de los pronunciamientos de los organismos internacionales creados en virtud de dichos instrumentos. En la segunda sección, analizo si la acción por incumplimiento constituye una herramienta para exigir al Estado ecuatoriano la implementación de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos y hacer efectiva la jurisdicción internacional de los derechos humanos. En particular, identifico algunos de los riesgos y debilidades asociados con el uso de esta garantía en relación con las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos, con miras a demostrar que aún está pendiente establecer un mecanismo verdaderamente eficaz para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales de derechos humanos asumidas por el Estado ecuatoriano.

Abstract

The 2008 Constitution differed from the 1998 Constitution on the issue of jurisdictional guarantees for the protection of human rights. The object of this article is to study one of the jurisdictional guarantees included

in the Montecristi Constitution: the legal action for failure to comply (acción por incumplimiento). In the first section, I reflect on the legal enforceability that the Constitution attributes to international human rights instruments and how this influences the enforceability of decisions by international bodies created by those instruments. In the second section, I analyze if the legal action for failure to comply constitutes a tool to demand that the Ecuadorean State implement decisions by international human rights bodies and to give effect to the international jurisdiction of human rights. In particular, I identify some of the risks and weaknesses associated with the use of this guarantee regarding decisions of international human rights bodies, with a view towards demonstrating that establishing a truly efficient mechanism for compliance of international human rights obligations assumed by the Ecuadorean States is still lacking.

Sumario

1. La Constitución de 2008 y su interacción con el derecho internacional de los derechos humanos. 1.1. De la incorporación de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos al ordenamiento jurídico ecuatoriano. **1.2.** De los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos como fuente de obligaciones para el Estado ecuatoriano. **1.3.** De las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos como fuente de obligaciones para el Estado ecuatoriano. **2.** La acción por incumplimiento en Ecuador. **2.1.** De la posible inejecutabilidad de las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos. **2.2.** Del reclamo previo y otros posibles círculos viciosos de desprotección para las víctimas. **2.3.** De las posibles justificaciones para el incumplimiento. **3.** La imperiosa necesidad de un mecanismo eficaz para la ejecución y efectiva implementación de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos respecto de Ecuador.

1. La Constitución de 2008 y su interacción con el derecho internacional de los derechos humanos

Actualmente en Ecuador, el derecho internacional de los derechos humanos pasó de ser un discurso político sin verdadero valor jurídico a un ordenamiento cuya fuerza normativa puede llegar a ser igual o incluso superior a la de la propia Constitución, siempre que sus normas sean más favorables para la protección de las personas. Esta tendencia, que empezó con la Constitución de 1998, se profundizó en la Constitución de 2008, que otorga un tratamiento privilegiado al derecho internacional de los derechos humanos. A raíz de la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos al ordenamiento jurídico interno, surgen obligaciones para el Estado, no sólo derivadas de esos instrumentos sino también de las decisiones adoptadas por los organismos autorizados para interpretar dichos instrumentos.

1.1 De la incorporación de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos al ordenamiento jurídico ecuatoriano

Los derechos humanos exigibles en Ecuador ya no son únicamente aquellos a los que se refiere expresamente el texto constitucional, sino también los garantizados en el derecho internacional de los derechos humanos, derecho que se nutre de diversas fuentes, entre ellas los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos han sido objeto de una rápida y progresiva evolución que empezó con la aprobación, en 1948, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyas disposiciones han sido desarrolladas de manera progresiva en cientos de declaraciones, pactos, convenciones, tratados y otros instrumentos sobre la materia.

Ecuador es parte de la vasta mayoría de tratados internacionales de derechos humanos. Pero además de haberse sometido voluntariamente a las obligaciones establecidas en dichos tratados, en Ecuador, el derecho internacional de los derechos humanos ha sido incorporado al ordenamiento jurídico interno, al punto que las normas de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos constituyen parte del bloque constitucional y gozan de una jerarquía normativa privilegiada que permite la aplicación directa de sus normas en tanto permitan una mayor protección de los derechos de las personas.

1.1.1 La incorporación a través del bloque de constitucionalidad

La Constitución en su artículo 1 proclama al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, al tiempo que en su artículo 3 numeral 1 se establece como un deber primordial del Estado el “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales [...]”.

Esta mención a los derechos reconocidos en los *instrumentos internacionales* de derechos humanos se repite a lo largo de varios artículos de la Constitución. De particular importancia resultan el artículo 10 según el cual las personas “son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”, y el artículo 11 numeral 3 de conformidad con el cual “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público administrativo o judicial de oficio o a petición de parte”. También tiene especial relevancia el artículo 172 de la Constitución según el cual los jueces ecuatorianos “administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos, y a la ley”.

Es cierto que otros artículos del texto constitucional, al referirse a los derechos humanos, omiten remitirse a los instrumentos internacionales y mencionan únicamente a los derechos reconocidos en la propia Constitución. No obstante, una interpretación integral¹ de las normas constitucionales permite concluir que esta omisión constituye un error involuntario antes que una redacción deliberada. Como ejemplo puede citarse el artículo 11 numeral 9 de la Constitución, donde se señala que “[e]l más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, sin mencionar a los derechos humanos garantizados en instrumentos internacionales. Al confrontar este artículo con el citado artículo

¹ Según nuestra Constitución, las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional (artículo 427).

3 numeral 1, resulta claro que la Constitución garantiza los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales aun cuando no estén expresamente reconocidos en el texto constitucional.

Esta constante referencia que hacen las normas constitucionales² a los instrumentos internacionales de derechos humanos ha tenido por efecto que las normas contenidas en esos instrumentos se encuentren incorporadas a nuestra Constitución y formen parte de nuestro bloque constitucional³. La propia Corte Constitucional ha reconocido la existencia de derechos que no se encuentran expresamente contemplados en las normas constitucionales y la obligatoriedad de adecuar la normativa interna y los actos del poder público no sólo a las disposiciones constitucionales sino también a las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos contenidas en el bloque de constitucionalidad⁴. Así, aun cuando la Constitución omita referirse a un derecho garantizado por instrumentos internacionales de derechos humanos, se entiende que ese derecho existe en la Constitución y es parte de esta, sin necesidad de que aparezca expresamente en el texto constitucional.

1.1.2 La incorporación a través de la jerarquía normativa

Además de la incorporación al bloque constitucional a través de los varios artículos constitucionales que se remiten a los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Carta Magna los integra al ordenamiento jurídico interno a través de las normas sobre jerarquía normativa. La Constitución dedica un capítulo entero a los “tratados e instrumentos internacionales” y consolida una tendencia iniciada por la Constitución peruana de 1979⁵ y perfeccionada por la reforma constitucional argentina de 1994⁶ en el sentido de asignar a los tratados sobre derechos humanos una jerarquía específica dentro de nuestro ordenamiento.

En principio, según el artículo 425, el orden jerárquico de aplicación de las normas es el siguiente: en primer lugar la Constitución, luego los tratados y

2 En consonancia con la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional hace referencia a los instrumentos internacionales en sus artículos 1, 4, 6, 26, 65, 66 y 142.

3 Sobre el concepto de “bloque constitucional” sugiero consultar a UPRIMNY, Rodrigo. *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72

4 La Corte Constitucional se ha referido al “el principio de aplicabilidad directa de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad, previsto en el artículo 426 inciso segundo de la Constitución” (Resolución de la Corte Constitucional 9. Registro Oficial Suplemento 597 de 15 de diciembre de 2011). Así también, al determinar su facultad para realizar un control de constitucional, la Corte Constitucional ha señalado que está facultada para “definir la existencia de compatibilidad lógica entre dos normas, una de las cuales es la Constitución. Esta atribución de constatación de compatibilidad entre una norma infraconstitucional y una norma constitucional o del bloque constitucional de derechos, se realiza desligándose de los casos concretos” (Resolución de la Corte Constitucional 26, Registro Oficial Suplemento 777 de 29 de agosto de 2012). En el mismo sentido véase también la Resolución de la Corte Constitucional 20 publicada en el Registro Oficial Suplemento 743 de 11 de julio de 2012. No obstante, la Corte Constitucional también se ha referido al bloque de constitucionalidad precisando que “en ningún caso significa que todos los tratados internacionales formen parte del bloque, sino aquellas normas que no existen en la Constitución o desarrollos normativos que tienen la finalidad de mantener la fisonomía indiscutible de la Constitución. Debe existir remisión expresa a normas superiores y que su contenido material permita realizar una protección a un derecho.” (Resolución de la Corte Constitucional 1, Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de Junio del 2009.)

5 Véase Artículos 101 y siguientes de la Constitución para la República del Perú de 12 de Julio de 1979.

6 Véase Artículos 31 y 75 numeral 22 de la Constitución de la Nación Argentina de 22 de agosto de 1994.

convenios internacionales, y posteriormente las leyes orgánicas, seguidas de las ordinarias. Podría deducirse que los tratados internacionales tienen en Ecuador un orden jerárquico infraconstitucional. Sin embargo, al momento de establecer la jerarquía normativa, la Constitución establece una diferenciación entre los tratados internacionales en general y los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Estos últimos, como veremos, podrían ser aplicados de manera directa por sobre la Constitución, siempre y cuando sus normas reconozcan derechos más favorables.

Así, el artículo 424, aunque reitera que la Constitución es la norma suprema, añade que “la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Esta norma debe leerse en conjunto con el artículo 417, de conformidad con el cual si bien los tratados internacionales ratificados por Ecuador tienen jerarquía infraconstitucional y deben sujetarse a lo establecido en la Constitución, “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. La diferenciación jerárquica entre los tratados internacionales y los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que contengan normas más favorables, es evidente.

En el mismo sentido, según el artículo 426 de la Constitución, las autoridades y los jueces “aplicarán directamente las normas [...] previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución [...]. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”. Es decir que, cuando los tratados o instrumentos internacionales de derechos humanos contengan normas más favorables para la persona humana, se aplican de manera directa e inmediata y pueden gozar de jerarquía supraconstitucional.

1.2 De los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos como fuente de obligaciones para el Estado ecuatoriano

De lo señalado en líneas anteriores, se evidencia que el ordenamiento constitucional ecuatoriano ha reconocido un importante valor jurídico al derecho internacional de los derechos humanos mediante la incorporación de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos a la Constitución, a través del bloque constitucional y de las normas que establecen la jerarquía normativa. Surge entonces la inmediata necesidad de precisar qué son los instrumentos internacionales de derechos humanos y en qué se diferencian de los tratados internacionales de derechos humanos, así como de los tratados internacionales sobre otras materias.

Empiezo por precisar que los tratados son un tipo específico de instrumento internacional. Conforme al artículo 2.1.a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debe entenderse por tratado todo acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, cualquiera que sea su denominación particular, como por ejemplo “convención” o “pacto”. Lo que caracteriza a los tratados es el hecho de que los Estados pasan a formar parte de ellos a través de un procedimiento formal por el cual hacen constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por sus normas, procedimiento que puede denominarse “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” o “adhesión”, según el caso. Se trata entonces de “reglas expresamente reconocidas por los Estados”⁷. Así, por ejemplo, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos son tratados internacionales de derechos humanos. En el derecho internacional de los derechos humanos, los tratados son la principal fuente de obligaciones para los Estados.

Por su parte, el término “instrumentos internacionales de derechos humanos” es más amplio, pues abarca tanto a los tratados como a otros instrumentos no convencionales, como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, los Principios Básicos Relativos a la Independencia de Jueces, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), entre muchísimos otros. El término instrumentos internacionales de derechos humanos comprende entonces no sólo a los tratados sino también a declaraciones, reglas, principios, directrices y otros documentos con distinta denominación emitidos a nivel universal o regional tanto por organizaciones intergubernamentales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o la Organización de los Estados Americanos (OEA), como por organismos internacionales de derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA o el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Los instrumentos internacionales que no son tratados, no se abren a un proceso de suscripción y ratificación a través del cual los Estados se obligan formalmente por sus disposiciones. No obstante, el hecho de que no sean tratados, no implica que carezcan de efectos jurídicos o que no constituyan fuente de obligaciones para los Estados. En el derecho internacional de los derechos humanos, este tipo de instrumentos constituye una fuente auxiliar de obligaciones para los Estados⁸.

Más aún, si bien estas declaraciones, reglas, principios o directrices, no nacen con una fuerza vinculante, tienen una fuerza moral innegable y su valor variará conforme sean reconocidos y aceptados por un gran número de Estados. De hecho, entre los instrumentos internacionales de derechos humanos, es posible encontrar documentos de distinto rango jurídico. Así, por ejemplo, la práctica generalizada de los Estados, sumada a la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria para los mismos, ha dado como resultado que instrumentos como la Declaración Universal y la Declaración Americana puedan considerarse normas de derecho consuetudinario. En

⁷ Artículo 38.1.a. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁸ Artículo 38.1.d. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

referencia específica a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Corte Interamericana ha señalado que si bien no es un tratado, tampoco carece de efectos jurídicos puesto que los propios Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos han reconocido en diversos documentos que la Declaración es una fuente de obligaciones internacionales para ellos, sumado a que su contenido está incorporado en las normas de interpretación del artículo 29 de la Convención Americana⁹.

Así, es claro que los propios Estados pueden asignarle un valor superior a una declaración u otro instrumento no convencional¹⁰, y eso es justamente lo que ha hecho Ecuador al incluir en su Constitución normas que establecen los mismos efectos jurídicos tanto para los tratados como para otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Nuestra Constitución ha reconocido a todos los instrumentos internacionales de derechos humanos el mismo valor jurídico, independientemente de su naturaleza convencional o no convencional.

Resta por determinar cuáles son los instrumentos internacionales de derechos humanos y diferenciarlos de otros instrumentos internacionales comunes. La particularidad de que un tratado sea relativo a derechos humanos no es un hecho menor. Los tratados sobre derechos humanos se diferencian de los tratados multilaterales en que los primeros tienen por objeto y fin la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes, mientras que los segundos se celebran en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Por tanto, al aprobar los "tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción"¹¹.

Resulta claro que aquellos acuerdos internacionales que tengan por objeto y propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana son tratados relativos a los derechos humanos. Pero aún cuando no tenga por objeto principal la protección de dichos derechos, un tratado o instrumento internacional se considera relativo a derechos humanos siempre que atañe, afecte o interese a la materia¹².

Así, cuando la Constitución ecuatoriana se remite a los tratados y los instrumentos internacionales de derechos humanos, debemos entender que no es necesario que se trate de un instrumento cuyo objeto principal sean los derechos humanos, ni tampoco

9 Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10

10 Al mismo tiempo, no sería posible que los Estados le asignen un valor inferior a ciertas normas de derechos humanos que han alcanzado el rango de normas imperativas de derecho internacional (normas *jus cogens*) cuyo cumplimiento es obligatorio y no admiten una interpretación contraria por parte de los Estados, como por ejemplo la prohibición de la tortura.

11 Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29.

12 Sobre este tema se ha pronunciado la Corte IDH. En la Opinión Consultiva 16, la Corte IDH debía determinar si la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es un tratado concerniente a la protección de los derechos humanos. Para ello, la Corte señaló que era necesario definir si dicho acuerdo internacional "atañe, afecta o interesa" a los derechos humanos, con independencia de cuál sea su objeto principal. Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 72.

que haya existido un proceso formal de ratificación o adhesión a esa norma. El único requisito para que una norma incluida en un instrumento internacional de derechos humanos sea aplicable directamente en Ecuador incluso por sobre la Constitución es que su contenido sea más favorable a la persona humana.

De tal manera, aún cuando en el derecho internacional de los derechos humanos ciertos instrumentos carezcan de efectos vinculantes, los Estados les pueden asignar un valor distinto, como ha ocurrido con las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos. Eso es precisamente lo que ha hecho Ecuador a la luz de las normas de la Constitución de 2008 que se refieren a los tratados y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, de conformidad con las cuales no sólo las convenciones y pactos formalmente suscritos por el país y aprobados conforme al trámite constitucional respectivo tienen vigencia y son de aplicabilidad directa en el país por y ante cualquier juez, sino que todo instrumento internacional de fuente no convencional para la protección de los derechos humanos ha quedado incorporado al bloque constitucional, y su jerarquía puede ser supraconstitucional en tanto sus normas favorezcan a los derechos fundamentales.

Debo anotar que la redacción de la Constitución no es del todo uniforme, y aunque más de veinte artículos se refieren de manera conjunta a los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, equiparando sus efectos y aplicabilidad, también es posible encontrar artículos que se refieren exclusivamente a los tratados internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, el artículo 424 de la Constitución afirma que “[l]a Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. El artículo omite referirse a los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero al confrontarlo con artículos como el 11.3 según el cual “[l]os derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación” o como el 417 de conformidad con el cual “los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán [según] los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”, resulta evidente que a pesar de esta omisión, probablemente involuntaria, no sólo los tratados que reconozcan derechos más favorables sino toda norma contenida en un instrumento internacional de derechos humanos puede prevalecer por sobre la Constitución y cualquier otra norma jurídica siempre y cuando sea más favorable a la persona humana.

Sin embargo, esta omisión ha servido de base para que nuestros jueces ignoren el contenido de instrumentos internacionales de derechos humanos de fuente no convencional al momento de adoptar sus decisiones. Así, por ejemplo, en la sentencia del caso *El Universo*, el juez consideró que “en múltiples veces se ha manifestado que se debe también observar la ‘Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión’ o Declaración de Chapultepec dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero ésta no encaja en la salvedad del inciso final del Art. 424 de la Constitución de la República, y no es un ‘tratado internacional de derechos humanos’

que haya sido ‘ratificado’ por el Estado ecuatoriano”¹³.

A pesar de decisiones como esta, que son contrarias a la interpretación *pro homine* de las normas de la Constitución, debe reconocerse que la forma en la que la Constitución ha incorporado a las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos es concordante con el concepto del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, que como ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”¹⁴.

1.3 De las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos como fuente de obligaciones para el Estado ecuatoriano

Más arriba subrayaba cómo ha existido una verdadera proliferación de instrumentos internacionales de derechos humanos. A su vez, estos instrumentos han ido estableciendo numerosos organismos internacionales encargados de velar por el respeto de las obligaciones de derechos humanos que los Estados asumen en el marco de dichos instrumentos. Y las decisiones de esos organismos internacionales de derechos humanos se han ido encargando de precisar el alcance y los límites de dichos derechos.

Ecuador ha ratificado la gran mayoría de tratados internacionales de derechos humanos y reconocido la competencia de los organismos creados en virtud de esos tratados para supervisar el cumplimiento de sus normas así como para interpretarlas. Por tanto, es preciso determinar cómo las decisiones adoptadas por esos organismos internacionales de derechos humanos constituyen una fuente de obligaciones para el Estado ecuatoriano. La necesidad de determinar qué tipo de obligaciones surgen para el Estado a partir de dichas decisiones se vuelve aún más imperativa tomando en consideración que la acción por incumplimiento¹⁵, se incorporó a nuestra Constitución con el objeto de garantizar el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos.

En este punto, resulta oportuno diferenciar, en primer lugar, las sentencias de los informes relativos a derechos humanos, en tanto su valor como fuente de obligaciones para los Estados puede ser distinto. En segundo lugar, deben distinguirse aquellos informes y sentencias emitidos respecto de los derechos humanos en Ecuador de las

13 Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas (Ecuador). Sentencia No. 457-2011. *Caso El Universo*. Guayaquil, 20 de julio de 2011, página 68.

14 14 Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 115.

15 La incorporación de esta acción ha despertado un gran interés académico. Son dignas de destacar dos tesis elaboradas sobre la materia: (1) PEÑAHERRERA OLEAS, Martín. *La función de la acción por incumplimiento como garantía jurisdiccional del ordenamiento jurídico*. Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de abogado. Universidad San Francisco de Quito, mayo de 2012 (no publicada) y (2) ALBUJA GABELA, Francisco Javier. *Ejecución de sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: necesidad de la implementación de un Sistema Jurídico Procesal en Ecuador para su cumplimiento integral*, Tesis para la obtención del grado de Magíster en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, 2012 (no publicada).

sentencias o informes emitidos respecto de otros países, o de manera general para todos los Estados, por parte de órganos cuya competencia y facultades el Ecuador ha reconocido, en tanto una cosa es el cumplimiento de sentencias e informes y otra muy distinta la recepción de la jurisprudencia y los estándares internacionales contenidos en los pronunciamientos de los organismos internacionales de derechos humanos.

1.3.1 **El cumplimiento de sentencias, informes y otras decisiones de organismos internacionales de derechos humanos**

En el derecho internacional de los derechos humanos es claro que no todos los pronunciamientos tienen la misma fuerza jurídica. Escapa a los límites y objetivos del presente artículo realizar una presentación sistemática de este complejo sistema de protección internacional de derechos humanos, que tanto a nivel universal (Organización de las Naciones Unidas) como regional (sistema interamericano, en nuestro caso), ha desarrollado órganos con competencia para conocer casos individuales y para pronunciarse de manera general con recomendaciones para los Estados. Algunos de esos órganos son creados por los tratados y sus protocolos, a los cuales Ecuador se ha sometido voluntariamente, mientras que otros nacen de resoluciones adoptadas por los Estados en el marco de las Asambleas Generales de los organismos intergubernamentales, entre otras instancias. Entre los diversos organismos de protección de derechos humanos es posible encontrar algunos de naturaleza jurisdiccional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mientras que otros sólo gozan de una naturaleza cuasi-jurisdiccional, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de la ONU, y algunos no tienen competencia jurisdiccional alguna, como los Relatores Temáticos, y otros mecanismos especiales de Naciones Unidas.

Los pronunciamientos de estos distintos tipos de organismos tienen, por lo tanto, un diverso valor como fuente del derecho internacional de los derechos humanos. Lo que es más, un mismo organismo de derechos humanos puede generar normas, doctrina o jurisprudencia, y cada uno de estos pronunciamientos tendrá un distinto valor como fuente de obligaciones para los Estados.

Así, por ejemplo, un pronunciamiento emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de una denuncia individual, no tiene el mismo valor que un pronunciamiento emitido por el mismo organismo en uso de otra de sus atribuciones, como la de formular recomendaciones a los gobiernos para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos. De la misma manera, un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de un caso particular tiene una fuerza jurídica distinta a la de un pronunciamiento del mismo organismo en uso de su facultad consultiva.

Para determinar el valor jurídico de un pronunciamiento de un organismo internacional de derechos humanos habrá que considerar varios factores. Uno de esos factores es la naturaleza del órgano en cuestión, determinando si se trata de un órgano jurisdiccional o cuasijurisdiccional. Ambos tienen en común que su competencia está definida por un instrumento internacional y constituyen organismos independientes

que adoptan decisiones fundadas con base en el derecho internacional y procedimientos reglados. Sin embargo, la obligatoriedad de las decisiones de los órganos cuasijurisdiccionales no está consagrada por un instrumento, a diferencia de la obligatoriedad de las decisiones de los órganos jurisdiccionales. Un factor adicional a tomar en consideración es la naturaleza de la competencia específica ejercida por el organismo internacional de derechos humanos, pues es frecuente que estos organismos tengan múltiples facultades, de conformidad con las cuales pueden realizar pronunciamientos generales con recomendaciones sobre la mejor forma de garantizar el goce efectivo de un derecho humano en todos los Estados, así como también pronunciamientos específicos respecto de un Estado en el marco de denuncias individuales o a raíz de visitas de observación, entre otros.

Por ello, es preciso resaltar la diferencia entre las sentencias y los informes, y entre los informes, habrá que distinguir entre aquellos emitidos en el marco de denuncias individuales y aquellos emitidos en uso de facultades de supervisión más generales.

Con respecto a las *sentencias* emitidas por organismos jurisdiccionales creados por tratados a los que el Estado voluntariamente se ha sometido, como es el caso de la Corte Interamericana, no puede ponerse en duda el carácter vinculante de estas decisiones respecto de los Estados que sean partes del caso concreto¹⁶. Al respecto, en virtud del numeral 1 del artículo 68 de la Convención Americana, los Estados parte de este tratado “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. La obligatoriedad de cumplir con las sentencias emitidas por organismos jurisdiccionales cuya competencia contenciosa ha ratificado el Estado, es parte fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito internacional. La jurisprudencia que se crea a través de las sentencias constituye una fuente indudable de obligaciones para los Estados demandados.

Con respecto los *informes* adoptados en el marco de denuncias individuales por organismos cuasi-jurisdiccionales, como la Comisión Interamericana o los Comités de Derechos Humanos de la ONU, facultados para conocer denuncias individuales¹⁷, los Estados han adoptado diversas posiciones. Me referiré de manera específica al valor que se ha asignado a los informes emitidos por la Comisión Interamericana

16 Aunque podría hacerse una diferenciación entre las distintas sentencias (declarativas, sentencias constitutivas, condenas al pago de sumas de dinero, etc.), ese análisis excede a los límites del presente estudio.

17 Actualmente varios órganos creados en virtud de tratados adoptados en el marco de la ONU pueden, en determinadas circunstancias, considerar las denuncias o comunicaciones de particulares que consideran que sus derechos han sido violados por un Estado Parte: el Comité de Derechos Humanos puede examinar comunicaciones de particulares presentadas contra Estados Partes en el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer puede examinar comunicaciones de particulares presentadas contra Estados Partes en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; el Comité contra la Tortura puede examinar comunicaciones de particulares presentadas contra Estados Partes que hayan formulado la declaración requerida en virtud del artículo 22 de la Convención contra la Tortura; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial puede examinar comunicaciones de particulares presentadas en contra de Estados Partes que hayan formulado la declaración requerida en virtud del artículo 14 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el Comité para la protección de las personas con discapacidad puede examinar comunicaciones de particulares presentadas en contra de Estados partes que hayan ratificado el protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el Comité sobre Desapariciones Forzadas puede recibir denuncias en virtud del artículo 31 de la Convención sobre desapariciones forzadas de la ONU; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puede examinar comunicaciones en virtud de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También podrían en el futuro entrar en vigor disposiciones que admiten el examen de comunicaciones de particulares por parte del Comité sobre los Trabajadores Migratorios o el Comité sobre los Derechos del Niño.

en el marco del procedimiento de denuncias individuales, aunque dejó sentado que ese valor es muy semejante al de los informes emitidos por Comités de Derechos Humanos de la ONU con competencias para recibir y tramitar denuncias individuales.

Como señalaba, la respuesta de los Estados no ha sido uniforme. A manera de ejemplo, en Colombia, el Consejo de Estado ha establecido el valor vinculante de las decisiones de la Comisión en la resolución de casos individuales en lo que compete a las medidas no pecuniarias de reparación¹⁸. En Argentina, la jurisprudencia le ha asignado distinto valor a las decisiones de la CIDH. En un caso relacionado con el cumplimiento de la decisión de la CIDH en el caso *Abella y otros*¹⁹, la Corte Suprema destacó que:

“si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial”²⁰. Mientras que en otra ocasión la misma Corte Suprema argentina señaló que “las directivas de la Comisión constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana”²¹.

Por su parte, la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el valor jurídico de las recomendaciones de la CIDH. La Corte señaló que:

“de conformidad con la regla de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término *recomendaciones*, usado por la Convención Americana, debe ser interpretado conforme a su sentido corriente. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111). Asimismo, el artículo 33 de la Convención Interamericana es un órgano competente junto con la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, por lo que, al ratificar dicha convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes”²².

18 Consejo de Estado (Colombia), Sala de Consulta y Servicio Civil, 13 de octubre de 1992, consulta del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre la obligatoriedad de las recomendaciones que la Comisión de Derechos Humanos hace al Estado Colombiano (autorizada su publicación el 11 de marzo de 1997). Considerando 8vo y puntos resolutivos 1 a 3.

19 CIDH. Informe N° 55/97. *Caso 11.137 Juan Carlos Abella (Argentina)* 18 de noviembre de 1997.

20 Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). *Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus*. 22 de diciembre de 1998.

21 Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, causa N° 17.768, 14 de junio de 2005.

22 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párrafos 79-81.

En todo caso, es claro que los Estados no pueden hacer caso omiso de un informe emitido por un organismo internacional de derechos humanos en el marco de una denuncia individual. Tal es así que este incumplimiento conlleva consecuencias específicas. Por ejemplo, en el sistema interamericano, para los países que han ratificado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, el incumplimiento de las recomendaciones establecidas por la Comisión Interamericana en un informe de fondo tiene como consecuencia el sometimiento del caso a la Corte, con miras a determinar la responsabilidad internacional del Estado en cuestión.

Ahora bien, tanto los organismos jurisdiccionales como los organismos cuasijurisdiccionales creados para proteger los derechos humanos adoptan *otras decisiones* en el uso de sus facultades de supervisión generales sin que exista una denuncia individual o un procedimiento contencioso o cuasicontencioso de por medio. Estas decisiones tienen distintas denominaciones, como puede ser *informes*, observaciones generales, recomendaciones generales, comentarios generales, opiniones consultivas, entre otras.

Tomando una vez más como ejemplo a la Comisión Interamericana, encontramos que este organismo en uso de sus facultades establecidas en el artículo 41 de la Convención Americana, emite recomendaciones, informes de país, informes regionales, informes temáticos, informes anuales en los que se refiere a la situación de derechos humanos en distintos países, entre otros pronunciamientos. En algunos de estos documentos se señalan recomendaciones de carácter general para todos los Estados, mientras que en otros se establecen recomendaciones de carácter general, pero dirigidas a un Estado en particular. En el sistema universal de derechos humanos también existen decisiones con distinto valor jurídico. Por ejemplo, algunos Comités con competencias en derechos humanos pueden adoptar “comentarios”, “observaciones” y “recomendaciones” de carácter general para todos los Estados, así como también pueden emitir “observaciones finales” y otras sugerencias dirigidas a Estados específicos. A lo anterior se suman los diferentes mecanismos extraconvencionales, cuya naturaleza ni siquiera es cuasijurisdiccional, y cuyos pronunciamientos también constituyen directrices importantes para los Estados, como por ejemplo los informes de los Relatores Especiales y Grupos de Trabajo de la ONU²³, y los informes emitidos por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el marco del examen periódico universal.

A la luz de la distinta naturaleza de los informes y pronunciamientos de los organismos internacionales de derechos humanos, cuyas facultades son muy diversas, el derecho internacional de los derechos humanos asigna un valor jurídico distinto a las decisiones de estos organismos. No es posible establecer un esquema inamovible o jerárquico de las fuentes doctrinarias y auxiliares en el derecho internacional de los derechos humanos, pues todas ellas forman parte del desarrollo evolutivo del derecho internacional de los derechos humanos.

23 En Ecuador se ha llegado incluso a sostener que el cumplimiento de obligaciones emitidas en el marco de informes de Relatores Especiales de la ONU, cuya naturaleza no es convencional, puede ser demandado mediante una acción por incumplimiento (Véase: PAZMIÑO CORRAL, Carolina. “Cumplimiento de las recomendaciones del Relator Especial de la ONU sobre ejecuciones extrajudiciales”. En: *Informe sobre derechos humanos Ecuador 2011. Programa Andino de Derechos Humanos*. Universidad Andina Simón Bolívar. 2012).

Ahora bien, aunque para el derecho internacional de los derechos humanos algunas decisiones gocen de un carácter vinculante y otras constituyan meras recomendaciones o exhortaciones, en tanto establecen una conducta deseable pero no obligatoria para los Estados, es claro que los Estados siempre pueden otorgar a las recomendaciones un valor jurídico mayor, y asignarles, dentro de su ordenamiento jurídico, una fuerza vinculante. Recordemos que en el derecho internacional, las indicaciones expresas o implícitas de un elemento subjetivo según el cual Estado siente que cumple lo que supone una obligación jurídica constituyen *opinio juris*, y en consecuencia son fuente de obligaciones jurídicas.

En el caso ecuatoriano, existen indicaciones incluso expresas de que el Estado ha reconocido a las recomendaciones contenidas en informes y otras decisiones de organismos internacionales como fuente de obligaciones. Así, por ejemplo, nuestra Constitución no hace diferencias entre los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos al momento de asignarles un valor jurídico, y, como veremos, incorpora una garantía jurisdiccional para demandar el incumplimiento de “de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos” sin diferenciar entre estos pronunciamientos, de tal manera que existe un espacio para afirmar que no cabe que nosotros hagamos una diferenciación entre los efectos jurídicos de las decisiones adoptadas por los órganos de tratados y aquellas emitidas por los órganos creados en virtud de otros instrumentos internacionales, así como tampoco cabe que nosotros hagamos una diferenciación entre los efectos jurídicos de los informes adoptados por organismos internacionales en uso de sus distintas facultades, sean estas jurisdiccionales, cuasijurisdiccionales o no jurisdiccionales.

La intención del Estado ecuatoriano de reconocer como fuente de obligaciones a las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos se ve reflejada también en otras normas, como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, o el Decreto 1317 de 2008, en los cuales se pone “en el mismo saco” a las sentencias y a todos los informes de organismos internacionales de derechos humanos y se afirma que el Estado tiene la obligación de cumplirlos.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al regular la acción por incumplimiento, señala en su artículo 52 que esta acción tiene por objeto garantizar el cumplimiento de “sentencias, decisiones o informes” de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Nótese que no se hace diferenciación entre una sentencia y un informe, y que a las sentencias e informes se ha agregado la denominación de “decisiones”, con lo cual quedarían incluidas decisiones que no son estrictamente sentencias y cuya denominación es distinta a “informes”, como por ejemplo las Observaciones Finales o Recomendaciones Generales que emiten ciertos Comités de la ONU.

Así también, el lenguaje del señalado Decreto 1317 es absolutamente decidor de la voluntad del Estado ecuatoriano de dar exigibilidad a las sentencias, informes y otras decisiones de organismos internacionales de derechos humanos. Según dicho Decreto, el Ministerio de Justicia debe coordinar “la ejecución de sentencias, medidas cautelares, medidas provisionales, acuerdos amistosos, recomendaciones y resoluciones originados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el Sistema Universal de Derechos Humanos, y demás obligaciones surgidas por

compromisos internacionales en esta materia". No sólo que no se hace diferencia entre las "obligaciones" que surgen, por ejemplo, de una sentencia o de una recomendación incluida en un informe, sino que además se establece que todas estas decisiones deben "ejecutarse". A través de este Decreto queda incluso superada en Ecuador la discusión vigente en el sistema interamericano de derechos humanos sobre la obligatoriedad de las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana, puesto que el Estado se ha referido a éstas como "obligaciones" a ser "ejecutadas".

Así, la voluntad del Estado ecuatoriano, contenida incluso en normas de rango constitucional y orgánico, ha sido la de asignar expresamente a los informes y otras decisiones de organismos internacionales de derechos humanos un valor superior a aquel reconocido en el derecho internacional, equiparándolos con las sentencias adoptadas por organismos convencionales con facultades contenciosas. Es esa voluntad estatal la que debe primar al momento de determinar los efectos de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos, incluso por sobre nuestra propia percepción, o la opinión de esos mismos organismos respecto de la obligatoriedad o no de sus decisiones.

1.3.2 La recepción de estándares internacionales de derechos humanos

En la sección anterior precisé que si bien para el derecho internacional de los derechos humanos existe una distinción entre el valor jurídico de una sentencia y el de un informe; y en el caso de los informes, existen diferencias entre aquellos con carácter específico para un Estado y aquellos de carácter general con recomendaciones para todos los Estados, nuestra Constitución ha superado esta discusión. No obstante, también resulta necesario advertir que el cumplimiento de sentencias e informes de derechos humanos es un tema distinto al de la recepción de la jurisprudencia y los estándares internacionales contenidos en los pronunciamientos de los organismos internacionales de derechos humanos.

Según se estableció en párrafos anteriores, Ecuador debe dar cumplimiento a las sentencias de los casos en los que se haya determinado su responsabilidad internacional; debe también cumplir los informes de los casos en los que se le hayan formulado recomendaciones con base en una denuncia individual; y debe cumplir las decisiones, cualquiera que sea su denominación, en las que organismos de derechos humanos en el marco de sus competencias realicen recomendaciones generales dirigidas a todos los Estados, entre ellos Ecuador. Sin embargo, queda pendiente determinar si las decisiones adoptadas por organismos de derechos humanos respecto de otros países tienen valor jurídico únicamente para los Estados concernidos o si sus decisiones resultan vinculantes también para Ecuador.

Por mandato constitucional, según se explicó en líneas anteriores, los jueces ecuatorianos deben administrar justicia con sujeción a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así está establecido textualmente en el artículo 172 de la Constitución. Cabe preguntarse si esto quiere decir que los jueces deben tomar en cuenta únicamente el texto de los instrumentos internacionales, o si deben considerar además la interpretación que de esas normas

han hecho los órganos y mecanismos creados por dichos instrumentos.

Y es que los tratados sobre derechos humanos no sólo incluyen un catálogo de derechos humanos, sino que, como se señaló más arriba, suelen además establecer órganos para interpretar sus normas, supervisar su cumplimiento y proteger los derechos humanos cuando los recursos judiciales internos hayan fallado en su deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier violación de éstos. Debe resaltarse que los tratados e instrumentos internacionales no conceden derechos humanos, sino que sólo los reconocen, lo que significa que pueden existir derechos humanos que no han sido formalmente establecidos en el texto de sus normas y que por tanto puedan ser ampliados a través de los pronunciamientos de los organismos internacionales de derechos humanos, en tanto intérpretes autorizados de los respectivos instrumentos internacionales.

De hecho, a través de sus distintos pronunciamientos, los organismos internacionales de derechos humanos han ido precisando el alcance y los límites de los derechos humanos, cuyo reconocimiento expreso es, a menudo, vago y genérico. Resulta de fundamental importancia entonces definir si la incorporación de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos al ordenamiento jurídico ecuatoriano implica que la jurisprudencia elaborada por los mecanismos de control creados por dichos tratados para interpretarlos adquiere fuerza vinculante a pesar de que el Estado denunciado no sea el Ecuador.

Ciertamente, para cumplir de manera adecuada con los mandatos normativos incluidos en los tratados e instrumentos de derechos humanos, los jueces deberían aplicar correctamente los estándares internacionales desarrollados en virtud de esos tratados por parte de los órganos creados por dichos tratados y autorizados para interpretarlos. Pero no está claro si dichos estándares han sido incorporados también a nuestro ordenamiento jurídico²⁴, lo que les daría una fuerza vinculante y aplicabilidad directa, o si únicamente constituyen una guía para la decisión para los jueces.

Respecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia establecida en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para Estados que reconocen la competencia contenciosa de la Corte pero no fueron parte del caso en cuyo contexto se emitió la decisión, la Convención Americana no contiene una disposición expresa que establezca los efectos jurídicos de sus decisiones respecto de los Estados que no han sido parte del proceso; únicamente se establece en el artículo 69 que la decisión será "transmitida" a los otros Estados.

No obstante, la Corte Interamericana ha abordado este tema bajo la figura del "control de la convencionalidad" desarrollada a partir de su pronunciamiento en el caso *Almonacid Arellano* en el año 2006²⁵. El control de convencionalidad se refiere a un control de compatibilidad que deben realizar los jueces (y toda autoridad pública) entre sus decisiones y la normativa convencional y su jurisprudencia. En palabras de la propia Corte Interamericana: "las autoridades internas están sujetas al imperio de la

²⁴ La doctrina se ha referido a este fenómeno como "la incorporación *in totum* de los tratados de derechos humanos".

²⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, no. 154.

ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana²⁶. Nótese que la Corte afirma que el control de convencionalidad es una obligación de los jueces.

Una lectura correcta de esta obligación nos lleva a determinar que, más allá de la denominación de "control de convencionalidad", los jueces deben realizar dicho examen de compatibilidad respecto de los otros instrumentos internacionales de derechos humanos y no únicamente respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más aún cuando la Constitución ecuatoriana no otorga un tratamiento diferenciado a los tratados respecto del resto de instrumentos internacionales de derechos humanos.

La jurisprudencia comparada no ha dado una respuesta uniforme a la interrogante que nos ocupa. En Venezuela se ha sostenido que lo que la Constitución incorpora es el texto del tratado, más no sus interpretaciones²⁷. Mientras que en Costa Rica se ha considerado que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos implica que la jurisprudencia emanada del órgano internacional de control del respectivo tratado adquiere el mismo valor constitucional de la norma interpretada²⁸. En Argentina, la jurisprudencia ha ido variando de opinión, aunque parece haber prevalecido la tesis de que la interpretación de los derechos constitucionales debe guiarse por la jurisprudencia internacional de los órganos de control, con lo cual ésta debe ser tenida en cuenta como una guía, mas no con fuerza vinculante²⁹. Según el máximo tribunal de justicia argentino, tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, cuanto los poderes constituidos argentinos deben guiarse para la interpretación de la Convención Americana, por la jurisprudencia de la Corte IDH, en tanto esta jurisprudencia constituye "una insoslayable pauta de interpretación" para ellos en el ámbito de su competencia, "a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos"³⁰. Más aún, la Corte Suprema de Justicia

26 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Fondo. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

27 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela. Sentencia 1942 del 15 de julio de 2003 sobre la inconstitucionalidad de las leyes de desacato.

28 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, sentencia 2313 de 1995 sobre la inconstitucionalidad de la colegiatura obligatoria para periodistas

29 Para un análisis de la jurisprudencia argentina sobre la materia, véase: DI CORLETO, Julieta. "El reconocimiento de las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericanas en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Argentina". En CEJIL: *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires, 2007.

30 Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad*.

argentina ha llegado a revocar sentencias de jueces inferiores cuando sus decisiones han ido en contra de la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aclarando que dicha jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana³¹. En el caso colombiano, la Corte Constitucional en general ha reconocido que la jurisprudencia de las instancias internacionales encargadas de interpretar los tratados de derechos humanos “constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”³². En Perú, el Tribunal Constitucional sostuvo que “los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”³³.

Además de los ejemplos mencionados en el párrafo anterior, el concepto de control de convencionalidad empieza a aparecer con cada vez más frecuencia en la jurisprudencia comparada³⁴, lo que evidencia un creciente reconocimiento de la importancia de los estándares internacionales para aplicar correctamente las normas contenidas en los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Lamentablemente, no puede decirse lo mismo respecto de Ecuador. Los operadores judiciales nacionales han hecho caso omiso de su obligación de control de convencionalidad e incluso se han pronunciado de manera desfavorable a este concepto. Así, por ejemplo, en la sentencia del caso *El Universo*, el juez Paredes manifestó que “el llamado ‘control de convencionalidad’ no es norma obligatoria para los jueces de los Estados Partes de la Convención, dado que aún no existe el denominado derecho único para los países miembros de la OEA y de la Convención, dado la diversidad ideológica y cultural de cada uno de sus miembros”³⁵.

Adicionalmente, los jueces han sido bastante imprecisos al momento de pronunciarse sobre el valor, tanto de los informes, como de las sentencias de organismos internacionales de derechos humanos. Por lo general, la jurisprudencia nacional se limita a citar los estándares internacionales únicamente cuando su contenido resulta conveniente o apoya la decisión del juez, sin que ello vaya acompañado de un pronunciamiento expreso respecto del valor jurídico de las decisiones que citan. Cuando ante los alegatos de los abogados, los jueces se ven en la necesidad de

Sentencia de 13 de julio de 2007, párrafo 20.

31 Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). *Bramajo, Hernán Javier S/ Incidente de excarcelación*. Sentencia del 12 de septiembre de 1996.

32 Corte Constitucional (Colombia). Sentencia C-010 de 2000. Citada por UPRIMNY, Rodrigo. “La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional”. En: CEJIL: *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires, 2007.

33 Tribunal Constitucional (Perú), *Caso de Crespo Bragayrac*, Exp. N.º 0217-2002-HC/TC. 7 de abril de 2002.

34 Véase, por ejemplo: Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Acuerdo del Tribunal de 14 de julio de 2011 (Expediente Varios 912/2010).

35 Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas (Ecuador). Sentencia No. 457-2011. *Caso El Universo*. Guayaquil, 20 de julio de 2011, página 67.

pronunciarse sobre estos estándares, sus decisiones no han contribuido a reconocer la fuerza vinculante de los instrumentos internacionales. Una vez más, traigo como ejemplo la sentencia del caso *El Universo*, en la que el juez reconoce que “la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (Convención), forma parte del ordenamiento jurídico interno ecuatoriano y la Constitución de la República está jerárquicamente por encima de aquel convenio internacional según se expresa en el Art. 425 de la Carta Magna del Estado Ecuatoriano, y solo se invierte esta jerarquía en caso de sean ‘tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución’”³⁶, pero decide de manera abiertamente contraria a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, haciendo caso omiso a la interpretación que la Corte Interamericana ha hecho de sus disposiciones y que resultaba más favorable para la decisión del mencionado caso. Lo que es más, el juez señala expresamente que “la llamada ‘jurisprudencia interamericana’ no es vinculante (sic) para un Estado Parte que no sea objeto de una demanda contenciosa”³⁷. Por lo general, los jueces nacionales tampoco suelen establecer claramente una diferencia, si existe, entre el valor jurídico de las decisiones de organismos jurisdiccionales y el de las decisiones de organismos cuasijurisdiccionales.

Más allá de esta nefasta jurisprudencia nacional, lo cierto es que gran parte de los jueces muestra resistencia a utilizar los criterios provenientes de los organismos internacionales, o de plano los ignora, aun cuando en varios casos, las soluciones encontradas en la jurisprudencia internacional contienen criterios más favorables a los derechos de las personas. También es común que los jueces citen los estándares internacionales pero decidan en abierto desacato a esos principios, como en el caso *El Universo*.

Al respecto, si la Constitución ecuatoriana ha optado por dar un valor supraconstitucional a toda norma que concierna a los derechos humanos, siempre que su contenido sea más favorable a la persona humana, y si son los organismos de derechos humanos los encargados de interpretar el contenido de las normas de derechos humanos, podría concluirse que cuando la interpretación que a través de sus decisiones realizan dichos organismos es más favorable a la persona humana, los jueces deben aplicar esa interpretación, así como también están en la obligación de realizar un control de convencionalidad de sus decisiones, confrontándolas con los estándares internacionales aplicables. De nada serviría el reconocimiento de que los tratados e instrumentos de derechos humanos son parte de nuestro ordenamiento jurídico si esto no se traduce en la aplicabilidad de los criterios desarrollados por los organismos internacionales de derechos humanos sobre el contenido, límite, alcance y significado de esas normas.

Por tanto, el sometimiento del Estado ecuatoriano al derecho internacional de los derechos humanos implica que los pronunciamientos de los organismos internacionales autorizados para aplicar e interpretar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como fuente de derecho internacional de los derechos humanos, deben ser acatados por los operadores de justicia, incluso si

36 Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas (Ecuador). Sentencia No. 457-2011. *Caso El Universo*. Guayaquil, 20 de julio de 2011, páginas 67 y 68.

37 Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales del Guayas (Ecuador). Sentencia No. 457-2011. *Caso El Universo*. Guayaquil, 20 de julio de 2011, página 68.

están dirigidos a otros Estados, al menos en tanto esos pronunciamientos sean más favorables para la protección de los derechos de las personas.

Así las cosas, si estamos ante un derecho cuya protección es distinta en la normativa constitucional e internacional, la interpretación debe ser siempre pro persona, y por tanto debe aplicarse la norma que mejor garantice los derechos humanos, sea la constitucional o la internacional. Adicionalmente, debe primar la interpretación más favorable respecto de ese derecho humano, independientemente de que esa interpretación provenga de órganos judiciales internos o de organismos internacionales de derechos humanos, sean jurisdiccionales, cuasijurisdiccionales o no jurisdiccionales.

2. La acción por incumplimiento en Ecuador

En Ecuador aún no se ha creado un mecanismo verdaderamente efectivo para garantizar la ejecución de sentencias y la implementación de las recomendaciones contenidas en los informes de organismos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, la Constitución incluyó una garantía jurisdiccional para reclamar por el incumplimiento de dichas sentencias e informes: la acción por incumplimiento.

Se trata de una garantía jurisdiccional sin mayores precedentes. Si bien son varios los países que han avanzado en el establecimiento de mecanismos efectivos para dar cumplimiento a las sentencias emitidas por organismos internacionales de derechos humanos, esos mecanismos no suelen ser, propiamente, garantías jurisdiccionales. Las constituciones de Colombia (1991)³⁸ y Perú (1993)³⁹ incorporaron una acción de incumplimiento, pero se trata de procesos constitucionales por medio de los cuales se demanda el incumplimiento de leyes o actos administrativos, y no tienen por objeto demandar el incumplimiento de decisiones de organismos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, se asemejan más a la acción de protección en Ecuador.

Antes de continuar, dejo anotado que en Ecuador la acción de incumplimiento tiene un objetivo completamente distinto a la acción por incumplimiento. Mientras que la acción por incumplimiento procede respecto de normas jurídicas o actos administrativos de carácter general⁴⁰, así como también respecto de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, la acción *de* incumplimiento procede respecto de sentencias de naturaleza constitucional. La acción *de* incumplimiento tiene por objeto conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales y su fundamento se encuentra en el numeral 9 del artículo 436 de la Constitución y en los artículos 162 a 165 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como en el artículo 84 del Reglamento de sustanciación de proceso de competencia de

38 Constitución Política (Colombia). Artículo 87.

39 Constitución Política (Perú). Artículo 200, numeral 6.

40 El presente artículo se limita a analizar de la acción por incumplimiento como garantía para el cumplimiento de sentencias o informes de derechos humanos, no para la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico ni tampoco respecto de los actos administrativos.

la Corte Constitucional. La acción *de* incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales se constituyó en una garantía jurisdiccional por mandato de la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional⁴¹. De su parte, el fundamento jurídico de la acción *por* incumplimiento en Ecuador se encuentra en los artículos 93 y 436 numeral 5 de la Constitución; 52 a 57 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y 32 del Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional.

La procedencia de una garantía jurisdiccional respecto de las sentencias e informes de derechos humanos implica un reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de estas decisiones, así como también de que su incumplimiento constituye un quebrantamiento del ordenamiento jurídico internacional desarrollado para proteger a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Esto es digno de resaltar y sin duda constituye un avance en materia de derechos humanos en Ecuador.

La primera sección de este artículo estuvo dedicada a subrayar que es obligación del Estado cumplir con las sentencias emitidas por organismos internacionales de derechos humanos cuya competencia contenciosa ha reconocido, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como también es su obligación, a la luz de las normas constitucionales vigentes, cumplir con los informes y otras decisiones de organismos internacionales de derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o los distintos Comités de Derechos Humanos de la ONU, en tanto la Constitución ecuatoriana no diferencia a los informes de las sentencias como fuente de obligaciones internacionales.

Si bien el valor jurídico de los informes de organismos internacionales de derechos humanos surge de mi interpretación personal de las normas constitucionales que, como tal, está sujeta a discusión, la fuerza vinculante de una sentencia emitida por un organismo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es materia de debate, pues su obligatoriedad es clara a la luz de las normas de la Convención Americana ratificada por el Estado ecuatoriano.

A pesar de lo anterior, la acción por incumplimiento en Ecuador abre el espacio para que se incumpla incluso una sentencia del máximo tribunal interamericano. Como analizaré a continuación, la manera en la que esta acción ha sido concebida y regulada la convierte en un verdadero fraude, en tanto abre espacios para que la Corte Constitucional declare inejecutables sentencias de organismos internacionales de derechos humanos, al tiempo que coloca a las víctimas en círculos viciosos de desprotección, y permite que las autoridades justifiquen el incumplimiento.

Quizá por esa razón, habiendo transcurrido más de cuatro años desde la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, y a pesar del alto grado de incumplimiento de Ecuador con las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos, hasta la fecha no existen antecedentes de sentencias dictadas por la Corte Constitucional en procesos por incumplimiento de resoluciones dictadas por organismos internacionales de derechos humanos.

41 Corte Constitucional, sentencia No. 001-10-PJO-CC, Caso No. 0999-09-JP, publicado en el Registro Oficial segundo suplemento No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

2.1 De la posible inejecutabilidad de las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos

Según el artículo 93 de la Constitución de la República, “[l]a acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible”. El artículo 93 añade que “[l]a acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”, lo que es concordante con el artículo 436 numeral 5 de la Constitución según el cual es atribución de la Corte Constitucional “conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar [...] el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias”.

De la simple lectura de los artículos mencionados es posible determinar que existen dos tipos de requisitos establecidos en la Constitución para la procedencia de la acción por incumplimiento respecto de las sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. El primero, que la “decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible”; el segundo, que las “sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos [...] no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias”.

En un acto de buena fe, podríamos asumir que el lenguaje de estos requisitos pudo haber sido incorporado por la Asamblea Constituyente tomando en consideración el concepto de normas autoejecutables (*self-executing*) del derecho internacional público, según el cual ciertas normas de tratados han sido redactadas de tal forma que son susceptibles de una aplicación inmediata y directa, mientras que otras requieren una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad. Si bien es cierto que ciertas obligaciones internacionales están redactadas de forma tal que es posible derivar de ellas un derecho sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o administrativo posterior, mientras que otras están redactadas como simples aspiraciones generales, establecer este requisito para la procedencia de la acción por incumplimiento, sin diferenciar entre las sentencias y los informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos resulta un despropósito.

Ciertamente, entre los informes de dichos organismos podría distinguirse entre recomendaciones autoejecutables y recomendaciones redactadas de una forma tan genérica que no puede desprenderse de ellas un derecho exigible para los individuos. Sin embargo, las decisiones de las sentencias de un organismo internacional cuya competencia el Estado ha ratificado deben ser implementadas en Ecuador sin necesidad de que la Corte Constitucional determine si la obligación es o no clara, expresa o exigible. Adicionalmente, recordemos que nuestro texto constitucional no ha querido hacer una diferenciación entre la exigibilidad de las sentencias y los informes de organismos internacionales de derechos humanos, por **más que en la práctica existan**.

El artículo 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

repite textualmente el primer requisito establecido en la Constitución, según el cual, la sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue, debe contener “una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible”. Mientras que el segundo requisito constitucional está contenido en el numeral 3 del artículo 56 de la misma Ley de conformidad con el cual, la acción por incumplimiento no procede “si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la [...] sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante”. De esta forma, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales establece una excepción al segundo requisito.

La citada Ley Orgánica va más allá y establece entre las causales de inadmisión, otros requisitos que no se encuentran en la Constitución. Según el artículo 56, esta acción tampoco procede “[s]i la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional” (numeral 1) así como tampoco procede “[s]i se trata de omisiones de mandatos constitucionales” (numeral 2).

A estos requisitos para la procedencia de una acción por incumplimiento respecto de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos se suma una peligrosa norma contenida en el artículo 436 numeral 1 de la Constitución, según la cual la Corte Constitucional es “la máxima instancia de interpretación [...] de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias”. Lo anterior, en expresa contradicción con el artículo 62 numeral 1 de la Convención Americana, donde el Estado reconoció “como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte [Interamericana] sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”⁴². En otras jurisdicciones, la concepción de los tribunales internos como máximos intérpretes de instrumentos internacionales que establecen organismos autorizados para su interpretación ha sido ya superada hace varios años. En Argentina, por ejemplo, en 1992, antes de que la reforma de 1994 constitucionalizara los tratados sobre derechos humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya estableció “que la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José”⁴³. La Corte Constitucional de Colombia, ya en 1995, entendió que “la fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos está garantizada por el control que sobre su efectividad ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁴⁴. En Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema, al declarar la inconstitucionalidad del requisito de colegiación de los periodistas para ejercer sus funciones, afirmó que:

“si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrán -de principio- el mismo valor de la norma interpretada”⁴⁵.

42 El 24 de julio de 1984 Ecuador reconoció la vigencia del citado artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante Decreto N 2768, de 24 de julio de 1984, publicado en el Registro Oficial N1 795 del 27 del mismo mes y año.

43 Corte Suprema de Justicia (Argentina) *Elmkdjiam, Miguel A. c Sofovich, Gerardo y otros*. Julio 7, 1992.

44 Corte Constitucional (Colombia). Sentencia N° T-447/95, de 23 de octubre de 1995.

45 Corte Suprema de Justicia (Costa Rica). Sala Constitucional. Sentencia No. 2312-95 de 9 de mayo de 95.

En fin, resulta evidente que la jurisdicción internacional para la protección de los derechos humanos se ha constituido como una jurisdicción que está por encima de la jurisdicción nacional, incluso de la jurisdicción constitucional, y que el máximo intérprete de un tratado internacional es el organismo creado por dicho tratado con el objeto de interpretarlo y aplicarlo.

No obstante, nuestra Constitución concibe a la Corte Constitucional como la máxima instancia de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos, con lo cual su interpretación podría, por ejemplo, llegar a contradecir la interpretación que la Corte Interamericana haya realizado de la Convención Americana en el marco de un caso contencioso contra Ecuador. Asimismo, la Corte podría llegar a decidir que la obligación contenida en la sentencia o informe de un organismo internacional de derechos humanos, no es clara, o bien que dicha obligación no es exigible. De la misma forma, la Corte Constitucional podría encontrar que existe una vía judicial ordinaria para demandar a la autoridad que generó el incumplimiento. Así también, la Corte podría señalar que existen otras garantías jurisdiccionales, como la acción de protección o el hábeas corpus, para garantizar los derechos cuya protección persigue la acción por incumplimiento.

En fin, se otorga a la Corte Constitucional una facultad sumamente amplia, a través de la cual podría llegar a declarar inejecutable incluso una sentencia vinculante para Ecuador; basta con que a su criterio, por ejemplo, la obligación establecida en la sentencia no sea exigible. De esta forma, una institución que tiene por objeto la garantía de eficacia de las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos se convierte en un arma de doble filo que otorga discrecionalidad a la Corte Constitucional respecto de decisiones cuyo cumplimiento el Estado ha reconocido como obligatorio.

Recordemos que una interpretación similar fue utilizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela para declarar inejecutables sentencias de la Corte Interamericana en dicho país a través de un supuesto control de constitucionalidad de las decisiones del tribunal interamericano⁴⁶. Lo anterior a pesar de que la propia Constitución Venezolana, en su artículo 31, establece el “amparo internacional”⁴⁷ para violaciones de derechos humanos y añade que “[...] El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales [...]”.

Si bien hasta la fecha la Corte Constitucional ecuatoriana no se ha pronunciado en el marco de un proceso constitucional por incumplimiento de una decisión internacional en materia de derechos humanos, se advierten los posibles riesgos del uso de esta garantía jurisdiccional.

46 Para un análisis de la nefasta jurisprudencia venezolana sobre la materia y sus implicaciones, sugiero revisar la obra de AYALA CORAO, titulada *La “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*. Fundación Manuel García-Pelayo, 2009.

47 Sobre el “amparo internacional”, véase: AYALA CORAO, Carlos. *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*.

2.2 Del reclamo previo y otros posibles círculos viciosos de desprotección para las víctimas

Además de los requisitos constitucionales para la procedencia de la acción por incumplimiento, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional añade un tercer requisito a través del cual limita aún más la garantía constitucional. Se trata del artículo 54 en el que esta Ley establece la necesidad de un reclamo previo a quien deba satisfacer la obligación para que pueda configurarse un incumplimiento. Se refiere entonces a un reclamo en vía administrativa, distinto del reclamo en vía judicial ordinaria. La Ley establece un término de cuarenta días que deben transcurrir luego del reclamo previo para que se configure el incumplimiento, sea porque todavía no se ha cumplido con la obligación o porque no se contestó el reclamo. La prueba del reclamo previo debe adjuntarse a la demanda para que esta sea admitida, según lo establecen el artículo 55 y el artículo 56 numeral 4 del mismo cuerpo legal.

De esta manera, se omite reconocer que es obligación del Estado dar cumplimiento *de oficio* a las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos, sin necesidad de que los particulares y las víctimas se vean en la necesidad de dar un impulso a las autoridades en quienes recae la responsabilidad. Recordemos que las víctimas y sus familiares a menudo han transitado un largo camino durante varios años, a veces décadas, buscando la protección de sus derechos en instancias nacionales e internacionales, por lo que resulta atormentador exigirles que, luego de haber obtenido un pronunciamiento favorable a través de una sentencia o informe de un organismo internacional de derechos humanos, deban empezar una serie de reclamos en la vía interna para poder hacer realidad el reconocimiento de sus derechos, incluido su derecho a la reparación integral.

Lo anterior se agrava en tanto el texto del artículo 54 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que para que se configure el incumplimiento, debe solicitarse formalmente el cumplimiento de la obligación internacional “a quien deba satisfacerla”. La redacción de este artículo ignora por completo la complejidad y riqueza de las decisiones internacionales sobre derechos humanos.

A manera de ejemplo, para evidenciar la diversidad de autoridades que podrían estar involucradas en la ejecución de una sentencia, repasemos algunos de los puntos resolutivos de una de las más recientes decisiones respecto de Ecuador por parte de la Corte Interamericana: el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku⁴⁸. En la sentencia de la Corte IDH se establece la obligación del Estado de “neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku”, obligación que se debe cumplir “con base en un proceso de consulta con el Pueblo” de conformidad con los parámetros establecidos en la propia sentencia; está también la obligación del Estado de:

“consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio”;

por otro lado, está la obligación del Estado de “adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio”; adicionalmente está la obligación estatal de “implementar [...] programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas”; la sentencia obliga también al Estado a “realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional”, así como a “realizar las publicaciones” de la sentencia en el Diario Oficial, en un diario de amplia circulación nacional, y en un sitio web oficial; a esto se suma la obligación estatal de pagar casi un millón y medio de dólares por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos.

Evidentemente no es una misma autoridad la encargada de satisfacer el retiro de la pentolita, el proceso de consulta previa, **la adopción de medidas legislativas, la implementación de cursos obligatorios sobre derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas dirigidos a funcionarios públicos, la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad**, las publicaciones oficiales de la sentencia, y el desembolso del presupuesto del Estado para el pago de indemnizaciones. Un ejercicio similar puede realizarse respecto de cualquier otra sentencia o informe de un organismo internacional de derechos humanos. Este tipo de decisiones se caracterizan por identificar una serie de medidas, en el ámbito legislativo, administrativo, judicial y de políticas públicas, para prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente las violaciones de derechos humanos, lo que incluye medidas de satisfacción y de no repetición, de forma tal que difícilmente habrá una única autoridad responsable de dar cumplimiento a las distintas obligaciones del Estado ecuatoriano.

Si bien, a través del Decreto 1317 de 9 de septiembre de 2008⁴⁹ se encargó al Ministerio de Justicia “la responsabilidad de coordinar la ejecución de sentencias, medidas cautelares, medidas provisionales, acuerdos amistosos, recomendaciones y resoluciones originados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el Sistema Universal de Derechos Humanos, y demás obligaciones surgidas por compromisos internacionales en esta materia”, no es claro si para que se dé por presentado el reclamo previo basta con dirigirse formalmente al Ministerio de Justicia para solicitar la “coordinación” del cumplimiento de las obligaciones, o si es necesario dirigirse a las autoridades que deben “satisfacer” la obligación. Las dificultades son aún más evidentes cuando las obligaciones rebasan al ámbito ejecutivo, y requieren que el legislativo modifique cierta legislación o que el judicial investigue y sancione a los responsables de la violación de derechos humanos. ¿Hasta qué punto podría, una autoridad con facultad de coordinación como el Ministerio de Justicia, satisfacer esas obligaciones sin interferir en otros poderes del Estado?

49 Decreto 1317 de 9 de septiembre del 2008, publicado en el Registro Oficial 428, de 18 de septiembre de 2008.

La necesidad de solicitar formalmente el cumplimiento de la obligación internacional “a quien deba satisfacerla” como requisito para que se configure el incumplimiento y poder presentar la acción por incumplimiento desconoce además que en materia de derechos humanos la responsabilidad se atribuye al Estado como un todo, y no puede fracturarse o atribuirse a una de sus partes. La acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional como un todo. Es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia⁵⁰. La responsabilidad internacional que se atribuye al Estado con base en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, se genera en forma inmediata sin que sea necesario determinar la culpabilidad de sus autores ni identificar individualmente a los agentes responsables. Poner a las víctimas en la posición de identificar a cada autoridad encargada de satisfacer las distintas obligaciones para probar que hubo incumplimiento resulta inaudito.

A manera de corolario de esta evidente incompreensión en nuestra legislación respecto de la responsabilidad estatal como uno de los principios básicos del derecho internacional de los derechos humanos, al referirse a la legitimación pasiva, el artículo 53 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales señala que la acción por incumplimiento procederá no sólo en contra de toda autoridad pública, sino también contra personas naturales o jurídicas particulares. Aclara que son dos las circunstancias en las que la acción por incumplimiento debe presentarse contra una persona natural: cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos; y en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.

Conforme señalaba en líneas anteriores, los organismos internacionales de derechos humanos imponen obligaciones al Estado, y no determinan, como ocurre en el derecho penal interno, responsabilidades individuales de agentes estatales ni de particulares. Incluso en aquellos casos en los que la responsabilidad internacional del Estado se genere por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por particulares, con base en su posición de garante y el incumplimiento de su obligación de adoptar medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interpersonales, las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos no imponen obligaciones a las personas particulares, como erróneamente afirma el artículo 53 de la Ley.

En cualquier caso, exigir que las víctimas de violaciones de derechos humanos se dirijan formalmente a cada una de las autoridades responsables de satisfacer las distintas obligaciones que se imponen al Estado en el marco de las decisiones de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, con el objetivo de realizar un reclamo previo y demostrar el incumplimiento como requisito para presentar la acción jurisdiccional que nos ocupa, resulta, a todas luces, perverso.

50 Corte I.D.H., *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párrafo 108; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 111.

Adicionalmente, podrían configurarse otros círculos viciosos de desprotección para las víctimas de violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, pensemos que la propia Corte Constitucional podría ser la encargada de satisfacer la obligación estatal si, por ejemplo, la decisión del organismo internacional de derechos humanos se origina en una acción extraordinaria de protección en la cual dicha Corte haya omitido tutelar un derecho humano.

Por otra parte, no existe una solución clara en caso de que se incumpla la sentencia en la cual la Corte Constitucional haya declarado procedente la acción por incumplimiento, de forma tal que la supuesta "garantía jurisdiccional" podría tornarse en un procedimiento inútil y dejar en desprotección a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

2.3 De las posibles justificaciones para el incumplimiento

Como si lo anterior no fuera suficiente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece la posibilidad de que las autoridades demandadas justifiquen el incumplimiento de las obligaciones establecidas en una sentencia o informe emitido por un organismo internacional de derechos humanos.

El artículo 57 de la citada Ley Orgánica regula el procedimiento según el cual la demanda se presenta ante la Corte Constitucional. Señala que, una vez presentada, la sala de admisiones la admitirá o inadmitirá según se haya cumplido o no con los requisitos establecidos en la Ley. En caso de ser admitida la acción, se designa mediante sorteo al juez ponente y dentro de las 24 horas siguientes se notificará a la persona accionada "para que cumpla o justifique el incumplimiento" en una audiencia que se realizará en el término de dos días, ante el juez ponente. En la audiencia, la persona accionada comparecerá y contestará la demanda y "presentará las pruebas y justificativos que considere pertinentes"; incluso, se establece que cuando "existan hechos que deban justificarse, se podrá abrir el término de prueba por ocho días tras los cuales se dictará sentencia". Finalmente, si la persona accionada no comparece a la audiencia o "si no existen hechos que deban justificarse", se elaborará el proyecto de sentencia y el pleno dictará sentencia en el término de dos días tras la celebración de la audiencia.

Pensemos, por ejemplo, en la probabilidad de que la Corte Interamericana emita una sentencia en el marco de un caso presentado contra Ecuador a través de la cual se ordene al Estado ecuatoriano la derogación de los delitos de desacato del Código Penal, por constituir un atentado contra el derecho a la libertad de expresión. Nótese que esa obligación ya existe para Ecuador a la luz de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵¹ y de los estándares jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de casos decididos contra otros países⁵². No obstante, pensemos que una víctima, sancionada penalmente por desacato en Ecuador, obtiene una sentencia favorable de la Corte Interamericana.

51 Véase: CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicado en el Informe Anual de 1994 así como también los informes anuales de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de 1998, 2000 y 2002.

52 Véase: Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay; Caso Palamara Iribarne vs. Chile; Caso Kimel vs. Argentina; Caso Tristán Donoso vs. Panamá; y Caso Usón Ramírez vs. Venezuela.

Imaginemos que el Estado ecuatoriano ordena su libertad pero deja vigente el tipo penal, con lo cual queda latente la posibilidad de que otras personas sean sancionadas con base en el mismo delito cuya derogación ha sido ordenada por la Corte como parte de las medidas reparatorias para garantizar la no repetición de los hechos. Luego de realizar el “reclamo previo” ante la Asamblea, la víctima decide presentar una acción por incumplimiento ante la Corte Constitucional. Resulta que, en este caso hipotético, el representante de la Asamblea justifica ante la Corte el incumplimiento señalando que la mayoría gobiernista de la Asamblea se niega a derogar la norma. La Corte Constitucional, que por cierto ha omitido pronunciarse sobre los delitos de desacato a pesar de que su inconstitucionalidad fuera demandada por la Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito el 25 de mayo de 2011⁵³ (este dato no es hipotético), podría decidir que la Asamblea ha justificado el incumplimiento, en tanto no puede forzar a los Asambleístas a votar contra su voluntad. A partir de este ejemplo, he querido demostrar cómo se abre nuevamente la posibilidad para que la Corte Constitucional deje sin valor jurídico algunas decisiones vinculantes de un tribunal de derechos humanos cuya competencia Ecuador ha ratificado.

El principio *pacta sunt servanda* implica que los Estados deben cumplir con sus obligaciones internacionales de buena fe. En virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. En este sentido, resulta inadmisibles la posibilidad justificar el incumplimiento de una obligación internacional. Dicha justificación no sólo ignora la especial gravedad que reviste el incumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, sino que además desnaturaliza por completo la naturaleza de esta acción constitucional, cuyo objetivo es el de reconocer la fuerza vinculante de los pronunciamientos de organismos internacionales con competencia en derechos humanos.

En esta sección he procurado incluir ejemplos de cómo incluso sentencias cuyo carácter vinculante es incuestionable podrían ser incumplidas a pesar o a partir de la incorporación de la acción por incumplimiento. Si esto es posible en relación con una sentencia emitida por un organismo jurisdiccional cuya competencia ha sido reconocida por el Estado en el marco de un tratado, el riesgo es aún mayor respecto de informes y otras decisiones de organismos internacionales de derechos humanos, a pesar del valor jurídico que la Constitución otorga a los instrumentos internacionales sobre la materia.

3. La imperiosa necesidad de un mecanismo eficaz para la ejecución y efectiva implementación de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos respecto de Ecuador

El cumplimiento de buena fe, por parte de los Estados, de las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, es una regla básica del derecho internacional necesaria para la efectiva protección de nuestros derechos. Las sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos no requieren de ningún tipo de

⁵³ Corte Constitucional. Caso No. 0026-11-IN. La demanda fue presentada por estudiantes y profesores de la Clínica Jurídica, en conjunto con la organización Fundamedios. La Corte convocó a las partes a una audiencia, luego de lo cual guardó silencio sobre las pretensiones.

homologación ni validación interna para ser ejecutadas en Ecuador. Los organismos internacionales de derechos humanos no son tribunales extranjeros, ni sus decisiones son sentencias extranjeras que requieran un *exequateur*. En el caso específico de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus decisiones son definitivas, inapelables, y de obligatorio cumplimiento para el Estado, por lo que únicamente procede su ejecución. En el caso de informes y otras decisiones adoptadas por organismos internacionales de derechos humanos, las normas constitucionales no han establecido que estas tengan un valor jurídico distinto al de las sentencias internacionales, por lo que también deviene en obligatorio su cumplimiento. La ejecución de las sentencias es un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, al punto que la inejecución de las decisiones adoptadas por organismos internacionales de derechos humanos constituye una nueva violación de derechos humanos.

Ecuador está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento efectivo y de buena fe a las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos. Estas medidas pueden ser de naturaleza legislativa, ejecutiva, judicial, o cualquier otra que haga efectiva la decisión internacional. Al respecto, “la obligación de los Estados [de] respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en los tratados sobre la materia como la CADH, se traducen (sic) en la obligación de adoptar las decisiones necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de la CIDH y la Corte IDH, las cuales pueden materializarse en actos de naturaleza legislativa, ejecutiva, judicial o de cualquier otra. Ello dependerá en definitiva de la naturaleza de la medida reparatoria que sea necesaria adoptar en el derecho interno para dar cumplimiento efectivo a la decisión del órgano internacional”⁵⁴.

Resulta paradójico que a pesar del privilegiado valor jurídico que la Constitución les asigna a los instrumentos internacionales de derechos humanos, y por tanto a los pronunciamientos de los organismos creados en virtud de dichos instrumentos, y no obstante la incorporación de una garantía jurisdiccional para demandar su incumplimiento, todavía no se haya consolidado un mecanismo efectivo para la implementación de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos. El establecimiento de un mecanismo de coordinación para el cumplimiento de las obligaciones internacionales, como en nuestro caso el Ministerio de Justicia, es un paso en la **dirección correcta para cumplir con el mandato del artículo 226 de la Constitución según el cual las instituciones del Estado “tendrán el deber de coordinar acciones para [...] hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”**. Sin embargo, la definición de una **entidad responsable de la coordinación de la ejecución de las obligaciones internacionales** no resulta suficiente garantía de su cumplimiento.

Como se analizó en este artículo, la acción por incumplimiento presenta más vicios que bondades como mecanismo de exigibilidad frente a la falta de implementación de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos respecto de Ecuador. Si bien no existen fórmulas únicas, es evidente que antes que una garantía jurisdiccional para los casos de incumplimiento, Ecuador debe poner en marcha un mecanismo eficaz para la ejecución y efectiva implementación de las

54 AYALA CORAO, Carlos. La “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009). Fundación Manuel García-Pelayo, 2009.

decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos. Ese mecanismo deberá reconocer los desafíos que muchas veces se generan al momento de ejecutar esas decisiones, sin que ello implique la posibilidad de que sean declaradas inejecutables, como sucede con la acción por incumplimiento.

Para hacer efectiva la protección internacional no resulta imprescindible, aunque **sí altamente aconsejable, la adopción de legislación destinada a facilitar la implementación de las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos. En ese sentido se ha pronunciado el Juez Sergio García Ramírez, para quien** “[...] es absolutamente necesaria la recepción a través de las normas internas de cumplimiento (que se podría denominar legal instrumental), que constituyen el puente para que las resoluciones internacionales transiten con naturalidad y sin tardanza ni tropiezo hacia la aplicación interna, que implica medidas ejecutivas inmediatas y adecuadamente facilitadas. No digo que esa normativa sea condición para la validez de las disposiciones internacionales; sólo recuerdo que es medio natural para su eficacia”⁵⁵.

A pesar de que el tema no ha sido abordado de manera sistemática por los Estados, existen a nivel comparado interesantes iniciativas de medidas legislativas⁵⁶ adoptadas para facilitar el cumplimiento de decisiones internacionales. De particular interés resulta la Ley N° 288 en Colombia “[p]or medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos, en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos”⁵⁷. Se trata de una legislación positiva en cuanto establece la obligación de pagar las indemnizaciones ordenadas por los órganos de protección del sistema interamericano y del sistema universal de Naciones Unidas, aunque su ámbito se restringe al tema de las indemnizaciones y deja fuera las distintas medidas que estos organismos suelen ordenar para que se configure una reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos. También Perú cuenta con una “Ley que regula el procedimiento de ejecución de las sentencias emitidas por tribunales supranacionales”⁵⁸ y tiene por objeto facilitar la ejecución de todas las sentencias emanadas de tribunales internacionales respecto de Perú, particularmente las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta Ley no se limita, como la de Colombia, al aspecto monetario, y declara de interés nacional el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de Perú⁵⁹.

El reconocimiento, por parte de Ecuador, de los tratados e instrumentos internacionales como fuente de obligaciones estatales, permanece incompleto hasta que se adopte un mecanismo que permita hacer efectivas las recomendaciones y decisiones emanadas de los organismos de protección de derechos humanos creados para la protección de

55 Corte IDH. *Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, Voto concurrente del Juez García Ramírez, párr. 11.

56 Sobre los aspectos técnicos para la elaboración de una ley para la implementación de decisiones emanadas de órganos de supervisión en derechos humanos, véase: CEJIL: *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para los procesos legislativos*. Buenos Aires, 2009.

57 Ley 288 de 1996. Diario Oficial N° 42.826, de 9 de julio de 1996.

58 Ley N° 27.775 de 8 de julio de 2002.

59 Para otros ejemplos de mecanismos de implementación de las obligaciones internacionales a la luz del sistema interamericano de derechos humanos, véase: CEJIL: *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires, 2007.

las normas y derechos contenidos en dichos tratados e instrumentos.

La Corte Constitucional de Colombia ha comprendido “que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos en manera alguna desconocen la Constitución o vulneran la soberanía colombiana; por el contrario, son una proyección en el campo internacional de los mismos principios y valores defendidos por la Constitución”⁶⁰. En el mismo sentido, Ecuador debería partir por reconocer que los organismos internacionales de derechos humanos no son sus enemigos; por el contrario, estos organismos comparten los mismos objetivos que el Estado, esto es, la mejor protección de los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción. Las decisiones adoptadas por estos organismos, más allá de sancionar al Estado que ha cometido violaciones de derechos humanos, buscan ayudarlo a cumplir de mejor manera con su aspiración de proteger y garantizar los derechos humanos.

Concluyo estas reflexiones sobre la efectiva implementación de las recomendaciones y decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos resaltando que Ecuador está obligado a cumplir de buena fe sus compromisos internacionales de derechos humanos. A la luz de lo anterior, no basta con asignar al Ministerio de Justicia la responsabilidad de coordinar el cumplimiento de las obligaciones internacionales, lo que hace falta es establecer un verdadero mecanismo de ejecución de las sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos que garantice su cumplimiento, sin posibilidad de declararlas inejecutables o justificar su incumplimiento. La acción por incumplimiento sólo debería ser un medio complementario de control de ese mecanismo de ejecución, todavía inexistente en Ecuador.

60 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-251, de 28 de mayo de 1997, párrafo 24.

Líneas para un proceso de reforma a la justicia civil en Ecuador

Lines for a reformatory process in Ecuador's civil justice

Vanesa Aguirre Guzmán*

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista Superior en Derecho Procesal y en Docencia Universitaria por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Diploma Superior de Estudios Avanzados y Doctora por la Universidad Pablo de Olavide (Departamento de Derecho Público), Sevilla, España. Miembro de número del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal. Ex Asesora Jurídica de la Corte Suprema de Justicia. Docente del Área de Derecho de la UASB-Ecuador y del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Resumen

La Constitución de 2008 y el Código Orgánico de la Función Judicial expedido en 2009 modificaron radicalmente la organización y principios aplicables a la actividad jurisdiccional, para propiciar una mejor tutela de los derechos de las personas. Sin embargo, en el ámbito del proceso civil, aún no se ha dictado un nuevo código que incorpore aquellos principios y, principalmente, desarrolle el procedimiento oral, mecanismo idóneo para hacer realidad los principios de celeridad, eficiencia y economía procesal. Este artículo analiza los lineamientos centrales de dos proyectos de reforma: el primero, elaborado por el Consejo de la Judicatura transitorio, y otro, por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, para establecer cuáles serían sus principales virtudes y desventajas.

Abstract

The Constitution of 2008 and the Organic Code of the Judiciary of 2009 changed dramatically the organization and principles applicable to jurisdictional activity, to promote a better protection of the rights of people. However, in the field of civil proceedings, a new code that incorporates those principles has not yet been issued, mainly to develop an oral proceeding, the ideal mechanism to make effective the principles of celerity, efficiency and economy in litigation. This article discusses the main aspects of two reform projects: the first, drawn up by the transitory Council of the Judiciary, and the other, by the Ecuadorian Institute of Procedural Law, to determine what would be their essential virtues and disadvantages.

Sumario

I. El marco constitucional y procesal orgánico en Ecuador: la necesidad de adecuar la normativa procesal que regula la sustanciación de los juicios. II. El Código de Procedimiento Civil: un modelo obsoleto e ineficiente. III. Las iniciativas de reforma al proceso civil. III.1. Bases comunes en los proyectos de nuevo Código de Procedimiento Civil y Código General del Proceso. III.2. Elementos centrales que los

diferencian. Dificultades en cada caso. a) El proceso por audiencias del proyecto IEDP y el proceso de única audiencia del CGP; b) La simplificación de las clases de tutela; c) El tratamiento de la nulidad procesal; d) Los mecanismos de impugnación. Los recursos; e) La ejecución provisional de las sentencias definitivas condenatorias; f) La ejecución forzosa. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. El marco constitucional y procesal orgánico en Ecuador: la necesidad de adecuar la normativa procesal que regula la sustanciación de los juicios

La transformación que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha experimentado a partir de 2008 es radical. La Constitución de la República (CE en adelante) de 2008, significó un cambio sustancial en la estructura del Estado. Y la administración de justicia no podía ser la excepción. Aunque —es necesario aclararlo— el anhelo por mejorar el sectores antiguo..

El paradigma impuesto por el *Estado constitucional de derechos y justicia* demanda un ingente crecimiento del rol del poder jurisdiccional y de los mecanismos procesales que permiten otorgar tutela efectiva. Aunque ese primer requerimiento se impone a jueces y tribunales —como al legislador a la hora de diseñar procedimientos adecuados que permitan alcanzar el ideal de justicia—, la expectativa de cambio alcanza también a otros sectores que están involucrados en la mejoría de la administración de justicia.

Los preceptos constitucionales fueron desarrollados por el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)¹ el cual sentó los principios y bases de la organización, jurisdicción y competencia de los diversos órganos que hoy integran la Función Judicial, así como las normas que regulan los derechos, deberes, facultades y potestades de jueces y tribunales.

Con un nuevo marco constitucional y procesal orgánico, lo menos que se espera del legislador es que adecue los cuerpos normativos que regulan la sustanciación de los procesos. Parece evidente que poco pueden hacer los juzgadores (y no se diga abogados, fiscales y defensores públicos) si la herramienta que les permite, en cada caso, sustanciar el proceso o intervenir defendiendo diversas pretensiones, no se corresponde ni con la Constitución ni con el COFJ.

Una de las modificaciones más urgentes, reside en la efectiva implementación del sistema oral, el mecanismo más idóneo para que los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal (art. 168.6 de la CE) trasciendan a la práctica. Aunque en 1998² ello fue mandatario, y se han modificado los procesos penales, laborales y de niñez y adolescencia³, el legislador sigue en mora respecto del proceso civil.

¹ R.O. 544 de 9 de marzo de 2009.

² Recuérdese la disposición transitoria 27^a. de la anterior Constitución, que mandaba implementar el sistema oral “en un plazo no mayor de cuatro años”.

³ Con el Código de Procedimiento Penal que instituyó el sistema acusatorio, R.O.-S 360 de 13 de enero de 2000; la Ley No. 13, R.O. 146 de 13 de agosto de 2003 y la Ley 2002-100, R.O. 737 de 3 de enero de 2003, respectivamente.

II. El código de procedimiento civil: un modelo obsoleto e ineficiente

En efecto, el vigente Código de Procedimiento Civil (CPC), a pesar de haber experimentado numerosas reformas (la última codificación es de 2005), consagra un modelo caduco y que complota fatalmente para hacer realidad los principios ya mencionados. Es imposible detallar los defectos de que adolece, no obstante, hay algunos que merecen resaltarse:

- La imposibilidad de que el juzgador se pronuncie, *a priori*, sobre defectos relativos a la falta de presupuestos procesales y materiales, lo que provoca —v. gr.— que se sustancien demandas manifiestamente ineptas, que se admitan a trámite contestaciones que contienen excepciones contradictorias, o que recién al momento de dictar sentencia, el juez se dé cuenta de que carece de competencia.
- Un sistema rígido, que se sustancia esencialmente en forma escrita y bajo el principio de tracto sucesivo. De esta forma, al tener que agotarse una etapa para pasar a la posterior, la concentración y simplificación de actuaciones es virtualmente imposible en los procesos civiles. Valga añadir que otro de los principios esenciales para una buena administración de justicia, el de inmediatez, es casi inexistente. Son pocos los jueces que están presentes en todas las actuaciones procesales; es común que, p. ej., las declaraciones testimoniales se lleven adelante sin su presencia.
- Quizá uno de los peores defectos del CPC es la falta de un modelo por audiencias, lo que incide definitivamente para que se sustancien procesos inútiles o que resultan ser nulos. Así, el código establece que todas las excepciones —tanto dilatorias como perentorias— deben resolverse en sentencia, lo cual provoca que se expidan gran cantidad de resoluciones inhibitorias o no referidas al fondo del asunto⁴. Por otra parte, aunque el COFJ (art. 130.8) impone a los jueces el deber de sanear el proceso y velar en todo momento por su validez, el CPC no lo determina abiertamente como obligación.
- Aunque el art. 68.4 establece que a la demanda se debe acompañar “Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor” (y una exigencia semejante se impone al demandado en el art. 102.3), en la práctica esta obligación no suele requerirse. Como no se presentan los medios probatorios de que se dispone, ni los que se pretende actuar, el

⁴ Hasta 1978, la proposición de excepciones dilatorias daba lugar a un proceso incidental, pues se corría traslado al actor para conteste esas excepciones, y si referían a hechos sujetos a prueba, se abría un término probatorio. El auto que resolvía sobre las dilatorias era susceptible de recurso de apelación con efecto suspensivo. Ejecutoriado el auto que resolvía las excepciones dilatorias, se ordenaba al demandado contestar “directamente” la demanda en un término de tres días (la referencia es a las excepciones perentorias) y se abría la causa a prueba si existían hechos a justificar. La sentencia era susceptible de apelación y de recurso de tercera instancia en razón de la cuantía. Tal demora fue uno de los principales motivos aludidos por la Corte Suprema de Justicia, que propuso un proyecto de reformas al CPC, el cual fue acogido por la Junta Militar que gobernaba el país en ese entonces. Las reformas, publicadas en el Decreto Supremo 3070 (RO. 735 de 20 de diciembre de 1978), expusieron que la resolución en sentencia de todas las excepciones, era el mecanismo ideal para acelerar los tiempos en la sustanciación de los procesos. Es cierto que el sistema anterior permitía que el proceso se dilate por años; sin embargo, la solución adoptada por la Corte Suprema (de buena fe desde luego) no fue la más adecuada, porque a partir de entonces, se sustanciaban infinidad de procesos en los que no están presentes presupuestos procesales, o que están viciados de nulidad desde el inicio.

período de prueba se transforma en un espacio donde la inventiva y la mala fe campean. Es usual que las peticiones para practicar o presentar pruebas se presenten a último momento del término probatorio. A ello se suma el hecho de que, a diferencia del proceso laboral, la falta de una audiencia preliminar impide al juez delimitar la materia del controvertido, y pronunciarse, asimismo, sobre requisitos fundamentales de la prueba tales como su pertinencia o conducencia, con lo cual en el período de prueba se actúan medios que carecen abiertamente de los requisitos mencionados, o son muchas veces inútiles, provocando que las judicaturas pierdan valioso tiempo al practicarlas. Además, el CPC no fija con detenimiento los casos en los que cabe rechazar la práctica de un medio probatorio, pues las menciones (en los arts. 116 y 117) son de carácter general.

- El Código consagra un sistema de recursos *abierto* (el art. 321 dice que siempre que la ley no niegue expresamente un recurso, se entiende que lo concede), lo cual permite el abuso del derecho de impugnación.
- Los términos para las actuaciones procesales no son fatales. Aunque el COFJ insiste en la obligación de jueces y tribunales de impulsar los procesos a su cargo, esa marcha depende esencialmente de la constante petición de las partes o a la buena voluntad de aquellos funcionarios⁵.
- Podría decirse que se consagran tantas clases de procesos como variedades de pretensiones. Un ejemplo de ello está en que, a partir de la sección quinta del título II del libro II del CPC, se pueden encontrar diez tutelas diferenciadas por la materia a la que se refieren, y cada proceso contempla su propia sustanciación⁶, lo cual —huelga decir— complica mucho el conocimiento a cabalidad del procedimiento respectivo.
- La ejecución forzosa, sea de títulos judiciales o extrajudiciales, resulta un camino lleno de vericuetos, especialmente en las fases de subasta y remate⁷, donde —nuevamente— puede más la inventiva del ejecutado para no cumplir y cumplir con esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva en una ilusión. El sistema no es equilibrado, porque no brinda una tutela adecuada a los acreedores, y provoca que los deudores de mala fe, amparados en laberintos legales, promuevan toda clase de obstáculos para evitar el cumplimiento de sus obligaciones. O bien hay normas que permiten el abuso del derecho por parte de acreedores de mala fe cuyo único objetivo es extorsionar al deudor.

5 Esta aseveración se sustenta en el hecho de que una gran componente de las estadísticas de procesos sin despachar está integrada por los juicios civiles que se encuentran en estado de abandono. Sobre el tema, véase el revelador artículo de Luis Pásara, “La producción judicial: cifras y calidad”, en Luis Pásara (editor), *El funcionamiento de la justicia del Estado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 2011, p. 26.

6 Además, en la conciencia legislativa, parece haberse asentado la creencia de que cada derecho requiere de una tutela propia y diferenciada, porque pesa mucho el argumento de que la “especialidad” de la materia lo requiere. Con todo, esta cuestión debe sopesarse con cuidado. Como se verá más adelante, también existe una tendencia hacia una simplificación que puede resultar peligrosa, principalmente porque pueden afectarse ciertos derechos que integran, a su vez, el debido proceso.

7 Los ex jueces Alberto Guerra Bastidas y Fernando Albán Escobar calcularon, en su práctica diaria, que dichas etapas toman como promedio un mínimo de dos a tres años en desarrollarse, aunque ese cálculo puede calificarse de conservador (véase *Realidad procesal de la ejecución de la sentencia*, Quito, s/e, 1999, p. 108).

III. Las iniciativas de reforma al proceso civil

Con tantas falencias, resulta increíble que, sin contar con la demora en el cumplimiento del mandato constitucional expresado en 1998, no se haya modificado hasta hoy la normativa procesal que viabilizaría la realización de los principios constitucionales. La justicia civil es de ineludible importancia: es en este espacio donde se resuelven la mayoría de controversias de relevancia jurídica⁸ en el país.

Proyectos no han faltado, pero las iniciativas se han visto truncadas ya a la hora de materializarlas en ley, quizá por la dificultad intrínseca que representa la materia civil. En este espacio se analizarán, muy brevemente, dos proyectos: el elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal (IEDP) en el año 2007 para Projusticia⁹, que fue objeto de una nueva revisión en 2009 para ajustarlo a la CE de 2008 y al COFJ; y al elaborado por el Consejo de la Judicatura de transición, denominado Código General del Proceso (CGP), cuya última versión es de agosto de 2012, que tuvo como antecedente un proyecto de “Código Procesal Unificado”, elaborado por técnicos chilenos del Centro de Justicia para las Américas (CEJA).

Cabe aclarar que aunque en ambos proyectos la finalidad es la misma (lograr una administración de justicia más eficaz), las estructuras procesales van por sendas distintas. Y sus orígenes, asimismo, son diversos. El proyecto del IEDP tomó como sustento las *Bases* que propuso el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) en 1988 con su *Proyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica*¹⁰. Aunque esta fecha podría sugerir que el modelo es caduco o extemporáneo, vale aclarar que esas *Bases* tienen la virtud de constituir líneas maestras a seguir, en las cuales se destaca, sobre todo, la concisión expositiva y la vitalidad de sus instituciones, debido en lo principal a que su sistema propugna la sustanciación de un proceso sobre la base de audiencias orales, quizá el mecanismo que ha demostrado ser el más idóneo para hacer realidad los principios de celeridad, concentración, inmediación eficacia y economía procesal.

A diferencia de este proyecto, que promueve un nuevo *código procesal civil*, en el proyecto de CGP no se observa un antecedente calificable de “común” (en cuanto el modelo del Instituto iberoamericano consideraba necesario encontrar los aspectos que presenten dificultad en la mayor parte de países del espacio geográfico mencionado *en materia de justicia civil*). De hecho, los técnicos del Consejo de la Judicatura han bautizado a su propuesta como “ecléctica” (en cuanto busca un término medio entre el proceso civil estadounidense y el anteproyecto del Instituto Iberoamericano) en un evento de discusión del CGP que se realizó en Quito en septiembre de 2012¹¹. Pero lo más importante es que se trata de un proyecto de

8 Así puede desprenderse de estudios como el realizado por Luis Pásara (op. cit., pp. 87-88): para el año 2008, se calculó el ingreso de causas civiles en primera instancia, a nivel nacional, en 139.128 (frente a las 30.296 en los juzgados penales, o 76.016 en las judicaturas de niñez y adolescencia).

9 Projusticia – IEDP, *Proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil*, Quito, Abya-Yala, 2007. La versión final del proyecto de 2009 se entregó en agosto de ese año al Ministerio de Justicia (esta cartera absorbió a Projusticia).

10 Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos. Texto del anteproyecto*, Montevideo, 1988.

11 En la conferencia del abogado Diego Yépez, miembro de la Comisión Técnica de Estudio del Consejo de la Judicatura, el martes 11 de septiembre de 2012 (“El proyecto de Código General del Proceso elaborado por el Consejo de la Judicatura. Implicaciones y perspectivas de aplicación”, organizado por el Área de Derecho de la UASB y el IEDP, con el auspicio del Consejo de la Judicatura, del 10 al 13 de septiembre de 2012).

código que regula *todos los procesos*, excepto los penales. Como se aprecia, este documento apunta a una línea de simplificación radical.

De ninguno de los dos se puede predicar perfección. Los dos son propuestas muy interesantes y merecen ser estudiadas. Sí cabe reclamar, sin embargo, que el del Consejo de la Judicatura, en su versión inicial, fue trabajado por técnicos extranjeros, que poco o nada pueden conocer de la realidad procesal del país. Cabe reconocer también que, por las numerosas críticas que se formularon al “proyecto de Código Procesal Unificado” elaborado por el CEJA, el Consejo ha venido realizado esfuerzos (en especial con la Corte Nacional de Justicia) en incorporarlas y depurar el documento que finalmente se identifica como CGP. Pero hasta la fecha, no se conoce si se impulsará o no este proyecto. Deberá esperarse, desde luego, la decisión del nuevo Consejo de la Judicatura al respecto.

III.1. Bases comunes en los proyectos de nuevo Código de Procedimiento Civil y Código General del Proceso

En este espacio no es posible detallar todas las innovaciones o cambios que promueven estos documentos, por lo cual se estudiarán los aspectos más relevantes de ambos.

Tanto en el proyecto IEDP como en el proyecto de CGP se encuentra que la implementación de los principios de celeridad, intermediación y eficacia, requiere de una medida indispensable: la introducción de un proceso que se desarrolle por audiencias. No se trata, pues, de adoptar un “proceso oral”, como se ha dado en llamar con mucha frecuencia y poca técnica, porque tampoco se puede dejar de lado la escritura, como mecanismo de documentación certero y veraz. Pero sí de tomar lo mejor de ambos sistemas. Y eso se podría lograr con este modelo, que propicia:

- La efectiva moderación del debate procesal por parte del juez, lo cual incidirá en una mejor conducción del proceso.
- La intermediación con los dichos y la prueba de las partes, que debería garantizar, en teoría, una decisión más justa y lo más cercana posible a la verdad de los hechos.
- La concentración de varios actos en pocos o en uno, dependiendo de la materia, con lo cual se acorta notablemente la duración de los procesos y los convierte en más eficiente, dando lugar al principio de economía procesal, porque el juez deberá proscribir cualquier actividad inútil o que busque dilatar el litigio innecesariamente o de mala fe.
- Ambos proyectos prevén la obligatoriedad para las partes de presentar los medios probatorios de que disponen o anuncien los que van a actuar para evitar la sorpresa procesal. Quien no anuncia o no acompaña la prueba de que dispone, se ve expuesto entonces a la preclusión del derecho de hacerlo posteriormente. Esto propicia un litigio más ordenado y eficaz (en

el sentido de que el sistema no se va a llenar de causas inútiles, si cabe el término), porque hoy se parte de la premisa de que “el papel aguanta todo”, y es común que la argumentación se vaya realizando conforme avanza el proceso, sin que se haya planificado una estrategia adecuada de litigio (donde, demás está decir, la prueba es fundamental).

- También contemplan necesaria la implementación de un sistema de recursos *cerrado*, para evitar que el derecho a la impugnación sea visto como mecanismo para alargar indebidamente la sustanciación de los procesos. Ambos proyectos racionalizan su ejercicio. Aunque con variantes, incorporan un importante recurso, el de revisión, que en buena medida evitaría el abuso de otro tipo de acciones como la extraordinaria de protección (que se ha visto, ya en buen número de ocasiones, cómo busca modificar la decisión de última instancia sobre la base de que no se han respetado ciertos aspectos del debido proceso y que giran infinidad de veces sobre cuestiones de mera legalidad).
- Se simplifican las clases de tutela, eliminándose muchas de las que hoy existen en el CPC y que se encuentran en el título II del libro II a partir de la sección quinta. Sin embargo, el proyecto del Consejo va en una línea de reducción tajante, como se verá.
- Se prevé un juicio monitorio, para el cobro de deudas de pequeña cuantía, las cuales, por no estar incorporadas a título ejecutivo, no pueden acceder a la vía del mismo nombre hoy en día.

III.2. Elementos centrales que los diferencian. dificultades en cada caso

a) El proceso por audiencias del proyecto IEDP y el proceso de única audiencia del CGP

Para el proyecto de código procesal civil del IEDP, es indispensable la introducción de un proceso por audiencias. Un proceso “tipo” prevé al menos dos: una preliminar, que sirve para sanear el proceso, intentar la conciliación, fijar los puntos del controvertido y calificar la pertinencia y conducencia de los medios probatorios que las partes debieron acompañar a sus escritos de demanda y contestación o reconvencción o los que ofrecen presentar (art. 334 del proyecto).

Se puede apreciar desde ya la enorme utilidad de esta audiencia: lograría evitar una gran cantidad de litigios inútiles, porque el juez desde un inicio podría no sólo invitar a las partes a que depongan diferencias, o estaría en aptitud de convalidar posibles nulidades; además, al poder determinar exactamente sobre *qué se va a litigar*, se ahorra mucho tiempo. Los medios probatorios deben concretarse necesariamente a esos puntos. Se podría, incluso, resolver cuestiones relacionadas con la legitimación de las partes, la manifiesta ineptitud de la demanda o la falta de derecho para actuar. Sin embargo, en las jornadas que se realizaron en varias ciudades del país para explicar el proyecto, muchos abogados (en especial los jueces) cuestionaron si ello era posible, sin que se esté, en cambio, adelantando

criterio¹². Tal peligro puede existir, sin duda, si no se distingue adecuadamente qué presupuestos materiales podrían ser materia de esa resolución, por ejemplo, la legitimación en la causa, el interés para obrar, o la defectuosa petición del actor, o excepciones tales como litis pendencia, entre otros¹³.

Una segunda audiencia, de prueba y resolución (art. 336), tiene por objeto la actuación de los medios probatorios que las partes anunciaron o incorporaron, y supone que el juez podrá actuar con verdadera intermediación, para consultar él mismo a los testigos, a los peritos y confrontar incluso a las partes si lo considera necesario. En la comisión redactora del proyecto, se discutió mucho si convenía o no que, al final de esta audiencia, el juez dicte sentencia. Al final, primó la tesis de que ello no era positivo, porque las decisiones tomadas al apuro generalmente son erradas, y la rapidez no justifica de ninguna manera posibles sentencias injustas.

En el proyecto de CGP, en cambio, se instaura la posibilidad de que el caso se resuelva en una única audiencia. En la exposición de motivos preparada por el CEJA (documento que debe considerarse como una explicación del sistema que conserva y promueve el proyecto en mención), se dice:

[...la experiencia muestra que en la mayoría de los casos las controversias son limitadas y, en consecuencia, es absurdo aplicarles un procedimiento complejo diseñado para las causas más difíciles como suele ocurrir en el diseño de los códigos procesales más tradicionales. Son muchos los casos en que la controversia se limita a cuestiones legales, o habiendo discusiones acerca de los hechos, estas se pueden resolver sobre la base de puros documentos, o aun existiendo la necesidad de pruebas testimoniales, las partes pueden no estar interesadas en una controversia sobre su credibilidad. En todos estos casos, que representan una porción importante del volumen total de ingresos del sistema, el procedimiento aplicable será sencillo, las partes presentarán sus pretensiones por medio de la demanda y la contestación y la contradicción tendrá lugar en una audiencia única en que el juez deberá resolver definitivamente...

Esta es la ilustración de la idea de la audiencia única. Ahora bien, el proyecto CGP establece la posibilidad de celebrar "reuniones preparatorias" entre las partes y el juez, para discutir aspectos tales como la obtención de "acuerdos probatorios", la fijación del itinerario para la práctica de las pruebas, peticiones de litisconsorcio, de acumulación de causas, para resolver sobre la presentación de tercerías preferentes, coadyuvantes o de quien pueda verse "presuntamente perjudicado" por el juicio (art. 232). Se especifica que la reunión no tendrá forma de audiencia, pero cabe preguntar ¿los asuntos antes mencionados no merecen, en realidad, ser sustanciados en una audiencia? Se estima que sí. El hecho de que se busque la simplificación al máximo no tiene por qué conducir a que esta "reunión preparatoria" no sea elevada a tal categoría, si en ella pueden resolverse cuestiones tan trascendentes.

12 En los foros que el IEDP y Projusticia organizaron para dar a conocer el *Proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil* durante el año 2007 en Cuenca, Guayaquil, Loja, Portoviejo y Quito.

13 Sobre el tema, véase, en detalle, a Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, segunda edición, pp. 273-281.

Por otra parte, en la audiencia única se contempla la realización de actividades que en realidad deberían destinarse a una audiencia preliminar. Por ejemplo: la resolución sobre excepciones de previo y especial pronunciamiento (ya el nombre anticipa que no tiene sentido tratarlas en la misma audiencia en donde se resolverá el caso), en el art. 232; la comprobación de la legitimación procesal (art. 234.1) o la posibilidad de intentar la conciliación entre las partes (art. 234.2), cuando la lógica indica —en el caso de la falta de legitimación— que de no subsanarse el defecto, no se contaría con un presupuesto procesal, y en el caso de la conciliación, que de lograrse en una audiencia previa, ya no tendría sentido que se dé lugar a una audiencia cuyo objeto central es en cambio resolver la causa controvertida.

Resalta que, en cambio, que la discusión sobre la admisibilidad de los medios de prueba (cuáles se admitirán y cuáles no) se realice *en la convocatoria* a audiencia de juicio oral. Es decir, el juez no discute con las partes sobre aspectos que podrían incidir decisivamente en la resolución de la causa, aunque establece que podrá convocar a aquéllas de estimarlo necesario (al menos esto es lo que se desprende de la confusa redacción de la norma).

Por último, al concluir la audiencia única, el juez suspende la audiencia “con la finalidad de retirarse para reflexionar o deliberar” (art. 234.7). Se dice que este período de reflexión o deliberación no podrá extenderse de modo que la decisión se pronuncie “en un día posterior”, pero no se aclara cuánto tiempo podría tomarse el juzgador para meditar su resolución.

La simplificación procesal no consiste, necesariamente, en suprimir audiencias; la concentración no implica romper reglas lógicas para destinar a una audiencia de prueba y juicio actividades que son propias de la preliminar, y viceversa. La justicia no se consigue, ineludiblemente, con resoluciones que si bien se dictan inmediatamente, pueden ser producto de un razonamiento que se ha visto influenciado por un alegato convincente, pero carente de derecho. Las consecuencias de este diseño deben ser sopesadas con todo cuidado. Bien recuerda Lieble, a propósito de la concentración de actuaciones, que no conviene mirar a la economía procesal como “la finalidad”. Su objeto es ayudar a que el proceso se resuelva de mejor manera. La conclusión del profesor alemán es lapidaria: “Quien desea acelerar el procedimiento, para bien o mal, debe tener en cuenta que con ello se pueden incrementar las sentencias erróneas”.¹⁴ Si los jueces no están debidamente entrenados para manejar este esquema, lo más seguro es que el modelo propuesto fracase.

b) La simplificación de las clases de tutela

Uno de los mayores problemas en lo que al trámite concierne es la enorme variedad de juicios que constan en la legislación procesal, cada uno con reglas, términos y métodos probatorios distintos. Como ha reclamado la doctrina, la funcionalidad de la justicia se afecta precisamente por la enorme cantidad de tutelas diferenciadas

¹⁴ Stefan Lieble, *Proceso civil alemán*, Medellín, Konrad Adenauer Stiftung/ DIKE, 1999, p. 144.

que constan tanto en los códigos procesales como en las leyes sustantivas, por lo cual un proyecto de reforma debería reconducir totalmente esa posibilidad¹⁵.

En el proyecto del IEDP, las reglas generales aplicables a la sustanciación (desde los actos de postulación hasta la forma en que se actúa la prueba) son objeto del libro II, lo cual es de gran ayuda para que no se tenga que estar ideando para cada proceso reglas particulares. A partir del libro III (“Desarrollo de los procesos”), se organizan procesos de conocimiento, de ejecución, monitorios, cautelares, incidentales (destinados a la resolución de conflictos como la excusa y la recusación, las tercerías o las nulidades procesales) y los procesos no contenciosos (denominación que se promueve para los juicios hoy conocidos como de “jurisdicción voluntaria”); y, por sus características muy especiales, procesos sucesorios, aunque con reglas uniformes y más sencillas que las establecidas hoy en el vigente CPC.

Lo primero que podría decirse de esta idea es que no simplifica nada. Pero cabe preguntar hasta qué punto conviene mantener uno o muy pocos esquemas para conflictos que pueden presentar ciertas singularidades. O bien, ¿se confía en que el juez podrá, dado el momento, prever las reglas de juego necesarias para sustanciar una causa que se muestre con matices muy particulares? El proyecto del IEDP apuesta por un modelo que, *según la finalidad del proceso* (declarar, condenar, constituir un derecho o precautarlo, en esencia), otorgue una tutela lo más adecuada posible. En todos los casos, menos en el sumarísimo, se contemplan al menos dos audiencias (la preliminar y la de prueba). Y frente al actual esquema del CPC, quizá esta propuesta se presenta con más racionalidad.

Se parte, pues, de la constatación práctica de que no todas las causas se resuelven de la misma manera, por el simple hecho de que algunas presentan más complejidad que otras. De ahí también que, dentro de los procesos de conocimiento, se introduzca tres esquemas de sustanciación muy bien diferenciados: un proceso ordinario, otro abreviado y finalmente, un sumarísimo (este sí de única audiencia, pero para casos que no presenten mayor dificultad, tales como la discusión sobre la elevación del monto de una prestación de alimentos)¹⁶. Nuevamente vendría la crítica: ¿se están multiplicando procedimientos? Se insiste: no todos los juicios pueden resolverse de la misma forma. No todos los juicios pueden resolverse en una única audiencia. Ni todos deben sustanciarse en un proceso de dos audiencias. En suma, lo ideal sería encontrar un trámite que, sin atentar contra la finalidad de cada tutela, sea lo más adecuado para brindar la mejor cobertura.

Por su parte, el proyecto de CGP apunta a una simplificación total, como ya se advirtió. Establece “procedimientos” declarativos, “especiales”, de “gestiones especiales” y una fase de ejecución. Conserva, sin embargo, reglas específicas para las materias contencioso-administrativa y contencioso-fiscal, lo cual no deja de llamar la atención, dado que si se admite que esta clase de juicios tiene sus particularidades, entonces también deberían preverse para otras materias como la

15 Véase a Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, “Una nueva Ley para el proceso civil”, en *El proceso civil y su reforma*, Madrid, Constitución y Leyes, S.A., 1998, p. 28; Miguel Ángel Fernández-Ballesteros López, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Iurium, D.L., 2001, p. 52.

16 La propuesta del proceso sumarísimo se plasmó, en cierto sentido, en el art. 407 del vigente CPC, que contempla justamente la realización de una audiencia única para la resolución de causas dinerarias cuya cuantía no supere los USD. 5.000 (el artículo fue sustituido por la disposición reformativa segunda, punto No. 23, del COFJ).

laboral, la de niñez y adolescencia o la de familia (destaca, por cierto, la necesidad de contar con una muy buena técnica legislativa para evitar que las cuestiones importantes queden sin regulación). No se establecen las clases que, en cambio, están presentes en el proyecto del IEDP, en el sentido de que no se considera necesario, p.ej., elevar a la categoría de proceso al cautelar, tratándose simplemente a esta tutela como “medidas cautelares”.

El proceso declarativo sería el modelo, y es precisamente en este juicio donde se regula el “acceso judicial a la prueba”¹⁷, la forma en la que se propone la demanda, en que se la contesta, cómo se sustancia la reconvención, cómo se realiza el anuncio de prueba, las consecuencias para quien no asiste a la audiencia, qué actividades se llevan adelante en la audiencia de juicio oral, qué reglas se deben seguir para la actuación de la prueba, y cómo ha de resolverse la causa. No se señala qué causas se sustanciarían por esta vía, aunque cabe adelantar que serían las que presentan mayor complejidad¹⁸. Y esto explica también la existencia de un proceso especial, destinado en cambio a la resolución de causas que no presentan mayor dificultad o que merecen una tutela más expedita. Así, se crea un procedimiento simplificado, de naturaleza declarativa, para la resolución de controversias cuya cuantía no supere el equivalente a veinticinco remuneraciones básicas del trabajador en general; el procedimiento excluye a las materias: laboral, contencioso-administrativo, contencioso-tributario, de familia, niñez y adolescencia y de cuantía indeterminada (no se explica, sin embargo, el porqué de tal salvedad).

El procedimiento simplificado tiene una característica que hace saltar las alarmas: no se puede acudir al proceso con auxilio de abogado. El juez tiene “prerrogativas” para requerir de oficio o a petición de parte documentos, oficios o certificados si lo estima conveniente (art. 292), y debe brindar una “atención y orientación personalizada que permitan hacer efectivo su acceso a la justicia” (art. 293). O sea, asume las facultades propias de la parte procesal. Habrá que esperar a ver si en un documento definitivo este sinsentido se elimina, por cuanto es claramente contrario al derecho contenido en el art. 76.7 letra g de la Constitución. Sin que sea necesario, por otra parte, recalcar mucho en que la imparcialidad del juez no va a estar garantizada de ninguna manera.

Hay también un procedimiento “especial”, que vendría a ser el que se identifica en la legislación comparada y en la doctrina como *monitorio* (que también implanta, por su parte, el proyecto del IEDP), ya que está destinado al cobro de deudas no sustentadas en título ejecutivo, o bien a la entrega de un cuerpo cierto; la pretensión debe estar fundada en “antecedentes escritos que permitan, por sí mismos, determinar a la jueza o al juez respectivo el contenido preciso de la obligación

17 La disposición respectiva (art. 180) dice: “Ámbito del acceso judicial a la prueba. Toda información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, no estará sujeta a la obligación de anuncio regulada en este Código y facultará a las partes para solicitar a la jueza o juez que ordene a la contraria o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo a las normas de este Parágrafo, asimismo, la jueza o el juez también podrá ordenarlo de oficio.

La Corte Nacional de Justicia dictará un reglamento que determinará las pruebas que como mínimo debe contar la jueza o juez de acuerdo a las distintas materias con la finalidad de que en caso de que las partes no las hayan presentado o requerido, la jueza o juez deba de oficio requerirlas para fallar con resguardo efectivo de los derechos en litigio.” (cabe preguntar, ¿podría la Corte dictar un reglamento que regule qué medios se deberán considerar en cada causa? La propuesta no deja de llamar la atención).

18 El proyecto CGP señala que si el caso presenta complejidad, el juzgador puede ordenar que se derive al trámite del procedimiento declarativo (art. 289).

de pagar o entregar el cuerpo cierto.”¹⁹ Se propone también que los juicios de excepciones a la coactiva se sometan a este trámite, pero —se estima— sin suficiente base, ya que estos procesos tienen por finalidad discutir sobre la legalidad de la actuación de la Administración que en ejercicio de una potestad (dicho sea de paso, incalificable de jurisdiccional) determina una obligación a cargo del administrado, quien, precisamente, a través de las “excepciones”, intenta desvirtuar la imposición que considera abusiva, ilegítima o simplemente improcedente.

Finalmente, en este acápite, se regulan las “gestiones especiales” (que el proyecto del IEDP prefiere llamar, en cambio, “procesos no contenciosos”). La ordenación de estas gestiones especiales es muy sencilla, en atención a que se trata de aquellas que “por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción”. Aunque —vale advertir—, el nombre resulta poco convincente. Sabido es que la denominación “jurisdicción voluntaria” es conceptualmente errónea²⁰, pero, a falta de una mejor, se estima que “procedimientos no contenciosos” vendría mejor para estos casos.

c) El tratamiento de la nulidad procesal

Cada proyecto trata esta cuestión en forma muy distinta. El proyecto CGP ni siquiera establece la institución, sino que incluye un mecanismo que no tiene ningún antecedente en la historia procesal del país. Se trata de la *cautela de garantías*. En la exposición de motivos del documento elaborado por CEJA, se explica la razón de la eliminación de las nulidades procesales y su reemplazo por la cautela de garantías: “[...] [las] nulidades procesales [...] se han ocupado históricamente con fines más bien de protección del trámite y el rito burocrático que de la vigencia de los derechos individuales”, mientras que “la cautela de garantías permite que la jueza o juez pueda adoptar todo tipo de medidas necesarias para el adecuado ejercicio de derechos del debido proceso”, lo cual se complementaría, con el restablecimiento de “otros valores institucionales distintos a los derechos individuales que el sistema intenta lograr, tales como la transparencia y publicidad de los procedimientos, la buena fe procesal, el uso racional de los recursos y una orientación a la calidad de la prestación de los servicios a los justiciables.” En suma, el juez tendría la potestad de “alterar” las normas aplicables al procedimiento, si la finalidad es precautelar los derechos de las partes, aunque con total libertad para fijar, nuevamente, las reglas de juego²¹. La situación descrita —es evidente— generaría un campo fértil para la discrecionalidad judicial, y nuevamente ha de advertirse que nada se logra

19 Es el criterio de *verosimilitud* de la deuda, que permite finalmente al juzgador dictar un requerimiento de pago sin oposición del presunto deudor. Valga aclarar que estos documentos no son “prueba” de la existencia de una obligación, sino que constituyen un *principio de prueba*, que condiciona la admisibilidad de la vía monitoria. Al respecto, véase a Juan Pablo Correa Delcasso, *El proceso monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 128.

20 Véase en detalle a Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Editorial B de F, cuarta edición (póstuma), 2002, pp. 33-41.

21 El art. 11 del proyecto dice: “En cualquier etapa del proceso en que la jueza o el juez estimare que alguna de las partes no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución, en los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador o en la ley, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir su ejercicio, de conformidad a lo establecido en el presente Título.

La solicitud de cautela será fundamentada y la jueza o juez podrá rechazarla de plano si a su juicio fuere manifiestamente improcedente. Si la admitiere a tramitación, conocerá de ella en audiencia”.

con instituciones novedosas, si los jueces no se capacitan primero para entender que están para tutelar a las partes, al amparo estricto del principio de bilateralidad y contradicción, únicos elementos que aseguran una decisión imparcial. Resulta curioso, por otra parte, que la propuesta (tomada al parecer del art. 10 del Código Procesal Penal chileno²²) no sea posible de ubicar en ningún otro código procesal civil, ni general del proceso, de la región. Lo cual indica que quizá para el proceso penal puede funcionar, pero no para juicios que tienen finalidades muy distintas.

En el proyecto de código procesal civil del IEDP se apuesta por mantener la nulidad procesal, pero con una reformulación total, con la conciencia de que a veces se han convertido en verdadero lastre para el normal desarrollo de los juicios. Así, se parte del principio de que la declaratoria de nulidad es de carácter *relativo* por regla general, porque la nulidad absoluta, por la gravedad de las consecuencias que genera, debe ser excepcional (recuérdese además que hoy el COFJ establece que es deber del juez velar en todo momento por la validez procesal).

Por cuanto la materia está hoy dispersa en el vigente CPC, en el proyecto del IEDP (capítulo IV, título I del libro II) se sistematiza la materia en un solo acápite, donde la preocupación gira en torno a la incorporación de los principios de especificidad, trascendencia y convalidación, analizados desde hace tiempo por la jurisprudencia y la doctrina. Estos principios señalan que el motivo de nulidad debe estar previsto en la ley (especificidad), que sólo se debe declarar la nulidad cuando el vicio influya en la decisión de la causa (trascendencia), y que la parte que, debiendo conocer el vicio, no formula reclamación, tácitamente ratifica el acto defectuoso (convalidación). Además, se incorpora el principio de extensión de la nulidad: el vicio que afecta a un acto procesal no tiene por qué extenderse a otros, si son independientes entre sí; por contrapartida, se debe declarar la nulidad de los actos que son posteriores al viciado, únicamente cuando en su producción hayan dependido de aquél. Asimismo, el principio de convalidación recuerda que —por regla general—, las nulidades procesales deben ser subsanables, en cuanto sea posible. De esta manera, debe concluirse que la declaratoria de nulidad será el último extremo, cuando realmente se haya lesionado un interés que protege a un tercero (principio de protección)²³.

d) Los mecanismos de impugnación. Los recursos

Ambos proyectos adoptan un sistema cerrado de recursos —sólo se conceden cuando la ley expresamente lo prevé— y consagran principios que de aplicarse, racionalizarían el ejercicio del derecho a la impugnación. De este modo: 1) los recursos se conceden *excepcionalmente* con efecto suspensivo; 2) se especifican

22 “En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.”

23 En detalle, sobre estos principios, puede revisarse a Eduardo J. Couture, op. cit., pp. 315-324; Eduardo Vescovi, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, segunda edición, 1999, pp. 264-267.

los motivos por los cuales cabe recurrir (se “formaliza”, si cabe, el ejercicio de la impugnación para conducirlo por cauces más precisos); 3) la impugnación de una decisión requiere de la demostración de haber sufrido, efectivamente, un agravio; 4) se prohíbe la *reformatio in peius*; 4) se consagra el efecto extensivo de los recursos (el recurso deducido por uno de los sujetos que conforman la parte procesal, beneficia a los demás integrantes); 5) no cabe deducir recursos horizontales sucesivamente.

La visión en cuanto a la función que cumple cada recurso, en cambio, varía sustancialmente. Así, los recursos horizontales en el proyecto del IEDP se concretan en aclaración, ampliación y reposición (con la posibilidad de que el juez pueda corregir de oficio errores producto de *lapsus calami*), mientras en el proyecto CGP, se crea un recurso de *corrección*. En cuanto a los recursos verticales, el proyecto IEDP mantiene la apelación pero con audiencia oral para fundamentar el recurso, y la casación (con las causales del artículo 3 de la ley de la materia, pero en una nueva sistematización) e introduce la revisión en materia civil (con un límite de tres años que puede extenderse dos más, si se depende del resultado obtenido en otro juicio, p. ej. para determinar que el documento que sustentó la resolución impugnada fue producto de dolo de una de las partes). El proyecto CGP prevé en cambio una apelación sustentada en origen; un recurso de casación que tiene por objeto enmendar la “violación directa a la ley sustancial incluyendo precedentes jurisprudenciales obligatorios cuando éstos fueren: 1. Aplicados indebidamente; 2. Interpretados erróneamente; 3. Inaplicados” (nótese que se restringe el ámbito de este medio impugnatorio notablemente). Finalmente, en cuanto al recurso de revisión, establece un plazo de siete años, que sin duda es excesivo.

El proyecto del IEDP incluye el recurso de *queja*, que vendría a reemplazar al recurso de hecho, mientras que el proyecto CGP no alude a la figura. Finalmente, otra diferencia notable entre ambos proyectos radica en que mientras el proyecto del IEDP excluye a la consulta del ámbito de los recursos²⁴, el del Consejo de la Judicatura no hace ninguna mención del tema, por lo cual se entiende que la intención sería conservarlo.

e) La ejecución provisional de las sentencias definitivas condenatorias

En ambos proyectos se ha diseñado un sistema de ejecución provisional, institución que constituye una “decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional”²⁵. En los dos casos, se determina que cabe ejecutar provisionalmente las sentencias definitivas condenatorias dictadas en primera instancia. Pero mientras el proyecto CGP no obliga al ejecutante a rendir caución (y el ejecutado puede solicitar medidas cautelares, que aseguren la restitución al estado anterior en caso de que se revoque la resolución), en el proyecto IEDP sí se contempla tal exigencia, lo cual no parece

24 Armando Cruz Bahamonde (*Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano*, volumen V, Guayaquil, Edino, segunda edición, 2001, p. 191) explica que la consulta no puede identificarse como un recurso, pues nadie la deduce.

25 *Exposición de motivos* de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, No. XVI.

adecuado porque condiciona el acceso a la figura precisamente al beneficiario.

Ambos excluyen la posibilidad de aplicar la figura para las sentencias declarativas y constitutivas y para las sentencias extranjeras que no hayan sido previamente homologadas excepto lo dispuesto por tratados y convenios internacionales. Aunque el proyecto CGP no reúne todas estas reglas en un solo acápite, como sí lo hace en cambio el proyecto IEDP.

Por su parte, el proyecto del IEDP ha creído necesario que se publiciten en el registro público pertinente la sentencia cuya ejecución provisional se solicita. Así, los terceros pueden conocer con exactitud cuál es la situación jurídica del bien o de la materia que se discute en el proceso respectivo, lo cual ayudaría a evitar posibles fraudes.

f) La ejecución forzosa

Se dijo que una de las etapas procesales que presenta más inconvenientes a la hora de plasmar en la realidad el derecho a la tutela judicial efectiva, es la fase de ejecución. Y como no escapa a la lógica que de nada sirve contar con un pronunciamiento favorable de la administración de justicia si la resolución no se ejecuta —o tardíamente—, es evidente que la modificación de la ejecución forzosa es una tarea ineludible en la reforma del proceso civil (y valga decirlo, para todos los procesos).

Esta actividad, que tiene por objeto transformar la realidad material del incumplimiento, es aplicable tanto a títulos judiciales como extrajudiciales (p. ej., una letra de cambio). Como el vencido o el deudor no cumplen voluntariamente, se precisa de una actividad que sustituya ese incumplimiento. Por ello se dice, con toda razón, que la ejecución es la actividad jurisdiccional *por excelencia*, porque la posibilidad de decretar medidas de fuerza implica una clara injerencia en la esfera jurídica de las personas²⁶; en consecuencia, requiere de una regulación muy bien estructurada para compaginar tanto el derecho del ejecutante a satisfacer prontamente su reclamación, como del ejecutado a manifestar oposición en términos razonables (ambos espacios demuestran, claramente, la dimensión constitucional de que se reviste la ejecución)²⁷.

Si bien se ha observado que en el país existe una especie de “cultura” que considera al ejecutado como la parte débil y necesitada de protección, ello tampoco debe conducir a que el sistema procesal le agobie, hasta el punto de conculcar algunos derechos tan esenciales como el de defensa. Si la fase de ejecución también reviste carácter jurisdiccional, es necesario otorgar al ejecutado el derecho a plantear oposición en un ámbito *razonable*. Es decir, se trata de *reconducir* la forma en la que se ejerce el derecho a la defensa, y a la par, que el ejecutante cuente con resguardos lo suficientemente enérgicos para hacer efectiva su pretensión.

El proyecto del Consejo de la Judicatura señala, en su art. 9, que las partes tienen

²⁶ Véase la caracterización que de esta actividad realiza Víctor Moreno Catena, *La ejecución forzosa*, en Valentín Cortés Domínguez y Víctor Moreno Catena (coordinadores), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 30-31.

²⁷ *Ibidem*, p. 27.

derecho a que sus derechos y obligaciones sean resueltos en un plazo razonable, así también como la ejecución de la sentencia. Nada más en línea con el art. 75 de la Constitución: de nada sirve obtener una resolución favorable, si sus previsiones no trascienden a la realidad. Pero aunque muchas de sus disposiciones fortalecen este derecho, el del ejecutado de oponerse a la ejecución casi se elimina.

La ejecución se sustancia en una audiencia única, en donde sólo se puede deducir como defensas el pago (uno de los múltiples mecanismos para extinguir una obligación) y la falsedad del título, lo cual sería aceptable si se contemplase un proceso ordinario posterior donde el deudor de buena fe pueda discutir sobre la causa de la obligación; pero ello, en el proyecto, no existe²⁸. Y es que bien puede suceder que existan otros motivos distintos al pago y a la falsedad del título. Quizá la clave esté en enunciar las causales de oposición a la ejecución en forma taxativa (como lo hace el proyecto del IEDP), con la prevención para el ejecutado de que sólo podrá hacerlo con acompañamiento de prueba y con fuertes multas si pretende deducir otros motivos, de modo que, sin eliminar el derecho a formular oposición, se encamine por parámetros de ejercicio más racionales.

En lo que concierne a la regulación de la ejecución de obligaciones de hacer y no hacer en el proyecto CGP, resalta el cambio frente al proyecto que originalmente redactó el CEJA, donde las menciones a aquellas obligaciones resultaban totalmente parcas frente al universo que pueden comprender: con razón se ha dicho que su carácter residual las define como todas aquellas que no consisten en entregar alguna cosa determinada que no sea una cantidad de dinero, o en abstenerse de cierta conducta, "esto es, en no hacer o en tolerar que otro haga"²⁹, por lo cual debía dedicarse más atención al tema y así se lo ha hecho, aunque la figura del *funcionario administrativo de la judicatura* adquiere unas dimensiones inusitadas. V. gr., el proyecto del Consejo fija la opción de que este funcionario puede suplir al deudor en la ejecución forzosa de obligaciones de hacer.

El mentado funcionario desarrollaría labores tales como "la realización de todos los actos para la investigación y recopilación de la información necesaria para la ejecución [...]" y "[...] todo trámite de gestión encaminado a facilitar la ejecución y el fiel cumplimiento de las disposiciones judiciales." Ciertamente es que no debe creerse que, por su carácter jurisdiccional, *todas* las actividades de la ejecución deba realizarlas el juez, porque eso sería imposible. Sí hay que cuidar, empero, de que aquel "funcionario administrativo de apoyo" se convierta en una especie de factótum en cuyas manos descansará casi en exclusiva el destino de las partes en la ejecución. En todo caso, el control de las actividades que pueda realizar siempre debe estar en manos del juez para evitar cualquier posible desviación.

Por último, queda por determinar si conviene o no adoptar un sistema único de ejecución, como consta en el proyecto CGP. Este esquema no encuentra antecedentes en la tradición jurídica ecuatoriana, que ha mantenido un sistema dual, en cuanto

28 No escapará al lector que la acción causal posterior (prevista en el art. 448 del CPC) es otro mecanismo que se utiliza indebidamente para seguir dilatando por años el derecho del ejecutante; sin embargo, si se reconduce el resto de procesos de ejecución, esta acción cobraría sentido. En esta línea, al menos, va el proyecto del IEDP, en atención a lo señalado por otros códigos de la región, como, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 564), o el Código General del Proceso uruguayo (art. 361).

29 Cfr. Fernández-Ballesteros López, op. cit., p. 422.

siempre ha distinguido —aunque en forma primitiva—, entre títulos ejecutivos y títulos de ejecución (de ahí se explica la existencia del un juicio ejecutivo para ejecutar, valga la redundancia, títulos ejecutivos).

En efecto: En el proyecto del IEDP, se habla de *procesos de ejecución*, con la conciencia de que esta denominación, más amplia, incluye a todos los procedimientos que de una u otra forma involucren actividad de ejecución. Se conserva al juicio ejecutivo, con la posibilidad de que en la demanda se solicite embargo cautelar sobre los bienes hipotecados, prendados o constituidos en gravamen real. Las causales de oposición se circunscriben a: 1) inexigibilidad o iliquidez e la obligación contenida en el título; 2) nulidad formal o falsedad del título; 3) extinción total o parcial de la obligación exigida; 4) excepciones previas (que en el sistema de este proyecto, se refieren en esencia a cuestiones formales tales como la competencia o la legitimación procesal). De esta manera, el ejercicio del derecho a la defensa se conduce dentro de parámetros que tengan relación con lo reclamado por el ejecutante, por lo cual cualquier defensa que tenga como sustento motivos distintos, es causal de rechazo de la oposición. Se permite la reconvencción, siempre que esté sustentada en título ejecutivo, a la cual se deberá contestar fundamentadamente, sobre la base de las causales antes señaladas. Este sistema parece más conveniente y adecuado a la tradición jurídica ecuatoriana, con un nuevo diseño para el juicio ejecutivo que sea más eficaz y promueva una enérgica tutela del derecho de crédito.

IV. Conclusiones

Santos Pastor Prieto y Carmen Vargas Pérez señalan que un sistema judicial eficiente es un factor indispensable para la buena marcha de la sociedad. Los jueces deben tomar conciencia de la necesidad de asegurar el cumplimiento de las normas, el respeto a los derechos, la exigibilidad de las obligaciones contractuales y el respeto a las libertades públicas. “La justicia y el Estado democrático de derecho —dicen— son el clima en el que se desenvuelven las actividades económicas y sociales. Cuando funcionan mal se ocasionan costes importantes, pérdidas motivadas por lo que no se hace (empleo, inversiones, producción, innovación...) y se incurre en importantes costos directos en litigios y actividades de los tribunales.”³⁰ Por esa importancia —a la que pocas veces se pone atención—, resulta imprescindible que se trabaje en la mejora del proceso, pero también, en forma indispensable, en la capacitación de los jueces.

En el último proceso de reforma judicial, ha primado la creencia de que la infraestructura de edificios y la atención rápida son las condiciones centrales para la mejoría de la administración de justicia. Sin eliminar la importancia de esa transformación física, sí debe relievase que se requieren muchos otros cambios, que no se adoptan, necesariamente, en pocos meses, porque requieren de un estudio más sosegado, para poder prever, dentro de lo posible, los resultados que podrían generarse en la sustanciación de los procesos. Es útil recordar que

³⁰ “El coste de la justicia: datos y un poco de análisis”, en Santos Pastor Prieto y Víctor Moreno Catena (directores), *El coste de la justicia: datos y un poco de análisis*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, XV, 2002, p. 69.

la actividad jurisdiccional no tiene parangón en la gestión que realiza, de modo general, la Administración pública, y si bien la reducción de pasos o el aumento de personal pueden ayudar a lograr celeridad, también puede ocasionar que los resultados sean producto del apuro y la improvisación. Ciertamente es que actualmente la legislación procesal civil ecuatoriana regula demasiados procesos, cada uno con procedimientos propios; pero ello no debe conducir a pensar que todas las controversias pueden resolverse de igual manera, o que el eliminar la asistencia letrada ayudará a que los ciudadanos accedan en mejores condiciones a la jurisdicción.

Las dos propuestas que han sido analizadas brevemente contemplan instituciones muy interesantes, algunas discutibles y otras reclamadas desde hace tiempo por la doctrina procesal. Lo que importa, en todo caso, es que las autoridades responsables de implementar un nuevo sistema procesal (sea éste único para todos los procesos penales o bien un nuevo código procesal civil), tomen en cuenta las observaciones que se formulen desde el foro, la academia y el sector judicial, para que el producto final sea adecuado a la realidad ecuatoriana. Pero la reforma a los procesos civiles no puede esperar más, pues ha sido postergada demasiado, sin que se haya dimensionado adecuadamente su importancia, dado que es en este espacio donde se resuelven la mayoría de controversias de relevancia jurídica, al menos en el país. Con todo, es de esperar que en algún momento, el país cuente por fin con un nuevo cuerpo normativo que ayude, junto a otras medidas, a la efectiva vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva en la justicia civil.

Consecuencias jurídicas de los derechos del procesado derivadas de su operatividad constitucional

Legal consequences of the rights of the accused, derived from its constitutional operability

Xavier F. Andrade Castillo*

Profesor de derecho penal parte especial y general, derecho procesal penal, Universidad San Francisco de Quito

Enero 2013

Resumen:

La administración de justicia en el ámbito penal ha tenido transformaciones diversas y fundamentales en su evolución, tanto desde el punto de vista sustantivo, cuanto adjetivo. Con diferentes matices, resalta actualmente un virtual consenso respecto a la aplicación del derecho penal de acto, y la noción fundamental de la privación excepcional de la libertad en los procesos. El derecho a la defensa, con sus varios elementos, es el pilar fundamental del proceso penal, es una de las conquistas más decisivas del mundo jurídico, es una necesidad absoluta dentro de las complejidades especiales de la administración de justicia penal.

Abstract

The administration of criminal justice has had many and fundamental changes in its evolution, both from the substantive and adjective point of view. With different nuances, highlights currently a virtual consensus on the application of the criminal law of the act, and the key notion of exceptional deprivation of liberty in the process. The right to defense, with its various elements, is the cornerstone of the criminal process, is one of the most decisive victories of the legal world, is an absolute necessity in the complex specialties of criminal justice administration.

Sumario:

1. Introducción. **2.** Cuestiones preliminares de los conceptos. **2.1** Derecho penal de acto y derecho penal de autor. **3.** Derecho a la libertad. **4.** Derecho a juicio. **5.** Derecho a la defensa. **5.1** La confesión o autoincriminación como defensa. **5.2** Acogerse al silencio como defensa. **6.** Ser oído en cualquier momento. **7.** Ser informado de manera previa, precisa y detallada, entender los cargos. **8.** Derecho a impugnar y recurrir resoluciones públicas. **8.1** El doble conforme. **8.2** La *ne reformatio in pejus*

1. Introducción

Al tratar sobre temas de procedimiento y persecución penal, por lo general, la tendencia es formar conceptos que se fundamentan en las garantías procesales propias del Estado de Derecho, la Constitución, los derechos fundamentales, además claro está, en las resoluciones del Derecho internacional de los derechos humanos. Incluso, esa es la manera de presentarlos en los estrados ordinariamente, por lo que este trabajo, alejándose ciertamente de ello, más bien busca generar reflexiones a manera de consecuencia sobre los derechos conjugados en las diferentes etapas de un enjuiciamiento penal, y de ello que, el temario desarrollado intenta ir conforme se inicia una investigación formal hasta la correspondiente impugnación de la sentencia. Así entonces se encontrará que los derechos aquí enunciados responden no solo al estudio constitucional de su origen, sino de su operatividad dentro de un procedimiento, con las correspondientes consecuencias de interpretación conjunta, integral y jurídica.

2. Cuestiones preliminares de los conceptos

Existen diversas posiciones académicas muy discutibles, cuando se trata de señalar a quien sufre una persecución penal. Se habla por ejemplo de sospechoso, procesado, acusado, imputado, indicado, inculgado, sindicado, encartado, entre otros, generando dudas sobre los efectos jurídicos procedimentales de la correcta utilización de estas denominaciones. En este ensayo se utilizarán solamente dos de ellas, respondiendo tajantemente a su variable, imputado y/o procesado, las mismas que serán utilizadas de manera genérica (para designar a la persona que sufre la persecución penal) y específica (conforme el desarrollo del procedimiento penal) intentando un enfoque más bien práctico.

Procesalmente, al imputado debe entenderse como la persona en contra de quien se ejerce la persecución penal cuya individualización (precisa o no) y actos (acción u omisión), serán objeto de investigación procesal formal (riesgo probable de que la persona sea tenida por autora o partícipe de un hecho preciso y su obvia consecuencia-pena). Entonces una persona puede considerarse en calidad de imputada, luego de realizada la formulación de cargos que da la pauta de inicio de la instrucción fiscal (acto inicial formal de procedimiento o etapa), en donde directamente se le atribuye la realización de un hecho. Previo a esto debe entenderse que hay una indagación informal y reservada dirigida contra quien, se entiende, es un simple "sospechoso". Esta distinción es tan así, que una persona ya imputada puede estar o no presente en ciertos actos procesales como un reconocimiento del lugar de los hechos, o puede estar privada o no de su libertad, sin que esto influya en nada procesalmente. Mantiene la calidad de imputado por lo tanto, el individuo que es investigado con su conocimiento, previo aviso y sin pronunciamiento jurisdiccional de sobreseimiento. Como consecuencia tendrá derecho a la defensa técnica, al juez natural, al principio de inocencia, al silencio, a estar debidamente informado, derecho al hábeas corpus, derecho a ser oído, derecho de impugnación, etc.

No se olvide que el imputado puede ser objeto de prueba en un proceso u objeto de

medidas de coerción considerando que su posición procesal será siempre más débil durante la investigación preliminar.

Por otro lado, al procesado debe entenderse bajo un aspecto más bien material, es decir, una vez finalizada la investigación fiscal material-formal, en otra etapa procesal distinta a la previa, cuando ya aparece un pronunciamiento jurisdiccional que es preliminar y presupuesto para llevarlo a la siguiente etapa de enjuiciamiento. Así una persona llevada material y formalmente a juicio (etapa) pasa a ser un procesado, manteniendo esta calidad hasta que obtenga una sentencia ejecutoriada. Como consecuencia, a más de los derechos señalados para el imputado aquí surgen otros como el derecho a escoger ser órgano u objeto de prueba, el principio de legalidad, de favorabilidad, principio de inmediación, celeridad, principio de congruencia, independencia e imparcialidad del juzgador, información precisa sobre las consecuencias del juicio, plazo razonable, derecho a interrogar y contradecir, derecho a tener tiempo suficiente para preparar su defensa, entre otros.

2.1. Derecho penal de autor y derecho penal de acto

Todos los sistemas de persecución penal y estructuras procedimentales tienen como columna vertebral al derecho sustantivo. Ahora bien, este derecho como la mayoría de creaciones humanas ha sufrido múltiples cambios derivados de momentos históricos, filosóficos y necesariamente políticos. Entre estas formas de entender al delito (sus fórmulas de erradicación y fundamento teórico de cómo sancionar al responsable, finalidad, contenidos y fronteras) aparecen dos muy generales y universales postulados; una ideología filosófica jurídico penal llamada el Derecho penal de acto, con variadas escuelas de pensamiento que lo justifican, postulan y pregonan, sustentada en la noción de acción; y otra, conocida como Derecho penal de autor, con fundamentos dogmáticos muy discutidos y criticados por los defensores de un derecho igualitario. En la primera ideología, se concibe la punibilidad como exclusivo fundamento de la conducta concreta del sujeto en la ejecución de un hecho previsto como delictivo, y la sanción, a su vez, tiene como sustento solamente ese hecho individual y no la personalidad ni los antecedentes del autor, como tampoco los peligros que en el futuro se esperen del mismo. En definitiva se sanciona a un individuo por lo que hizo, es decir por su conducta.

Esta es la opinión prácticamente unánime de aplicación punitiva y criminológica de vanguardia universal.

La segunda ideología, en diferente sentido, *“se basa para fundamentar la previsión legal delictiva, la culpabilidad del imputado y la sanción correspondiente del mismo, en su personalidad, sus antecedentes, su condición de la vida, su peligrosidad o asociabilidad”*¹² esto es, se da importancia y relevancia para la sanción a las características individuales de la persona frente a la sociedad, dejando de lado al hecho perpetrado, por ello se la denomina Derecho penal de autor. Este postulado lo sostiene una minoría casi imperceptible por la previsión legislativa y el respeto del principio de legalidad procesal y penal.

Otro tema de discusión aún no agotado es el de la culpabilidad o juicio sobre esta, que también tiene corrientes de pensamiento antagónicas que la postulan, fundamentan, limitan y definen. Lo trascendente aquí es resaltar que las teorías de culpabilidad que se escojan, sirven para estructurar una estrategia de acusación o de defensa o teoría del caso si se escoge por ejemplo ausencia de elementos del tipo (atipicidad de la conducta); una causal de justificación (defensa positiva), una causal de inculpabilidad (error de prohibición vencible o invencible), etc. Como consecuencia de esto encontramos que estas sirven para motivar resoluciones públicas, principio de oportunidad o de oficialidad, y derecho a una defensa técnica.

3. Derecho a la libertad

La regla general es la libertad (*favor libertatis*) y su fundamento surge del “*respeto hacia uno de los estados de la naturaleza humana*”¹⁴ y solamente con una sentencia condenatoria se la puede limitar. Por esta razón es que el derecho procesal penal (norma adjetiva) debe especificar con toda precisión tanto las condiciones de aplicación de una medida coercitiva como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos cuando van a restringir este derecho fundamental.

En un proceso penal todo individuo tiene derecho a defenderse en libertad (entiéndase: de circulación o ambulatoria), y la privación de esta no será utilizada como un fin en sí mismo, por el respeto a la presunción de inocencia, por lo que podrá ser restringida en casos muy especiales, inclusive debe ser ordenada cuando otras medidas no sean suficientes en el caso concreto, como por ejemplo si se trata de proteger a víctimas o testigos en riesgo legítimo, peligro de reiteración, peligro para la investigación, entre otros. “*Bonus iudex varie ex personis cuasisque constituet*: el buen juez juzga de manera diferente según las personas y las situaciones”¹⁸.

Bajo esta premisa entonces, la coerción personal de un imputado no podría darse casi nunca en base a un simple razonamiento procesal, y este es que, por simple que parezca apenas se ha iniciado un proceso en donde hay una mínima evidencia (base indiciaria mínima) que vincula al sujeto con el hecho bajo la sospecha, esto es, que a medida que avanza una investigación fiscal y se agotan las etapas de procedimiento penal resulta evidente que el imputado que hasta el momento se presume es inocente, cada vez lo será menos. Por ello, hay quienes sostienen que un individuo que llega a enfrentarse a prueba directa, unívoca, variada y concordante en juicio, es menos inocente, se duda de esta presunción y por lo tanto se acerca más a su culpabilidad. Como consecuencia entonces se puede argüir que una medida preventiva encontrará mayor justificación si una persona es encontrada culpable del delito, aún cuando esta resolución no esté ejecutoriada por el ministerio de la ley.

Aún cuando los argumentos de seguridad social y peligro de fuga se esgrimen para justificar una coerción, no son lo suficientemente poderosos para romper con el estado de inocencia de un individuo bajo sospecha, por ello se reconoce la posibilidad de atacar por vía de apelación las razones motivadoras de la prisión preventiva.

Si la prisión preventiva es una medida excepcional (ataca a la libertad), no debería

hacerse presente en todo proceso penal como ordinariamente sucede. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus múltiples y amplios informes, ha llamado la atención sobre la práctica indebida de las autoridades judiciales por su tendencia a hacer uso indiscriminado y extensivo de la prisión preventiva.

Si esto es así, las medidas cautelares (personales o reales) aparecen como situaciones de excepción para todos los estados de derecho. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) al referirse a la medida que coarta la libertad, eleva esta apreciación doctrinaria a la categoría de principio positivo al establecer, en su artículo 9.3 que *“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*²⁰. Esto trae como consecuencia obvia que se genere el derecho de una persona a ser tratada como inocente en todo momento del proceso ya que esto le da dignidad e igualdad procesal, que también son derechos del procesado.

En definitiva, una medida coercitiva del derecho de libertad de un individuo debe ser utilizada para preservar la evidencia (testigos) o para garantizar el objeto (verdad procesal) y la finalidad (administrar justicia-bienestar social) del proceso penal.

4. Derecho a un juicio

Todos los códigos procesales, por lo general, establecen entre sus normas fundamentales disposiciones expresas sobre la aplicación directa de normas de derechos humanos particularmente la del juicio previo. Un juicio involucra cumplir con un debido proceso esto es, haber agotado técnicamente sus etapas insoslayables, como acusación, defensa, prueba y alegación.

No obstante el juicio como actuación procesal, constituye *“un método legal establecido por ley, que regula sistemática y ordenadamente las etapas y formas en que necesariamente debe practicarse, siendo la ley reglamentaria de los derechos y garantías constitucionales.”*²⁵

Para cumplir con su fundamento de origen, el juicio debe necesariamente reunir características de jerarquía constitucional sin importar si la acción es pública o privada. Así el juicio deberá ser previo, contradictorio, público, imparcial, de jurisdicción natural, oral, simplificado, eficaz, uniforme y de plazo razonable.

Una persona procesada tiene derecho a juicio basado en la medida, ponderación y equilibrio de fuerzas que termine con una sentencia condenatoria o declarativa de su inocencia puesta en duda por el procedimiento mismo. La piedra angular de esta premisa es el principio de legalidad *“Quid nullus sine iudicio ordine dammari valeat: que nadie pueda ser condenado sin sujeción al procedimiento judicial establecido.”*²⁷

5. Derecho a la defensa

Uno de los triunfos históricos del Iluminismo y consecuencia notoria del juicio

acusatorio es la defensa. La supremacía de este derecho es la medida que permite equilibrar la balanza de la justicia. El axioma es que ante el ataque, la defensa. Por ello, ante la ofensa realizada por la acusación oficial el derecho a la igualdad formal y material se verifica con la defensa "*Cuique defensio tribuenda*: se debe conceder a todos el derecho a la defensa."²⁸

La defensa involucra a más de su contenido de igualdad procesal una serie de derivaciones entendidas como facultades, derechos y obligaciones.

Así un procesado tiene la facultad de ejercitar una defensa material entendida como medio no técnico de respuesta del propio imputado al cual se le dirige un procedimiento penal, el cual puede contener valiosa información sobre los acontecimientos investigados (dirección de la prueba) o incluso la verificación de algún extremo importante para la imputación.

Otra facultad y desde luego derecho, es el que se le concede a un procesado para gozar de una defensa técnica, letrada, experta o togada pudiendo ser privada o pública. El primero es aquel designado y de confianza del imputado; y el segundo aquel nombrado por el Estado a través de la defensoría pública quien actúa de oficio. El defensor es quien cumple el rol de asistente jurídico del imputado para resistir la imputación oficial.

Tanto en defensa material como técnica (positiva o negativa) se abren dos temas como posibilidades o facultades que le asisten al procesado: la de autoincriminación y el derecho al silencio.

5.1 La confesión o autoincriminación como defensa

La prohibición de autoincriminación vía coacción a más de ser de corte constitucional nacional, también lo es en el campo internacional, teniendo un origen en los derechos humanos, referidos a proteger la dignidad y libertad del género humano, tal es así que, el artículo 8 número 2 letra g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, establece el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie tiene que acusarse a sí mismo), entendiendo claro está dentro de enjuiciamiento penal.

Aunque la jurisprudencia nacional e internacional tiene criterios para entender a la autoincriminación en las diferentes etapas del proceso y sobre todo en los métodos (legales o no) de llegar a ella, la idea aquí más bien intenta aclarar su contenido dentro el contexto procesal penal.

Algunas posiciones doctrinales sostienen argumentativamente que la autoincriminación no es otra cosa que la confesión del acusado para facilitar la tarea del fiscal o del juez (según fuere del caso o sistema penal) y beneficiarse de una condena "más justa" incluso la aplicación de atenuantes, lo que permite ciertos acuerdos previos muy cuestionables al objetivo de una persecución criminal.

Por otro lado, hay quienes afirman más bien que, la autoincriminación no es otra cosa que un rezago de la confesión judicial característica del sistema inquisitorial, solamente que con un diferente nombre y llena de pinceladas neoprocesalistas.

En todo caso, la mayoría de posturas frente al tema son unánimes en apuntalar que la autoincriminación será válidamente admitida, siempre y cuando sea libre y voluntaria, esto es, sin vulneración de la libertad física o psíquica del acusado, vale decir, será jurídica y procesalmente valorada si es hecha sin coacción de naturaleza alguna. Ambos, el acusado y la coerción penal, ante los fines del proceso, generarán siempre conflictos, y de esto no cabe la menor duda.

La facultad de declaración de un acusado dentro de un proceso de naturaleza penal,

“...está conformada por dos caras de una misma moneda: por un lado, por el derecho que posee para “hablar” -el cual no es otro que el derecho a ser oído; y por el otro, por su derecho para “callar” -o bien llamado “derecho al silencio”⁴¹.

La prohibición de coaccionar al imputado para que declare en contra de sí mismo o se autoincrimine, como se explicó en líneas anteriores está concebida y protegida a través de la constitución, los convenios y pactos internacionales de derechos humanos y las normas adjetivas penales.

“El principio deriva del estado de inocencia, pero también del fundamental reconocimiento de la dignidad personal y del principio de humanidad y reacciona contra los antecedentes del proceso inquisitivo, que hacía de la confesión la “reina de la pruebas” y preveía el uso legal del tormento para arrancarla...”⁴².

Si se toma en cuenta que en un sistema acusatorio penal la base es el juicio oral, entonces la declaración inculpativa será válida siempre y cuando sea presentada ante juez de garantías penales, para que surta efectos jurídicos de palabra judicial, ya que ésta es prueba, y como tal, debe ser solicitada, ordenada, practicada e incorporada en juicio, in contrario sensu, las evidencias recogidas previamente aún cuando no sean producto de coacción moral, física o mediante engaños, no tendrán valor probatorio alguno, si el acusado se declara inocente o se acoge al silencio frente a su juez natural en audiencia.

En la mayor parte de ordenamientos se reconocen las declaraciones autoincriminatorias como circunstancias atenuantes de la pena, es decir, para una rebaja en caso de sentencia condenatoria. Sin embargo, por otro lado, en el derecho adjetivo penal existe un requisito formal que exige el reconocimiento de un hecho, para habilitar un proceso abreviado o simplificado, sin explicarse si esto favorece o perjudica, es o no palabra judicial, ya que solamente deja claro el acuerdo previamente pactado con el representante del estado.

De lo dicho, la autoincriminación funciona como medio de defensa, esto es, como herramienta de ayuda a la justicia en el esclarecimiento de la verdad material, denota arrepentimiento y además beneficia en la aplicación de una pena, ya que funciona como atenuante de comportamiento. Sin embargo, la autoincriminación no viola el principio de inocencia, ya que éste solo puede ser puesto en duda por el acusador

oficial y en juicio debe ser quebrantado por la sentencia en firme, todo ello sustentado en la piedra angular llamada principio de congruencia .

Si un procesado decide declarar en etapa de investigación podrá acogerse al derecho al silencio en el futuro, si así lo decide, en la audiencia de juicio. Pero si decide declarar en la audiencia ya no podrá acogerse al silencio en el supuesto caso que el fiscal decida conainterrogar, por dos motivos. El primero de carácter formal, porque el testimonio es indivisible (medio de defensa material) y el segundo, más de carácter psicológico, porque al requerir información el fiscal sobre el imputado, al negarse, dejará el sabor en el juzgador de que se oculta "algo".

5.2 El acogerse al silencio como defensa

El silencio como contrapartida del lenguaje procesal también posee su significación como la otra cara de la moneda, y por ende se constituye en palabra también. El silencio y un lenguaje apropiado definen la expresión verbal del poder, al igual que se constituyen en una de las condiciones necesarias del arte dramático, según Tedesco .

Guardar silencio es en sí mismo un acto de comunicación humana, incluso dentro del reino animal (ritual de cazar una presa), es un arte de hablar .

Curiosamente, el silencio tal como lo es el habla, también tiene sus influencias e interpretaciones de todo orden (favorables y contrarias). Sin embargo, éste es un elemento que circunda el lenguaje jurídico en general, y particularmente adquiere connotación en el proceso penal en cuanto al principio de culpabilidad. En esta línea, se puede observar que, el silencio incluso, constituye un derecho y garantía de defensa del procesado coherente con la presunción de inocencia.

Cabe destacar así que, este "derecho al silencio" surge como una consecuencia obligatoria que intenta evitar la práctica de tormentos para obtener la confesión del imputado, sobre todo en la época inquisitorial donde era frecuente, y de esta manera proteger al sospechoso de, si es inocente pero débil, su autoincriminación; y si es culpable, pero fuerte al dolor, su no autoincriminación (excusas la inevitable redundancia).

En este aspecto y en cuanto al derecho anglosajón, el derecho al silencio o la no autoincriminación se encuentra reconocido por la V enmienda de la Constitución americana, en cuanto establece el "no ser compelido a ser testigo contra uno mismo", (No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself) mismo que tiene una vertiente reconocida a partir de 1965 por la Corte Suprema de ese país, derivado del fallo "Griffin versus California" en el cual además se llegó a alcanzar como inferencia lógica de la argumentación jurídica, que tampoco puede hacerse determinado comentario o sacarse conclusión alguna, a partir del silencio adoptado por el acusado . No debe olvidarse frente a este razonamiento que hay una máxima que dice "nemo inauditus condemnetur" (No puede nadie ser condenado sin ser oído, previamente) .

Han transcurrido decenas años en los cuales el imputado pasó a formar parte del

proceso penal como sujeto, dejando de ser “objeto” de persecución penal, excepto cuando el cuerpo mismo del sujeto es la prueba (un examen de ADN por ejemplo). El Estado no puede exigir la confesión al acusado, porque también este es una parte procesal, y por lo tanto, el fiscal (delegación del Estado), goza de todas las facilidades y medios del aparataje estatal para destruir el estado de inocencia de un procesado. Así, si el actor de un juicio no prueba, se absuelve al demandado así el aforismo sempiterno (Actore non provente, reus absolvitur) aun cuando éste se haya autoincriminado a través de la palabra judicial en la etapa de investigación o en la de juicio.

6. Ser oído en cualquier momento

Como consecuencia del derecho a defenderse, la autoincriminación legítima, libre y voluntaria, acogerse al silencio, derecho a una defensa técnica, surge el derecho a ser oído en cualquier momento, entendido como la exigencia al Estado de derecho, de escuchar, de tomar en cuenta e investigar lo explicado por el imputado, incluso posibilitarle en todo momento procesal a resistirse de la acusación, refutando, negando, replicando, reconociendo total o parcialmente hechos.

Este derecho se encuentra anclado al derecho a estar informado de manera previa, clara, oportuna y precisa de la imputación de cargos, de manera que pueda explicar o contradecir los fundamentos tanto fácticos como jurídicos de la investigación formal o de la acusación ya en el juicio. Incluso esta facultad se amplía cuando existen medidas coercitivas dictadas en su contra, así el imputado podrá explicar las razones jurídicas o de arraigo social por las cuales no deben ser ordenadas en su perjuicio.

Este derecho hace posible el principio de inmediación, en el cual el juez es el árbitro que observa directamente la contienda jurídica y fáctica expuesta por el fiscal y refutada por el imputado y viceversa (principio de contradicción). De ese choque de partes, saldrá la opinión objetiva de valoración judicial.

7. Ser informado de manera previa, precisa y detallada, entender los cargos

El imputado para poder contradecir y refutar procesalmente debe conocer, debe estar informado él y su defensa del detalle de la formulación de incriminación. Esto responde al sentido común procesalista, ya que de esta manera se evita el factor “sorpresa” que un sistema de igualdad de partes (justas), devendría en vulneración del derecho a la defensa. Las reglas del juego procesal deben ser claras, precisas y específicas para los sujetos procesales, pero particularmente, se debe conocer cuál es el ataque concreto para generar la respectiva defensa material o técnica, como derecho. La información a de ser previa, precisa y detallada ya que “...*nadie puede responder o explicar acerca de lo que ignora; tampoco podrá hacerlo adecuadamente si dicha información es equívoca, vaga o genérica.*”⁵⁹

El sistema acusatorio parte de la honestidad y lealtad procesal que son los estandartes donde se afianza. Entre más clara, precisa e imparcial la información sobre la persecución, más confiabilidad en el sistema.

Si declarar libremente sobre los hechos imputados al procesado, como el dar las razones o explicaciones que según su criterio le asisten para lograr una decisión jurisdiccional a su favor son derechos de defensa (derecho a ser oído), entonces entender los cargos también forma parte de una actividad procesal que resulta imprescindible para los fines del proceso y la obtención de la verdad sustancial.

Como consecuencia de estar debidamente informado y entender la imputación, deviene el derecho a preparar la defensa con el tiempo y medios suficientes, además del derecho a la contradicción, pero fundamentalmente esto permite la operatividad y el respeto del principio de congruencia que es:

“la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila.”⁶²

Por ello la sentencia debe estar en conformidad o ser congruente con la demanda, *“sententia debet esse conformis libello”* y dando valoración al aforismo jurídico que respalda lo dicho es *“Iudex iusta alligata et probata iudicare debet*: el juez debe juzgar de acuerdo a lo alegado y lo probado”⁶³.

Es notorio observar que la formulación de cargos es por un delito determinado (homicidio simple), y en la audiencia de juicio se modifica la acusación empeorando el delito (homicidio calificado) o acusando por el medio comisario (tenencia de armas), lo que francamente viola la defensa por la inexacta acusación, falta de tiempo para refutar el nuevo hecho y la congruencia por cuanto la resolución jurisdiccional no será correlativa entre la acusación y la defensa.

El principio de congruencia permite que se operen los principios de oportunidad, eficacia intermediación, igualdad, contradicción, motivación, proporcionalidad y recurribilidad, todos de carácter procesal, constitucional y de derecho internacional de derechos humanos.

8. Derecho a impugnar y recurrir resoluciones públicas

El derecho de defensa se afianza con una herramienta elemental que es la facultad de impugnar toda resolución que fuere desfavorable a los intereses o derechos del procesado.

Obviamente esta garantía proviene del derecho internacional de los derechos humanos que declara que toda persona encontrada culpable por un delito tiene el derecho a que la resolución inculpativa sea revisada por un tribunal superior para que la ratifique o reforme.

De lo dicho, debe entenderse que el derecho a recurrir el fallo condenatorio es de exclusiva facultad del procesado, más no de los otros sujetos procesales (fiscal y acusador particular). Esto responde a que el representante oficial del estado goza

de todas las herramientas jurídicas y logísticas posibles para llevar a una persona a juicio y destruir su inocencia, y si con todo esto, no lo logra, mal puede buscar una revisión de un tribunal superior ya que devendría en inconstitucional e ilegítimo.

Los defensores de las víctimas u ofendidos sostienen que impedir a la acusación pública o privada de la facultad de recurrir viola el derecho de igualdad procesal y sus derechos.

Si la acusación impugna recursivamente una sentencia absolutoria y logra del tribunal superior una condena, esta le habilita básicamente al procesado a recurrir este último por casación (por el evidente error de derecho de una de las dos sentencias) o revisión (por el error en la propuesta fáctica o probatoria).

El problema está en que casación y revisión no son instancias jurisdiccionales (no son tercera instancia), sino órganos de control supremo de derecho, de ahí la connotación jurídica de “extraordinarios”, por lo que la sentencia condenatoria última (tribunal superior) sería de segunda y última instancia, violando indiscutiblemente el derecho de procesado a recurrir el fallo ante un “tribunal superior”.

Para legitimar el derecho de castigar de un Estado y ejecutar una pena, es menester la doble conformidad judicial, que permite la tutela efectiva de derechos del procesado mediante la revisión de una instancia superior de las resoluciones jurisdiccionales, es la “doble verificación” de la sentencia condenatoria .

8.1 El doble conforme

El procesado tiene derecho a obtener dos resoluciones públicas iguales provenientes de dos distintos órganos jurisdiccionales, ya que esto trae como consecuencia la uniformidad de la jurisprudencia.

Como consecuencia de lo anterior, las resoluciones judiciales distintas ameritan obligatoriamente como condición, una casación (por el error de derecho que una de ellas necesariamente incurre) o una revisión (por el error de hecho), dando como resultado que al final, existan dos resoluciones iguales.

La garantía del doble conforme también deriva en ciertos problemas de operatividad procesal, cuando por ejemplo recurre la acusación como se señaló anteriormente.

8.2 La *ne reformatio in pejus*

Este es el principio por el cual el procesado impugna una sentencia de primera instancia y el juez de segunda instancia no puede empeorar la situación jurídica del recurrente . No obstante, se generan algunos problemas de operatividad de esta prohibición.

Un primer problema surge cuando el procesado impugna una sentencia de primera

instancia por el delito de homicidio calificado (pena grave) alegando es inocente; y la segunda instancia, resuelve acoger el pedido del procesado y en su lugar declara que hay un homicidio inintencional (menos grave) esto es, aún cuando no se empeora la situación del recurrente porque técnicamente se está disminuyendo su pena, igual existe una que contradice la alegación de inocencia.

Otro problema sucede cuando se impugna una sentencia que viola el principio de legalidad, por ejemplo cuando se impone una condena por debajo de lo establecido por la ley sustantiva en base al principio de proporcionalidad y el único recurrente es el procesado, dejando a la segunda instancia la difícil opción de escoger entre el principio de legalidad, la proporcionalidad y la *reformatio in pejus*[□].

La repuesta a estos problemas se encuentra en la característica natural de la prohibición. El fin de impugnar o recurrir un fallo busca la neutralización completa de este, es decir, la alteración jurídica total del fundamento de la sanción. Por lo tanto, el pronunciamiento de segunda instancia no puede, en ningún caso, hacer prevalecer un criterio distinto al origen de la impugnación, cambio de tipo penal o proporcionalidad, so pena de violar el derecho a la defensa, el principio de congruencia y el principio de legalidad. La prohibición de *reformatio* es total y forma parte del principio favorabilidad adjetiva además de ser un principio fundamental de legalidad procesal y constitucional.

A manera de conclusión

Como corolario de lo aquí expuesto, las consecuencias jurídicas de un procesado no son otra cosa que la traducción de sus derechos fundamentales para que tenga dignidad humana, ya que históricamente ha sido vilipendiado, por lo que merece este reconocimiento.

Los derechos del procesado aquí presentados no son todos ni los más importantes, son simplemente los que evidencian un notorio impacto en el desarrollo de un proceso de investigación y juzgamiento, son los más sensibles. Ojalá pudieran surgir visiones más lúcidas, amplias y precisas acerca de otros derechos fundamentales que permitan transformar la realidad procesal por simple o pequeña que esta fuera.

Se sostiene que el alma de un proceso es la acción penal, es decir, el alma nace con la acción y muere con la sentencia, pero la necesidad de juzgar hombres, seres humanos, privarles de su libertad, obliga a construir escenarios más puros y cálidos que le permitan al procesado entender la realidad de su tormento. Esta es el alma de la administración de justicia penal.

(Endnotes)

1^{*} Profesor de derecho penal parte especial y general, derecho procesal penal, Universidad San Francisco de Quito.

2 Los derechos mínimos de dignidad humana procesales (en general) de una persona sometida a un enjuiciamiento penal surgen con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia 1948, como por ejemplo derecho de justicia (Artículo XVIII), derecho de petición (Artículo XXIV), derecho de protección contra la detención arbitraria (Artículo XXV), derecho a proceso regular (Artículo XXVI), entre otros, sin dejar de admitir que ya existían con anterioridad a este pronunciamiento. Puede verse como *Estatuto de Roma, documento completo*, disponible en: <<http://www.iccnw.org/documents/rome-s.pdf>> (último acceso 20 de diciembre de 2012).

Véase también: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Registro Oficial 101, de 24 de enero de 1969. Convenio Americano de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, Registro Oficial No. 452, de 27 de octubre de 1977.

3 Estas distinciones se han tratado en las obras de derecho procesal penal de Julio B.J. Maier, José Cafferata Nores, Jorge Clariá Olmedo, Eduardo M. Jauchen, Jorge Vázquez Rossi, solo por citar algunos, quienes en han coincidido en explicar los conceptos fundamentales de los sujetos procesales para entender desde cuando se genera el derecho a la defensa y la legitimación para todos los efectos procesales.

4 Cfr. **Julio, B.J. Maier**, *Derecho procesal penal*, Parte general, Sujetos procesales, Tomo II, Buenos Aires: Editores del Puerto, año 2003, primera edición, p. 187.

5 Cfr. **Jorge A. Clariá Olmedo**, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, primera edición, Tomo VIII, año 2011, p. 219.

6 En la nota al pie 3 se menciona: Cfr. **Julio, B.J. Maier**, *Derecho procesal penal*, Parte general, Sujetos procesales, Tomo II, Buenos Aires: Editores del Puerto, año 2003, primera edición, p. 241.

7 Cfr. **Maier** (*supra* nota 3), p. 244.

8 La sentencia puede declarar y reconocer el estado de inocencia de un procesado o puede establecer la culpabilidad bajo los supuestos de tentativa, consumación, grado de participación, error de prohibición, graduación de pena por exceso, atenuantes y agravantes.

9 **Eduardo M. Jauchen**, *Derechos del imputado*, Argentina: Rubinzal Culzoni, primera edición, año 2007, pp. 26 y 27.

10 Las escuelas de pensamientos penal y construcción del delito más reconocidas y estudiadas son, la llamada Clásica (1881-1915) representantes: Franz von Liszt, Kirchmann, Ernst Beling, Gustav Radbruch*; Neoclásica o teleológica (1907-1940) representantes: Dilthey, Karl Binding, Max Ernst Mayer, Reinhart Frank, James Goldschmidt, Freudenthal, Edmund Mezger*; Finalista (1930 aprox.) representantes: Hans Welzel, Armin Kaufmann, Maurach, Niese, Stratenwerth, Schaffstein, Von Weber*; y Funcionalista representantes: Günther Jakobs, Durkheim, Talcott Parsons y Robert Melton, Claus Roxin* solo por citar unos pocos. Véase la obra: Sergio Medina Peñalosa, *Teoría del delito, causalismo, finalismo, funcionalismo e imputación objetiva*, México: Angel editor, segunda edición, año 2003.

11 Cfr. **Jauchen**, (*supra* nota 3) pp. 26-27.

12 **Jauchen**, (*supra* nota 3), p. 26-27.

13 Álvaro O. Pérez Pinzón, *Los principios generales del proceso penal*, Colombia: Universidad Externado de Colombia publicaciones, primera edición, año 2004, p. 41.

14 **Pérez**, (*supra* nota 12), p. 41.

15 Cfr. **Clariá**, (*supra* nota 4), p. 461.

16 Cfr. **Clariá**, (*supra* nota 4), p. 462.

17 Cfr. **Clariá**, (*supra* nota 4), p. 461.

18 **Pérez**, (*supra* nota 12), p. 44.

19 Cfr. **Clariá**, (*supra* nota 4), p. 466.

20 *Estatuto de Roma, Artículo 26 DADDH, Artículo 10 de la DUDH, Artículo 8 inciso 1 de la CADH y Artículos 9 y 14 del PIDCP. En la nota 1 se menciona: Estatuto de Roma, documento completo, disponible en: <<http://www.iccnw.org/documents/rome-s.pdf>> (último acceso 20 de diciembre de 2012).*

Véase también: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Registro Oficial 101, de 24 de enero de 1969. Convenio Americano de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, Registro Oficial No. 452, de 27 de octubre de 1977.

21 Es notorio y común observar cómo se lleva a un procesado a su audiencia de juicio atado de manos o esposado, presumiéndose ahí ya su peligrosidad y culpabilidad.

22 Cfr. **Estatuto de Roma**, (*supra* nota 1).

23 Entendido como el conjunto de derechos, garantías y principios fundamentales de respeto de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales y la constitución de los estados, un proceso legal y regular.

24 Cfr. **Jauchen**, (*supra* nota 4), p. 97.

25 **Jauchen**, (*supra* nota 4), p.100.

26 Sobre este tema puede revisarse la amplísima investigación recogida en la obra de Daniel R. Pastor, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecha*, Argentina: Editorial Ad-hoc S.R.L., patrocinada por la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, publicada en primera edición en Argentina, octubre del año 2002.

27 **Pérez**, (*supra* nota 12), p. 34.

28 **Pérez**, (*supra* nota 12), p. 55.

29 Véase y entiéndase a la facultad de intervenir en un proceso: **Maier**, (*supra* nota 3), p 256 – **Jauchen**, (*supra* nota 8), p. 153.

30 Cfr. **Maier**, (*supra* nota 3), p.257.

31 Cfr. **Pérez**, (*supra* nota 12), p. 52.

32 La defensa positiva involucra la alegación de una de las causales de justificación como legítima defensa, necesidad justificante, mandato de ley, obediencia debida u orden de autoridad, consentimiento del titular del bien jurídico, etc. La defensa negativa simplemente es la negación del acto o de la responsabilidad.

33 Véase mi trabajo anterior: **Xavier F. Andrade Castillo**, Artículo: *A propósito de la autoincriminación en un proceso penal*, Ecuador: Revista Novedades Jurídicas de Ediciones Legales, Año VIII, Número 55, Enero año, 2011, p. 56.

34 La autoincriminación es plenamente válida cuando es libre y voluntaria y no será el único medio para obtener una sentencia condenatoria.

35 Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se encuentra reconocida dentro del boque de constitucionalidad ecuatoriano en sus artículos 424 y 425 aprobada por la Asamblea Constituyente del año 2008. (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del año 2008).

36 Cfr. **Carlos Alberto Carbone**, *Medidas coercitivas “En cuerpo y alma” del imputado frente a la prueba ante la prohibición de autoincriminación*, *Revista de Derecho Procesal Penal 2006-2: la injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, Argentina: Rubinzal Culzoni, primera edición, vol. 2, año 2006, p. 190.

37 Los llamados métodos legales son los establecidos en las normas procesales como por ejemplo los acuerdos reparatorios, suspensión condicional de procedimiento, procedimiento abreviado, etc., y los métodos no legales son los que provienen de coacción moral, psicológica o física como la tortura.

38 No se olvide que el imputado en un proceso inquisitorial era considerado y se configuraba como un objeto y no parte procesal, sujeto de derechos, como lo es en el sistema acusatorio, por lo que lograr su confesión era el fin a llegar.

39 Ver nota al pie 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8, número 3.

40 Cfr. **CARBONE**, (*supra* nota 14), p. 188.

41 **María del Mar Niño**, disponible en: <http://www.ciberjure.com.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=3769&Itemid=26> (último acceso: 30 de diciembre del año 2009).

42 **Jorge Eduardo Vázquez Rossi**, *Derecho procesal penal, La realización penal, Conceptos generales*, R Argentina: Rubinzal –Culzoni editores, Tomo I, año 2004, p. 282.

43 **Alberto Bovino**, comenta ampliamente el principio de oralidad en su obra *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Primera edición, Primera reimposición, Editores del Puerto, Buenos Aires Argentina, año 2005.

44 Acogerse al silencio necesariamente involucra una declaración tácita de inocencia que debe ser destruida por la acusación oficial.

45 Un requisito de validez de la confesión es que debe tener por objeto hechos, el reconocimiento de circunstancias fácticas careciendo de valor los juicios valorativos que haga el imputado, Cfr. Jauchen, pág. 410.

46 **José Ignacio Cafferata Nores**, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Argentina: Editores Del Puerto, tercera edición, primera reimposición, año 2005, p. 154.

*Este autor realiza su estudio sobre el procedimiento penal abreviado comentando acerca de lo que en este procedimiento se sustituye es la prueba en el debate y que la confesión no establece la verdad procesal.

47 El Principio de congruencia es la columna vertebral en un proceso acusatorio, ya que delimita la correlación de la acusación, la defensa y el fallo final. Verbigracia, si la acusación oficial es por homicidio simple (dolo), y el acusado plantea la tesis de ser autor de homicidio inintencional (culposo) y se autoincrimina por este último, la sentencia no podrá establecer su responsabilidad penal sino por el que llegare a probar el acusador oficial, ya que el testimonio autoincriminatorio no tiene validez probatoria porque es incongruente con la tesis de acusación.

48 Hay quienes sostienen que la declaración de un imputado es un medio de prueba dirigido a resistir la imputación o a favorecer una defensa positiva.

49 **Ignacio F. Tedesco**, *El acusado en el ritual judicial: ficción e imagen cultural*, Argentina: Editores del Puerto, primera edición, año 2007, p. 275.

50 **Andrade**, (*supra* nota 13), p. 56.

51 Cfr. **Andrade**, (*supra* nota 4), p. 56.

52 En la justicia indígena el derecho al silencio aún no se instaura como medio de defensa, al contrario, la mayor parte de sus prácticas van encaminadas a violentarlo a través de la coacción física.

53 Artículo de María del Mar Niño, de 8 de mayo del año 2008, ver nota al pie 13: **Andrade**, p. 58.

54 **Pérez**, (*supra* nota 12), p.55.

55 Nótese que el Estado le entrega al fiscal un equipo completo de ayudantes, entre los cuales está criminalística de la Policía Judicial, peritos forenses, grafólogos, agentes especiales policiales, laboratorios de genética, entre decenas más.

56 **Pérez**, (*supra* nota 12), p. 37.

57 Cfr. **Jauchen**, (*supra* nota 8), p. 238.

58 Cfr. **Jauchen**, (*supra* nota 8), p. 239.

59 **Jauchen**, (*supra* nota 8), p. 239.

60 Cfr. **Clariá**, (*supra* nota 4), p. 146.

61 La verdad sustancial es el descubrimiento objetivo del hecho y su responsable, la verdad formal se verifica por las manifestaciones formales esgrimidas por las partes, véase nota al pie 4: **Clariá**, p. 120.

62 **Julián Horacio Langevin**, *Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre la acusación, defensa y sentencia*, Argentina: Fabián J. Di Plácido Editor, primera edición, año 2007, p. 31.

63 Pérez, (*supra* nota 12), p. 51.

64 Véase nota al pie 1: Artículo 14 inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Artículo 8 inciso 2 letra h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

65 Cfr. Jauchen, (*supra* nota 8), p. 452.

66 Principio constitucional y de derecho internacional de derechos humanos que establece que, al momento de resolver una impugnación de una sanción penal, administrativa o de otra naturaleza, no se podrá empeorar la situación del que recurre.

67 Cfr. Pérez, (*supra* nota 12), p. 45.

68 Este principio de carácter constitucional refiere a que la ley deberá señalar con toda precisión la infracción y la pena, estableciendo la debida proporcionalidad en base al principio de lesividad. En definitiva se sanciona en la medida del daño ocasionado.

69 Cfr. Pérez, (*supra* nota 12), pp. 48-50.

Bibliografía

- Andrade Castillo, Xavier F., A propósito de la autoincriminación en un proceso penal, publicación para la revista *Novedades Jurídicas de Ediciones Legales*, Año VIII Número 55, Enero 2011.

- CARBONE, Carlos Alberto, Medidas coercitivas "En cuerpo y alma" del imputado frente a la prueba ante la prohibición de autoincriminación, *Revista de Derecho Procesal Penal 2006-2: la injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, Primera edición, Santa Fe,: Rubinzal Culzoni, vol. 2, Argentina, 2006.

- BOVINO, Alberto, comenta ampliamente el principio de oralidad en su obra *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Primera edición, Primera reimpresión, Editores del Puerto, Buenos Aires Argentina, año 2005.

- CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Tercera edición, Primera reimpresión, Editores Del Puerto, Buenos Aires Argentina, año 2005.

- Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, tomo VIII, primera edición, Rubinzal Culzoni Editores, año 2011.

- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del año 2008).

- Convenio Americano de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, Registro Oficial No. 452, de 27 de octubre de 1977.

- Estatuto de Roma, documento completo, disponible en: <http://www.iccnw.org/documents/rome-s.pdf>

- Jauchen, Eduardo M., *Derechos del imputado*, primera edición, Rubinzal Culzoni, año 2007.

- Langevin, Julian Horacio, *Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre la acusación, defensa y sentencia*, Fabián J. Di Plácido Editor, primera edición, año 2007.

- Maier, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, Tomo II, Parte general, Sujetos procesales, primera edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, año 2003.

- Medina Peñaloza, Sergio, *Teoría del delito*, Angel Editor, México, año 2005.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Registro Oficial 101, de 24 de enero de 1969.

- Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del estado de derecha*, de la editorial Ad-hoc S.R.L., patrocinada por la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, publicada en primera edición en Argentina, octubre del año 2002.

- Tedesco, Ignacio F., *El acusado en el ritual judicial: ficción e imagen cultural*, Primera edición, Editores del Puerto, Argentina, año 2007.

- Vázquez Rossi, Jorge Eduardo, *Derecho procesal penal, La realización penal, Conceptos generales*, Tomo I, Rubinzal –Culzoni editores, Argentina, año 2004, pág. 282.

La máquina de asesinar: un acercamiento a la relación entre el ordenamiento jurídico y el sujeto a través del intertexto literario

The killing machine: an approach to the
relationship between the legal system and the
subject through the literary intertext

Diego Falconí

La ley se escribe sin cesar sobre el cuerpo.
Se graba en los pergaminos hechos con
la piel de los sujetos. Los articula en un
corpus jurídico. Los hace su libro.

Michel De Certeau

La invención de lo cotidiano

Resumen:

Este trabajo intenta abordar desde la metodología intertextual, los vínculos entre la literatura y el derecho a partir de un fenómeno problemático: el ordenamiento jurídico y su complejo disciplinamiento del cuerpo humano. Para ello, se realiza un análisis comparativo entre la filosofía y la teoría política que articule, desde las humanidades y su focalización en el cuerpo humano, un marco teórico crítico con la noción de maquinaria, presente en varios postulados del positivismo jurídico decimonónico. Esto permite dar una clave de lectura que reinterpreta tres textos literarios de diversos espacios y tiempos: "En la colonia penitenciaria", de Franz Kafka; La Eva futura, de Villiers de L'Isle Adam y "Del seguro contra robos de autos" (Divertinventos) de Abdón Ubidia.

Abstract

This paper aims to link –through the intertextual methodology– Literature and Law. By binding these two traditions it is possible to address a problematic issue: the way the legal system disciplines the human body. In this essay a comparative analysis between Philosophy and Political Theory articulates a theoretical framework, which criticizes –from the perspective of the Humanities and its focus on the human body– the notion of machinery, present in several assumptions of nineteenth-century legal positivism. This framework gives a key to reinterpret three different literary texts, written in diverse spaces and times: "In the Penal Colony", by Franz Kafka, The future Eve, by Villiers de L'Isle Adam, and " Del seguro contra robos de autos" (Divertinventos), by Abdón Ubidia.

Sumario:

I. Introducción. **II.** El Estado-cuerpo y el Estado-máquina: dos intertextos filosóficos insalvables para el derecho. **III.** Revisando la máquina jurídica: el retorno al cuerpo desde los intertextos literarios.

I. Introducción

Al parecer el derecho y la literatura son disciplinas diferentes que transitan por derroteros disímiles. Cuestiones como la dicotomía objetividad/subjetividad, la sustancial diferencia metodológica, el uso particular de las funciones del lenguaje o las temáticas de aplicación pueden ser decidoras y distintivas entre estos dos campos del saber.

No obstante hay un terreno en el que ambas tradiciones se encuentran y es el de la textualidad. Justamente, a través de la escritura,¹ el derecho y la literatura producen textos que, como menciona Itamar Even Zohar, son bienes y herramientas². Es decir que constituyen materialidad y posibilidad de apropiación, pero al mismo tiempo son motores ideológicos y sociales que reproducen comportamientos y que, por tanto, permiten enseñar a los seres humanos habilidades para interactuar en la sociedad.

Desde esta perspectiva es posible afirmar que los textos literarios y legales se construyen mutuamente. Es decir, que la separación disciplinaria no puede ser absoluta pues en el terreno de la escritura y de la gramática –límites del accionar de la lengua– las palabras viajan, tropiezan unas con otras en diversos registros y formatos, se reproducen (a través de la copia, el homenaje, el plagio) en distintos metalenguajes para así construir un sentido social a través de diversos textos.³ En este sentido, la teórica Julia Kristeva proponía un concepto: el de intertexto, para ver cómo en el terreno de la textualidad ninguna disciplina puede permanecer separada e inmune a otra. Nos dice la teórica, que “todo texto es la absorción o transformación de otro texto”⁴, y por tanto es posible ver cómo las novelas se nutren de las sentencias judiciales, cómo las épicas construyen textos legislativos o cómo la jurisprudencia se trasplanta en ideales poéticos.

Para quien no esté convencido de esta cuestión, por ejemplo, la primera vez que se enuncia en un texto que la *justicia es dar a cada uno lo que se merece*, según Fernando Betancourt, es en Grecia y no en la antigua Roma, por parte de la pluma del gran jurista Ulpiano. “En efecto, su primera formulación escrita aparece en Homero, *Odisea*, 14,84; *luego en Platón*, República, 1 331 y Aristóteles, *Retórica*, 1, 9; Ética a Nicómaco 5,1 (1 129 a y b). De Grecia pasó a Roma en Cicerón, *De finibus*, 1, 2 y, fundamentalmente, en la jurisprudencia (D. 1,1,10 pr)” (Betancourt, 2007: 143). Debo aclarar que no es

1 En este sentido interesa la descripción de *écriture* de Derrida, que no solamente se refiere a la escritura en tanto que conjunto gramatical de grafías (es decir a la palabra escrita) sino que se refiere al discurso y por tanto a todas las formas de lenguaje que dan sentido a la realidad estén o no gráficamente representadas. En este sentido el derecho consuetudinario o la literatura oral, por ejemplo pueden ser parte también de la construcción textual.

2 EVEN-ZOHAR, Itamar (1999), “La literatura como bienes y como herramientas”, en Villanueva, Darío; Monegal, Antonio y Bou, Enric (coords.), Sin fronteras: ensayos de literatura comparada en homenaje a Claudi Guillén, Madrid: Castalia. pp. 27-36

3 Además en el caso ecuatoriano a inicios del siglo XX la *Revista de la Sociedad Jurídico-Literaria fue una de las fuentes más interesantes de conocimiento que justamente ponía en diálogo a ambas tradiciones.*

4 KRISTEVA, Julia (1978), *Semiotiké*, V. I y II, Madrid: Espiral Ensayos. p. 190

tan importante analizar quién fue el primero en enunciar esta arraigada noción de la justicia que repica constantemente en nuestras vidas. Por el contrario, interesa ver cómo este concepto ha nutrido a buena parte de las sociedades de occidente, cómo ha conformado una noción de ética social y cómo esta ética ha viajado a través de los textos, independientemente de que hayan sido literarios, jurídicos o de otra índole. El intertexto, así, propongo sea entendido como una herramienta fundamental que permite el diálogo entre estas dos (y otras) disciplinas a menudo sin mutua locución y que, en ocasiones, con una marcada pobreza metodológica intentan crear puentes pero sin herramientas suficientes para una comparación pertinente.⁵

En este ensayo precisamente me valgo de intertextos filosóficos, jurídicos y literarios para trazar un viaje por el concepto de *maquinaria legal*, cifrado en el siglo XIX, en el fulgor de la época positivista. Para lograr tal propósito me interesa constatar dos premisas previas. La primera, cómo el cuerpo humano (y su revestimiento o anulación) ha servido como tropo, como metáfora y como intertexto de la organización estatal y proto-estatal desde la Grecia antigua hasta el siglo XX. Y la segunda, cómo esa metaforización en la vida estatal ha afectado al sujeto jurídico, y por tanto a la persona, a sus derechos y a su cuerpo, razón por la que desde ciertos sectores de las humanidades y la literatura ha habido una crítica que intentaba dar nuevamente valía al cuerpo humano que debía insertarse en la maquinaria legal, al ordenamiento jurídico.

II. El estado-cuerpo y el estado-máquina: dos intertextos filosóficos insalvables para el derecho

Cuando Platón escribió *La República* –texto tan político como literario pues en él, por ejemplo, expulsaba de su unidad política ideal a los poetas debido a su *engañoso* retórica– propone la creación de un Estado que se asemeja profundamente al cuerpo humano. El esquema a continuación permite explicar esta propuesta.⁶

<i>Cuerpo</i>	<i>Alma</i>	<i>Virtud</i>	<i>Estado</i>
cabeza	razón	sabiduría	gobernantes
pecho	voluntad	valor	soldados
vientre	deseo	moderación	productores

Aparece así una metáfora –el cambio de una figura por otra– en la que el Estado es entendido a partir de las funciones del alma (el motor corporal), tales como la razón, la voluntad, el deseo. En este modelo corpo-estatal se definen las actividades que

⁵ Una versión más extensa y elaborada de este concepto relacional entre la literatura y el derecho se encuentra en el texto *Las entrañas del sujeto jurídico. Un diálogo entre la literatura y el derecho* (Falconí 2011).

⁶ Tomo el esquema propuesto por Gaarder por su carácter didáctico más que por el rigor académico. Cfr. (Gaarder 1994:110).

cada grupo humano debía desempeñar dentro de las jerárquicas sociedades griegas y para tal efecto se usa la verticalidad del cuerpo. Platón propone empezar por la cabeza para terminar en el vientre, empezar por los gobernantes para terminar con los campesinos, normando a la par a los cuerpos humanos y al cuerpo social.

Este proceso de ordenación resulta interesante, además, por una cuestión: propone utilizar para el entendimiento teórico la forma del cuerpo más no su fondo, debate que justamente explica la separación binaria y compleja entre alma y cuerpo. La separación epistémica entre forma del cuerpo y fondo del cuerpo es muy decidora y representativa de la filosofía griega. Es posible verla de modo evidente en el arte, donde se exagera el cuerpo humano como modelo icónico de representación pero utilizando siempre materiales que curiosamente no provienen de ese cuerpo humano. El mármol de las esculturas griegas o los lienzos (y las pinturas del mundo vegetal o animal que los decoran) son los materiales –el fondo– que componen la modelación del cuerpo ideal –la forma–. Por ende, los materiales nunca provienen del propio cuerpo humano. La sangre o los desechos orgánicos han sido utilizados en la representación artística de varias culturas humanas que los requerían como materiales primarios,⁷ pero en la Grecia antigua no fue ese el caso. Esta problemática separación entre forma del cuerpo y fondo del cuerpo está así presente en la teorización platónica y refleja la constante dualidad alma/cuerpo, fundamental en Occidente y, precisamente, de inequívoca manufactura platónica. Irónica división pues se celebra en el arte –y en el Estado– el cuerpo como metáfora ideal, pero se omite su fondo material, su más profunda carnalidad.

De cualquier manera, la cuestión más importante de este acercamiento radica en constatar cómo el proto-Estado, concebido y modelado en tanto que cuerpo, afecta directamente a los cuerpos humanos. En efecto, ese cuerpo idealizado fue un modelo político que delineó el orden legal y simbólico de la época, y articuló una ciudadanía diferenciada. Cuando Roma traduce culturalmente a Grecia, al momento de definir lo que contemporáneamente llamamos *sujeto jurídico* toma la noción de persona (*personare* en latín, *prósopa* en griego) por la máscara del teatro griego. Es decir que la persona, el sujeto *avant la lettre*, no se basaba en el cuerpo sino en la máscara que se aplicaba solamente a ciertos cuerpos para que puedan hablar y actuar en el espacio del derecho. Marcel Mauss, el antropólogo que llevó a cabo el estudio fundacional respecto a la máscara, precisamente llega a la conclusión de que “el individuo enmascarado desaparece completamente detrás de la máscara” (Mauss, 2007: 78),⁸ pues por un enroque ficcionista el depositario de derechos no es el cuerpo sino la persona jurídica.

En consecuencia, tanto el modelo de alma/cuerpo del Estado platónico (y la división fondo/forma del arte griego) así como la figura de la persona jurídica romana plantean un profundo idealismo que renuncia a la materialidad corporal. Sin embargo, la metáfora del cuerpo, un cuerpo ideal, siempre está presente para el proceso de ordenación social y subjetiva de la Antigüedad.

En la Edad Media las instancias máximas de poder volvieron a utilizar al cuerpo para explicar el modelo político. Juan de Salisbury, prelado del papa en Inglaterra,

7 Uno de los casos más interesantes de la antigüedad es el de los Upanishads Hindús, textos que trabajan fondo y forma del cuerpo en el texto. Victor Turner ha trabajado extensamente en el tema.

8 “The masked individual disappears completely behind the mask”.

“concibe al Estado como un cuerpo animado creado de acuerdo con el modelo de la naturaleza y de la estructura microcósmica del organismo humano, cuerpo que tiene cabeza y extremidades y está sometido en su conjunto a la dirección de la razón” (Frey, 2002: 110).⁹ El cuerpo, pues, aparece nuevamente como intertexto. No obstante, es importante señalar previamente dos cuestiones que permiten entender dicho intertexto: la concepción del cuerpo teocéntrico y el modelo estatal imperante en la época.

Respecto a la primera, con el rescate de varias concepciones platónicas por parte de San Agustín, el cuerpo humano sufrió un desprecio *sui generis*, cuestión que puede evidenciarse fácilmente a través de las representaciones artísticas de la época en las que el cuerpo pierde voluminosidad, esplendor y disfrute. El cuerpo medieval se vuelve, digamos, austero al momento de la representación. En su lugar, de acuerdo a la filosofía de la época, el alma se convierte en el elemento inmaterial que otorga la subjetividad. El cuerpo es así concebido como un recipiente contingente y despreciable que servía para que el alma pudiese actuar en el mundo material pero que tenía que cargar con la abyección corporal.

La segunda cuestión, referente al modelo político, puede entenderse a partir de la teoría de las dos espadas (*utumurque gladium*), propuesta por el papa Gelasio al inicio del Medioevo. La teoría recibe su nombre de las dos armas que simbolizan el poder que ejerce –y que se ejerce en– el Estado. Las espadas son sostenidas por dos cuerpos: el cuerpo del papa y el cuerpo del monarca que representan justamente la división estatal. Ambos utilizan sus manos para remarcar su correspondencia a espacios distintos y por tanto son sus simbologías corporales las que permiten entender la separación de poderes. La espada sostenida por el papa apunta al cielo y corresponde al poder divino (el poder verdadero) y la espada del rey apunta al suelo y corresponde al poder monárquico (el poder temporal). Es el poder divino el que tiene la supremacía sobre el poder monárquico que se encarga solamente de ejecutar los designios que vienen *desde arriba* (Kilkullen, 2004: 350).¹⁰

Considerando estas dos propuestas, la del cuerpo agustiniano y la del modelo político gelasiano, el Estado-cuerpo que proponía Salisburi se piensa como la metáfora de un cuerpo obligatoriamente transitorio y abyecto; es decir, que el autor más que proponer un Estado-cuerpo propone un Estado-alma/que/representa/temporalmente/al/cuerpo. Una *ciudad de dios*,¹¹ que vuelve más ideal al modelo del cuerpo y que por tanto lo desmaterializa. Esto sumado a que es en la Edad Media cuando la noción de *persona ficticia* aparece de *manos* de Bártolo de Sassoferrato (Guiñazu Mariani, 2005: 146-147) pues ciertos sujetos distintos a las personas humanas necesitaban actuar en el derecho. La Iglesia, por ejemplo se constituyó como persona jurídica que representaba a los católicos, sujeto “indeterminado e incierto”, que de cierto modo representaba “a Dios, a Jesucristo, a través de la Iglesia [...] el *Corpus mysticum* de Cristo en la tierra” (Galindo, 1983: 326). Las teorías ficcionalistas del sujeto, ratifican

9 Cristina de Pisa fue otra de las autoras que pensó al Estado en tanto que cuerpo.

10 “The two powers, often referred to as the ‘two swords’, were generally said both to belong to the pope, though it was said that he had the ‘exercise’ of the spiritual sword only. He was said to entrust the exercise or ‘administration’ of the temporal sword to the secular ruler, while he kept its ‘authority’, meaning that the secular ruler used his sword ‘at the command’ (*ad nutum*) of the pope”. Esta visión de la teoría política medieval es fundamental para comprender el ordenamiento jurídico medieval.

11 Refiriéndome al título del famoso texto de San Agustín.

cómo el cuerpo empieza a desvanecerse aún más de la teorización política.

En la Modernidad el cuerpo (y sus avatares) una vez más se convierte en el tropo e intertexto más interesante para explicar el nuevo orden marcado por la colonialidad del poder y el método racional. En este sentido, el sujeto cartesiano en tanto que alma racional que existe cuando se piensa a sí misma pone de manifiesto que la sustancia subjetiva no estaba en la carne sino en el inmaterial pensamiento. No obstante, el avance tecnológico –que en el tema textual obtiene a través de la invención de la imprenta de tipos móviles uno de sus grandes logros– lleva a pensar que ese cuerpo que no constituye sustancia puede –y acaso debe– ser pensado como una suerte de máquina. Esto permite concluir a Descartes en su *Sexta Meditación* que “el cuerpo del hombre en tanto que es una cierta máquina de tal manera ensamblada y compuesta de huesos, nervios, músculos, venas, sangre y piel, que, aunque no existiese en él alma alguna, tendría sin embargo todos los movimientos que ahora en él no proceden del mando de la voluntad ni, por tanto, del alma” (Descartes 2007: 49-50).

El cuerpo para ser humano en la Modernidad siempre depende del alma, lo cual revela el carácter ideal y que intenta ir más allá de lo físico, tal y como proponía Descartes. Sin embargo, esta noción de que el cuerpo funciona como una máquina permite que el tropo del cuerpo cambie y por tanto que sus intertextos deban ser entendidos desde otra matriz. Es decir, que se plantea al cuerpo como una suerte de marioneta que se guía bajo los hilos de la razón que son los verdaderamente importantes. Un cuerpo, que en retrospectiva desde nuestra época, puede ser pensado como una suerte de cuerpo cyborg, un *robocop* que es máquina tecnológica y humanidad que proviene desde el alma y sin embargo también convive con el cuerpo.

La noción del cuerpo-cyborg adquiere fuerza en algunos modelos estatales como el de Thomas Hobbes en su célebre *Leviatán* que utiliza este tropo de modo interesante:

Si la vida es un movimiento de miembros que empieza en alguna parte principal de los mismos ¿por qué no podemos decir que todo autómatas tiene vida artificial? ¿No son realmente el corazón un resorte, los nervios diversas fibras y las articulaciones carias ruedas que dan movimiento al cuerpo entero tal como el Artífice lo propuso? El arte va aún más lejos al imitar la obra racional, la más excelsa de la naturaleza, que es el hombre. En efecto, gracias al arte se crea ese gran Leviatán que llamamos República o Estado o civitas en latín, que es un hombre artificial de mayor estatura y robustez que el natural, ya que fue instituido para su perfección y defensa (1999: 3).

Este Estado-cuerpo cyborg tiene la recurrente concepción de la forma por sobre el fondo. Es decir, la sustancia subjetiva no estaba en la carne sino en el inmaterial pensamiento y cuando se convertía en materialidad debía huir de dicha carnalidad corpórea. Puede verse entonces en este modelo cartesiano-hobbesiano un cambio y una continuidad. El cambio es que se automatiza racionalmente al cuerpo y al Estado, y la continuidad es que el carácter ideal del cuerpo y el Estado nacido en Grecia permanece, mutatis mutandis, sin poder afincarse del todo en su naturaleza física. Comenta Norberto Bobbio al respecto del Leviatán “corriente del mecanismo cartesiano en la que se mueve toda la filosofía de Hobbes, el *homo artificialis*, es decir un hombre en gran escala, construido a partir del modelo mecánico, la *machina*

machinarum; [...] el Estado es el artefacto más grande que el hombre haya construido con sus manos” (2002: 71). Esta *nueva* creación, pues, impone un nuevo modelo de teorización estatal.

No obstante es en el albor del siglo 19 cuando el discurso positivista a través de los discursos científicos y jurídicos articula una nueva visión del conocimiento, cuando se llega a negar al cuerpo como tropo y como materialidad de modo *ejemplar*. El biólogo Thomas Henry Huxley afirmaba que: “nuestros estados mentales son simplemente los símbolos en la conciencia de los cambios que tienen lugar automáticamente en el organismo (...) el sentimiento que llamamos voluntad no es la causa de un acto voluntario, sino el símbolo del estado del cerebro que es la causa inmediata de aquel acto. Nosotros somos autómatas conscientes” (*Apud*. Sagan 1993: 176). Esta propuesta que empieza a equiparar bajo el discurso naturalista a los animales, las máquinas y los seres humanos también cambia el panorama político y jurídico.

El derecho realiza un traslación de este concepto a través del concepto de ordenamiento jurídico en tanto que propuesta a través de la cual el ejercicio del derecho debe hacerse de modo automático, continuo, positivo y en el que se articula una suerte de maquinaria jurídica. El cambio del orden jurídico al ordenamiento jurídico consiste, entre otras cosas, en que el primero traduce la realidad social al derecho y el segundo hace que el derecho se vuelva automático y eficiente respecto a ese orden. Es decir, el ordenamiento mantiene una clasificación jerárquica pero ya no basado en el tropo del cuerpo como proponía Platón sino en un sistema complejo de normas debidamente regladas desde la verticalidad; lo que se conoce como la pirámide de Kelsen que efectivamente resuelve los conflictos jurídicos de modo preciso y que bien puede ser la forma gráfica de entender este concepto.

El problema de la maquinaria jurídica aparece, no obstante, cuando se trata de insertar al cuerpo humano en este sistema que reduce toda la realidad al derecho, una reducción que además debe intentar ser lo más eficiente posible. Hans Kelsen definía a la persona natural, aquella con un cuerpo, como “una ficción [...] una construcción mental, destinada a aprehender por medio del pensamiento el objeto de la ciencia del Derecho, el orden jurídico” (Kelsen, 2001: 2). Y en ese sentido el hecho de que la persona jurídica no tuviese al cuerpo humano como su base sustancial da prioridad absoluta a la abstracción (la forma) por sobre la materia (el fondo). Por ello, es el Estado a través del ordenamiento el que determina quien es sujeto jurídico (independientemente de que ese sujeto tenga o no un cuerpo humano) de modo más *efectivo* que nunca.

De ahí, y en adelante, que el derecho haya perdido de modo total el tropo del cuerpo en tanto que forma y fondo. Que en las facultades de derecho, por ejemplo, el término *maquinaria jurídica* se haya popularizado y en cambio el *corpus jurídico* se refiera al conjunto de obras y no a cualquier metáfora que permita pensar al cuerpo dentro del derecho.¹² La postura vitalista de autores como Ernst Zitelmann en el mismo y positivista siglo XIX, que sugería repensar al derecho desde la materialidad del cuerpo “no encontró adeptos que hicieran prevalecer su postura” (Galindo, 1998: 328).

¹² El tema del corpus de obras desde una concepción textual proveniente de la literatura tiene relación con la simbología de que el texto es una suerte de extensión del cuerpo del autor.

La máquina como espacio que simboliza la mejora corporal (que deja de pensar en el cyborg y se centra en el robot) es también el espacio de mejora estatal, de articulación jurídica que totalizaba la realidad en el derecho.

Es posible ver, pues, cómo desde la Antigüedad, pasando por el Medioevo, y la Modernidad hasta llegar al positivismo que inaugura el siglo XX el intertexto de cuerpo, muta hacia el de cyborg, llegando finalmente al de máquina a través del cual el cuerpo humano desaparece de la teorización jurídica y en el que, a la par, el sujeto jurídico se vuelve ficción, idea y modelo de la compleja carne y sus entrañas.

III. Revisando la máquina jurídica: el retorno al cuerpo desde los intertextos literarios

He querido hasta el momento hacer énfasis en que la concepción del cuerpo humano en Occidente ha permitido establecer relaciones entre los conceptos de sujeto jurídico y orden(amiento) jurídico. Para, en efecto, establecer cómo desde el auge del positivismo finisecular la maquinaria se ha impuesto sobre el cuerpo como metáfora de ordenación del Estado y del cuerpo humano.

Dicho esto me interesa aterrizar en varios textos literarios ya no para constatar este cambio simbólico del cuerpo hacia la máquina, sino para ver las respuestas que desde el discurso de las humanidades se han generado desde entonces para que el cuerpo tenga valía dentro de la maquinaria jurídica y se denuncie el exceso legal sobre ciertos sujetos jurídicos.

En el relato “En la Colonia Penitenciaria” (1914) del checo Franz Kafka uno de los *personajes* que lo componen es una máquina cuyo objetivo es impartir *justicia*. La máquina es un “aparato que funciona solo” (2010: 226) y que ejecuta los mandatos de la autoridad legal en una colonia carcelaria. El aparato se compone de tres partes: una inferior, una intermedia y una superior. *Pirámide* de la ingeniería penal que servía para aplicar la ley de modo exacto y a todas las personas *por igual*. Explica el oficial a cargo de la máquina el funcionamiento de ésta: “Nuestra condena no suena muy severa. Al condenado se le escribirá sobre el cuerpo con el ‘rastrillo’ el precepto que ha infringido. En este caso, por ejemplo, las palabras inscriptas sobre el cuerpo de este condenado –el oficial señaló al hombre– serán: ¡Honra a tus superiores!” (232), cuestión que vuelve a la idea jerárquica, automatista y piramidal de Kelsen, que aunque necesaria para la concepción de Estado de derecho desde una perspectiva totalizadora y positivista anula al cuerpo detrás de la máscara subjetiva. Es decir que este relato viene con la enseñanza de que quien no respeta la jerarquía normativa debe ser castigado ejemplarmente con la anulación de su existencia y la pérdida de su dignidad.

En el aparato, se nos cuenta, que el “hombre queda bien sujeto” (2011: 230; el énfasis es mío), amarrado y boca abajo para que su espalda sea el lienzo donde se dibuja la pena. En esa postura corporal deshumanizante, se introduce un tubo forrado en su boca “que tiene la finalidad de impedirle que grite y que se muerda la lengua” (229). Así tortura y sentencia se dan al unísono, como en el derecho penal medieval

sin posibilidad de escuchar la voz del imputado. Al empezar a funcionar la máquina la persona no tiene la posibilidad de mirar aquel precepto que se va escribiendo sobre su piel sino que “lo descifra con las heridas” (2004: 240). El tacto reemplaza a la vista, restringiendo así la mirada, símbolo de la humanidad profunda y dejando un pequeño resquicio de acción que solo sirve para dar paso a la muerte. La máquina de impartir justicia se encargaba de torturar lentamente al cuerpo a través de la escritura sobre la piel. Según el oficial a cargo dicho castigo duraba doce horas. Después de ese período, la persona finalmente fallecía.

Respecto a las imperfecciones, las lagunas del aparato, el oficial a cargo comenta que “el que esté tan sucio ha sido su único error” (235). La piel, la sangre, los tejidos que se quedaban en la máquina son ese símbolo de la corporalidad que impedía la perfección de la máquina jurídica y que demuestran ese rechazo y esa lejanía respecto al cuerpo por parte del derecho positivo decimonónico. No obstante, en esta trama dolorosa, que infringe el derecho a la integridad personal y celebra la tortura a manos de un estado totalizador, al final del texto el condenado, junto a un soldado y a un observador internacional logran escapar de la isla donde está la máquina mortal y la colonia penitenciaria, aunque queda en el texto un sentimiento de imposibilidad de escape, pues la realidad normativa de castigo parece ser imperecedera para ciertos cuerpos.

El escritor francés Villiers de L'Isle Adam, escribe en 1885 el texto *La Eva Futura* en el cual se narra cómo un ficcionalizado Thomas Edison decide ayudar a su desesperado amigo Lord Ewal, que está perdidamente enamorado de una hermosa joven cuya belleza física se encontraba en disparidad con su alma. Por eso el inventor decide fabricar para su amigo una mujer artificial, una robot cuyas entrañas eran cables y metales, sus pulmones eran fonógrafos de oro, su piel era plástico rosado y a pesar de esto, era imposible de distinguirla si se la comparaba con la joven de carne y hueso. Edison le da vida a este robot, que es nombrado Hadaly, a través de la electricidad y le otorga una mente cilíndrica que se conecta a una tira de estaño que contiene “horas enteras de conversación, en la cual van incluidas las ideas de los más grandes poetas, de los más sutiles metafísicos y los novelistas más profundos de este siglo”. (1998: 206) Este nuevo sujeto humano mejorado puede simular la vida sin mayor problema y de hecho propone una suerte de utopía en la que la carne, como símbolo de la abyección, como metáfora de la corrupción humana es vencida. Sin embargo, y aquí radica la cuestión principal del relato, es que propone la idea de que el que tiene que mejorarse es el cuerpo de la mujer que se ordena respecto al del hombre. De allí que los autores de Hadaly (Edison y Ewal) desde la ciencia, realicen un pacto de caballeros en el que la mujer, tradicionalmente considerada como cuerpo más que alma por su carácter de objeto placentero para el hombre, sea clonada y representada por alguien que tiene un pensamiento masculino y un cuerpo femenino. El robot, la Eva futura, es una creación científica que por el título del libro carga tácitamente con la narración católica que marca al cuerpo de la mujer como culpable.

Hadaly, si nos regimos al estudio histórico, es una respuesta literaria a la idea de la *femme fatale*, la mujer fatal, ese ser tan sensual como mortal que aparece con fuerza en el siglo XIX, y cuyo objetivo en la vida es seducir y matar al hombre. Hadaly demuestra cómo la utopía robótica es imposible pues siempre se basa en una creación femenina anterior. Esto permite reflexionar respecto a cómo la concepción el ordenamiento

no puede fundarse en sí misma, sino en un orden anterior. Por tanto, este cuerpo mejorado proviene de una profunda y arraigada concepción patriarcal en la que el cuerpo de la mujer debe ser masculinizado, es decir, mejorado bajo los preceptos del hombre que es finalmente el que puede hablar en el mundo de la representación.

En este texto, no obstante, hay un momento en que hay que dotar de sentimiento al robot y debe recurrirse a una suerte de truco mágico para utilizar el alma de otro cuerpo humano, que inevitablemente intenta apelar a la imposibilidad de olvidar la materia y de racionalizar al ser humano más allá de la carne.

En el libro *Divertinventos* (1989) del ecuatoriano Abdón Ubidia aparece el relato corto de "Del seguro contra robos de autos" en la que la máquina por excelencia en la cotidianidad, el automóvil, ¹³ se convierte en una suerte de celda para el posible ladrón que quiere entrar a robar parte o la totalidad de esta máquina. Cuando la persona intenta arrancar el automóvil, la puertas se cierran, una luz roja empieza a parpadear y "una voz grabada repite, cada treinta segundos, el mismo mensaje: 'De aquí no podrá salir... de aquí no podrá salir'" (55). El ladrón, después de esta repetición que de cierto modo evoca al lenguaje prescriptivo de la ley y su necesidad reiterativa, recibe un pinchazo por parte de una aguja hipodérmica que "le inyecta un preparado especial que el paraliza las piernas y le deja sin voz" (55). Dado que el ladrón puede pensar que se trata de una pesadilla la propia máquina se encarga de decirle que lo que sucede es real y por tanto se vuelve a una noción superada del derecho penal, es decir que el castigo está por sobre la rehabilitación del mal ciudadano. Finalmente, el proceso termina cuando dentro de la máquina el asiento se abre y el cuerpo del ladrón es "perfectamente triturado, comprimido y disuelto en un ácido inodoro (...) de tal manera que el propietario cuando entre a su vehículo y lo ponga en marcha no encuentre un solo indicio de lo que ha ocurrido ahí" (56).

En este relato, paródico respecto al discurso de la seguridad ciudadana y la utilización de la tecnología de modo eficiente, el cuerpo humano al igual que con el cuento de Kafka (pero muchos años después) se castiga severamente, deshumanizando al supuesto criminal que por otro lado no ha entrado en ningún tipo de proceso más que el de la propia máquina. No obstante, y aquí viene la paradoja, "la casa fabricante [del automóvil] garantiza que sólo en un uno por ciento de los casos, el dispositivo confunde ladrón con propietario" (56), razón por la cual el discurso de la seguridad y de la protección del presumible buen ciudadano (el propietario) también puede castigar a éste dado el carácter irracional e insensible de la máquina. En esta reflexión en la que se pide castigo para el cuerpo humano del delincuente, se protege la propiedad de otro cuerpo humano y se presenta a la máquina cómo resolución automática de los conflictos.

Es posible ver en estos tres relatos, provenientes de latitudes y temporalidades diversas, cómo el Estado entendido como máquina jurídica deshumaniza a ciertos sujetos que viven en él. Es aquí que surge la paradoja. En los tres textos (dos de ellos sobre la maquinaria como símbolo del poder del Estado y uno sobre la máquina como sustituta del cuerpo) ese desapego a la corporalidad y esa filiación con la máquina, irónicamente desaparece al momento de castigar a ciertos cuerpos. Es decir que la

¹³ En este sentido en idiomas como el italiano, justamente el automóvil se define como *macchina*.

pretensión de optimizar el orden jurídico que se gesta en el siglo XIX a través del ordenamiento, lo que hace es evidenciar cómo el milenarismo desapego del cuerpo y el miedo a enfrentar su diversidad y materialidad carnal, provocan un disciplinamiento mayor quizá porque se norma lo que se teme, lo que se desconoce, lo que constituye verdadera alteridad. No en vano, el filósofo judío Emmanuel Levinas proponía que “la epifanía de lo absolutamente otro es rostro en el que Otro me interpela y me significa. Es su sola presencia la que es intimación a responder” (2006: 62). En esos cuerpos extraños (el del transgresor, el de la mujer que no tiene un “alma bella” y el del delincuente) ese otro rostro se anula a través de la aplicación deshumanizada de la justicia por parte de la máquina. La máquina, pues, en estos textos literarios pierde el carácter utópico y prometedor que desde la biología y las ciencias jurídicas se le quiso dar y adopta un carácter distópico, risible, paradójico.

Es probablemente el modelo disciplinario del panóptico de Bentham el que simbolice ese funcionamiento generalizado, efectivo y deshumanizado que caracterizó el final del siglo XIX y la primera mitad del XX. El modelo carcelario del panóptico, donde existe una torre circular central en la que un vigilante gracias al privilegio espacial controla atentamente las celdas que también forman un círculo exterior. En esas celdas, donde los barrotes permiten ver las acciones de los presos por parte de los guardianes provoca en los detenidos una noción de vigilancia continua. La estructura panóptica, obra de la arquitectura y del control social, es la metáfora de la máquina que optimiza la disciplina. Este gran hermano que todo lo controla desde una mirada superior, vigila ininterrumpidamente a la persona y en consecuencia provoca una vigilancia interna, una percepción de que no se puede escapar del control debidamente centralizado del Estado y por tanto crea un miedo simbólico al Leviatán. Foucault define a este modelo así: “Estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder. Hacer que la vigilancia sea permanente en sus efectos, incluso si es discontinua en su acción” (Foucault, 2009: 204). Este control y disciplinamiento del cuerpo desde la máquina es un intertexto común de los relatos presentados y una respuesta al modelo de cuerpo ideal, cuerpo abyecto, cuerpo cyborg y máquina que se ha presentado en estas líneas.

La novela *La máquina de asesinar* (1923) de Gastón Leroux –que de cierto modo da el título a este ensayo– relata la historia de un robot asesino e incontrolable (aunque si controlado por alguien) que aterroriza a la población. En algún momento el lector siente la desesperación de los ciudadanos que no saben cómo parar a una máquina que no tiene más límite que las propias órdenes que recibe de sus creadores, cerebros extraños y cómplices. Esta desazón de que detrás de la máquina hay ideologías que la han ordenado estratégicamente y de que el cuerpo tiene poca defensa ante el ataque de la máquina se presenta en esta y las demás obras analizadas. Dicho sentimiento será, acaso, solamente aliviado después de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial con el apareamiento de los derechos humanos que sumado al auge de los movimientos sociales globales y a una nueva teorización que intentaba superar la teorización cuajada en la Modernidad se articula un compromiso en la defensa de la dignidad del cuerpo más allá del reconocimiento subjetivo por parte del ordenamiento nacional.

La noción de la maquinaria jurídica, del ordenamiento jurídico –hoy por hoy base del ejercicio del derecho– ha sido limitado desde las humanidades y los derechos

humanos al desenmascarar ciertas ideologías y al hacer que los intertextos cuerpo, máquina, estado y sujeto vuelvan a aterrizar en la piel, la carne y las entrañas de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

- Betancourt, Fernando (2007), *Derecho Romano Clásico*, Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Bobbio, Norberto (2002), *Entre dos repúblicas. En el origen del estado italiano*, México: Siglo xxi editores.
- De Certeau, Michel (1986), *La invención de lo cotidiano I. Artes de Hacer*, México: Universidad Iberoamericana.
- De L'isle Adam, Villiers (1998), *La Eva futura*, España: Ed. Valdemar.
- Descartes, René (2006), *Meditaciones metafísicas*, Santiago: Escuela de Filosofía ARCIS.
- Even-Zohar, Itamar (1999), "La literatura como bienes y como herramientas", en Villanueva, Darío; Monegal, Antonio y Bou, Enric (coords.), *Sin fronteras: ensayos de literatura comparada en homenaje a Claudi Guillén*, Madrid: Castalia. pp. 27-36.
- Falconí, Diego (2012) *Las entrañas del sujeto jurídico. Un diálogo entre la literatura y el derecho*, Barcelona: EdiUOC.
- Frey, Herbert (2002), *La arqueología negada del Nuevo Mundo: Europa, América*, México: Siglo xxi.
- Gaarder, Jostein (1994) *El mundo de Sofía. Novela sobre la historia de la filosofía*, Madrid: Siruela.
- Galindo, Ignacio (1983), *Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. familia*, México: Editorial Porrúa.
- Guiñazu Mariani, María Antonieta (2005), "Las personas en el derecho romano", en: *XVII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina: Homenaje al Dr. Luis Rodolfo Arguello*, Argentina, pp. 145-153.
- Hobbes, Thomas (1999), *Del Leviatán*, México: Cruz Ed.
- Kafka, Franz (2010), "En la colonia penitenciaria", en *Cuentos Completos*, Madrid: Valdemar, pp. 225-265.
- Kelsen, Hans (2001), "Reflexiones en torno a la teoría de las clasificaciones jurídicas, con especial énfasis en la filosofía del 'como si' de Vaihinger". *Revista Crítica Jurídica*, n.º 18, junio.
- _____ (1995), *Teoría general del derecho y del Estado*, México: unam.
- KILKULLEN, TOMAS (2004), "HANDBOOK OF POLITICAL THEORY", EN GAUS, GERALD F. (ED.), *MEDIEVAL POLITICAL THEORY*, CHANDRAN KUKATHAS, EEUU: SAGE PUBLICATIONS, PP. 338-353.
- KRISTEVA, JULIA (1978), *SEMIOTIKÉ, V. I Y II*, MADRID: ESPIRAL ENSAYOS.
- LEROUX, GASTÓN (2004), *LA MÁQUINA DE ASESINAR*, MADRID: ESPASA-CALPE.
- MARCEL (2007), *MANUAL OF ETHNOGRAPHY*, EEUU: DURKHEIM PRESS.
- MAUSS, MARCEL (2007), *MANUAL OF ETHNOGRAPHY*, EEUU: DURKHEIM PRESS.
- SAGAN, CARL (1993), *SOMBRA DE ANTEPASADOS OLVIDADOS*, BARCELONA: PLANETA.
- UBIDIA, ABDÓN (2012), *DIVERTINVENTOS*, QUITO: LIBRESA.

Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica¹

Non signatory party to an arbitration agreement: between the legal fiction and the economic reality

Hugo García Larriva

Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana AMCHAM-Quito. Ha sido Subdirector del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y Secretario General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ). Profesor titular de las cátedras de Derecho Sucesorio, Negociación y Procesos Arbitrales en la USFQ; y de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad de las Américas. Abogado de los tribunales de la República del Ecuador (USFQ), Especialista Superior en Derecho Procesal (Universidad Andina Simón Bolívar) y candidato a Máster en Derecho de Empresa por la USFQ.
enero de 2013

Resumen:

La complejidad de las relaciones comerciales modernas, hacen del arbitraje un medio cada vez más socorrido para el tratamiento de controversias en este ámbito. Surgen por lo mismo, importantes elementos que deben analizarse en cuanto a los requisitos normativos mínimos de los convenios arbitrales en el ámbito nacional e internacional. De igual forma, cobra relevancia fundamental definir quiénes son las partes que intervienen en el arbitraje, los efectos del mismo frente a terceros, y la discusión doctrinaria de la posibilidad de extender el convenio arbitral a terceros que no hayan suscrito formalmente el mismo.

Abstract

The following paper deals with the possibility of extending the application of an arbitration clause to non-signatories. The main hypothesis is that, based on the doctrine of good faith, you can infer consent for arbitration from a person who has had an active and determinant participation in the negotiation, drafting, performance, and liquidation of or pretends to obtain benefits from a contract in which the arbitration clause is inserted. The paper concludes that an arbitration tribunal may apply a general standard to determine whether a non-signatory person can be considered as a party to a contract containing an

¹ El presente artículo es una actualización y re edición del artículo publicado bajo el mismo nombre en la Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2011.

arbitration agreement or not. This standard only applies if the *lex arbitrii*'s provisions do not require that the consent be given in a written form for the arbitration agreement's validity. In addition to it, two premises must converge: a) that the tribunal positively infers the non-signatory's consent by means of his active and determinant conduct; and, b) if the principle of Good Faith requires that the non-signatory be bound by the contract and the arbitration agreement.

Sumario:

1. Acercamiento a la Problemática. 2. Origen contractual del arbitraje. 2.1. El convenio arbitral. 2.2. Aproximación al convenio arbitral en la legislación ecuatoriana. 2.3. La forma escrita del convenio arbitral. 3. Consecuencia negocial del arbitraje: la relatividad de los efectos frente a los terceros. 4. Acercamiento a una delimitación de las partes negociales. 5. Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: inferencia de la voluntad. 6. Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: el principio de buena fe. 7. Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: aproximación a las aplicaciones concretas. 7.1. El grupo de sociedades. 7.2. Incorporación por referencia. 7.3. Asunción de obligaciones (Assumption). 7.4. Relación de Agencia (Agency). 7.5. Razgamiento del velo societario o teoría del alter ego. 7.6. Doctrina de los actos propios (Estoppel). 7.7. Cesión de derechos y obligaciones y de posición contractual (Assignment). 7.8. Promesa por un tercero y estipulación a favor de un tercero (Third party beneficiary). 8. Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: práctica ecuatoriana. 9. El convenio arbitral y los verdaderos terceros. 10. Acción de nulidad y extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros. 11. A manera de conclusión.

1. Acercamiento a la problemática

El arbitraje, desde su surgimiento como un derecho fundamental de los ciudadanos², ha revestido inusual importancia como institución del derecho, llegando a ser objeto de múltiples estudios y reflexiones de orden académico. Y es que esto no es de asombro ni extrañez, pues, desde los albores del gremialismo comercial en la alta edad media, eran los propios comerciantes quienes, ante la ausencia de un estado nacional que ejercite un monopolio legítimo de la fuerza dentro de un orden jurisdiccional, procuraban el advenimiento de soluciones justas y equitativas a sus disputas. Sólo con el surgimiento del Estado nación y su correspondiente monopolio en la administración de justicia, se comienza a mirar al arbitraje como un método alternativo –en un sentido no natural- para que los individuos resuelvan sus conflictos. Sin embargo, los fenómenos que se han desarrollado desde mediados del siglo pasado en el ámbito del comercio mundial, la globalización, el surgimiento de zonas de libre comercio y regímenes aduaneros comunes, los crecientes flujos migratorios de las inversiones, el galopante desarrollo de la tecnología, el incontrolable avance de los medios de comunicación, han exigido métodos de solución de conflictos eficientes, ágiles, transparentes, modernos, flexibles, especializados y sobre todo dinámicos ante los nuevos retos y cambios de una sociedad cada vez más pujante. Es en este contexto en el cual el arbitraje ha

² El arbitraje nace como un derecho que parecía conectarse con aquellos denominados como fundamentales para los ciudadanos. Tales son los casos de los preceptos incorporados en las constituciones que surgieron a fines del S. XVIII y finales del S. XIX, como la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, en cuyo capítulo V Art. 1 numeral 5 declara que “le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l’arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvo ir législatif”; así mismo es el caso del Art. 280 de la Constitución española de 1812, que declara que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes”.

manifestado un crecimiento geométrico, siendo preferido cada vez más como una opción ante acudir a la justicia ordinaria.

En la actualidad es común encontrarnos con una multiplicidad de partes, cuyos domicilios se encuentran en jurisdicciones distintas, que celebran negocios que han de surtir efectos en lugares disímiles, y, como si esto no bastase, es frecuente encontrarse con la intervención de partes, sus agentes, representantes, subsidiarias, garantes, afianzadores, subcontratistas, agencias estatales, quienes intervienen de una u otra manera en la negociación, celebración, ejecución y terminación de uno, cuando no varios contratos –algunos coligados -.

Estos problemas no suscitan mayores complicaciones que las recurrentes a ellos mismos tratándose de las cortes nacionales. Caso distinto es el del arbitraje que nos plantea retos desde su misma concepción. Si bien en el mundo podemos encontrar amplias discusiones sobre la naturaleza jurídica que reviste el arbitraje, todas reconocen el origen convencional del mismo. Es decir que el presupuesto procesal y material del arbitraje constituye necesariamente el convenio arbitral. Esta característica, como ya se puede advertir puede generar más de un problema. Como bien lo señala Jorge Santistevan de Noriega,

“si bien el origen contractual del arbitraje resulta ser un tema pacífico en la doctrina, los alcances de éste para comprometer a las partes pueden ser objeto de incertidumbre pues como veremos no siempre coinciden aquellos que suscribieron el convenio con aquellos que están comprometidos con la ejecución contractual que origina la controversia que vaya a ser sometida a arbitraje”³.

Imaginemos un caso hipotético en el que un sujeto “A” constituye un fideicomiso inmobiliario en el cual, además de la calidad de constituyente, comparte las calidades de beneficiario y administrador del proyecto –quien emite las órdenes fiduciarias-. Como administrador instruye a la fiduciaria que contrate con la compañía “X” –de la cuál es propietario del 100% del paquete accionario y además su representante legal- el diseño de los planos arquitectónicos, de ingeniería y estructurales. Concluidos los mismos, emite una nueva orden para la contratación de la misma compañía en calidad de constructora del proyecto. El proyecto preveía la instalación de algunos generadores eléctricos. “A” negocia con la compañía “Y” la provisión de los generadores en función de las especificaciones realizadas en los planos y requerimientos técnicos elaborados por “X”. “A” instruye a la fiduciaria la contratación de “Y”, y para los efectos envía el proyecto de contrato con los términos negociados por él a la fiduciaria –el mencionado contrato incluye un convenio arbitral-. Durante la instalación de los generadores “A” emite instrucciones y varias correcciones técnicas para la adecuada instalación de los generadores a “Y”. Estas órdenes fueron acatadas. El contrato de fideicomiso incluía una cláusula de garantía expresa por parte del constituyente-beneficiario con respecto a las obligaciones adquiridas por el mismo, además de la obligación de proporcionar al fideicomiso los fondos necesarios para la consecución del proyecto. Por varios motivos el fideicomiso resulta descapitalizado y no puede asumir sus obligaciones con el contratista “Y”. Éste debería demandar en

³ JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS: EXPRESIÓN DE LA INEVITABILIDAD DEL ARBITRAJE*, EN REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, No. 8, LIMA, 2009, p. 22.

arbitraje al fideicomiso –el cual ha sido descapitalizado- por el cumplimiento de sus obligaciones, pero, ¿podría demandar además a “A” y a “X” por su participación activa y determinante en la negociación, suscripción, ejecución y terminación del contrato?

Este es el tema central que nos convoca a las presentes reflexiones, ¿quiénes se encuentran obligados por el convenio arbitral?, ¿pueden oponerse los efectos del convenio arbitral a personas que no han suscrito el mismo? En el presente trabajo trataremos de dar luces a este tema, de por sí interesante y complejo, partiendo de un análisis de la doctrina, legislación comparada, y jurisprudencia tanto internacional como local.

2. Origen contractual del Arbitraje

Como hemos enunciado el arbitraje es esencialmente convencional y excepcional con respecto a la justicia ordinaria⁴. Es en este sentido que el arbitraje necesita necesariamente la existencia de un convenio arbitral válidamente celebrado entre las partes para su eficacia. Es claro entonces que el arbitraje es un producto de la autonomía de la voluntad de las partes⁵ evidenciada en el convenio arbitral. Como establece Myriam Castro Salcedo “[el arbitraje] nace de un negocio jurídico que como tal, proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral. Sin embargo por medio del contrato de arbitraje las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra”⁶.

2.1. El convenio arbitral⁷

El convenio arbitral puede ser definido, según palabras de L. F. Reglero Campos,

4 *Ibidem*. P. 22.

5 Cabe mencionar que la autonomía de la voluntad de las partes en ningún sentido es absoluta. Es más, frecuentemente ha sido limitada y matizada con otros principios como el de la buena fe negocial –y sus derivaciones- y en amplio sensu el orden público. Estas limitaciones a la autonomía de la voluntad surgen principalmente por dos motivos que según G. Ospina y E. Ospina - Guillermo Ospina Fernández; Eduardo Ospina Acosta, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Ed. Temis, 6ta. edición, Bogotá, 2000. Pp. 11 y 12- corresponden, en primer lugar, a la afirmación del poder activo del Derecho y la subordinación de los individuos y de sus actividades a los dictados de un orden público, que han determinado la aparición de una copiosa legislación de carácter imperativo que, en general, disminuye las posibilidades de la autonomía de la voluntad; y, en segundo lugar, a las hondas conmociones sociales que han producido el cambio de las economías agrarias a industriales, y de éstas a una economía de empresa, lo que ha determinado la necesidad de que el Estado intervenga en la propia órbita de la autonomía de la voluntad privada, en detrimento de la libertad antes reconocida con generosidad a los individuos, para modificar la naturaleza, el alcance, las condiciones y las modalidades de sus negocios jurídicos y de los efectos que estos están llamados a producir. En este sentido, y como sostiene J. C. Garibotto - Juan Carlos Garibotto, *Teoría General del Acto Jurídico*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991., p. 22-, la autonomía así concebida no es admitida de manera absoluta, sino sólo como un principio, con las limitaciones que impone la ley de modo imperativo, puesto que es menester para el ordenamiento jurídico la armonización de los intereses privados con los derechos e intereses de terceros así como con los de la comunidad. Para Luis Parraguez - Luis Sergio Parraguez Ruiz, *Cuarto Borrador del Manual de Negocio Jurídico*, USFQ Inédito, 2008, pp. 20, 21.- existen varios factores que limitan la libertad, que en amplio sensu se concedía a los particulares, entre éstos identifica unos específicos, como el equilibrio contractual, la teoría de la imprevisión, actos propios, buena fe, y otro de manera más amplia, el orden público, en el que se comprenden el interés general de la sociedad, y en el que encuentran acogida tanto las exigencias y prohibiciones que expone la ley, como los requerimientos de la moral y las buenas costumbres. Es este reconocimiento de la naturaleza propia de la libertad del hombre de actuar y reglar sus actuaciones, lo que nos permiten a los particulares, como la solución más lógica, dirimir las controversias dentro de nuestra misma esfera de intereses. Es esta autonomía privada la que nos permite acudir voluntariamente, como requisito de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) - Codificación de la ley de arbitraje y mediación, Registro Oficial N° 417, Jueves 14 de diciembre del 2006.-, a causa de árbitros, por medio de un negocio jurídico típico de naturaleza auténtica que se denomina convenio arbitral.

6 MYRIAM CASTRO SALCEDO, *EL CONTRATO E ARBITRAJE*, ED. LEGIS, BOGOTÁ, 2005, p. 114

7 En el presente ensayo no se hará un análisis exhaustivo del convenio arbitral, sino en cuanto sea relevante para el tema a tratar, por lo cual dejaremos por fuera o tocaremos de manera superficial temas muy apasionantes.

como “el instrumento en que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición”⁸, es decir que las partes renuncian a su derecho a acudir ante la jurisdicción ordinaria, acordando someter sus conflictos a una jurisdicción que la ejercen unos terceros privados.

Otra definición es la que nos aporta P. Aylwin Azocar⁹, el cual sostiene que con este concepto genérico nos referimos al acuerdo de voluntades que dentro de los arbitrajes de carácter voluntario debe darse como presupuesto previo para el mismo. Para González de Cossio, “el acuerdo arbitral es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje”¹⁰. Es en este acuerdo donde las partes otorgan competencia a los árbitros para que diriman sus controversias. Para F. Cordón Moreno¹¹ el convenio arbitral también es la fuente ordinaria del arbitraje voluntario, aunque admite que excepcionalmente puede ser el testamento¹²

Un efecto, mas no elemento del convenio arbitral, es el llamado contrato de compromisario o *receptum arbitrii*¹³, mediante el cual el árbitro acepta su nombramiento y se vincula de manera directa, manifestando su voluntad de ejercer las tareas de árbitro para el caso concreto; y contrae frente a las partes el deber jurídico de ser su tribunal. Sin embargo ni las facultades ni los deberes jurisdiccionales del árbitro devienen de este contrato, puesto que sólo le impone la obligación privada para con las partes de desempeñar el cargo y le otorga el derecho de exigir de ellas un honorario; ergo, la relación privada que crea el contrato de compromisario nada tiene que ver con la función pública que desempeña el árbitro frente a las partes, función que deviene única y exclusivamente de la ley¹⁴.

2.2. Aproximación al convenio arbitral en la legislación ecuatoriana

Según el artículo 5 de la LAM “[e]l convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual...”. Como bien sostiene Álvaro Galindo Cardona¹⁵, en nuestra legislación ya se superó aquella bizantina discusión sobre el compromiso arbitral, cuya obtención era casi imposible, y la cláusula compromisoria, al incluir dentro del convenio a ambos y finalmente

8 L. FERNANDO REGLERO CAMPOS, *EL ARBITRAJE*, ED. MONTECORVO, MADRID, 1991, p. 65.

9 Cfr. *Ibidem*, p. 189.

10 FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, *ARBITRAJE*, ED. PORRUA, MÉXICO, 2004, p. 56

11 Cfr. F. CORDÓN MORENO, *EL ARBITRAJE...*, p. 57.

12 No compartimos el criterio del autor puesto que el convenio arbitral es independiente del negocio en donde se encuentre, y será éste –el convenio arbitral– siempre la fuente del arbitraje, más allá que se halle estipulado en un negocio jurídico determinado. El que nos refiramos a arbitraje testamentario –contenido en un testamento– o estatutario –contenido en un estatuto– es una denominación para hacer referencia a la fuente donde originariamente se halla el convenio arbitral.

13 Cfr. P. AYLWIN AZÓCAR, *EL JUICIO...*, p. 46.

14 Artículo 190 de la Constitución del Ecuador - Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008- “Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir (...)”. Artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial -Ley 0, Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar-2009, Última modificación: 01-nov-2011- “Art. 7.- (...) Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley (...)”

15 A. GALINDO CARDONA, “ORIGEN Y DESARROLLO DE LA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN ECUADOR”, en *JURIS DICTIO*, UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO, COLEGIO DE JURISPRUDENCIA, AÑO II, No. 4, AGOSTO 2001, p. 124, 127.

establecer la autosuficiencia del convenio arbitral¹⁶.

Bajo estos parámetros, podemos decir que el convenio arbitral en nuestro ordenamiento legal es un negocio jurídico que requiere que la voluntad revista una forma escrita. Este requisito debe cumplirse tanto dentro del negocio jurídico sobre el cual trata, como por documento aparte, siendo en este último caso necesario que el convenio identifique de manera inequívoca el negocio jurídico al cual hace referencia el mismo. De igual manera este requisito puede ser suplido por “el intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito de que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”¹⁷, de suerte que en nuestro sistema es plenamente válido un convenio arbitral epistolar, contenido en facsímiles, o cualquier otro medio de comunicación e información que permitan su consulta, verificación y acceso posterior de manera escrita, siempre y cuando no vulnere las disposiciones legales en la materia. En el caso de controversias extracontractuales, debe identificarse de la misma manera los hechos que los originan.

Un aspecto que es de suma importancia analizar es que el convenio arbitral, y en general el arbitraje en el Ecuador, tiene a su favor el principio *in dubio pro arbitrii*. El Art. 7 de la LAM, al referirse al evento en el cual se discuta ante juez ordinario la excepción de existencia del convenio arbitral, establece que “en caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje”.

2.3. La forma escrita del convenio arbitral

Lejos quedó ya aquella época en la cual para celebrar un convenio arbitral las partes debían acudir ante un notario acompañadas de testigos de intachable conducta y probidad notoria para celebrar una cláusula compromisoria por escritura pública – que de paso debía ser requerida judicialmente para obtener luego el compromiso arbitral¹⁸. Las exigencias formalistas que establecían provisiones encaminadas a dificultar la celebración del convenio arbitral venían de la mano de una visión recelosa del arbitraje. Esta visión, marcada claramente por una desconfianza en el sistema arbitral, concebía al arbitraje como un mecanismo de renuncia a la jurisdicción ordinaria, o en otras palabras, un sistema de renuncia a un fuero natural de las personas, ergo, para ser eficaz, debía provenir de un convenio arbitral celebrado con el mayor grado de formalismos y ritualismos posible.

Todo esto vino acompañado de una interpretación de carácter restrictivo del arbitraje; me explico. Al ser el arbitraje sustancialmente una renuncia y excepción a la jurisdicción ordinaria, como toda renuncia, es menester interpretarla en estricto derecho de manera restrictiva. Quien renuncia lo hace única y exclusivamente a

16 Un interesante estudio comparativo sobre la evolución de la autosuficiencia del convenio arbitral fue realizado por ROQUE J. CAIVANO. *VID.* ROQUE J. CAIVANO, *LA CLÁUSULA ARBITRAL*, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, CÁMARA DE COMERCIO DE QUITO, BOGOTÁ, 2011, pp. 138-198.

17 Artículo 6 LAM

18 ROQUE J. CAIVANO, *LA CLÁUSULA ...*, p. 96.

aquello expresamente contemplado, sin la posibilidad de inferir por extensión la renuncia a cualquier otro tipo de derechos. Este pensamiento afortunadamente ha sido dejado de lado, pues, como bien señala Roque J. Caivano, “es correcto afirmar que la sujeción de las partes a la jurisdicción del Poder Judicial es un elemento <<natural>> en cualquier contrato, desde que existe sin necesidad de pacto; pero la jurisdicción arbitral, aunque sea una excepción a ello, lo es sólo en el sentido de requerir una declaración de voluntad y no en el sentido de interpretar su extensión con carácter restrictivo en los casos en que ha sido inequívocamente pactada”¹⁹. Al respecto, un interesante fallo de una Cámara Comercial de Argentina estableció que:

“en la medida en que la ley autoriza a los sujetos de derecho a constituir su propio juez mediante la sujeción a árbitros y que el tema del diferendo verse sobre materia patrimonial perteneciente a sujetos capaces, no se entiende por qué la competencia de la llamada ‘jurisdicción arbitral’ soporta la minusvalía de ser apreciada restrictivamente”²⁰.

En este cambio de pensamiento y avances doctrinal, jurisprudencial y legal influyeron de manera determinante, por un lado la Convención de Nueva York (CNY)²¹, y, por otro, los trabajos y estudios realizados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI²²). La primera sentó un tope mínimo y estándar de basamento sobre los requisitos de un convenio arbitral para su reconocimiento en otro estado, sin embargo dejó a salvo el que los distintos países signatarios den un tratamiento más favorable al mismo en sus legislaciones internas. La segunda con la preparación de Leyes y Reglamentos Modelos –que han influenciado la redacción de gran parte de la legislación sobre la materia- y recomendaciones que son fruto de arduas sesiones de trabajo que recogen paulatinamente los avances en materia arbitral.

La CNY en su artículo II (1) establece que cada uno de los estados partes “reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”. Ahora bien, ¿qué debemos entender por acuerdo escrito al amparo de la convención de Nueva York?. Es evidente que en el marco de la redacción de la CNY, y luego de más de 50 años de su aplicación, el piso dejado por ésta con respecto al requisito de forma del convenio arbitral, hoy por hoy, se encuentra muy alto, inclusive más rígido que la mayoría de legislaciones²³. En esta línea y a la luz de los nuevos desarrollos de la jurisprudencia internacional la significación de “acuerdo por escrito” debe tomar un derrotero más flexible y compatible con las actuales circunstancias. El artículo II (2) de la CNY establece que la expresión “acuerdo por escrito denotará”²⁴ un acuerdo arbitral contenido en un negocio firmado por las partes o en el intercambio de

19 ROQUE J. CAIVANO, *ARBITRAJE Y GRUPOS DE SOCIEDADES. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN ACUERDO ARBITRAL A QUIEN NO HA SIDO SIGNATARIO*, EN LIMA ARBITRATIO: REVISTA DEL CÍRCULO PERUANO DE ARBITRAJE, NO. 1, LIMA, 2006, p. 157

20 *Ibidem*, p. 153

21 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Codificación 1221, Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

22 También conocida por sus siglas en Inglés UNCITRAL –United Nations Commission on International Trade Law-

23 ALBERT JAN VAN DEN BERG, *HYPOTHETICAL DRAFT CONVENTION ON THE INTERNATIONAL ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND AWARDS*, EN *ARBITRAJE COMERCIAL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN, TOMO 2: “CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS”*, INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE, LIMA, 2009, p. 843.

24 Del texto oficial en español de la convención. El texto original en inglés se refiere a “shall include” que a nuestro criterio es más revelador para el análisis a realizar.

comunicaciones. Para dar un significado a la palabra “denotará”, uno puede presumir que algunas otras formas de acuerdo arbitral pueden satisfacer el requisito formal de la convención²⁵, verbi gracia, el intercambio de mensajes de datos entre otros. En este mismo sentido se ha pronunciado la CNUDMI al establecer que el requisito establecido en el artículo II (2) “se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas”²⁶.

De igual manera que ha sido abandonada la concepción de que los hechos descritos en el artículo 2 (ii) deben considerarse como taxativos, paulatinamente se ha ido dejando de lado la idea de exigir como requisito para la validez del convenio arbitral la firma de las partes²⁷. Justamente la palabra “signatario” –que da lugar al presente ensayo– es una reminiscencia de aquella época en la cual se exigía que el convenio arbitral se encuentre firmado por las partes para su validez. Esta idea ha sido desplazada poco a poco por las decisiones jurisprudenciales que han flexibilizado el requisito formal de escrituración, tal es el caso *Kahn Lucas Lancaster inc v. Lark International Ltd.* donde la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos estableció que “la convención de Nueva York no requiere que la cláusula arbitral se encuentre firmada por las partes mientras exista por escrito”²⁸.

No ha sido ajena a esta tendencia las leyes modelos CNUDMI sobre arbitraje comercial. El artículo 7 (2)²⁹ de la Ley Modelo de 1985 establecía que “se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes” o en el intercambio de comunicaciones entre las partes, disposición que ha sido interpretada en el sentido más amplio por los tribunales arbitrales³⁰ alejándose de anquilosados

25 NOAH RUBINS, *ARBITRATION AGREEMENTS AND NON-SIGNATORIES*, EN *ARBITRAJE COMERCIAL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN, TOMO 2: “CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS”*, INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE, LIMA, 2009, p. 544.

26 Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo ii y del párrafo 1 del artículo vii de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1958, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006, en su 39º período de sesiones, disponible en <http://www.cnucci.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf>

27 En contrario ARMANDO SERRANO PUIG - ARMANDO SERRANO PUIG, *LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONVENIO ARBITRAL, ALCANCES Y LIMITACIONES: EL CASO ECUATORIANO*, EN *TRATADO DE DERECHO ARBITRAL: EL CONVENIO ARBITRAL*, TOMO I, PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ, INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE, BOGOTÁ, 2011, pp. 558, 559- ESTABLECE QUE, EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA ES “NECESARIO QUE EL CONVENIO ARBITRAL CONSTE POR ESCRITO, QUE SE HALLE FIRMADO POR LAS PARTES, QUE CONTENGA SU VOLUNTAD CIERTA Y CLARA DE SOMETERSE AL ARBITRAJE Y QUE HAYA CONSTANCIA DOCUMENTAL DE TAL VOLUNTAD”. NO COMPARTIMOS EL CRITERIO DEL AUTOR, PUES LA ÚNICA REFERENCIA QUE SE HACE A LA FIRMA DE LAS PARTES ES AL RECONOCER LA POSIBILIDAD DE EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL EN EL INTERCAMBIO DE COMUNICACIONES DE LAS PARTES QUE PERMITAN SU ACCESO POR ESCRITO POSTERIOR (ART. 6 LAM). ES MÁS LAS EXPRESIONES “SE ENTENDERÁ TAMBIÉN” Y “SINO TAMBIÉN” QUE USA EL MENCIONADO ARTÍCULO NOS DA A ENTENDER –AL IGUAL QUE LA EXPRESIÓN “DENOTARÁ” EN LA CNY- QUE ALGUNAS OTRAS FORMAS DE ACUERDO ARBITRAL PUEDEN SATISFACER EL REQUISITO FORMAL.

28 *KAHN LUCAS LANCASTER INC V. LARK INTERNATIONAL LTD.*, 186 F.3d 210 (2d CI. 1999) CITADO EN NOAH RUBINS, *ARBITRATION ...*, p. 543.

29 Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. Disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>

30 *GUANGDONG NEW TECHNOLOGY IMPORT & EXPORT CORP. JIANGMEN BRANCH V. CHIU SHING TRADING AS B.C. PROPERTY & TRADING*

formalismos y ritualismos –como la exigencia de la firma en el convenio arbitral-. Sin embargo de lo cual, los tribunales arbitrales sí buscan evidencia por escrito de la existencia del convenio arbitral. Fue claro que en las reuniones preparatorias de la Ley Modelo de 1985, si bien no se encontraban en contra de los mismos, se quiso dejar por fuera de este texto a los convenios arbitrales orales que se daba en algunos lugares y bajo ciertas prácticas comerciales³¹, pero fueron sumamente cautelosos al no establecer una sanción a la falta de escrituración del convenio, pues fueron más proclives a que los tribunales arbitrales decidieran su eficacia o no con respecto a las actuaciones determinantes de las partes en el caso concreto³².

Es lógico –como hemos enunciado- que el paulatino desarrollo de la jurisprudencia arbitral, a tono con las realidades económicas y comerciales cambiantes, haya flexibilizado y reducido aquellos requisitos establecidos originalmente en el texto de la CNUDMI de 1985. Todos estos avances fueron recogidos en la revisión al texto de la Ley Modelo CNUDMI realizado en el año 2006³³, dada cuenta de la ineficacia y desuso de tan estópidos y estultos requisitos por parte de los tribunales arbitrales y las cortes nacionales³⁴. Es así como el nuevo artículo 7 de la Ley Modelo CNUDMI 2006 presenta dos opciones. La primera opción³⁵ mantiene la expresión del requisito de escrituración del convenio arbitral, sin embargo elimina la innecesaria expresión de “firmado por

COMPANY, CORTE SUPREMA DE HONG KONG, 23 DE AGOSTO DE 1991, CASO CLOUT 677, CLOUT 62, EN ESTE CASO SI BIEN EN EL CONTRATO FIRMADO POR LAS PARTES NO EXISTÍA UN CONVENIO ARBITRAL PROPIAMENTE DICHO, EL TRIBUNAL ESTIMÓ QUE ERA COMPETENTE PUES EL ACUERDO HABÍA SIDO CONFIRMADO POR LAS PARTES MEDIANTE REMISIÓN A OTROS DOCUMENTOS AUNQUE NO SE HALLABAN FIRMADOS –EN STRICTU SENSU- POR LAS PARTES. WILLIAM COMPANY V. CHU KONG AGENCY CO. LTD. AND GUANGZHOU OCEAN SHIPPING COMPANY, CORTE SUPREMA DE HONG KONG, 17 DE FEBRERO DE 1993, CASO CLOUT 44, CLOUT 2, EN ESTE CASO EXISTÍA UNA NOTA DE EMBARQUE QUE CONTENÍA UN CONVENIO ARBITRAL QUE FUE FIRMADO ÚNICAMENTE POR UNA PARTE, EL TRIBUNAL ARBITRAL ESTIMÓ QUE AL HABER ESTADO EL CONVENIO ARBITRAL POR ESCRITO EN LA NOTA DE EMBARQUE Y AL HABERSE EJECUTADO LAS PRESTACIONES DEL CONTRATO –LA ENTREGA DE MATERIAL POR UNA PARTE Y LA ACEPTACIÓN DEL MISMO POR LA OTRA- CONSTITUYE CONSENTIMIENTO SUFICIENTE Y PRUEBA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE ARBITRAR. CHINA NATIONAL ELECTRONIC IMPORT & EXPORT SHENZHEN COMPANY V CHOI CHUK MING (TRADING AS ERWO ENTERPRISES COMPANY), CORTE SUPREMA DE HONG KONG, 9 DE MARZO DE 1993, CASO CLOUT 688, CLOUT 64, EN ESTE CASO SE DEMANDÓ EN BASE A UN PRECONTRATO Y VARIOS CONTRATOS CONEXOS, ÉSTOS ÚLTIMOS SE HALLABAN FIRMADOS POR UNA PARTE Y SELLADOS POR ESTA MISMA PARTE EN VEZ DE LA CONTRAPARTE, ES DECIR, CARECÍAN DE LA FIRMA UNA DE LAS PARTES, EL TRIBUNAL ARBITRAL ESTIMO QUE AL SER PRÁCTICA COMERCIAL ENTRE ELLOS EL QUE UNA PARTE SELLARA EN LUGAR DE LA FIRMA DE LA CONTRAPARTE, SI BIEN NO EXISTÍA FIRMA EN SENTIDO ESTRICTO DE AMBAS PARTES, ESTO CONSTITUÍA CONSENTIMIENTO CLARO PARA ARBITRAR. OONC LINES LIMITED V. SINO-AMERICAN TRADE ADVANCEMENT CO. LTD. CORTE SUPREMA DE HONG KONG, 2 DE FEBRERO DE 1994, CASO CLOUT 62, CLOUT 4, EN ESTE CASO EXISTÍA UNA PÓLIZA DE FLETAMENTO QUE NO CONTENÍA LAS FIRMAS DE LAS PARTES, SIN EMBARGO EL TRIBUNAL CONSIDERÓ QUE DIVERSAS COMUNICACIONES INTERCAMBIADAS ENTRE ELLAS PROPORCIONABAN CONSTANCIA ESCRITA SUFICIENTE DE SU ACUERDO DE SOMETERSE AL ARBITRAJE.

31 “Acuerdos orales que han sido comunes en algunos lugares y áreas del comercio no deberían estar cobijados por la Ley Modelo, sin embargo debe dejarse abierta su regulación y reconocimiento bajo otras legislaciones”, CNUDMI, *REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTERNATIONAL CONTRACT PRACTICES ON THE WORK OF ITS FIFTH SESSION*, 22 DE FEBRERO AL 4 DE MARZO DE 1983, NEW YORK, A/CN.9/233, p. 66

32 *IBIDEM*, p. 66

33 Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

34 “Los profesionales del arbitraje han señalado que, en varias situaciones, la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctica. En los casos en que la voluntad de las partes para someterse a arbitraje no constituye un problema, debería reconocerse la validez del acuerdo de arbitraje. Por ese motivo, y con miras a ajustar mejor su contenido a las prácticas contractuales internacionales, se revisó en 2006 el artículo 7.” CNUDMI, *NOTA EXPLICATIVA DE LA SECRETARÍA DE LA CNUDMI ACERCA DE LA LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE 1985, EN SU VERSIÓN ENMENDADA EN 2006*, A/CN.9/264, EN *LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL*

1985 CON LAS ENMIENDAS APROBADAS EN 2006, p. 30, DISPONIBLE EN

[HTTP://WWW.UNCITRAL.ORG/PDF/SPANISH/TEXTS/ARBITRATION/ML-ARB/07-87001_EBOOK.PDF](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

35 Opción I, Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje, (Aprobado por la Comisión en su 39º periodo de sesiones, celebrado en 2006)

1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

las partes”, además, amen de expandir y dar un criterio para la interpretación del requisito “escrito”, añade un pequeño catálogo, que lejos de pretender ser *numeros clausulus*, constituye una suerte de vademécum ejemplificativo. Sin embargo el avance más importante se encuentra en la ampliación del sentido tradicional que el requisito “por escrito” ha sido concebido, pues equipara la forma escrita con todo otro medio “que deje constancia de su contenido en cualquier forma”. Esta última expresión deja la puerta abierta para la existencia de un convenio oral. La segunda opción del artículo en cuestión va mucho más allá y elimina absolutamente todo requisito de forma al consagrar que “[e]l ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no”. Tanto la opción uno como la opción dos del artículo 7 implican un cambio diametral en la orientación de la CNUDMI, pues en ambos casos admite la posibilidad de la celebración de un convenio arbitral oral a condición de que se deje constancia de su contenido³⁶. De igual manera que la convención de Nueva York en su momento influyó en el desarrollo de las modernas legislaciones, como es de esperarse, estos últimos avances que venimos mencionando han sido reflejados en distintas reformas y actualizaciones legales que atinadamente han demarcado un nuevo camino en el arbitraje. Dentro de estas podemos encontrar a la peruana³⁷, la

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

³⁶ CNUDMI, *NOTA EXPLICATIVA...*, pp. 30, 31

³⁷ Ley de Arbitraje de Perú, Decreto Legislativo N° 1071, Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de junio de 2008, Fe de Erratas de fecha 10 de julio del 2008.

Artículo 13°.- Contenido y forma del convenio arbitral.- 1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. 2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. 5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra. 6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. 7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.

de República Dominicana³⁸, la chilena³⁹, la de Costa Rica⁴⁰, la de Nueva Zelanda⁴¹,

38 Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial. Publicada en Gaceta Oficial No. 10502, del 30 de diciembre de 2008.

ARTÍCULO 10.- Definición y Forma de Acuerdo de Arbitraje. 1) El "Acuerdo de Arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje ciertas o todas las controversias que hayan o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El Acuerdo de Arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula arbitral incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El Acuerdo de Arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, faxes, telegramas, correos electrónicos u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. 3) Se considera incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior. 4) Se considerará que hay convenio escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y defensa dentro del proceso arbitral en los cuales la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte y no negada por la otra. 5) Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho dominicano.

39 Ley Num. 19.971. Ministerio de Justicia de Chile Fecha de Publicación, 29 de septiembre de 2004. Artículo 7º.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje.

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

40 Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Publicada en la Gaceta 100 del 25 de mayo de 2011

Artículo 7.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje. - 1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica, si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pueden ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. 5) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación, en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. 6) La referencia hecha en un contrato, a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

41 Arbitration Act 1996 No 99 (as at 01 January 2011), Public Act, Schedule 1 Rules applying to arbitration generally, Chapter 2 Arbitration agreement, 7 Form of arbitration agreement

(1) An arbitration agreement may be made orally or in writing. Subject to section 11, an arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement. (2) A reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract.

la irlandesa⁴², la de la República de Mauricio⁴³, la de Eslovenia⁴⁴, la escocesa⁴⁵, la de Inglaterra y Gales⁴⁶, la alemana⁴⁷, la de Estados Unidos⁴⁸, así como también en el nuevo proyecto de Ley de Arbitraje para el Ecuador preparada por César Coronel Jones⁴⁹, donde en el artículo 11 opta por el texto literal de la opción uno de la Ley Modelo CNUDMI 2006.

Es evidente que todas estas decisiones, apreciaciones doctrinales y reformas legislativas han construido una interpretación -cada vez creciente- sobre la naturaleza que debe tener el requisito de escrituración del convenio arbitral. Al parecer la mayoría de la legislación y doctrina actual, así como de los precedentes arbitrales – podríamos estar ante el surgimiento de un posible estándar mínimo consuetudinario sobre este requisito-, apuntan a que la escrituración del convenio arbitral ha dejado de ser concebido como un requisito *ad solemnitatem* del convenio arbitral y se

42 Arbitration Act 2010, PART 2, Arbitration, Adoption of Model Law.

6.— Subject to this Act, the Model Law shall have the force of law in the State and shall apply to arbitrations under arbitration agreements concerning— (a) international commercial arbitrations, or (b) arbitrations which are not international commercial arbitrations.

Disponible en <http://www.irishstatutebook.ie/2010/en/act/pub/0001/index.html>

43 INTERNATIONAL ARBITRATION ACT 2008,

PART II – INITIATION OF PROCEEDINGS 4. Arbitration agreement

(1) An arbitration agreement – (a) may be in the form of an arbitration clause in a contract or other legal instrument or in the form of a separate agreement; and (b) shall be in writing. (2) An arbitration agreement is in writing where – (a) its contents are recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or the contract has been concluded orally, by conduct, or by other means; (b) it is concluded by an electronic communication and the information contained in it is accessible so as to be usable for subsequent reference; or (c) it is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other. (3) The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing where the reference is such as to make that clause part of the contract.

Disponible en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=189487

44 CODE OF CIVIL PROCEDURE (Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 26/99)

Article 461

An arbitration agreement may be concluded in relation to a particular dispute, as well as in relation to future disputes which may arise from a particular legal relationship. An arbitration agreement shall be valid only if made in writing. An arbitration agreement is also made in writing if made by the exchange of letters, cables, telex messages or other means of telecommunications, which can provide a written record of its conclusion. An arbitration agreement shall be deemed to have been made in writing also by the exchange of a statement of claim, in which the claimant alleges the existence of such agreement, and a statement of defense, in which the respondent fails to deny this allegation.

Disponible en <http://www.sloarbitration.org/english/slo-arb-law/code-civil-procedure-vsebina.html>

45 Arbitration (Scotland) Act 2010 4. Arbitration agreement

An “arbitration agreement” is an agreement to submit a present or future dispute to arbitration (including any agreement which provides for arbitration in accordance with arbitration provisions contained in a separate document).

Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/asp/2010/1/contents>

46 England and Wales Arbitration Act 1996 The arbitration agreement 6 Definition of arbitration agreement.

(1) In this Part an “arbitration agreement” means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not). (2) The reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the reference is such as to make that clause part of the agreement.

Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23>

47 Ley Alemana de Arbitraje 98, Libro X del Código de Procedimiento Civil

Artículo 1029 Definición.- 1.- El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo celebrado por las partes para someter a arbitraje todas o una parte de los puntos litigiosos presentes o futuros con respecto de una relación jurídica, ya sea contractual, ya sea de otra naturaleza. 2.- El acuerdo de arbitraje puede constar en un documento separado (“el acuerdo de arbitraje separado”) o en una cláusula contractual (“la cláusula de arbitraje”).

Disponible en <http://www.dis-arb.de/en/51/materials/ley-alemana-de-arbitraje-98-id5>

48 UNIFORM ARBITRATION ACT, SECTION 6. VALIDITY OF AGREEMENT TO ARBITRATE.

(a) An agreement contained in a record to submit to arbitration any existing or subsequent controversy arising between the parties to the agreement is valid, enforceable, and irrevocable except upon a ground that exists at law or in equity for the revocation of a contract.

<http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/uarba/arbitrat1213.htm>

49 César Coronel Jones, *Presente y futuro del Arbitraje Comercial en el Ecuador: Hacia una nueva ley*, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje y Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2010, pp. 402, 403. Es de nuestra opinión que si la nueva Ley de arbitraje que se plantea para el Ecuador piensa incorporar los mayores avances en materia arbitral, así como constituirse de cierta manera en un nuevo referente de avance legislativo a nivel regional –como en su momento ha sido la peruana-, se debería dar el salto completo y optar por la opción dos del convenio arbitral que prevé la Ley Modelo CNUDMI.

relaciona mas con un requisito *ad probationem*⁵⁰. Este fenómeno de haber mutado de un requisito de la esencia del negocio jurídico a un requisito de prueba del mismo se debe a dos principales factores⁵¹ (i) a un esfuerzo por priorizar la realidad de las cosas sobre las formalidades a las que el derecho se suele apegar muchas veces para esterilizar los efectos jurídicos de los contratos y de los convenios arbitrales, en particular en el marco del tráfico comercial y en el desarrollo de las inversiones, y (ii) porque la naturaleza *ad probationem* contribuye mejor a la eficacia del arbitraje y a la inevitabilidad de sus consecuencias que constituyen la vigas maestras para la consolidación del sistema arbitral.

En el sistema arbitral ecuatoriano se ha dicho y resuelto muy poco al respecto. Hasta la terminación del presente trabajo no hemos encontrado ningún pronunciamiento de las cortes nacionales sobre la materia. Sin embargo hemos podido identificar algunos precedentes arbitrales que con objeto del presente estudio se analizan⁵² y que nos llevan a la conclusión que nuestros árbitros –si bien no son muchos debido a que tampoco se presentan mayores casos sobre esta materia-, lejos de estar ajenos y contrarios a estos avances, son bastante permeables y acuciosos al momento de decidir su competencia en tratándose de estos temas. Esto no debería recurrir mayor sorpresa pues, la mayoría del foro ecuatoriano que trata el tema concluye que el requisito de escrituración previsto en los artículos 5 y 6 de la LAM constituyen solemnidades *ad probationem*⁵³, que, como lo es ya común para la doctrina internacional, pretende basar el análisis sobre la existencia del consentimiento más que sobre la existencia de tal o cual forma⁵⁴.

3. Consecuencia negocial del arbitraje: la relatividad de los efectos frente a los terceros

Como ya lo hemos anunciado en el acápite anterior, el arbitraje tiene como presupuesto un negocio jurídico conocido como convenio arbitral. Esto implica necesariamente que, de conformidad con su naturaleza, le es aplicable la teoría

50 Fernando CANTUARIAS SALAVERRY y ROQUE J CAIVANO, *LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE PERUANA: UN NUEVO SALTO A LA MODERNIDAD*, EN REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, No. 7, 2008, LIMA, p. 58; y JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *INEVITABILIDAD DEL ARBITRAJE ANTE LA NUEVA LEY PERUANA*, EN REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, No. 7, 2008, LIMA, p. 99., ARTURO GÓMEZ SANABRIA, *LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO CON RELACIÓN AL CONTRATO DE ARBITRAJE*, EN *EL CONTRATO DE ARBITRAJE*, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO Y LEGIS, 2005, BOGOTÁ, p. 155.

51 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *EXTENSIÓN...*, p. 22.

52 Ver infra § 8.

53 Alejandro Ponce Martínez, *Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana*, en Roque J. Caivano, *La Cláusula*, p. 434; Ernesto Salcedo Verduga, *El arbitraje Justicia Alternativa*, DistriLib, Guayaquil, 2007, p.111, Armando Serrano Puig, *La autonomía...*, p.559. En contrario Diego Pérez Ordóñez, *El convenio arbitral en la legislación ecuatoriana*, en *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo I, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá, 2011, p. 513. En contrario además el Caso CAM CCQ 103-11, Acta de Audiencia de Sustanciación de fecha 21 de noviembre de 2012, Tribunal arbitral compuesto por los doctores Patrick Barrera Sweeney –presidente-, Santiago Andrade Ubidia y Miguel Andrade Cevallos, “Aunque se suele decir que lo que la Ley persigue con el requisito de la formalidad documental del convenio, es el asegurarse de que las partes estén conscientes de que se han sometido a un arbitraje, en realidad, la exigencia de la forma escrita es una solemnidad sustancial porque solamente a través de ella se establece el régimen excepcional del fuero arbitral y es al mismo tiempo el medio de prueba que acredita que se ha otorgado el convenio arbitral. Así se entiende el sentido del artículo 6 de la Ley, cuando se refiere a que el convenio puede expresarse por cualquier medio de comunicación escrita que deje constancias documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje”.

54 FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, *LA NUEVA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL: OTRA VICTORIA DEL CONSENSUALISMO*, EN *ARBITRAJE COMERCIAL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN, TOMO I: “EL ARBITRAJE EN EL PERÚ Y EL MUNDO”*, INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE, LIMA, 2008, p. 217

general del negocio jurídico. El negocio jurídico entendido como una norma jurídica⁵⁵ que vive dentro de un espacio limitado por la autonomía de la voluntad de las partes⁵⁶ –como presupuesto de hecho establecido por el ordenamiento jurídico– despliega un ámbito material, temporal, espacial y personal⁵⁷.

El ámbito material se refiere al objeto mismo del negocio jurídico – la creación o extinción de obligaciones– que estará asociado directamente con su posibilidad y licitud. El ámbito temporal del negocio jurídico hace referencia al lapso dentro del cual el negocio jurídico está llamado a producir sus efectos que será determinado por un plazo, condición, o por el cumplimiento propio de los efectos que está llamado a producir –o el incumplimiento de los mismos cuando deben necesariamente producirse en una determinada temporalidad asociada a la naturaleza de la prestación–. El ámbito espacial implica la determinación geográfica donde el negocio jurídico despliega sus efectos. Esta determinación territorial reviste suma importancia pues incidirá directamente sobre la legislación aplicable al negocio jurídico. Por último, pero no menos importante, se encuentra el ámbito personal. El ámbito personal implica la definición de a quién le son oponibles los efectos del negocio jurídico. Esto es un fiel reflejo de la exégesis del negocio. Siendo el negocio jurídico esencialmente una manifestación de la voluntad de una persona con el fin y la intención de producir los efectos jurídicos que el ordenamiento jurídico le reconoce, es lógico que este contenido normativo del negocio jurídico vincule única y exclusivamente a quienes, en uso de sus atribuciones, han consentido libre y voluntariamente en él. Es en esencia este ámbito personal del negocio jurídico del cual se desprende el principio de relatividad de los efectos del negocio jurídico que *in genere* establece que los negocios jurídicos producen efectos únicamente entre las partes⁵⁸.

En el Ecuador no existe en la legislación positiva una norma que consagre de manera expresa este principio⁵⁹, sin embargo de lo cual, se ha reconocido que el mencionado principio está incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 1561 del Código Civil⁶⁰ (CC) que establece “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

55 Este categorización deviene de la facultad normativa que reviste el negocio jurídico. Es justamente este contenido normativo asociado con la facultad de configuración interna del negocio como expresión de la voluntad de los individuos lo que en esencia constituye el elemento sustancial del negocio jurídico. CARLOS MALUQUER DE MOTES, *DERECHO DE LA PERSONA Y NEGOCIO JURÍDICO*, ED. BOSCH, BARCELONA, 1993, pp. 232-234.

56 EMILIO BETTI, *TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO*, ED. REVISTA DE DERECHO PRIVADO, MADRID, 1959, pp. 45-51. LUIGI FERRI, *LECCIONES SOBRE EL CONTRATO: CURSO DE DERECHO CIVIL*, ED. ANDRÉS BELLO, 2006, pp. 44-47, GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ; EDUARDO OSPINA ACOSTA, *TEORÍA GENERAL...*, pp. 312-317, FERNANDO VIDAL RAMÍREZ, *EL ACTO JURÍDICO*, ED. GACETA JURÍDICA, LIMA, 2007, pp. 38-40.

57 RAFAEL ROJINA VILLEGAS, *COMPENDIO DE DERECHO CIVIL*, TOMO III, ED. PORRÚA, MÉXICO, 1999, pp. 140-149

58 CASO CAM CCQ 103-11, ACTA DE AUDIENCIA DE SUSTANCIACIÓN DE FECHA 21 DE NOVIEMBRE DE 2012, TRIBUNAL ARBITRAL COMPUESTO POR LOS DOCTORES PATRICK BARRERA SWEENEY –PRESIDENTE–, SANTIAGO ANDRADE ÚBIDIA Y MIGUEL ANDRADE CEVALLOS, “ES UN PRINCIPIO JURÍDICO NO SIDCUTIDO QUE EL ACUERDO DE VOLUNTADES CREA DERECHOS Y OBLIGACIONES ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE PARA LAS PARTES QUE HAN INTERVENIDO EN ÉL. UN ADAGIO LATINO SEÑALA “RES INTER ALIOS ACTA VEL JUDICATA, ALTERI NEC PODEST, NEC NOCET”.

ESTO SIGNIFICA QUE LA COSA HECHA O JUZGADA ENTRE UNOS, NO APROVECHA NI PERJUDICA A TERCEROS”. 59 Algunas legislaciones traen reconocimiento expreso de esta tendencia, verbí gratias, el artículo 1363 del Código Civil peruano establece “Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos...”; el artículo 1275 del Código Civil de España que en igual sentido establece “los contratos sólo producen efectos entre las partes y sus herederos...”; el artículo 1199 del Código Civil de Argentina que en la misma línea reza “los contratos no pueden oponerse a terceros ni ser invocados por ellos”.

60 Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio del 2005.

Es en este contexto que, al ser el convenio arbitral un negocio jurídico, éste esté delimitado por el principio de relatividad de los efectos jurídicos del mismo, lo cual significa, por un lado (i) que solo las partes intervinientes en el mismo se vean afectadas por sus efectos, y por otro (ii) que ese negocio jurídico es oponible *erga omnes*, en el sentido de que todo aquel que es absolutamente tercero a la relación jurídica debe respetarla, por lo tanto una persona ajena a la misma no puede entorpecer, entrometerse ni impedir la realización plena de los efectos que el negocio jurídico está llamado a producir. En consecuencia solo las partes están llamadas a arbitrar –sea como actor o demandado- una vez surgido el conflicto, y por el otro lado, ningún tercero –en especial los jueces- puede desconocer los efectos de un convenio arbitral válidamente celebrado, por lo que deben abstenerse de inmiscuirse en el proceso arbitral⁶¹.

Ahora, si bien el tema de la relatividad absoluta del negocio frente a terceros resulta ser un tema relativamente claro, no lo es el tema de la determinación de quienes sí son llamados al encuentro del negocio como partes del mismo. Las partes de un negocio jurídico, en principio, son los mismos sujetos que lo celebraron⁶², pero resulta que puede ser que los celebrantes lo hayan hecho como representantes, agentes o mandatarios de otra persona, o que en virtud de otro negocio u hecho jurídico una persona pase a ocupar el lugar que otra tuvo en la primera relación, o bien sea que otra persona haya manifestado su consentimiento con el negocio jurídico a través de un medio distinto a la suscripción del mismo. No es raro que una empresa utilice una maraña de subsidiarias para el cumplimiento de un contrato para uno o varios beneficiarios, o que una compañía utilice a otra para la celebración de un contrato con el único fin de evadir responsabilidades, que varias partes celebren contratos coligados dependientes unos de otros por encadenamientos, y que solo uno o alguno de ellos no posea convenio arbitral, entre otros casos. Estas interrogantes trasladadas al campo que nos cita en el presente ensayo, nos llevan a cuestionarnos sobre el hecho de la posibilidad de incluir en un arbitraje a otras personas que no hayan sido los celebrantes originarios del convenio arbitral. Claro está, con la presente salvedad enunciada en un principio, este “no suscriptor” tiene que ser catalogado como parte del negocio jurídico, pues si del examen que se realice se llega a la indefectible conclusión de que es un simple y llano tercero absoluto, la discusión al parecer se ha de terminar con un simple no. Entonces como se podrá advertir la clave para la resolución de este dilema constituye el determinar quiénes son considerados como partes dentro del convenio arbitral.

61 Caso CAM CCQ 103-11, Acta de Audiencia de Sustanciación de fecha 21 de noviembre de 2012, Tribunal arbitral compuesto por los doctores Patrick Barrera Sweeney –presidente-, Santiago Andrade Ubidia y Miguel Andrade Cevallos, “Según la doctrina, el convenio arbitral tiene dos efectos fundamentales: el llamado efecto positivo, que en nuestra Ley consiste en la obligación de las partes, nacida exclusivamente de la cláusula arbitral, de someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica; y el denominado efecto negativo que se traduce en la prohibición a los órganos de la Función Judicial de asumir el conocimiento de tales controversias. La falta de cláusula arbitral, impone a las partes el someter su reclamo a la Justicia Ordinaria y seguir el curso de la acción que les corresponda. (...) El principio de la competencia del Tribunal arbitral está limitada (sic) al *ratione personae* a las partes que concurrieron a constituirlo, deroga o restringe respecto del arbitraje todas las normas o instituciones procesales que harían posible la intervención en él de terceros extraños a dichos constituyentes”.

62 FERNANDO VIDAL RAMÍREZ, *EL ACTO JURÍDICO*, Ed. GACETA JURÍDICA, LIMA, 2007, p. 243.

4. Acercamiento a una delimitación de las parte negociales

Como hemos establecido en el acápite anterior, normalmente las partes dentro de un negocio jurídico son sus celebrantes originarios –aquellos que concibieron y dieron a luz al mismo-. Sin embargo, como también hemos anotado, esto no siempre se compadece con la realidad, especialmente en la complejidad del mundo comercial y de inversiones, donde es más frecuente el uso de vehículos de inversión como sociedades constituidas bajo la figura de subsidiarias, la estructuración de grupos económicos que actúan como una sola realidad a pesar que tener una multiplicidad de entidades jurídicas, de figuras societarias para disfrazar o proteger a los verdaderos interesados en el negocio, etcétera. Es por esto importante intentar esbozar en este punto un acercamiento a quién puede ser considerado como parte.

Comencemos enunciando un precepto que puede sonar a perogrullada, parte no es sinónimo de persona. En efecto el artículo 1454 de nuestro CC establece que “cada parte puede ser una o muchas personas”. Por lo tanto parte no es específicamente toda persona que concurre a la celebración del contrato sino, como sostiene Messineo⁶³, solamente aquellas que configuran el “centro de intereses del negocio”, el cual comúnmente se encuentra formado por una persona, sin embargo de que pueden formarlo dos o más que busquen la consecución de un mismo interés, caso en el cual nos encontramos frente a una parte compleja o compuesta⁶⁴. En esta línea, para Larroza parte es “la persona o conjunto de personas con un interés común, que se interrelacionan entre sí y establecen las relaciones jurídicas que surgen del contrato”⁶⁵.

Estos sujetos que conforman el núcleo del interés negocial pueden ostentar dos calidades: (i) parte formal y (ii) parte sustancial⁶⁶. La parte formal se puede definir como aquella que concurre a expresar su voluntad en la celebración del negocio jurídico; mientras que parte sustancial puede ser definida como aquella que es titular de los intereses negociales que constituyen la relación jurídica. Como podrá advertirse, lo normal es que en una parte confluyan las dos calidades, sin embargo de lo cual, como también podrá dilucidarse, puede ocurrir lo contrario y que estas calidades se encuentren disociadas. En el caso de que un sujeto ostente únicamente la calidad de parte formal –como en el caso del representante de una compañía- este no es una verdadera parte en el sentido que hemos venido analizando; caso contrario, cuando una parte ostenta la calidad de parte sustancial exclusivamente –como en el caso de la compañía representada-, ésta sí se constituye en una parte real como titular del interés negocial, pues es en ella en quien se han de afinar los efectos jurídicos del negocio como si hubiese intervenido directamente. Esta hipótesis no reviste de mayor problema, sin embargo no es la única que se puede plantear. Puede ser que en el ámbito de un negocio jurídico exista una persona, que sin haber actuado a través de un mandatario o representante, se constituya en parte integral del centro de interés del negocio jurídico a través de la manifestación de su voluntad de manera tácita –de ser expresa no acarrearía mayores problemas-, de suerte que al parecer resulta vinculada y obligada a través del negocio jurídico. Pareciese claro que a toda

63 Citado por LUIS SERGIO PARRAGUEZ RUIZ, *CUARTO...*, p. 245

64 *Ibidem*, p. 245

65 Citado por LUIS SERGIO PARRAGUEZ RUIZ, *CUARTO...*, p. 245

66 *Ibidem*, p

luz estos actos mediante los cuales expresa su voluntad le configuran como una parte sustancial del negocio jurídico –verdadera parte-; sin embargo, cabe la disquisición –sin mayor relevancia pragmática⁶⁷- de si confluye o no la categoría de parte formal, toda vez que en sentido restringido parte formal es aquella que concurre a manifestar su voluntad en la celebración del negocio jurídico –que pareciese no aplicar-, y en sentido amplio es aquella que expresa de una u otra forma su voluntad que le vincula al negocio jurídico –que podría ser aplicable-, discusión por lo demás inoficiosa pues lo verdaderamente importante es su categorización como parte sustancial.

Como podemos evidenciar entonces la problemática queda al fin reducida a la búsqueda esencial del consentimiento⁶⁸ de una parte que vinculen sus actuaciones con el centro de interés del negocio jurídico. Por lo que en resumen la respuesta a la pregunta de quién se encuentra obligado por el convenio arbitral constituirá un examen de los hechos del caso para determinar quién se encuentra en el centro de los intereses del negocio jurídico a través de la declaración de su voluntad, y quién no.

5. Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: inferencia de la voluntad

Del hilo conductor que venimos exponiendo podemos decir que en resumen la respuesta a la pregunta de quién se encuentra obligado por el convenio arbitral constituirá un examen de los hechos del caso para determinar quién se encuentra en el centro de los intereses del negocio jurídico a través de la declaración de su voluntad, y quién no, independientemente de si ha suscrito o no el acuerdo de arbitraje⁶⁹, pues al ser partes sustanciales están poderosamente vinculados al negocio jurídico en torno al cual se ha pactado el mismo⁷⁰, dado que el mero hecho de no haberlo firmado no le excluye necesariamente de los efectos que de este se generen⁷¹.

Es arduo difícil para los tribunales arbitrales, pero esencial, el que se examine si es que de los actos realizados por la parte constituyen o no una derivación del consentimiento en los términos que hemos analizado. Se puede derivar el consentimiento a pesar de que no exista en *estricto sensu* una oferta y una aceptación de conformidad con los términos generalmente referidos para los negocios jurídicos, aún a pesar de que las actuaciones de la “parte” carezcan de una naturaleza recepticia⁷², o en otras palabras,

67 No porque el tema de diferenciar una parte sustancial de una formal no revista de importancia, sino porque al ser catalogado como parte sustancial –verdadera parte-, para efectos de oponerle las disposiciones del negocio jurídico, no importa si fue parte formal o no del negocio.

68 El consentimiento de una parte puede ser expreso o bien tácito. En el caso de consentimiento tácito se busca inferir el mismo a través de actos conducentes que vincule al sujeto con el intereses negocial. El silencio en la mayoría de casos no implica manifestación del consentimiento normalmente, salvo que de los hechos que rodeen al silencio se pueda inferir que dicho acto implique aceptación –p. e. “de no rechazar esta proforma en 24 horas se entenderá aceptada”, en este caso las partes le han dado un valor positivo al silencio-. Para mayor abundamiento en el tema ver GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ; EDUARDO OSPINA ACOSTA, *TEORÍA GENERAL...*, pp. 185 -190; FERNANDO VIDAL RAMÍREZ, *EL ACTO...*, pp. 93-102; LUIS SERGIO PARRAGUEZ RUIZ, *CUARTO...*, pp. 157-170

69 Al respecto en el caso *International Paper Company v. Schwaberdissen Maschinen & Anlagen GMBH*, Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de los Estados Unidos, No. 98-2482, March 14, 2000 la Corte sostuvo “una parte puede consentir someterse a arbitraje por medios diferentes de la firma puesta en el instrumento que contiene la cláusula arbitral”

70 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *EXTENSIÓN...*, p. 32; ROQUE J. CAIVANO, *ARBITRAJE Y GRUPOS ...*, p. 123

71 ROQUE J. CAIVANO, *ARBITRAJE Y GRUPOS ...*, p. 124

72 Alfredo Bullard González, ¿Y quiénes están invitados a la Fiesta?: La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana, en *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo II, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá, 2011, p. 717

que no se hayan planteado en el sentido de encaminarlas hacia las otras partes del acuerdo arbitral con el fin de obtener de ellas una manifestación. En este sentido en el caso *Hercules Inc v. United States* se estableció que “la existencia del consentimiento para obligarse con un contrato puede inferirse a través de las conductas de las partes”⁷³.

Como se apreciará nuevamente, el ejercicio consistente en derivar la voluntad para la determinación y caracterización de un sujeto como parte de un convenio arbitral vinculándolo al centro de intereses del negocio jurídico, implica determinar, como sostiene Orrego Vicuña⁷⁴, ante todo cuál es el interés real que debe vincularse mediante acuerdo de arbitraje. Esto significa en definitiva identificar la realidad económica subyacente a la relación contractual. Simultáneamente deberá determinarse, si acaso ese interés debe prevalecer sobre “ficciones jurídicas” que se originan en cuestiones como la personalidad jurídica de las sociedades, la nacionalidad, independencia contractual y otras. Ya sea que la conclusión sea favorable a la extensión o contraria a la misma, siempre será esa realidad económica la que determinará si ella se justifica, pues será esta realidad económica la que constituye *facta concudentia* que nos permitirá derivar el consentimiento de una parte.

Ahora, puede pensarse que esta voluntad inferida de la parte no signataria es insuficiente con respecto al requisito de forma escrita del convenio arbitral. Al parecer resulta, a primera vista, de lo más lógico inferir que el requisito de escrituración jamás puede ser suplido por actos que no contengan un sustrato de esta naturaleza. Al respecto debemos regresar a la interpretación debida de este requisito en el sentido en que, como tal, se exige un indicio de prueba por escrito de la existencia del convenio arbitral –cuando así es requerido⁷⁵–, más no se requiere que las partes manifiesten su consentimiento con el mismo en forma escrita –como se exigía antes la firma de las partes en el convenio arbitral. Es decir el requisito de un sustrato escrito es exigible para la prueba de la existencia del acuerdo arbitral, más no es exigible un consentimiento por escrito a la parte que pretende vincularse. En efecto, un grupo de cortes en importantes jurisdicciones han sostenido que tan solo el acuerdo arbitral en sí mismo requiere de escrituración, mientras el ámbito de aplicación subjetivo y material es una cuestión que ha de ser resuelta como parte de los méritos del caso⁷⁶. Todo lo anterior es plenamente coincidente con lo que se ha venido enunciando en el presente trabajo pues en ningún caso se plantea la exclusión el grado necesario de expresión de voluntad para que una parte no signataria consienta en el arbitraje, pues, consecuentemente con la naturaleza flexible del arbitraje, con la interpretación *ad probationem* que debe revestir la forma escrita en el acuerdo arbitral y la necesidad de darle eficacia al arbitraje, éste exige un

73 *Hercules Inc v. United States*, Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, 516 U.S. 417, 424, 116 S.Ct. 981, 987, 134 L.Ed.2d 47, 1996. En el mismo sentido ver *Fisser v. International Bank*, Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, 282 F.2d 231, 233, 2d Cir. 1960; *Sunkist Soft Drinks Inc v. Sunkist Growers Inc*, Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito de los Estados Unidos, 10 F.3d 753, 756-57, 11th Circ., 1993

74 Francisco Orrego Vicuña, *La extensión de la cláusula de arbitraje a terceros: Realidades económicas y ficciones jurídicas*, en *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo I, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá, 2011, pp. 363, 364.

75 Recordemos que la tendencia moderna y creciente es la de abandonar el requisito de escrituración.

76 NOAH RUBINS, *ARBITRATION* . . . , p. 543. VER ADEMÁS LA NOTA 29 DEL PRESENTE ARTÍCULO DONDE SE ENUMERAN ALGUNAS JURISPRUDENCIAS EN ESTE SENTIDO.

cuidadoso análisis de los hechos y de todas las circunstancias que rodean al caso, así como de las conductas desarrolladas por las partes involucradas que permitan descubrir consentimientos implícitos por parte de los no signatarios⁷⁷.

Cabe mencionar que no todos los tribunales arbitrales admiten que el convenio arbitral pueda ser extendido a partes no signatarias, sea por falta de prueba de la vinculación real⁷⁸ –como ya hemos dicho el estándar de prueba es sumamente alto-, o porque simplemente consideran que al amparo de la *lex arbitrii* no procede la extensión del acuerdo arbitral⁷⁹, o sea porque de plano rechazan la posibilidad de que una parte no signataria del convenio arbitral sea incluida en un proceso de esta naturaleza⁸⁰ –como actor o demandado-.

Ahora bien, como venimos planteando durante todo el presente ensayo, la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros es un caso sumamente complejo de configurar, por lo cual los tribunales no debieran considerar la situación de sujetos que no hayan suscrito el acuerdo de arbitraje –yendo más allá de la personalidad societaria por ejemplo- a menos que ello se demostrase como razonable⁸¹ en base a indicios suficientes para considerar *a priori* como una posible parte. Pero qué podemos considerar como barómetro para lo razonable o no. Es aquí donde surge como elemento integrador y de escrutinio el principio de buena fe.

77 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, *EXTENSIÓN...*, p. 41.

78 Caso CCI no. 6519, *Collection of ICC Awards, 1991 – 1995*, Ed. Kluwer Law International, p. 420 y ss.

“si se hubiese probado que estuvieron representadas de manera efectiva o implícita o que jugaron un papel activo en las negociaciones que le precedieron o están implicadas de manera directa en el contrato que contiene la cláusula arbitral”

79 Caparo Group Ltd v. Fagor Arrastate Sociedad Cooperativa, Corte Comercial, Queen’s Bench Division, 7 de agosto de 1998 citado en Roque J. Caivano, *Arbitraje y grupos...*, p. 137 “bajo los hechos del presente caso, la posición resulta clara. El contrato, como lo he dicho, está gobernado por la ley inglesa; de igual manera el acuerdo arbitral. Al amparo de la ley inglesa, no veo fundamento bajo el cual se pueda sostener que las partes, tanto del contrato como del acuerdo arbitral, eran otras que Fargo por un lado y CML por el otro. En mi juicio no hay cabida para una conclusión que incorpore a CAPARO como parte del contrato ni del convenio arbitral”. Caso paradigmático es Peterson Farms Inc v. C&M Farming Ltd, Corte Suprema Inglesa, EWHC, 121, Comm., 4 de febrero de 2004 donde se resuelve que la doctrina del grupo de sociedades no es parte del derecho inglés. Un extenso análisis del caso se puede encontrar en Noah Rubins, *Arbitration...* pp. 548-551. Decisión de la Corte de Casación Holandesa citado por Noah Rubins, *Arbitration...* p. 556 “bajo la legislación holandesa, solo una transferencia formal de derechos (como la cesión, subrogación, o la asunción de una deuda) puede resultar en vinculante a un no signatario de un convenio arbitral”. Decisión de la Corte Distrital de Moscú en el caso IMP Group (Chipre) v. Aeroimp, *Yearbook of Commercial Arbitration*, XXIII (1998), pp. 745-749 citado por Noah Rubins, *Arbitration...* p. 556, “El término ‘acuerdo por escrito’ debe incluir a un acuerdo arbitral en un contrato o a un acuerdo arbitral, firmado por las partes o contenido en el intercambio de cartas o telegramas... El consentimiento oral o tácito no logra la conclusión de un acuerdo arbitral”

80 Caso Basf Argentina SA v. Capdevielle Kay y Cía SA, CSJN, 11/05/2004, Competencia No 1651, XXXIX, Lexis-Nexis on line, No. 35000740, citado en Roque J. Caivano, *Arbitraje y grupos...*, p. 121, reconociendo que aunque intervino en la celebración, firmó los instrumentos que contiene la cláusula arbitral y ejecutó el contrato “ [el convenio arbitral] claramente está referida a la intervención del órgano arbitral para la solución de diferendos que surjan entre vendedor y comprador, pero no entre el corredor y su comitente enajenante, los que discrepan en torno al resultado de la gestión del primero y la debida de cuentas sobre los supuestos importes recibidos de los compradores”. Interesantes reflexiones al respecto en el arbitraje de inversiones podemos encontrar en la decisión del Comité de Anulación del caso CMS v. Argentina sobre el requisito de privity, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC687_Sp&caselD=C4. En la misma línea la decisión de mayoría en el Caso Burlington v. Ecuador, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2778_En&caselD=C300. En contrario la opinión disidente de Orrego Vicuña en el mismo caso https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2779_En&caselD=C300.

81 FRANCISCO ORREGO VICUÑA, *LA EXTENSIÓN...*, p. 376

6. Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: el principio de buena fe

El principio de buena fe constituye uno de los pilares sobre los cuales se construye la *lex mercatoria*⁸², y ha sido reconocido por la generalidad de los ordenamientos jurídicos del orbe. En *amplio sensu* el principio de buena fe conlleva un actuar ético de los individuos que participan en la negociación, celebración, ejecución, terminación y liquidación de un negocio jurídico. En este sentido podemos asimilar al principio de buena fe con la ética negocial. La Corte Suprema de Justicia de Colombia al respecto ha sostenido:

“La expresión “buena fe” (*bona fides*) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el Derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátase de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente.”⁸³

Ahora como bien sabemos la buena fe puede encarnar dos dimensiones: una buena fe en sentido subjetivo y una buena fe en sentido objetivo. En materia negocial no se exige una buena fe en sentido subjetivo, pues esta se relaciona con las convicciones y el fuero interno de los sujetos, la buena fe que se requiere en materia negocial es la buena fe en sentido objetivo. Esta categoría de ética negocial implica una apreciación de la conducta de los sujetos desde la óptica de lo socialmente exigible⁸⁴. Este tipo de conductas –sostiene Median Alcoz⁸⁵– deben apegarse a un estándar de coherencia exigible, que conlleva un juicio comparativo entre la conducta precedente y la conducta sucesiva con un resultado lógico de generación de una confianza razonable. Si el resultado de la aplicación del estándar de coherencia es otro, estamos entonces ante un quebrantamiento del deber de buena fe y lealtad negocial.

Este principio de buena fe tiene variopintas aplicaciones dentro del derecho como son en la integración de los contratos, la responsabilidad precontractual y la culpa *in contraendo*, en la apreciación del cumplimiento de las obligaciones, la teoría de la imprevisión, la ineficacia de la alegación del dolo propio, la doctrina de los actos

82 Un ejemplo de esto es la disposición del artículo 1(7) de los Principios Unidroit sobre los contratos internacionales que establece “(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.” Otro ejemplo que nos aporta el mismo instrumento es el referido en el artículo 4 (8) (c) al incluir al principio de buena fe y lealtad negocial como factores de la integración de un contrato. Otra referencia de suma importancia que realizan estos principios es al establecer que el principio de buena fe y lealtad negocial constituyen fuentes de las obligaciones implícitas a un contrato –artículo 5(1)(2)(c)-. De igual manera al regular el cumplimiento o incumplimiento de una determinada condición, su alegación se condiciona a una actuación de buena fe y lealtad negocial de las partes –artículos 5(3)(3), 5(3)(4)-.

83 Sentencia de 23 de junio de 1958. G.J. T. LXXXVIII, pág. 233. En *Código Civil comentado*, Ed. Leyer, 15ª edición, Bogotá 2006, pág. 1031. Citada en Citado por LUIS SERGIO PARRAGUEZ RUIZ, *CUARTO...*, p. 37

84 LUIS SERGIO PARRAGUEZ RUIZ, *CUARTO...*, p. 37

85 María Medina Alcoz, *Responsabilidad precontractual: estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares*, Forum, 2006, p 3.

propios entre otros. Como es de suponerse este principio no es ajeno al desarrollo del arbitraje y, por ejemplo, se manifiesta con fuerza en los principios de inevitabilidad del arbitraje, presunción de eficacia, *in dubio pro arbitrii*, etcétera. En tratándose del tema que nos convoca el principio de buena fe resulta de suma importancia.

La inferencia del consentimiento de una parte no signataria con respecto del negocio principal y su correspondiente convenio arbitral, halla su basamento claro en al menos dos aplicaciones del principio de buena fe y lealtad negocial como lo hemos delimitado, es decir aplicando el test general del estándar de coherencia. Por un lado la prohibición de contradecir los actos propios, pues desde que un sujeto ejecuta actos propios de una parte o interviene de manera que expresa su aceptación con el contenido del contrato y del convenio arbitral, optar por el disenso sería una clara contradicción con lo actuado por el mismo sujeto, lo que daría como resultado un defraudamiento de la confianza razonable; por otro lado, la interpretación de los contratos conforme a los dictados de la buena fe, es decir, auscultando la verdadera y real intensión de las partes de conformidad con lo que verosímilmente ellas entendieron, pudieron entender o debieron entender, obrando con cuidado y previsión de conformidad con el grado de diligencia debido que cada una estaba llamada a emplear, pues de esta interpretación podríamos abstraer la generación o no de un estándar de confianza razonable. De allí que, como dice Caivano, “cuando la conducta de las partes permita inferir una declaración tácita de voluntad, subordinar sus efectos a la forma escrita o a la existencia de una manifestación expresa del consentimiento, implicaría admitir la violación al principio de la buena fe que rige el derecho de las obligaciones, y una tolerancia indebida a la mala fe y a la deslealtad en los negocios jurídicos”⁸⁶.

Este planteamiento ha sido recogido por distintos tribunales arbitrales que frecuentemente han lidiado con esta problemática. En los casos CCI No. 7604 y 7610 los tribunales sostuvieron que es viable “[l]a extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestran la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en una forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato especialmente si lo reconoció expresamente”⁸⁷.

7. Extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros: Aproximación a las aplicaciones concretas

Como podemos observar la (i) inferencia del consentimiento y (ii) la aplicación del principio de buena fe, han llevado a que los distintos tribunales arbitrales desarrollen un crisol de figuras que, cumpliendo con estos requisitos tan complejos, desembocan en la extensión de efectos jurídicos a partes no signatarias. De suma importancia han sido dos casos paradigmáticos que han generado un vademécum de posibilidades,

⁸⁶ ROQUE J. CAIVANO, *ARBITRAJE Y GRUPOS* ..., p. 143

⁸⁷ Laudos CCI No. 7604 y 7610, *Collection of ICC Awards, 1996-2000*, Ed. Kluwer Law International, pp. 510 y ss

nos referimos a los casos *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*⁸⁸ -que inauguró la teoría del grupo de sociedades- y *Thomson - CSF S.A.C. v. American Arbitration Association*⁸⁹ -donde se establecen cinco de las teorías más importantes en la materia, a saber: incorporación por referencia, asunción de obligaciones, relación de agencia, razgamiento del velo societario/Alter ego, estoppel-. Otro puntal importante ha sido la jurisprudencia marcada por las cortes francesas, la cuales han sido proclives a recibirlas de manera decisiva estas teorías, marcando un derrotero favorable dentro de las cortes nacionales.

Sin pretender agotar ni hacer un tratamiento exhaustivo de las distintas figuras que hemos anunciado, haremos un breve repaso de cada una de ellas.

7.1 El grupo de sociedades

La teoría del grupo de sociedades parte, básicamente, de una consideración de orden económico muy importante. Estamos frente al caso en que una sociedad celebra uno o varios contratos con otra, incluyendo en éste un convenio arbitral. Una de ellas es parte integral de un grupo de compañías. La compañía contratante y sus hermanas –filiales, casa matriz, o subsidiaria- participan de manera determinante en la ejecución del contrato de manera tal que las partes signatarias del contrato reconocen la participación activa de éstas en la misma. La pregunta en este caso es, ¿puede una de las compañías no signatarias ser parte del proceso arbitral? La respuesta al amparo de la teoría del grupo de sociedades es afirmativa siempre y cuando estas hayan actuado como una misma realidad económica –como una sola parte frente a la otra- y que las partes hayan entendido que éstas eran parte activa del contrato. Al respecto Santistevan de noriega establece que esta doctrina “se ha sustentado en tres elementos: (i) el consentimiento al arbitraje derivado del conocimiento de la existencia del convenio arbitral y de sus alcances; unido a (ii) la conducta decisiva que desarrollan los no signatarios en la vida contractual que justifica su participación en el arbitraje; y (iii) los dos elementos anteriores tomados conjuntamente que permiten identificar a tales no firmantes como partes no signatarias y no como terceros ajenos al contrato”⁹⁰.

Por ser el caso *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain* el paradigmático al respecto, creemos pertinente citar la resolución del tribunal arbitral:

“la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo a la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron”⁹¹

88 *DOW CHEMICAL V. ISOVER SAINT GOBAIN*, LAUDO INTERINO DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1982, *COLLECTION OF ICC*, 1974-1985, KLUWER LAW INTERNATIONAL, PP. 151 Y SS. ARBITROS BERTHOLD GOLDMAN, MICHAEL VASSEUR Y PIETER SANSERS

89 *THOMSON - CSF S.A.C. V. AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION*, CORTE DE APELACIONES DEL SEGUNDO CIRCUITO DE ESTADOS UNIDOS, 64 F. 3D 773, 776, 2 CIR. 1995

90 SANTISTEVAN DE NORIEGA, *EXTENSIÓN...*, P. 37

91 En el mismo sentido Laudo CCI No. 5103 *Collection of ICC Awards*, 1996-2000, Ed. Kluwer Law International, pp. 361 y ss, “Se cumplen las condiciones que llevan a reconocer la unidad de grupo económico, ya que todas las sociedades que lo componen

7.2 Incorporación por referencia

Nos encontramos frente a la presencia de contratos coligados, uno que incluye un convenio arbitral, y otro que careciendo de acuerdo de arbitraje, hace referencia al contrato que si lo tiene. La condición para la aplicación de esta teoría es que la interdependencia de los contratos sea de tal manera que éstos constituyan una unidad económica indisoluble.

7.3 Asunción de obligaciones (Assumption)

Esta teoría básicamente se basa en que, siendo una parte no signataria de un negocio jurídico continente de un convenio arbitral, ésta sume las obligaciones que devienen del mismo y procede a su ejecución. En este sentido se debe entender que una parte que asume las obligaciones de un contrato consiente de suyo en el arbitraje contenido en el mismo, *contrario sensu* implicaría un defraudamiento a la buena fe y consecuente inevitabilidad del arbitraje.

7.4 Relación de agencia (Agency)

Cuando los signatarios y los no signatarios existe una relación de representación – inclusive mandato sin representación- de la cual se puede inferir que la participación de los signatarios vincula activamente a los no signatarios dentro del negocio, convirtiéndoles en los verdaderos titulares de los intereses que conforman el centro de la relación económica-jurídica subyacente al negocio jurídico.

7.5 Razgamiento del velo societario o teoría del *alter ego*

A diferencia de la doctrina del grupo de sociedades, en el presente caso no se analiza el comportamiento de las compañías pertenecientes al grupo en función de inferir su consentimiento de conformidad con las actuaciones de ellas como una sola realidad económica. Más bien nos encontramos ante el fenómeno en el cual una parte no signataria utiliza a un signatario como un simple vehículo para la relación mercantil. Normalmente esta doctrina tiene aplicación en las relaciones compañía matriz- compañía subsidiaria, cuando una de ellas pretende escapar de los efectos del negocio jurídico subyacente a través de la comparecencia única de la otra.

Como podrá inferirse la casuística podría ser interminable, pero podemos ir delineando algunos requisitos que matizan la viabilidad de la procedencia de esta teoría. Caivano⁹² establece algunos indicios que deben probarse para la aplicación

tienen la misma participación, tanto real como aparente, en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecen por sobre el de cada una de ellas. La seguridad de las relaciones económicas internacionales exige que se tome en cuenta esa realidad económica y que todas las sociedades del grupo respondan conjunta y solidariamente por las deudas de las que ellas, directa o indirectamente, sacaron provecho”

92 ROQUE J. CAIVANO, *ARBITRAJE Y GRUPOS* ..., p. 133 - 134

de la teoría del *alter ego* los cuales son: (a) gran infra-capitalización de la sociedad en el momento de su formación y durante su vida; (b) incumplimiento de formalidades propias de las sociedades, tales como carecer o superposición de gerentes o directores, empleados, de archivos o registros, o no pagar dividendos; (c) desvíos de fondos de la subsidiaria hacia la matriz o sus accionistas; (d) cuando reconocer la personalidad diferenciada puede violar el orden público o proteger a alguien de responsabilidad criminal; (e) confusión de patrimonios; (f) Conductas o circunstancias que impliquen un virtual abandono de la separación de sus identidades societarias como oficinas y números de teléfono comunes, no tener cuentas bancarias, ni papelería, no realizar transacciones ni tener actividad; (g) el grado de discrecionalidad que muestra la sociedad controlante, cuando está bajo el control de otra a tal punto que ambas constituyen un único emprendimiento; y, (h) cuando es una mera pantalla o un *alter ego* de la controlante.

7.6 Doctrina de los actos propios (Estoppel)

Este es el caso de aplicación del principio de buena fe más claro. Cuando un sujeto en virtud de su propia conducta en relación al negocio jurídico –conducta previa y sucesivas- genera en la otra parte una confianza razonable de considerarle parte del contrato, conlleva a que el no signatario está impedido de oponerse a su inclusión en el arbitraje. Caso contrario implicaría un defraudamiento del estándar de coherencia y correspondiente violación del principio de buena fe.

Alfredo Bullard grafica esta doctrina desde la siguiente perspectiva: “Ello ocurre solo cuando (1) la mano derecha y la izquierda pertenecen al mismo centro de imputación (identidad de sujetos); (2) lo que la mano derecha ha hecho anteriormente permite derivar con claridad que la mano izquierda se encuentra obligada posteriormente a conducirse de la misma manera (carácter vinculante de la conducta original); y (3) efectivamente la mano izquierda está haciendo algo incompatible con lo que hizo la mano derecha (contradicción entre la conducta original y la conducta posterior)”⁹³

La jurisprudencia tampoco ha sido ajena a estos preceptos. En el caso Jaguar la Corte de Apelaciones de París sostuvo que “[e]n el derecho del arbitraje internacional, los efectos de la cláusula compromisoria se extienden a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato desde el momento en que sus situaciones y sus actividades hacen presumir que éstas tenían conocimiento de la existencia y del alcance de esta cláusula, con el fin de que el árbitro pueda ser competente respecto de todos los aspectos económicos y jurídicos del litigio”⁹⁴

7.7 Cesión de derechos y obligaciones y de posición contractual (Assignment)

Esta doctrina no devela mayor misterio. Quien se incorpora a un contrato mediante

93 ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ, *¿Y QUIÉNES...*, p 724

94 Caso Jaguar, Corte de apelación de París, citado por Merino Merchan p. 1289, en el mismo sentido los casos de la Corte de Apelación de París *Société Ofer Brothers v. The Tokio Marine and Fire Insurance Co., Elf Aquitaine v. Grupo Orri*, Citados por Roque J. Caivano, *Arbitraje y grupos* ...pp. 127,127

cesión –sea de derechos y obligaciones o de posición contractual- se entiende consentir con el convenio arbitral aunque no haya sido signatario del mismo, salvo que del análisis del contrato de cesión se desprenda clara y expresamente que las partes querían desembarazarse de la obligación de arbitrar. Inclinarsé por lo contrario sería minar el principio de inevitabilidad del arbitraje

7.8 Promesa por un tercero y estipulación a favor de un tercero (Third party beneficiary)

Estamos presentes frente a la fenomenología en la cual un parte signataria de un negocio jurídico pretende derivar derechos o afinar obligaciones frente a un tercero que no ha sido signatario del negocio jurídico. Es claro que si no media consentimiento del no signatario con respecto de aceptar esas consecuencias jurídicas no se vería vinculado por las mismas. En el caso que se pueda inferir su consentimiento conforme al principio de buena fe, el tercero necesariamente tiene que verse vinculado a su vez con el convenio arbitral contenido en el negocio principal y puede ser involucrado en el procedimiento arbitral.

8. Extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias: práctica ecuatoriana

Lejos de ser una fenomenología ajena a nuestra realidad, el foro ecuatoriano se ha visto avocado a enfrentar estos dilemas sin apoyo de una jurisprudencia de las cortes nacionales, estudios en la materia y sobre todo con el gran inconveniente –a veces prácticamente imposible- que supone el acceso a precedentes arbitrales en nuestro sistema. En este ensayo pretendemos exponer algunos casos identificados que pueden ir guiándonos con respecto a esta materia.

En el caso 075-08 tramitado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (CAM CCQ)⁹⁵ que versaba sobre un contrato de publicidad, el actor –la compañía de publicidad- demandó a la compañía contratante y además a la compañía madre del grupo pese a que ésta no era signataria del convenio arbitral. Los demandados eran dos compañías pertenecientes a un grupo económico que poseía varias empresas relacionadas. Para su declaratoria de competencia el tribunal analiza algunos hechos que, aduce el actor, confluyen en el hecho de que la compañía signataria era un *alter ego* de su matriz, la cual había venido actuando como verdadera parte reconociendo su vinculación contractual –doctrina de los actos propios-. Los hechos determinantes que consideró *a priori* el tribunal para sustentar su decisión fueron el que la compañía matriz poseía el 100% de las acciones de la compañía subsidiaria, que las facturas y pagos correspondientes se los establecía entre la matriz y la actora y no a través de la compañía signataria, que la subsidiaria se disolvió de oficio –dos años después de la firma del contrato- conforme resolución de la Superintendencia de Compañías, aunque la misma no había sido inscrita en el Registro Mercantil, ni tampoco había entrado en proceso de liquidación conforme lo ordenado por el Órgano controlador, y, por último, el que la matriz ejerce las mismas actividades que la subsidiaria en otros locales de la ciudad. La resolución de

⁹⁵ Caso 075-08 CAM CCQ, Acta de Audiencia de Sustanciación de 20 de marzo de 2009, Laudo final 21 de septiembre de 2009, Árbitro Único doctor Galo Galarza Paz.

competencia del tribunal arbitral fue la siguiente:

“Este Tribunal para resolver sobre su propia competencia, conforme lo dispone al Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, considera: **a)** La actora “Compañía A S.A.”, por medio de su Gerente y Representante Legal señor “X” deduce su demanda en contra de dos personas jurídicas distintas “Compañía B S.A.” y “Compañía C S.A.”, esto es, en la relación jurídico procesal planteada hay pluralidad de sujetos pasivos, a quienes la actora exige juntamente, en forma expresa y simultánea, el pago de la totalidad de prestaciones específicas, que al decir de esta son obligaciones solidarias que las compañías demandadas le están adeudando. La solidaridad la fundamenta en lo previsto en el Art. 17 de la Ley de Compañías, según se establece en la demanda; **b)** Es incuestionable que la compañía demandada Compañía B S.A. en la cláusula compromisoria ha sometido al Tribunal Arbitral la dirimencia de las controversias emanadas de la ejecución del Contrato en que se apoya la demanda. Es también verdad que, ni de la cláusula compromisoria ni de ningún otro documento aparece que la otra demandada compañía Compañía C S.A. se haya sometido a la jurisdicción arbitral de la Cámara de Comercio de Quito. Desde este punto de vista, se tendría que la competencia para conocer las pretensiones de Compañía B S.A. pertenece al Tribunal Arbitral y la competencia para conocer las pretensiones en contra de Compañía C S.A. pertenece al Juez de lo Civil. Pero dada la solidaridad, conexión y complementariedad que en la demanda se formula la reclamación en contra de Compañía B S.A. y Compañía C S.A. no pueden haber dos procesos ni órganos jurisdiccionales distintos para conocer el caso. Tiene que ser uno mismo. El problema se presenta en dilucidar: ¿ A cuál de los dos órganos jurisdiccionales le toca conocer la controversia?. No al juez ordinario, por el efecto negativo establecido expresamente en el primer apartado del Art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que dice: “*El convenio arbitral que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria ...*”. Eliminado, por el efecto jurídico mencionado, el Juez de lo Civil, le toca al órgano Arbitral asumir dicha competencia. La resolución sobre la competencia por cierto se limita a los asuntos concernientes a la relación jurídico procesal. No significa, bajo ningún aspecto, aceptación o no de la existencia de relaciones jurídicas sustanciales o materiales entre la actora y cada una de las compañías demandadas⁹⁶. Este es un asunto de fondo que se resolverá en el laudo arbitral de acuerdo con las normas jurídicas y los méritos procesales, particularmente del análisis y valoración de los medios de prueba que se aporten al proceso”

Dentro de su laudo el tribunal también hizo precisiones con respecto a la doctrina del levantamiento del velo societario. El árbitro sostuvo:

“Para el levantamiento del velo de una sociedad anónima, como en

⁹⁶ Es importante resaltar este razonamiento del tribunal arbitral, pues indica que la declaración de competencia incluyendo a la parte no signataria, no implica la aceptación de la responsabilidad de ésta en el incumplimiento demandado –cuestión de fondo– sino simplemente el que existen hechos suficientes que al tribunal le generan la convicción de ser competente para conocer el proceso arbitral en contra de los demandados –cuestión de competencia y jurisdicción–.

el caso subjudice que nos ocupa, deben cumplirse copulativamente los siguientes presupuestos: 1. Que se haya constituida una sociedad anónima, observando todas los requisitos puntuales exigidas para el efecto por la Ley de Compañías, hasta su inscripción en el Registro Mercantil; 2. Que esa creación haya sido con la finalidad de utilizar a la compañía anónima en actividades dolosas o, en otros términos, que el dolo producido sea consecuencia directa de la presencia de la compañía anónima como agente facilitador del mismo; y, 3. Que uno o más de los socios o accionistas de la compañía sea el agente ejecutor y beneficiario del dolo.”

Y agregó:

“Según la doctrina, con la que concuerda este Tribunal, para la configuración del dolo se requiere lo siguiente: a) Que haya existido una conducta de los agentes dirigida a engañar a quien resulta víctima del mismo, consistente en astucias, artificios, maquinaciones (*animus dicens*); obviamente no habrá engaño si la supuesta víctima colabora o hubiese conocido esa conducta de los agentes...b) Que haya un efectivo daño o perjuicio pecuniario. El daño o perjuicio es elemento primordial del acto doloso. Si faltare este sería inoficioso exigir los otros elementos que configuran el dolo. Si no se produce daño no se genera responsabilidad civil alguna.”

Como se apercibe el árbitro establece un estándar de prueba extremadamente alto para establecer el levantamiento del velo societario, pues como sostuvo en su laudo “la generalización o aplicación indebida del levantamiento del velo societario conllevaría graves consecuencias negativas, como las de inseguridad jurídica, la deformación de la institución de la sociedad anónima y un medio eficaz para ahuyentar a los interesados en aportar, como accionistas, sus capitales para esa clase de sociedades. A más de abrir la puerta para que todo acreedor que considere que no puede satisfacer su acreencia con el patrimonio social de una compañía acuda al levantamiento del velo societario para exigir que el pago de sus pretensiones se haga con el patrimonio de alguno de los accionistas solventes”. El tribunal al final en el laudo, y luego de practicada la prueba, decidió desechar las pretensiones de la demanda por que en el trascurso del arbitraje se aportaron medios probatorios que fueron desvirtuando los indicios que el tribunal estimó en su momento oportunos para declararse competente.

En otro caso tramitado ante el CAM CCQ⁹⁷ la Compañía E presentó una demanda en contra de un grupo de demandados, estos al contestar la demanda reconvienen tanto a la Compañía E como a su representante legal por sus propios y personales derechos. Éste al contestar la reconvención no planteó excepción de incompetencia del tribunal arbitral ni tampoco inexistencia del convenio arbitral. El tribunal arbitral al declararse competente sostuvo:

97 CASO 026-05 CAM CCQ, ACTA DE AUDIENCIA DE SUSTANCIACIÓN DE 21 DE OCTUBRE DE 2005, LAUDO DE 21 DE AGOSTO DE 2006, LAUDO AMPLIATORIO DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2006, ÁRBITRO ÚNICO, DOCTOR ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ.

“Sin embargo en el contrato referido no es parte el “Señor X”, por lo cual, este convenio arbitral no le obligaría, por no haberlo suscrito.- Empero el mencionado “Señor X”, al ser reconvenido personalmente por los demandados [nombres de todos los demandados], contesta, por medio de su abogado, Dr. “Y”, a título personal, sin oponer la excepción expresa de incompetencia del Tribunal Arbitral o la ausencia de cláusula compromisoria n dar ninguna otra indicación acerca de su renuencia a que la reconvenición planteada en su contra sea decidida por arbitraje, lo que determina que existe voluntad expresa tanto de los demandados que reconviene como de quien replica la reconvenición, Señor X, de someter la controversia a arbitraje, en los términos del Art. 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación”⁹⁸

En otro procedimiento arbitral⁹⁹ seguido en el Centro de Arbitraje y Mediación de AMCHAM Quito (CAM AMCHAM) la Compañía F demandó a los Señores “Y” y “Z”, pese a que “Z” no era parte signataria del convenio arbitral. El contrato había sido firmado por “Y” a nombre y en representación de una presunta sociedad de hecho. Al contestar la demanda se opuso la excepción de incompetencia del tribunal arbitral con respecto de “Z” por no haber sido signatario del convenio arbitral. Previo a su competencia el tribunal arbitral celebró algunas audiencias con el fin de que las partes alegasen sobre la competencia respectiva del tribunal. Como resultado de este ejercicio el tribunal estimó que encuentra indicios suficientes que, de manera *a priori*, le llevan a generar una convicción suficiente para considerar que “Z” había realizado actos ratificatorios que al parecer le vinculan de manera decisiva como parte del negocio jurídico origen del procedimiento arbitral. En este caso nuevamente el tribunal salvó esta decisión estableciendo que es una decisión sobre competencia aclarando que no implica su vinculación y responsabilidad final sobre las alegaciones imputadas en la demanda, pues esto es de decisión del laudo final.

9. El convenio arbitral y los verdaderos terceros

Como podrán apreciar a lo largo del presente trabajo, la extensión de los efectos a partes no signatarias es un escenario de tal compleja configuración y difícil planteamiento que realmente constituye un caso de excepciones casi previsto para laboratorio. En este sentido hay que tener mucho cuidado porque más de una vez una parte puede verse tentada a intentar incoar un arbitraje contra un tercero bastante cercano al negocio pero que no ha sido parte en el sentido en el cual definimos en este trabajo. Muchas veces este instinto casi irresistible, aupado por estar frente a un tercero que tiene intereses –sea por beneficio o perjuicio- en los resultados del arbitraje, y que de haber sido un proceso ordinario hubiese contado con los mecanismos adecuados para hacer valer sus derechos, nos lleva a equivocadas conclusiones y a forzar los presupuestos aquí enunciados¹⁰⁰.

98 En contrario ARMANDO SERRANO PUIG, *LA AUTONOMÍA ...*, p. 558, QUE AL REFERIRSE AL CONSENTIMIENTO TÁCITO EN ARBITRAJE SOSTIENE “ES AQUEL QUE SE PRODUCE EN UN INTERCAMBIO DE ESCRITOS DE DEMANDA Y CONTESTACIÓN EN LOS QUE LA EXISTENCIA DE UNA CUERDO SEA AFIRMADA POR UNA PARTE SIN SER NEGADA POR OTRA, SISTEMA DEL QUE NUESTRA LEY SE APARTÓ.”

99 CASO 01-11 CAM AMCHAM, ACTA DE AUDIENCIA DE SUSTANCIACIÓN FINAL DE 10 DE ENERO DE 2012, LAUDO FINAL DE 2 DE ENERO DE 2013, TRIBUNAL ARBITRAL, DOCTORES ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ –PRESIDENTE- LUIS PARRAQUEZ RUIZ, JUAN CARLOS SOLINES MORENO.

100 Al respecto y como hemos venido planteando durante todo el ensayo, JOSÉ MERINO MERCHÁN Y JOSÉ CHILLÓN MEDINA -JOSÉ

Como sostiene Bullard esta teoría se “aleja por lo tanto de una concepción procesal según la cual se pueden incorporar terceros a un proceso arbitral como si se tratara de la jurisdicción ordinaria”¹⁰¹, y continúa, “por la naturaleza contractual del arbitraje no es posible acudir a mecanismos como los usados e los códigos procesales que admiten la participación de terceros cuyos intereses puedan verse afectados por la sentencia”¹⁰². En sentido contrario la Corte Constitucional Colombiana admitió que las partes al suscribir un convenio arbitral habían habilitado al tribunal arbitral para que resolviera ese conflicto específico por lo que era admisible la intervención de terceros en el proceso que tuvieran interés y legitimidad para participar en el arbitraje¹⁰³.

En el caso de nulidad Hidrotoapi EP v. Constructora Norberto Odebrecht SA¹⁰⁴ la presidenta de la Corte Provincial de Pichincha, al resolver sobre la participación en el proceso de nulidad de una parte del arbitraje que no presentó la acción resolvió¹⁰⁵ “la tercería de cualquier clase que sea, puede ser propuesta solo(sic) en juicios ordinarios o en juicios ejecutivos, ya que al ser un incidente, como así ha sido calificada normativamente la tercería, no es compatible con la esencia del procedimiento arbitral ni con la acción que nos ocupa”. Si bien el fundamento por el cual resuelve excluir a la parte de la acción no es el que hemos planteado, nos sirve para aclarar el panorama con respecto a la admisibilidad de las tercerías en un proceso arbitral o no.

10. Acción de nulidad y extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros

Como sabemos la acción de nulidad de los laudos arbitrales en nuestro sistema constituye un mecanismo extraordinario de impugnación de los actos procesales. Como característica fundamental de esta acción podemos decir que se concibe como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral¹⁰⁶, por lo tanto no constituye un mecanismo de alzada o de apelación del fondo del laudo arbitral que permita a las cortes la reconsideración de las decisiones de los árbitros¹⁰⁷. La segunda característica que configura esta acción es el de ser *numerus clausualus*¹⁰⁸, es decir que

MERINO MERCHÁN Y JOSÉ CHILLÓN MEDINA, *TRATADO DE DERECHO ARBITRAL*, ED. CIVITAS, NAVARRA, 2006, p. 1288- ESTABLECE QUE “EL PRINCIPIO RES INTER ALIOS ACTA BRILLA AQUÍ EN TODO SU ESPLENDOR. EN CONSECUENCIA, NO PUEDE PLANTEARSE UN PROCESO ARBITRAL RESPECTO DE QUIENES NO HAN SIDO PARTE EN LA CONVENCIÓN DE ARBITRAJE”

101 ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ, *¿Y QUIÉNES...*, p. 712; EN EL MISMO SENTIDO CASO CAM CCQ 103-11, ACTA DE AUDIENCIA DE SUSTANCIACIÓN DE FECHA 21 DE NOVIEMBRE DE 2012, TRIBUNAL ARBITRAL COMPUESTO POR LOS DOCTORES PATRICK BARRERA SWEENEY –PRESIDENTE–, SANTIAGO ANDRADE ÚBIDIA Y MIGUEL ANDRADE CEVALLOS.

102 *Ibidem*, p. 716

103 Citado por Santistevan de Noriega, *Extensión...* p.34. En sentido contrario podemos encontrar el caso de Energía Eléctrica de Bogotá v. Estruco Ltda. -Lauda de 15 de agosto de 1964 Citado por Santistevan de Noriega, *Extensión...* p.33- donde la pretensión por parte de la referida sociedad de vincular a una compañía aseguradora fue rechazada por entenderse que era un ente ajeno al contrato constituyendo un tercero arbitral que no estaba legitimado para una intervención litisconsorcial o de coadyuvancia.

104 SENTENCIA DE LA PRESIDENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA, QUITO, 29 DE MARZO DE 2011, DRA. ISABEL ULLOA VILLAVICENCIO, PRESIDENTA.

105 En el presente caso la acción de nulidad fue presentada por la Procuraduría General del Estado y no por Hidrotoapi EP. En el transcurso del caso Hidrotoapi EP pretendió ser considerado como tercero interesado de la acción de nulidad, siendo rechazado por la Presidenta de la Corte.

106 Jr. Security Cia. Ltda. vs. Productos Avon del Ecuador S.A., Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 30 de junio de 2010; Empresa Pública Hidrotoapi E.P. vs. Constructora Norberto Odebrecht, 20 de marzo de 2011; Primax Comercial del Ecuador S.A. vs. Lafarge Cementos S.A., 26 de abril de 2011.

107 Latin American Telecom Inc. vs. Pacifictel S.A., Corte Suprema de Justicia, Decisión No. 242-2007, 11 de julio de 2007, R.O. Suplemento 542, 6 de marzo 2009.

108 Taminternacional Cia. Ltda. vs. Fernando Albornoz, Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 31 de marzo de 2010; Cuerpo de Ingenieros del Ejército vs. Hidrotambo, Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha,

es una acción constreñida única y exclusivamente a las causales mencionadas por el artículo 31 de la LAM, de lo cual se desprende que no se puede entablar una acción de nulidad contra un laudo por una causal distinta. Estas causales son:

- a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;
- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;
- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,
- e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Como puede observarse, de las causales enunciadas, no se desprende que bajo alguna de ellas sea posible cobijar una acción de nulidad en virtud de que los árbitros de manera motivada consideren a un sujeto como parte no signataria dentro del proceso arbitral, y decidan efectivamente extenderle sus efectos sea como actor o demandado. Esto sucede básicamente porque nuestra legislación es muy proclive a blindar la decisión de competencia de los árbitros, dejando que ellos sean los únicos competentes para determinar su propia competencia en lo que se conoce como el principio *kompetenz – kompetenz*.

11. A manera de conclusión

Como se ha podido observar durante el desarrollo del presente trabajo, la complicaciones que el arbitraje debe enfrentar en la actualidad con respecto a la complejidad del mundo comercial moderno, son varias y de más frecuentes. Lejos de ser realidades ajenas al foro ecuatoriano –no se puede pretender que seamos una isla-, son casos que con inusitada repetición tienen que enfrentar tanto abogados como árbitros nacionales. La fenomenología atrás de estos casos es muy rica, sin embargo, como ha sido el objetivo del presente trabajo, podemos abstraer un germen base para la construcción de una doctrina general en la materia. Podemos decir entonces que es factible que un tribunal arbitral extienda los efectos de un convenio arbitral a una parte no signataria cuando (i) se pueda inferir de manera inequívoca el consentimiento de la parte no signataria con respecto del negocio jurídico; y que, (ii) si el no extender los efec-

tos del convenio arbitral a la parte no signataria de como resultado una vulneración al principio de buena fe. Sin embargo, cabe ser enfático en que esta teoría es de aplicación excepcional y requiere, necesariamente, de un estándar extremadamente elevado de prueba, por lo que su configuración debe envolver una complejidad tal, que garantice que ningún tercero verdadero sea inmiscuido en un proceso arbitral con el cual no tiene ningún vínculo jurídico económico real.

Tratamiento del agotamiento del derecho sobre la marca en la comunidad andina

Treatment of exhaustion of trademark rights in the Andean Community

María de los Ángeles Lombeyda

Resumen:

El agotamiento del derecho de marca surge como una institución de raíces jurisprudenciales alemanas encaminada a la limitación del ejercicio del *ius prohibendi*, es decir a la facultad de uso exclusivo del propietario de una marca. Tal limitación, cobró vigencia en la Comunidad Andina, en términos similares a los europeos, a través de la varias Decisiones, y por lo mismo es pertinente analizar las condiciones por las cuales se instrumenta. Al respecto, factores como la primera comercialización, y el ámbito territorial, son cruciales para entender los efectos del agotamiento. Cabe resaltar adicionalmente que en este esquema, tienen especial relevancia como justificativo de la pertinencia del agotamiento del derecho, la libertad de comercio y consideraciones relativas a la competencia económica.

Abstract

The Exhaustion of trademark rights is one of the pillars of the merchandise free circulation system within the European Union. This is shown both by the community legislation and by the highest jurisprudence and qualified doctrine.

European countries have promoted and developed such institution that has also been adopted by several Latin American legislations as is the case of the countries that make up the Andean Community, being Ecuador among them; they have common regulations in terms of Industrial Property, which includes exhaustion since Decision 311 of the Commission for the Cartagena Accords, replicated in Decision 486 currently in force.

Different from what happens in the European Union, the courts of South America have little jurisprudence on Exhaustion of trademark rights mainly due to the fact that the region integration processes are in an earlier status than those of the old continent.

Sumario:

I. Aproximación al tema. **II.** Concepto de agotamiento del Derecho. **III.** Fundamento y finalidad del agotamiento. **IV.** Tratamiento legislativo. **V.** Agotamiento: Razón de su introducción en la legislación Andina. **VI.** Agotamiento: Excepción al principio de territorialidad. **VII.** Agotamiento: límite del derecho del titular sobre su marca. **VIII.** Conclusiones.

I. Aproximación al tema

La institución del Agotamiento del Derecho es uno de los pilares fundamentales del sistema de la libre circulación de mercancías dentro de la Unión Europea, hecho éste que se refleja tanto en la legislación comunitaria, así como en la más alta jurisprudencia y calificada doctrina. Como lo señalan los profesores Bertone y Cabanellas

“la teoría del agotamiento de los derechos ha sido abundantemente utilizada en Europa como medio para evitar la compartimentación artificial de mercados en el seno de la Comunidad Económica Europea mediante una política marcaria abusiva, en tal sentido, se relaciona íntimamente con la libre circulación de los productos en el seno de una zona de integración, y más generalmente con el tema del comercio internacional de bienes marcados”¹

El agotamiento del derecho es una institución jurisprudencial, creada en primera instancia por los tribunales alemanes, concretamente a principios del siglo XX, en la sentencia “Kölnisch Wasser” en la que el Tribunal Supremo llega a la conclusión que “a fin de que el titular de la marca no constituyese un monopolio de ventas contrario a derecho, una vez llevada a cabo la primera comercialización de las mercancías designadas con la marca, se agotaba la protección que la marca le concedía y, por tanto, los productos quedaban libres en el mercado.”²

Países europeos han impulsado y desarrollado esta institución, la cual ha sido recogido en varias legislaciones Latinoamericanas, como es el caso de los países que conforman la Comunidad Andina, entre los que se encuentra el Ecuador, que poseen una normativa común en materia de Propiedad Industrial, la misma que incluyó al agotamiento desde la Decisión 311 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y replicada en la vigente Decisión 486.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no ha emitido sentencia alguna en la que se interprete las normas que regulan el agotamiento del derecho sobre la marca, sin embargo existen breves referencias a dicha institución, sin que se haga mención a la amplitud de su aplicación.

Por el contrario la jurisprudencia de la Unión Europea ha desarrollado esta institución de manera extensa, delimitando incluso la amplitud de la figura. En primer lugar se menciona que la Directiva no consagra la posibilidad de que cada país miembro extienda el agotamiento de derechos de marcas al uso realizado en terceros países, y en segundo lugar, consecuente con el anterior, se establece que el agotamiento contemplado en la directiva incluye el primer uso de la marca hecho en un país del Espacio Económico Europeo.

Al igual que en la jurisprudencia, la doctrina andina no ha dado mayor tratamiento a la figura del agotamiento del derecho, limitándose a un análisis superficial de

1 BERTONE Luis, CABANELLAS Guillermo, DERECHO DE MARCAS, Edit. Heliasta, Bnos. Aires, pág. 128.

2 CASADO CERVIÑO, Alberto, EL SISTEMA COMUNITARIO DE MARCAS: NORMAS, JURISPRUDENCIA Y PRACTICA, Edit. Lex Nova, Primera Edición, Valladolid, España, pág. 239.

la figura, tal es el caso de reconocidos tratadistas como Manuel Pachón, Zoraida Sánchez, Marco Matías Alemán, que en sus obras si bien comentan la norma legal que contiene el agotamiento del derecho, no se detienen a realizar un análisis de dicha figura.

Otro es el caso de la doctrina europea, que ha tratado con amplitud y profundidad el agotamiento del derecho, existiendo incluso encontradas posiciones respecto de la amplitud de su aplicación, puesto que como se verá oportunamente un amplio sector de la doctrina, se ha inclinado por el agotamiento del derecho por el uso en un país de la Unión Europea, mientras que un sector reducido, se ha decantado por el agotamiento del derecho internacional.

II. Concepto del agotamiento del derecho:

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha definido el agotamiento del derecho de marca señalando que

”el titular de un derecho de propiedad industrial y comercial, protegido por la legislación de un estado miembro no puede ampararse en esta legislación para oponerse a la importación o a la comercialización de un producto que se haya vendido lícitamente en el mercado de otro estado miembro, por el mismo titular del derecho, con su consentimiento o por una persona vinculada con el mismo mediante relaciones de dependencia jurídicas o económicas”³(Considerando 12)

Para la tratadista Ana María Tobío Rivas, el principio de agotamiento del derecho conferido por una marca es principalmente un límite a las facultades que posee el titular sobre su marca registrada, es decir un límite para el *ius prohibendi*, cuando se ha dado la primera comercialización de producto protegido por la marca, existiendo para ello consentimiento del titular.

Concordante con este criterio es el del profesor Alberto Casado Cerviño, quien además afirma que una vez que se ha dado dicha primera comercialización el titular de la marca no podrá impedir posteriores comercializaciones, razón por la que concluye que el agotamiento “supone una de las medidas claves adoptadas a nivel comunitario para favorecer la libre circulación de mercancías en el territorio de la Comunidad”⁴

Uno de los principales estudiosos de esta institución, el profesor De Las Heras, dice

“El principio de agotamiento del derecho de marca es un límite del derecho de exclusividad que el registro de la marca confiere a su titular. Es precisamente el límite que señala el fin del derecho de exclusividad comercial del titular de la marca y correlativamente el principio de libertad de comercio de los

³ Proceso SA CNL-SUCAL NV C. HAG GF AG stc de 17 de octubre de 1.990.

⁴ CASADO CERVIÑO, Alberto, EL SISTEMA COMUNITARIO DE MARCAS: NORMAS, JURISPRUDENCIA Y PRACTICA, Edit. Lex Nova, Primera Edición, Valladolid, España, pág. 238.

terceros en relación con los productos que llevan la marca auténtica.”⁵

Ya en el ámbito americano, conviene citar el criterio de los profesores argentinos Cabanellas y Bertone que al elaborar la teoría del agotamiento derecho afirman

“los derechos subjetivos del titular de la marca, con relación al producto marcado, se agotan con la primera comercialización hecha por tal titular o con su autorización...el titular de la marca no puede ampararse en ésta para, por ejemplo, fijar precios o condiciones de reventa o restringir de algún modo la libre circulación...”⁶

De los conceptos citados, podemos concluir que el agotamiento es un límite al derecho que el titular tiene sobre su marca, el mismo que se caracteriza por los siguientes elementos:

- Para que opere requiere de una primera comercialización (requisito objetivo)
- La misma que debe realizarse ya sea por el titular o por un tercero con su consentimiento (requisito subjetivo)
- Dentro de un ámbito territorial que deberá ser determinado por la norma legal correspondiente (requisito territorial)

De acuerdo con criterios doctrinarios, los requisitos para que opere el agotamiento del derecho son objetivo, subjetivo y territorial, según se analiza a continuación:

Se considera como requisito objetivo a la primera comercialización, que guarda relación con el derecho de exclusiva del titular de la marca consagrado en la Decisión 486, en virtud del cual corresponde al titular, o a un tercero autorizado, decidir cómo y cuándo realizará la primera comercialización de los productos o los servicios identificados con su marca. Este derecho de exclusiva, que consagra un sistema registral, está comprendido en el artículo 154 de la mencionada Decisión.

Para el profesor Tomas De las Heras, “el criterio decisivo que determina la introducción de los productos identificados por la marca en el comercio es la entrega o puesta a disposición de un tercero con fines comerciales.”⁷ Es decir que no se producirá el agotamiento “en tanto no se haya traspasado la propiedad de éste (el producto)”⁸

Como se ha mencionado, la primera comercialización debe ser realizada por el titular de la marca o por un tercero con su consentimiento, siendo este el requisito subjetivo. En la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo SA CNL-SUCAL NV vs. HAG GF AG (HAG II), el TJCE “subrayó el consentimiento del titular como requisito obligatorio para que la primera comercialización de los productos distinguidos con su marca

5 DE LAS HERAS, Tomás, EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE MARCAS, Edit. Montecorvo, Madrid, pág. 25

6 BERTONE Luis, CABANELLAS Guillermo, DERECHO DE MARCAS, Edit. Heliasta, Bnos. Aires, Cuarta Edición, Tomo II, pág. 182.

7 TOBIO RIVAS, Ana María, COMENTARIO A LOS REGLAMENTOS SOBRE LA MARCA COMUNITARIA, Universidad de Alicante, Alicante, segunda edición, pág. 190

8 ARACAMA ZORRAQUIN Ernesto, EL AGOTAMIENTO DE LOS DERECHOS DE MARCA Y LAS IMPORTACIONES PARALELAS, Primera Edición, Edit. Ciudad Argentina, Bnos. Aires, pág. 16.

agote sus derechos”.⁹

La primera introducción de las mercancías realizado por el titular de la marca no entraña mayor problema, sin embargo cuando dicha introducción ha sido por un tercero, deben tomarse en cuenta los siguientes aspectos:

:Forma del consentimiento.- El mismo puede ser tácito o expreso. De ser éste último puede ser dado ya sea verbalmente o por escrito, otorgado mediante documento público o privado. En última instancia, esto dependerá de las formalidades impuestas por cada legislación.

:Licencia de marca.- Cuando el uso es realizado por un tercero, generalmente se refiere al caso de la licencia, en la que como se mencionó anteriormente media un contrato en el que se establece las condiciones y límites de la persona autorizada frente al derecho del titular de la marca. De tal forma que si el licenciataria incumple o se excede de los términos consagrados en el contrato se entenderá que el agotamiento no se ha producido, puesto que no actuó en nombre del titular.

Desde el punto de vista del ámbito territorial, el agotamiento puede clasificarse en nacional, supranacional o regional, e internacional.

El agotamiento supranacional o regional se produce cuando la

“primera comercialización está localizada en un mercado supranacional o regional. Basta que un producto sea comercializado tácitamente en un estado miembro por el titular de la marca o por un tercero autorizado por él para que el derecho se agote también en los demás estados que integran el mercado regional.”¹⁰

Respecto del agotamiento internacional, debe entenderse como tal que

“el titular de una marca nacional no puede utilizar su derecho de exclusiva para oponerse a la importación de los productos portadores de la marca originaria que hayan sido comercializados en cualquier parte del mundo por el titular o con su consentimiento”.¹¹

En el caso de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha dado por terminado un largo debate doctrinario, afirmando que tanto la Directiva de Marcas como el Reglamento, se han decantado por el agotamiento regional.

En cuanto a la norma de la Comunidad Andina, esta consagra de manera clara el agotamiento internacional, arriba definido, así se expresa en el artículo 158 de la Decisión 486:

⁹ Op. Cit, pág 259

¹⁰ ARACAMA ZORRAQUIN Ernesto, EL AGOTAMIENTO DE LOS DERECHOS DE MARCA Y LAS IMPORTACIONES PARALELAS, Primera Edición, Edit. Ciudad Argentina, Bnos. Aires, pág. 20.

¹¹ TOBIO RIVAS, Ana María, COMENTARIO A LOS REGLAMENTOS SOBRE LA MARCA COMUNITARIA, Universidad de Alicante, Alicante, segunda edición, pág. 194

Art. 158.- El registro de una marca no dará el derecho de impedir a un tercero realizar actos de comercio respecto de un producto protegido por dicho registro, después de que ese producto se hubiese introducido en el comercio en cualquier país por el titular del registro o por otra persona con consentimiento del titular o económicamente vinculada a él, en particular cuando los productos y los envases o embalajes que estuviesen en contacto directo con ellos no hubiesen sufrido ninguna modificación, alteración o deterioro.

III. Fundamento y finalidad del agotamiento:

En su gran mayoría, las legislaciones, consagran el uso exclusivo de una marca, como el principal derecho del titular sobre su signo distintivo. Tal es el caso, ya citado, de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, así como el Reglamento de la Marca Comunitaria y la Directiva. Este derecho de uso exclusivo se manifiesta en el denominado "ius prohibendi", en virtud del que el titular tiene la facultad de impedir que terceros sin su consentimiento realicen actos debidamente detallados en cada legislación (en el caso de la Decisión 486 en el artículo 155).

Sin embargo este derecho de uso exclusivo, requiere ciertos límites a su ejercicio, entre los que se encuentra el agotamiento del derecho sobre la marca, es decir que el derecho exclusivo del titular de la marca se refiere a la facultad de éste de decidir la forma, el momento y de ser el caso el lugar donde se llevará a cabo la primera comercialización.

Esta limitación, a juicio del profesor Fernández Novoa, obedece a la misma naturaleza de la marca, cual es identificar el origen empresarial y calidad de los productos, ya que de no existir este límite la marca se convertiría en un medio para realizar prácticas restrictivas de la libre competencia.

De lo dicho se puede concluir, que la consecuencia directa de la consagración del agotamiento del derecho sobre la marca, es impedir que el titular controle los precios de las posteriores comercializaciones del producto, y las modalidades de comercialización.

Por tanto la razón de la consagración del agotamiento del derecho sobre la marca, obedece principalmente a las siguientes consideraciones:

- 1) Libre circulación de mercancías.
- 2) Derecho de la competencia, en cuanto que los derechos de propiedad industrial pueden ser objeto de contratos.

IV. Tratamiento legislativo:

La figura del agotamiento de la marca, se encuentra contemplada en la legislación de la Comunidad Andina, desde 1991 en la Decisión 311, posteriormente conservada

en las 313, 344 y actualmente en la Decisión 486 en el artículo 158 arriba transcrito.

Con el fin de realizar un breve análisis de la norma Andina, contraponemos con el artículo correspondiente del Reglamento de la marca Comunitaria:

Art. 13.- Agotamiento del derecho conferido por la marca comunitaria.

1.- El derecho conferido por la marca comunitaria no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad bajo esa marca por el titular o con su consentimiento.

De lo anotado, me permito realizar los siguientes comentarios:

·“*Actos de comercio*”.- La Decisión 486 establece que el titular de la marca no podrá impedir que un tercero realice actos de comercio cuando dicha marca ya hubiere sido utilizada por primera vez por el titular de la misma, dando un margen más amplio al tercero, frente a lo que establece el Reglamento de la Marca Comunitaria, que se limita a nombrar el uso de la marca. No obstante en la Decisión derogada 344 se hablaba, al igual que en el R.M.C., de “utilización” de la marca, por lo que se puede pensar que la inclusión de la frase “actos de comercio” obedece a la clara intención del legislador andino de ampliar la gama de actividades que la persona autorizada puede realizar con una marca introducida en el mercado.

·“*Respecto de un producto*”.- Llama la atención la utilización del singular de la palabra “producto”, cuando en la derogada Decisión 344 y en el Reglamento de la Marca Comunitaria, se utiliza el plural del término en mención. Esto parece seguir la idea del legislador andino de dar un impulso al principio de especialidad (ya reconocido en anteriores decisiones, pero cuya aplicación en la práctica se había restringido a asimilar dicho principio única y exclusivamente con la clasificación internacional).

De tal forma consideramos una posible interpretación del artículo en estudio, que se entenderá agotado el derecho sobre la marca en lo que se refiere al producto que efectivamente ha sido introducido en el mercado, dejando existente el derecho del titular sobre otros productos que protege el signo distintivo.

·“*Introducido en el comercio en cualquier país*”.- En el caso de la Unión Europea, tanto la jurisprudencia del más alto tribunal comunitario, así como los tratadistas se han decantado por el agotamiento comunitario de la marca. En este sentido el Tribunal de Luxemburgo en el caso Sebago manifestó “al adoptar el artículo 7 de la Directiva, que restringe el agotamiento del derecho conferido por la marca a los casos en que los productos designados con la marca han sido comercializados en la Comunidad (el EEE tras la entrada en vigor del Acuerdo EEE) el legislador comunitario ha precisado que la comercialización fuera de dicho territorio no agota el derecho del titular de oponerse a la importación de dichos productos efectuada sin su consentimiento y a controlar, de este modo, la primera comercialización en la Comunidad (el EEE tras la entrada en vigor del Acuerdo EEE) de los

productos designados con la marca” (considerando 21).

El profesor Fernández Novoa, analiza la evolución de esta figura en el derecho comunitario, y da la razón por la que tanto la Directiva así como el Reglamento acogieron el agotamiento comunitario de la marca

“En las discusiones del Parlamento Europeo se hizo hincapié en que por no ser reconocido en todos los países del mundo el principio del agotamiento internacional, la implantación de tal principio en el Derecho Comunitario podría perjudicar a las empresas de los Estados del Mercado Común frente a las empresas de los restantes Estados. Y la Comisión, a su vez, manifestó que la solución propugnada por el proyecto de 1980 podía favorecer prematuramente a los terceros Estados”¹²

Los países de la Comunidad Andina, han adoptado la fórmula del agotamiento internacional, lo dicho se infiere de la frase comprendida en el artículo 158 “*se hubiese introducido en el comercio en cualquier país*”. Para el profesor Lorenzo Las Heras, el hecho que países con economías “emergentes”, como son los países de la Comunidad Andina, adopten el agotamiento internacional conlleva como consecuencia

“que no teniendo los países emergentes empresas multinacionales que fabriquen en otros países o que conceden licencias de marcas...prohibir las importaciones paralelas solo sirve para beneficiar a las empresas extranjeras ya que se les permitirá aislar los mercados nacionales del mercado internacional y del sistema internacional de precios”¹³

·Requisito Subjetivo.- Una de las características de la Decisión 486 es la introducción en la redacción de varios de sus artículos de la figura de la persona “económicamente vinculada”. Siendo precisamente ésta una de las diferencias entre el artículo 158 con la norma correspondiente del R.M.C., ya que ésta última establece que la primera utilización de la marca deberá ser realizada por el titular de la marca o con su consentimiento. Mientras que la norma andina requiere del consentimiento del titular para que opere el agotamiento. Por tanto para que opere el agotamiento la introducción en el mercado debe realizarse por:

- a) titular de la marca o un tercero con su consentimiento
- b) persona económicamente vinculada al titular, en cuyo caso parece no ser necesario la existencia del consentimiento de éste último, toda vez que bastaría la existencia del vínculo económico. El legislador andino con el fin de evitar interpretaciones extensivas de normas que como esta recogen por primera vez la figura de la “persona económicamente vinculada” a dado una definición de la misma en el segundo párrafo del artículo 158:

“A los efectos del párrafo precedente se entenderá que dos personas están económicamente vinculadas cuando una pueda ejercer directa o indirectamente sobre

12 FERNANDEZ NOVOA, Carlos, TRATADO SOBRE DERECHOS DE MARCAS, Edit. Marcial Pons, Primera Edición, Madrid, pág 371

13 DE LAS HERAS, Tomás, EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE MARCAS, Edit. Montecorvo, Madrid, pág. 37

la otra una influencia decisiva con respecto a la explotación de los derechos sobre la marca, o cuando un tercero puede ejercer tal influencia sobre ambas personas”

Límites del agotamiento.- Así como en el R.M.C., la Decisión 486 no considera que el agotamiento del derecho de la marca debe ser, a dicho del profesor Fernández Novoa, una “extinción definitiva del *ius prohibendi*”. En tal virtud la norma andina ha consagrado que no se podrá invocar el agotamiento de los derechos del titular sobre una marca cuando los productos o sus embalajes hubieren sufrido modificación, alteración o deterioro. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“Tampoco goza el titular de la posibilidad de prohibir la comercialización de sus propios productos por un licenciatarío u otra persona autorizada, cuando las características originarias de los mismos no hubieren sido modificadas o alteradas, con lo cual recoge la legislación comunitaria el principio del agotamiento del derecho...”¹⁴

Sin embargo a pesar del reconocimiento de este límite, el legislador andino debió incluir la solución abierta acogida por la norma comunitaria europea, por la que a más de los supuestos arriba enumerados, establece que no se produce el agotamiento cuando medien “motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos”.

Respecto de los límites del agotamiento, se ha dado abundante jurisprudencia en el Tribunal de Luxemburgo, que consideramos conveniente citar, debido a que en múltiples ocasiones fallos de dicho ente han sido utilizados como referentes en jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al momento de emitir interpretaciones prejudiciales:

En el caso Paranova, en la sentencia de julio 11 de 1996, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dijo: “El titular de un derecho de marca puede oponerse a cualquier reenvasado que implique el riesgo de exponer el producto contenido en el embalaje a manipulaciones o influencias que afecten a su estado original” (considerando 59).

Mediante sentencia de noviembre 4 de 1997 en la sentencia del Tribunal de Justicia dentro del caso Christian Dior, se dijo:

“Procede señalar, a continuación, que el menoscabo causado a la reputación de la marca, en principio, puede ser un motivo legítimo en sentido del apartado 2 del art. 7 de la Directiva, que justifique que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos que fueron comercializados en la Comunidad por el mismo o con su consentimiento”

Sin embargo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el caso PARANOVA, sentencia de julio 11 de 1996, ha establecido que aun cuando ha mediado modificación o reenvasado, el titular de una marca no puede oponerse a la posterior comercialización

14 Proceso 2-AI-96 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

en los siguientes casos: a) cuando con su actitud el titular pretenda compartimentar el mercado. b) el reenvasado no afecte el estado del producto. c) se indique en el reenvasado el nombre del fabricante del producto y del autor del reenvasado. D) el importador advierta al titular de la marca del reenvasado y provea de un ejemplar.

Casi nulo ha sido el tratamiento que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dado a la institución del agotamiento del derecho de la marca como tal, sin perjuicio que en varias sentencias se lo haya mencionado, lo que puede servir para de cierta forma delinear los caracteres del agotamiento en los países Andinos.

V. Agotamiento: Razón de su introducción en la legislación Andina

La Junta del Acuerdo de Cartagena, en el informe correspondiente nos da la razón primigenia de incluir el agotamiento de la marca en la legislación comunitaria de Propiedad Industrial:

“La Decisión 311 que sustituyó la Decisión 85 optó mas bien por privilegiar la protección marcaria legítimamente adquirida en el territorio de un País Miembro y no permitir la coexistencia, cuando derogó el artículo 75 citado, limitándose a establecer en su lugar, el principio del agotamiento del derecho. Esta situación no fue modificada por la Decisión 313.”¹⁵

En la Interpretación prejudicial dada dentro del caso KRYSTAL, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina manifestó:

“De esta manera se evidencia la intención del legislador andino de sentar también las bases—en los más variados ámbitos de la integración económica— para la conformación de un mercado común, en virtud de que “la supresión de los aranceles en el comercio intracomunitario no es suficiente para alcanzar un mercado único, espacio donde la circulación de mercancías, servicios, personas y capitales debe efectuarse libremente y sin obstáculos de ninguna naturaleza, de tal manera que los intercambios y movimientos de los factores de producción al interior de la Comunidad se asemejen, en la medida de lo posible, a la que existe en los territorios de los Países Miembros”. En efecto, “conjuntamente con la liberalización de los factores de producción, la conformación del mercado común requiere una política exterior única, así como políticas comunitarias comerciales, sociales, de desarrollo fronterizo y de integración física, que permitan una cohesión gradual de los mercados y territorios nacionales, con miras a alcanzar un desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros”. (Sentencia de fecha 5 de julio del año 2000, dictada dentro de la acción de incumpliendo 46-AI-99 interpuesta contra la República de Venezuela por haber adoptado ciertas medidas destinadas al Transporte Internacional de Mercancías por Carretera).

Si bien en la sentencia arriba transcrita no se menciona el agotamiento del derecho sobre la marca, es evidente que su inclusión en la normativa andina, desde la Decisión 311, obedece al objetivo mismo de la creación de la Comunidad Andina, cual es la formación de un mercado común, para el cual uno de los pilares fundamentales es garantizar la libre circulación de las mercancías, para lo que es imprescindible

15 Proceso 2-AI-96 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

consagrar, al igual que en su tiempo lo hizo las normas legales de la Unión Europea, la figura del agotamiento de los titulares de derechos de propiedad industrial.

VI. Agotamiento: Excepción al principio de territorialidad

En el proceso No. 17-IP-98, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante sentencia de abril 21 de 1998, al pronunciarse sobre la registrabilidad del signo LA RUBIA, establece lo siguiente respecto al agotamiento del derecho sobre la marca:

“La protección ideal en el derecho marcario andino sería la derivada de un registro único, pero lo cierto es que éste no ha sido establecido hasta ahora, y entonces deberán determinarse por cada país las reglas aplicables a los casos concretos. La ampliación del concepto de territorialidad que se consagra en el inciso 2º del artículo 93 de la Decisión 344 se refiere únicamente al caso de que el registro y las solicitudes de marcas presentadas en cualquier País Miembro pueda permitir a su titular presentar observaciones en los demás países de la subregión. También se exceptúa de la territorialidad el caso del agotamiento del derecho consagrado en el artículo 106 de la Decisión 344. Que hacer entonces?, es la pregunta que ha de responderse.”¹⁶

Lo dicho por el Tribunal tiene estrecha relación con uno de los requisitos para que opere el agotamiento del derecho de la marca, cual es el Requisito Territorial, únicamente si es que la norma legal consagraría el agotamiento nacional, el mismo no sería una excepción al principio de territorialidad. Sin embargo, como se dijo anteriormente, la Decisión 486, y en su tiempo la 344, consagraban el agotamiento internacional de la marca, en virtud del cual al haberse dado una primera comercialización del producto identificado, en cualquier país del mundo, un tercero está en la libertad de introducir dicho producto dentro de los mercados de cualquier país que conforma la Comunidad Andina, aun cuando en uno (o en todos) de estos países el producto no hubiere sido introducido por primera vez por el titular o por un tercero con su consentimiento.

En este sentido se pronunció la especialista venezolana en Competencia, Sara C. Alvarez, en su ponencia sobre “Las importaciones paralelas, Algunas reflexiones desde la perspectiva de la Competencia” que al respecto manifestó: “Por otra parte, las importaciones paralelas son “la excepción a la exclusividad de uso otorgada por un registro marcario”. En este sentido ha expresado la doctrina que al suspenderse el principio de territorialidad, entra en juego la figura del agotamiento internacional, del derecho al uso en exclusivo de una marca. De esta forma observamos que a partir de la primera venta, el producto importado pasa a circular sin restricciones en el país receptor.

En efecto, el tratamiento que se da en la Comunidad Andina a las importaciones paralelas está íntimamente relacionado con ciertos aspectos del derecho marcario; precisamente la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, establece una excepción para los terceros que realicen lícitamente importaciones paralelas, frente a los titulares de un derecho marcario.”¹⁷ (la negrilla es nuestra)

Es decir que el agotamiento internacional de marca “implica la inexistencia de límites

¹⁶ Proceso 17-IP-98 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

¹⁷ Ponencia publicada en www.procompotencia.gob.ve

territoriales, bastando la primera venta en cualquier lugar del mundo.”¹⁸

VII. Agotamiento: límite del derecho del titular sobre su marca

En el proceso No. 69-IP-2000, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina estableció que el agotamiento se configura como uno de los límites de los derechos que el titular tiene sobre su signo distintivo, sin que esto implique como citamos antes, la extinción total del *ius prohibendi*:

“Tampoco goza el titular de la posibilidad de prohibir la comercialización de sus propios productos por un licenciataria u otra persona autorizada, cuando las características originarias de los mismos no hubieren sido modificadas o alteradas, con lo cual recoge la legislación comunitaria el principio del agotamiento del derecho, ... (artículo 106)... Se deduce así que el derecho sobre la marca no es ilimitado, y, por el contrario, el ejercicio de acciones contra terceros puede verse restringido por motivos relacionados con la identidad de la persona, su seudónimo o domicilio; debido a propósitos de identificación o de información; o con la finalidad de anunciar la existencia de productos o servicios legítimamente marcados; o para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada (artículo 105); así como también en virtud del agotamiento del derecho (artículo 106) y de la coexistencia marcaria en la Subregión a la que se refiere el artículo 107 de la Decisión 344.

En relación con tales limitaciones resulta oportuno aclarar que, aparte de que por su naturaleza deben ser objeto de interpretación restrictiva, su procedencia se encuentra supeditada al cumplimiento de las condiciones expresamente exigidas por la normativa comunitaria.”¹⁹

De igual forma se pronunció el Tribunal en una de sus sentencias más comentadas, dentro de la Acción de Incumplimiento en contra del Estado de Venezuela, proceso 2-AI-96 denominado caso Belmont:

“Afirma Venezuela, que entre los derechos de Propiedad Intelectual, el derecho sobre la marca, es exclusivo, pero no ilimitado o absoluto, sin más, pues tiene varias restricciones, de manera que se limita al derecho de “impedir” algunos actos por parte de terceros, respecto del uso de la marca registrada para productos o servicios idénticos o similares; que una vez que el titular del derecho ha puesto en el comercio los productos identificados con la marca, no puede impedir la libre circulación de las mercancías marcadas, verificándose el llamado “agotamiento del derecho” (artículo 106 de la Decisión 344), que no impide a terceros usar el signo distintivo registrado para anunciar, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios lícitamente marcados en la misma (Decisión 344, artículo 105).

Tampoco goza el titular de la posibilidad de prohibir la comercialización de sus propios productos por un licenciataria u otra persona autorizada, cuando las características originarias de los mismos no hubieren sido modificadas o alteradas, con lo cual recoge la legislación comunitaria el principio del agotamiento del derecho,

¹⁸ DE MARTIN MUÑOZ, Alberto, PROPIEDAD INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL, Edit. Comares, Primera Edic., Madrid, pág. 23

¹⁹ Proceso 69-IP-2000 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

no aplicable en el presente caso (artículo 106).”²⁰

Este límite obedece, a juicio de la tratadista Ana María Tobío Rivas, quien a su vez recoge el pensamiento del tratadista Fernández Novoa a: “Si el titular pudiese oponerse, ejercitando el *ius prohibendi*, a la comercialización sucesiva de los productos revestidos con su marca, entonces gozaría de un monopolio de comercialización. Como indica FERNANDEZ NOVOA esto desnaturalizaría la figura de la marca: “esta dejaría de ser un símbolo indicador de origen empresarial y calidad de los productos y pasaría a convertirse en un mecanismo que garantizaría la efectividad de las prácticas restrictivas de la libre competencia”.²¹

Concordante con este criterio es el de la tratadista venezolana arriba citada:

“Asimismo, ha considerado el Derecho Comunitario Europeo que el objeto específico o contenido esencial del derecho de marca comprende sólo el derecho exclusivo del titular a usar la marca para introducir por primera vez un producto en el tráfico económico, delimitándose esta facultad exclusiva a la primera comercialización y no extendiéndose a los sucesivos actos de comercialización”.²²

VIII. Conclusiones

En este trabajo, no se pretendía tratar de manera exhaustiva la institución del Agotamiento del Derecho, razón por la que se limitó a un breve análisis de su introducción, tratamiento y puesta en práctica en la legislación de la Comunidad Andina, contraponiéndolo con la experiencia de la Unión Europea, luego de lo cual podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. La figura del Agotamiento del Derecho tiene su origen en la jurisprudencia alemana, sin embargo debido a la globalización de los mercados, y a una “flexibilización” de las fronteras, se lo ha incluido en casi todas las legislaciones europeas y latinoamericanas.

Lo dicho con el fin de que el derecho que el titular tiene sobre su marca, no se convierta en un monopolio desmedido que fragmente o compartimente un mercado común. Es decir que el Agotamiento del derecho es un verdadero límite de los derechos sobre una marca, tal como se lo puede apreciar en el Reglamento de Marca Comunitario, así como en la Decisión 486.

Sin embargo, conviene aclarar que el agotamiento del derecho no es absoluto, ya que las mismas legislaciones, con diferente alcance, establecen límites al agotamiento, tal es el caso, por ejemplo, del reenvasado de productos, que ha sido objeto de múltiples sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

2. Como se dijo anteriormente el Agotamiento del Derecho sobre la marca, fue incluido por primera vez en la legislación Andina en la Decisión 311, debido a que ésta optó por no permitir la coexistencia marcaica (la misma que si era contemplada

²⁰ Proceso 2-AI-96 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

²¹ TOBIO RIVAS, Ana María, COMENTARIO A LOS REGLAMENTOS SOBRE LA MARCA COMUNITARIA, Universidad de Alicante, Alicante, segunda edición, pág. 187

²² Ponencia publicada en www.procomptencia.gob.ve

y permitida en la derogada Decisión 85).

Si bien la situación de la permisibilidad de la coexistencia marcaria ha variado a través de las sucesivas Decisiones, el agotamiento del derecho ha sido conservado hasta la vigente Decisión 486, conservando los requisitos delinados por el Reglamento de Marca Comunitaria de la Unión Europea, pero guardando importantes diferencias, especialmente en lo referente al ámbito territorial de aplicación del agotamiento.

No obstante, como se ha visto durante este trabajo, si bien varios tratadistas no solo de la Comunidad Andina, sino también de Latinoamérica (especialmente profesores argentinos), han mencionado en sus obras el agotamiento del derecho, no se observa un aporte significativo desde el punto de vista doctrinario, ni su efectiva aplicabilidad desde el punto de vista legal o comercial en nuestro sub continente.

Igual sucede en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conformado por ilustres juristas de los cinco países que conforman la región, que hasta el momento no se ha visto en la necesidad de interpretar el artículo 158 de la Decisión 486, razón por la que no existe jurisprudencia "directa" sobre este tema. No obstante, existen varias referencias al agotamiento en sentencias del tribunal, las mismas que fueron citadas anteriormente, que de cierta forma permiten delinear, aunque no de manera clara y contundente, el agotamiento en los países de la región andina.

3. Como se anotó en la segunda conclusión, existen diferencias fundamentales en el tratamiento del agotamiento del derecho dado en la legislación de la Unión Europea, con respecto a la Comunidad Andina. Lo expuesto se pone de manifiesto al momento de determinar el requisito territorial.

En el caso de la Unión Europea, con el fin delimitar el alcance territorial del agotamiento del derecho, se han producido arduas discusiones a nivel doctrinario, entre los tribunales de los diferentes países de la Unión, los mismos que han sido resueltos a través de varias sentencias concordantes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que han determinado que se producirá el agotamiento de la marca cuando concurren tres requisitos a saber: la primera comercialización del producto identificado con una marca determinada, la misma que deberá ser realizada por el titular de la marca o con su consentimiento, y finalmente que dicha comercialización deberá ser realizada en un país del Espacio Económico Europeo (siendo éste último requisito, territorial, el objeto de delimitación por parte del TJCE).

En la Comunidad Andina, deben concurrir los dos requisitos arriba citados, sin embargo al momento de hablar del ámbito territorial necesario para que opere el agotamiento, éste es mucho más amplio, ya que basta que se de la primera comercialización del producto identificado con la marca por parte del titular (con su consentimiento o por un tercero económicamente vinculado con el titular) en cualquier país, configurándose por tanto el agotamiento internacional de la marca.

A juicio de varios tratadistas latinoamericanos el agotamiento internacional es la fórmula más conveniente para los países de "economías emergentes" toda vez que se constituye en un imán para la inversión extranjera.

Las licencias obligatorias de patentes en el Ecuador. Una breve referencia al caso de los medicamentos y al decreto presidencial 118

Compulsory licensing of patents in Ecuador. A brief analysis of pharmaceuticals and Presidential Decree 118

Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.

Doctor en jurisprudencia. Profesor de Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial PUCE, USFO y UDLA. Consultor.

Enero de 2013

Resumen:

La licencia de patente es un mecanismo de autorización de explotación que puede surgir de la voluntad del licenciante en convenio con el licenciatario o bien puede originarse de un acto de la Administración Pública. En el segundo caso, tanto la normativa subregional andina, cuanto nuestra Ley de Propiedad Intelectual, contienen causales específicas y alineadas con la doctrina y convenios internacionales, por las cuales, puede el Estado otorgar licencias obligatorias de patentes. En este sentido, cabe analizar exhaustivamente las mismas, como mecanismo de prevenir abusos de derechos de propiedad intelectual y precautelar intereses públicos legítimos. En el caso ecuatoriano, el sector farmacéutico específicamente, mediante Decreto 118, ha sido foco de atención en cuanto a la potestad estatal de otorgar licencias obligatorias de medicamentos bajo los parámetros legales enunciados.

Abstract

The patent license is mechanism that allows the exploitation of the invention, that may arise from the will of the licensor in agreement with the licensee or may result from an act of the Public Administration. In the second case, both Andean regional regulation as our intellectual property law, contain specific grounds that are aligned with the doctrine and international treaties, by which the State can grant compulsory patent licenses. In this regard it is necessary to deeply analyze them as a mechanism to prevent the abuse of intellectual property rights and safeguard legitimate public interests. In Ecuador, the pharmaceutical sector specifically, through Presidential Decree 118, has been the focus of attention, because it gives to the State the power to grant compulsory licenses for pharmaceuticals under the settled legal parameters.

Sumario:

1. El Decreto 118.
2. Inventos Patentes y Licencias Obligatorias.
3. Licencias de patente y licencias obligatorias.
4. Orígenes de la licencia obligatoria en la legislación internacional. El Convenio de París y la falta de uso como

causa para su concesión. Limitaciones. **5.** La licencia obligatoria y el interés público. **6.** Procedimiento para las licencias obligatorias de patentes en el Ecuador. **7.** Las licencias obligatorias en el marco del Decreto 118. **8.** La declaración de interés público de bienes jurídicos superiores.

1. El Decreto 118

El 23 de octubre de 2011, el Presidente de la República expidió el Decreto 118 que declaró de interés público “...*el acceso a las medicinas utilizadas para el tratamiento de enfermedades que afectan a la población ecuatoriana y que sean prioritarias para la salud pública, para lo cual se podrá conceder licencias obligatorias sobre las patentes de los medicamentos de uso humano que sean necesarios para sus tratamientos...*”. Se hizo así realidad un plan que el Gobierno venía cociendo a fuego lento desde el inicio de su gestión, como parte de una agenda a la que muchos de sus seguidores han calificado de progresista y reivindicatoria. Ahora intentaremos glosarlo a la luz de algunos conceptos jurídicos y normas que le sirvieron de supuesto fundamento y que, según veremos, quedan seriamente comprometidos.

2. Inventos, patentes y licencias obligatorias

El alcance de este artículo obliga a realizar una explicación breve de qué es un invento y, a partir de ahí, qué son las patentes y las licencias obligatorias, para luego examinar lo que sucede en el espacio concreto de la industria farmacéutica de cara a la aplicación del Decreto 118.

2.1 Qué es un invento

Dar una definición precisa de lo que es un invento es una tarea compleja. Para conseguirlo, ha sido necesario transitar un camino largo en el que se han destacado los autores clásicos alemanes, al habernos aportado las claves fundamentales para este cometido. Así por ejemplo, Bauke define al invento como “...la indicación de un nuevo medio que consigue la satisfacción de necesidades humanas en el campo industrial de manera perfecta...”.¹ Para Benkard, “...una invención es una indicación para la utilización de fuerzas o sustancias de la naturaleza con el efecto repetible a voluntad, de un resultado directamente aprovechable, que no pertenecía hasta entonces al estado de la técnica industrial y no era de esperar dentro del marco de los conocimientos normales en la especialidad...”.² Autores españoles contemporáneos como Botana-Agra han elaborado definiciones más extensas, pero que, con todo, cuidan de incorporar la mayor cantidad posible de elementos subjetivos y objetivos que permitan delinear una clara frontera conceptual. Para él, “...la invención supone alguna intervención del intelecto humano sobre las fuerzas y elementos naturales,

¹ Bauke, Leopold, *Ist die Erfindung produktiver, die Entdeckung rezeptiver Natur?*, GRUR 1900, pags. 158 y sgtes. Cita y traducción de Alberto Bercovitz en *Los requisitos positivos de patentabilidad en el Derecho Alemán*, Imprenta Sáez, Madrid, 1969, pag. 71.

² Benkard, Georg, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentanwaltgesetz*, C.H. Beck, Munich y Berlín, 1963. Cita y traducción de Alberto Bercovitz en *Los requisitos positivos de patentabilidad en el Derecho Alemán*, Imprenta Sáez, Madrid, 1969, pag. 71.

mediante la cual se obtiene algún resultado o efecto que la Naturaleza por sí misma nunca produciría o, de producirlo, lo haría en condiciones de forma, tiempo y espacio no idénticas a las que derivan de dicha intervención humana... Sin duda, la invención que interesa al Derecho de patentes es la que se genera y proyecta su resultado en el ámbito de la *técnica*, entendida ésta como conjunto de medios de actuación del hombre sobre las fuerzas de la Naturaleza para ponerlas a su servicio o como la reforma que el hombre impone a la Naturaleza en vista de la satisfacción de sus necesidades... Cabe definir la "invención" como *una creación del intelecto humano consistente en una regla para el obrar técnico, no conocida, que indica determinados medios para la actuación sobre las fuerzas de la Naturaleza y de la que se deriva un resultado directamente aplicable en la industria*... En segundo lugar, la invención es una regla destinada al "obrar técnico humano", o sea, su inmediata finalidad ha de ser la consecución de un resultado con entidad física o material perteneciente al campo de la técnica aplicable en la industria... ha de ser "no conocida" (nueva) bien en su formulación, bien en el problema planteado o en los medios indicados, o bien en el resultado o solución..."³.

La definición más extendida, acaso por su elocuente sencillez, es la que nos dice que un invento es *la solución técnica concreta para un problema técnico concreto*, originada en un acto creativo intelectual. Así, la idea inicial del inventor se plasmará, por regla general, en un resultado conscientemente previsto: se plantea la solución para uno u otro problema técnico, partiendo de la voluntad de quien la pondrá en marcha. Tiene, pues, un sentido finalista -de medios a fin-, que parte de lo que el inventor quiere o busca al concebir su idea, y que llega hasta el resultado en que ésta se singulariza. No obstante, la invención puede excepcionalmente brotar de un hecho aleatorio o casual: el vínculo entre el fin perseguido y el resultado obtenido se aparta del vínculo medios-fin, al obtener un resultado distinto del que se buscaba, pero eficaz desde el punto de vista inventivo. Es, en síntesis, una regla concebida para regular una actividad humana específica; deberá contener un problema y su solución correlativa, útil y aplicable en la práctica, y estará dirigida a quienes posean conocimientos normales en la materia de que se trate, la que además, dependiendo de la naturaleza del invento, podrá tener como destinatario a la persona común y corriente.

Si bien los objetivos de este artículo no contemplan un análisis exhaustivo de los elementos singulares de las definiciones que acabamos de citar, sí debemos concluir que cuando la invención pertenece al dominio específico de la industria farmacéutica, los principios que la rigen así como los requisitos positivos a los cuales su protección jurídica está condicionada, no difieren de aquellos a los que están sometidas otro tipo de invenciones. Por tanto, el derecho de propiedad industrial sobre la invención farmacéutica es también el mismo que se obtiene y se ejerce sobre las invenciones pertenecientes a otros campos técnicos e industriales. Pero, por otro lado, los bienes jurídicos que involucra -fundamentalmente la salud y la vida-, explican que los productos obtenidos de la aplicación de una invención químico-farmacéutica tengan etapas de desarrollo y comercialización distintos a los que pueden tener los que pertenecen a otras esferas. Sin embargo, la superación de estas etapas se produce casi siempre durante el período de vigencia del respectivo derecho de patente, lo que, sumado a las ingentes inversiones que demanda, genera un efecto que en buena

³ Botana-Agra, Manuel, *Invención y Patente* en *Manual de la Propiedad Industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pag. 95.

medida relativiza su eficacia objetiva. He aquí una diferencia con otros derechos de patente, especialmente relevante frente al tema que nos ocupa, como se verá después.

2.1.1 Tipos de invenciones patentables que reconoce el ordenamiento ecuatoriano

El ordenamiento positivo ecuatoriano reconoce los dos géneros universales de invenciones que, lógicamente, se extienden a las patentes que las protegen: las de producto y las de procedimiento, según señalan la Decisión 486 y la Ley de Propiedad Intelectual.

a) Invenciones de Producto

La invención de “producto”, será aquella consistente en un objeto cierto o determinado: sustancias, combinaciones de sustancias, objetos, combinaciones de objetos, que representan en sí mismos la solución técnica para el problema técnico planteado. La solución técnica que es el invento, es el objeto mismo en su dimensión material: por ejemplo, un dispositivo que aplicado al motor de un automóvil, optimiza el consumo de combustible. Esa es una invención de producto.

b) Invenciones de Procedimiento

La invención de “procedimiento” está dada, en cambio, por el conjunto de operaciones o actividades técnicas que representan el ciclo que debe cumplirse para obtener el resultado planeado, por ejemplo, el que se utiliza para producir un cierto tipo de cerveza, de fibra textil o un determinado medicamento. Su autonomía frente a los dispositivos empleados, es absoluta.

Por medio de las patentes de procedimiento se protegen entonces las actividades cuya puesta en práctica constituye la solución técnica misma del problema planteado, y que comprende el empleo de un medio material específico, como una sustancia, una combinación de sustancias, uno o varios objetos, y/o una fuente energética de cualquier tipo.

El ámbito de pertenencia del invento, referido por la Ley como “todos los ámbitos de la tecnología”, será tan amplio como amplias son las distintas actividades humanas que hoy en día, directa o indirectamente, representan algún progreso o beneficio derivado de una aplicación tecnológica. Es decir casi todas, por no decir que todas. Esta necesidad de pertenencia al universo tecnológico no es, sin embargo, una condición necesaria para que el acto creativo intelectual “invención” acceda a la tutela del derecho de patentes. Bien podría decirse que no todo acto creativo intelectual perteneciente al mundo tecnológico sea susceptible de protección vía patente; o que por dicha pertenencia deba asignársele en forma automática la categoría de invención; o que, por el contrario, la imposibilidad de asignarle un lugar en la tecnología sea razón para negar a ese acto creativo el carácter de invención. Por consiguiente, la pertenencia a un determinado dominio técnico, tecnológico o científico no es impedimento para que la invención pueda ser protegida a través de una patente, salvo en los casos en que la Ley, pese a que puedan cumplir con los requisitos de patentabilidad, las excluya expresamente por el motivo que fuere, como ocurre en las normas de los Arts. 20 de la Decisión 486 y 126 de la Ley de Propiedad Intelectual.

2.2 Qué es una patente

Más allá de lo que podríamos inferir desde una perspectiva estrictamente semántica, la patente en el contexto de la propiedad industrial es un instrumento tutelar sobre dos tipos de creaciones específicas: los inventos y los modelos de utilidad. Dado que su objeto es un derecho de propiedad inmaterial, tiene un componente moral –inherente al inventor y a su condición de tal-, y uno patrimonial –que concierne a su explotación material o pecuniaria-. Comprende un conjunto de facultades exclusivas -positivas y negativas-, cuyo ejercicio se extingue definitivamente cuando ha transcurrido su plazo de vigencia, que bajo nuestra legislación es de 20 años y que se retrotrae a la fecha de presentación de la solicitud correspondiente. Por tanto, las patentes sólo protegen inventos y modelos de utilidad, y no las creaciones intelectuales en general como equivocadamente la gente suele creer; tienen un plazo de duración improrrogable y, por ende, limitado; el titular del componente moral del derecho es siempre el inventor; y, el derecho patrimonial admite titulares distintos a éste.

Su reconocimiento está sometido a un proceso formal que inicia siempre con la presentación de una solicitud que canaliza la pretensión jurídica singular del creador sobre la creación intelectual de la que es objeto, y que termina con un pronunciamiento de la autoridad pública competente, a favor o en contra de dicha pretensión. Luego, sin la presentación de la solicitud y sin el cumplimiento del trámite previsto para su eventual concesión, no hay patente ni derecho posible.

3. Licencias de patente y licencias obligatorias

Para comprender qué es una licencia obligatoria, conviene primero señalar qué es una “licencia de patente”.

Licencia de patente es, en general, “...una transmisión limitada del goce de la exclusiva. Es una **autorización de explotación** en la que el licenciante retiene la titularidad de la patente. La limitación de la transmisión (la licencia) puede radicar en el tiempo (período inferior al que reste de vida legal de la exclusiva), en el modo de empleo (para una aplicación concreta de la invención), en el sector industrial para el que se otorga. Se distinguen tres tipos de licencias: contractuales, obligatorias, de pleno derecho...”⁴.

El ya citado autor español Manuel Botana-Agra la define como “...el instituto jurídico por cuya virtud un tercero, sin adquirir la titularidad de la patente, es autorizado por el titular de la patente o por la Administración para realizar actos de explotación del objeto de la patente...puede tener su origen en un contrato entre el titular de la patente (licenciante) y un tercero (licenciario) o en un acto de la Administración pública por el que se autoriza a un tercero la realización de actos de explotación de la patente y se impone al titular de ésta la obligación de tolerar esos actos (declaración unilateral de imperio). Con base justamente en este origen, cabe distinguir entre licencia contractual o voluntaria, de pleno derecho, y licencia forzosa u obligatoria...”⁵

La licencia contractual está recogida, precisamente, en un contrato que regula sus

4 Memento Práctico Francis Lefebvre, Propiedad Intelectual e Industrial 2012-2013, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2012, pag. 857.

5 Botana-Agra, Manuel, Invención y Patente en Manual de la Propiedad Industrial, Marcial Pons, Madrid, 2009, pags. 193-194.

condiciones. Según esto, puede ser total o parcial, exclusiva o no exclusiva, abierta o limitada (en cuanto al territorio donde se la ejerce), etc. y se rige por el principio de autonomía de la voluntad que le es inherente.

La licencia de pleno derecho está precedida a su vez por una oferta (*invitatio ad offerendum*) que formula el titular de la patente, canalizada ordinariamente por la autoridad administrativa. Algunas legislaciones como la española, por ejemplo, las contemplan expresamente, aunque este no sea el caso del ordenamiento ecuatoriano.

La licencia obligatoria es de origen extracontractual. Es así que por medio de ella, la autoridad pública autoriza a terceros a realizar actos de explotación de la patente sin el consentimiento de su titular. No obstante, a juicio de un respetable sector de la doctrina, la licencia obligatoria supone una suerte de “pacto contractual” forzoso donde, frente a la concurrencia de las circunstancias previstas en la Ley y sin su consentimiento, el titular está obligado a aceptar la explotación de su patente.

Pero detrás de las definiciones generalmente aceptadas y de cualquier análisis sobre su naturaleza jurídica, hay un hecho destacable que sirve de base para justificar la existencia y aplicación efectiva de la licencia obligatoria: la colisión entre el interés particular (el del titular de la patente) y el interés público, que en el mundo de la industria farmacéutica enfrenta a menudo a las corporaciones privadas con los Estados, incluidos, como es obvio, los menos desarrollados. Bercovitz lo previene de la siguiente manera: “...a través de la licencia obligatoria puede llevarse a cabo, sin necesidad de la autorización del titular de la patente, una explotación de ésta que satisfaga al interés público; pero, sin embargo, el titular mantiene su derecho a recibir una remuneración adecuada por la explotación que se lleve a cabo. Teniendo en cuenta estas consideraciones, no puede extrañar que la licencia obligatoria se haya convertido en un instrumento de gran importancia dentro del Derecho de patentes, como medio para equilibrar el interés privado del titular con los intereses públicos contrapuestos al mismo...”⁶.

4. Orígenes de la licencia obligatoria en la legislación internacional. El Convenio de París y la falta de uso como causa para su concesión. Limitaciones

La licencia obligatoria aparece en el Convenio de la Unión de París de 1883 para la Protección de la Propiedad Industrial revisado por última vez en Estocolmo el 14 de julio de 1967 (Convenio de París o simplemente CUP), en su artículo 5.A como un mecanismo “punitivo” frente a la falta de explotación del invento patentado.

La citada norma unionista prescribe lo siguiente:

“...Art. 5.- (A. Patentes: introducción de objetos, falta o insuficiencia de explotación, licencias obligatorias.-

A. 1) La introducción, por el titular de la patente, en el país donde la patente ha sido concedida, de objetos fabricados en otro de los países de la

⁶ Bercovitz, Alberto, Notas sobre las licencias obligatorias de patentes, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XX, Universidad de Santiago de Compostela-Marcial Pons, Madrid, 2000, pags. 55-56.

Unión no provocará su caducidad.

2) Cada uno de los países de la Unión tendrá la facultad de tomar medidas legislativas, que prevean la concesión de licencias obligatorias, para prevenir los abusos que podrían resultar del ejercicio del derecho exclusivo conferido por la patente, por ejemplo, falta de explotación.

3) La caducidad de la patente no podrá ser prevista sino para el caso en que la concesión de licencias obligatorias no hubiere bastado para prevenir estos abusos. Ninguna acción de caducidad o de revocación de una patente podrá entablarse antes de la expiración de dos años a partir de la concesión de la primera licencia obligatoria.

4) Una licencia obligatoria no podrá ser solicitada por causa de falta o de insuficiencia de explotación antes de la expiración de un plazo de cuatro años a partir del depósito de la solicitud de patente, o de tres años a partir de la concesión de la patente, aplicándose el plazo que expire más tarde; será rechazada si el titular de la patente justifica su inacción con excusas legítimas. Dicha licencia obligatoria será no exclusiva y no podrá ser transmitida, aún bajo la forma de concesión de sublicencia, sino con la parte de la empresa o del establecimiento mercantil que explote esta licencia.

5) Las disposiciones que preceden serán aplicables a los modelos de utilidad, sin perjuicio de las modificaciones necesarias...”.

Luego, se puede decir que el CUP introdujo las pautas generales a partir de las cuales muchas legislaciones supranacionales y nacionales, como la subregional andina y la misma ecuatoriana, por ejemplo, incorporaron la licencia obligatoria de patentes.

El sentido “punitivo” que se reconoce a la licencia obligatoria desde sus orígenes, buscó siempre, ante todo, neutralizar cualquier situación que supusiera abusar del derecho de patente. Resulta entonces oportuno citar la opinión que Alberto Bercovitz da acerca de los fines de la licencia obligatoria en el marco del CUP y de las condiciones a las que está sometida. Dice que la licencia obligatoria “...Se introdujo como medio para evitar fundamentalmente que la falta de explotación de la patente en el territorio del Estado donde ésta había sido otorgada diera lugar a la caducidad de la patente. No se olvide, a título de ejemplo, que en la Ley inglesa de patentes de 1907, la sección 27 ya imponía la obligación de explotar la patente en medida suficiente para satisfacer la demanda del mercado inglés. Y en base a esa norma se revocaron diversas patentes....Para evitar, por tanto, una solución tan drástica como es la de la caducidad o revocación por falta de explotación, en las sucesivas revisiones del CUP no sólo se introdujo la figura de la licencia obligatoria, sino que además se impusieron limitaciones a la concesión de la misma....La regulación contenida en el artículo 5.A CUP preveía la concesión de licencias obligatorias para prevenir los abusos que pudieran resultar del ejercicio del derecho exclusivo de patente, pero entre los posibles abusos sólo mencionaba de forma expresa la falta de explotación. Es decir, que la concesión de licencias obligatorias estaba prevista fundamentalmente

como sanción posible por la falta de explotación de la invención patentada. ...”⁷.

Pero el otorgamiento de licencias obligatorias según el CUP no surge de modo automático frente a la falta de explotación de la invención patentada, sino que está sometida a limitaciones puntuales: a) la falta de uso admite causas de justificación, las cuales ordinariamente pasan por los hechos que el derecho civil regula bajo dos instituciones seculares: el caso fortuito y la fuerza mayor; b) no pueden conferirse antes de transcurridos 4 años desde la presentación de la solicitud de patente o de 3 años contados desde su concesión, debiéndose estar al plazo más extenso; c) las licencias obligatorias no son de carácter exclusivo.

Si la falta de uso es condición necesaria de la licencia obligatoria en el ámbito del CUP, no es menos cierto que el derecho de patente tiene en la explotación patrimonial del invento su punto neurálgico. En un sentido general, quien inventa también invierte. Invierte recursos materiales y, sobre todo, tiempo, que se buscará recuperarlo en forma de beneficios pecuniarios. De ahí que la falta de explotación de invenciones patentadas sea más bien una situación ciertamente excepcional, lo que explica que las licencias obligatorias debidas a ella sean, igualmente, poco frecuentes. Y a esto debe añadirse que la invención patentada, más allá de su consustancial sentido finalista, es también un medio para el avance científico, tecnológico e industrial, que en la práctica puede a veces sucumbir frente al peso específico de los intereses que mueven su explotación, produciendo situaciones que distorsionan sus objetivos naturales, como ocurre cuando la patente, lejos de fomentar la actividad productiva del país donde se la confiere, da lugar a prácticas anticompetitivas.

5. La licencia obligatoria y el interés público

Ocurren casos en los que a pesar de la normal explotación de un invento patentado (en contraposición a la falta de uso que ordinariamente motiva el otorgamiento de una licencia obligatoria) y al margen de cualquier situación jurídicamente abusiva que pudiera también ser causal para su concesión, concurre un interés superior que puede motivar la concesión de una licencia obligatoria: necesidades de salud o sanidad; necesidades vinculadas a la defensa de un Estado; necesidades vinculadas a su desarrollo social, económico, tecnológico, etc. Es, pues, el interés público un motivo para el otorgamiento de licencias obligatorias en el que, según se ha dicho, se da prioridad a los bienes jurídicos que lo sustentan, por sobre los que atañen al derecho subjetivo del titular de la patente.

6. Procedimiento para las licencias obligatorias de patentes en el Ecuador

La licencia obligatoria es una posibilidad expresamente contemplada en la Decisión 486 y en la Ley de Propiedad Intelectual que, como es lógico, incluye a las patentes de la industria farmacéutica, materia central del Decreto Presidencial 118.

Sus fundamentos son los mismos que recoge el CUP y la mayor parte de las

⁷ Bercovitz, Alberto, *idem* 6, pag. 56.

legislaciones nacionales actualmente vigentes: la falta de explotación de la invención en los términos legalmente señalados; razones de interés público, de emergencia nacional, de seguridad nacional; prácticas que afecten la libre competencia; o, que la explotación de una patente requiera del empleo de otra.

Los tipos de licencia obligatoria que se describen a continuación pueden incluir a las patentes de medicamentos. Sin embargo, pondremos énfasis en la que se origina en razones de interés público, dado el alcance de este artículo, por lo que se la trata al final.

6.1 Licencia obligatoria por falta de explotación o por suspensión en la explotación

El requisito para su otorgamiento, según el Art. 61 de la Decisión 486, radica en la falta de explotación dentro de los 3 años siguientes a la concesión de la patente o dentro de los 4 años siguientes a la fecha de su solicitud. Se sobrentiende que este último plazo se cuenta en la medida que la patente haya sido concedida. Siempre se cuenta el plazo mayor, con lo que se dará prioridad al plazo que corre desde la presentación de la solicitud. También se podrá requerir la licencia obligatoria si la explotación del invento patentado se suspendiere por más de 1 año.

6.1.1 Quién puede solicitar la licencia obligatoria de una patente por falta de explotación

Cualquier persona, natural o jurídica, que tenga interés en obtenerla. La Ley no contempla una definición del “interés” que ha de motivar el pedido de licencia obligatoria bajo este supuesto, por lo que, deduciéndola de su sentido lógico y gramatical, podría consistir en la expectativa que guarda el solicitante acerca del valor o de la utilidad de la patente cuya licencia se pretende, en función de una determinada circunstancia o condición. Sin embargo, para este caso la Ley contempla un factor adicional de legitimación al que además se subordina el otorgamiento de la licencia, consistente en que el solicitante hubiera intentado previamente obtener una licencia contractual, en términos y condiciones razonables, y que la licencia no hubiera sido concedida dentro de un plazo prudencial, que la Ley no define.

6.1.2 Ante quién se presenta la solicitud de licencia obligatoria por falta de explotación

Ante la Oficina Nacional Competente, en este caso, la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, en consonancia con lo que manda el Art. 359 de la Ley de Propiedad Intelectual.

6.1.3 Cuándo se puede solicitar la licencia obligatoria de una patente bajo el supuesto del Art. 61 de la Decisión 486

En cualquier momento durante la vigencia de la patente, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que hayan transcurrido al menos tres años desde la fecha de otorgamiento de la patente o 4 desde la presentación de la solicitud, sin que durante ese tiempo se haya explotado la invención de producto o procedimiento de la que es objeto, en concordancia con lo que establecen los Arts. 59 y 60. Siempre se tomará en cuenta el plazo de no explotación que resulte mayor.

b) De no verificarse la falta de explotación en los términos señalados en el literal anterior, que la explotación del invento patentado se hubiere suspendido por más de 1 año.

c) Que el solicitante hubiera intentado previamente obtener una licencia contractual, en términos y condiciones razonables, y que la licencia no hubiera sido concedida dentro de un plazo prudencial, 6 meses según determina el literal a) del Art. 156 de la Ley de Propiedad Intelectual.

d) Que no existan causas de justificación. Como causa de justificación deberán admitirse todas aquellas circunstancias que por su naturaleza puedan estar comprendidas bajo el concepto "caso fortuito" o "fuerza mayor" establecido en el Código Civil, o que correspondan a cualquier suerte de restricción comercial impuesta por autoridad competente sobre la invención patentada cuya licencia obligatoria se persigue.

6.1.4 A quién debe imputarse y dónde debe producirse la falta de explotación

La falta de explotación del invento que motive un pedido de licencia obligatoria, ha de ser imputable al titular de la patente o a alguna persona autorizada por él, y deberá haberse producido en el Ecuador.

6.1.5 Qué comprende la falta de explotación del invento

La falta de explotación para estos efectos consiste en la no verificación de lo que describen los Arts. 59 y 60 de la Decisión 486: que no se haya cumplido la obligación de explotar el invento por parte del titular o de cualquier persona autorizada por éste; que en tal virtud, el producto patentado no haya sido producido industrialmente, distribuido y comercializado en función de la demanda del mercado, o que el procedimiento patentado no haya sido utilizado industrialmente.

6.2 Licencia obligatoria por prácticas del titular de la patente, que afecten a la libre competencia, y en particular constituyan abuso de posición dominante

Está contemplada en el Art. 66 de la Decisión 486 y en el Art. 155 de la Ley de Propiedad Intelectual. El requisito para su otorgamiento radica en la práctica de actividades que de modo general afecten la libre competencia, y que concretamente consistan en abusos de posición dominante por parte del titular de la patente.

Actos que afectan a la libre competencia son aquellos señalados en el Art. 258 y 259 de la Decisión 486 y en el Art. 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.

6.2.1 Quién la puede solicitar

La licencia obligatoria bajo estos supuestos puede ser concedida de oficio. En caso de solicitud de parte, el sentido del Art. 66 de la Decisión 486 apuntaría a cualquier persona, natural o jurídica, que hubiese resultado perjudicada del ejercicio del acto restrictivo a la libre competencia o competitivo desleal, y cuya actividad o actividades fueren competitivamente vinculadas a las del titular de la patente cuya licencia se persigue. La Ley no contempla una definición del “interés” que ha de motivar el pedido de licencia obligatoria bajo este supuesto, ni tampoco determina los actos que legitimen la solicitud, por lo que necesariamente debe deducirse del sentido natural de la norma.

6.2.2 Quién la declara o ante quién se presenta la solicitud

Ante la Oficina Nacional Competente, en este caso, la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, en consonancia con lo que manda el Art. 359 de la Ley de Propiedad Intelectual.

6.2.3 Cuándo se la puede ordenar de oficio y/o solicitar

En cualquier momento durante la vigencia de la patente, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) que existan prácticas que afecten la libre competencia.
- b) que exista la calificación de la autoridad nacional en materia de libre competencia, sobre los actos que la restrinjan o sobre la deslealtad competitiva de tales actos, que son los que motivan la licencia obligatoria, incluidos aquellos que puedan definirse como “abuso de posición dominante”. Por tanto, la calificación a la que se refiere el Art. 66 no versa sobre la licencia como tal sino sobre el acto o actos que la motivan. Adicionalmente, la superioridad jerárquica de la norma comunitaria vuelve inaplicable el requisito de la sentencia judicial que determina la Ley Nacional, por lo que la licencia obligatoria en estos casos necesita la calificación expresa del órgano administrativo competente en materia de libre competencia, que en nuestro caso es la Superintendencia de Control del Poder del Mercado. Anteriormente, bajo la vigencia de la Decisión 344 y para sus efectos, la autoridad en materia de libre competencia era el juez de lo civil.

6.3 Licencia obligatoria cuando la explotación de una invención patentada requiera necesariamente del empleo de otra

Está prevista en el Art. 67 de la Decisión 486.

6.4 Licencia obligatoria por razones de interés público, emergencia nacional o seguridad nacional

Es la que contempla el Art. 65 de la Decisión 486 y 154 de la Ley de Propiedad Intelectual. El requisito para su otorgamiento radica en la declaratoria de razones

de interés público, de emergencia nacional o de razones de seguridad nacional, por parte del Presidente de la República.

6.4.1 Quién la puede solicitar

Cualquier persona, natural o jurídica, que lo solicite. La Ley no establece como factor de legitimidad para solicitar la licencia el interés en obtenerla, por lo que tampoco contempla una definición en tal sentido. Así, debería solicitarla cualquier persona en situación objetiva de servir al interés público o a los hechos que motiven la emergencia o seguridad nacionales, con la explotación del invento patentado materia de la licencia.

6.4.2 Ante quién se presenta la solicitud

Ante la Oficina Nacional Competente, en este caso, la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, en consonancia con lo que manda el Art. 359 de la Ley de Propiedad Intelectual.

6.4.3 Cuándo se puede solicitar la licencia obligatoria de una patente bajo el supuesto del Art. 65 de la Decisión 486 y del Art. 154 de la Ley de Propiedad Intelectual

En cualquier momento durante la vigencia de la patente, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que medie la declaratoria de razones de interés público, de emergencia nacional, o de razones de seguridad nacional, por parte del Presidente de la República.
- b) Que la Dirección Nacional de Propiedad Industrial establezca el alcance o la extensión de la licencia obligatoria, el tiempo por el cual se la concede, el objeto de la licencia y las condiciones para la respectiva compensación económica a su titular.
- c) Que en forma previa a la concesión de la licencia el titular sea notificado con la decisión de concederla, a fin de que haga valer sus derechos, siempre que por los hechos que motiven la licencia dicha notificación sea razonablemente posible.

6.5 Condiciones generales de las licencias obligatorias

El Art. 68 de la Decisión 486 y el Art. 156 de la Ley de Propiedad Intelectual establecen las condiciones generales para las licencias obligatorias de patentes de invención:

6.5.1 La intención de obtener una licencia voluntaria previa

El potencial licenciatario deberá probar que ha intentado obtener la autorización del titular de los derechos en términos y condiciones comerciales razonables y, que esos intentos no han sido contestados o lo han sido negativamente, dentro de un plazo no inferior a seis meses contados a partir de la solicitud formal en que

se hubiere incluido tales términos y condiciones en forma suficiente para permitir al titular de la patente formarse criterio.

6.5.2 Las licencias obligatorias no suponen fórmula de exclusividad

Las licencias obligatorias no serán exclusivas. Además, no admiten la concesión de sublicencias.

6.5.3 Las licencias obligatorias son esencialmente revocables

Podrán revocarse, a reserva de la protección adecuada de los intereses legítimos de las personas que han recibido autorización para las mismas, si las circunstancias que les dieron origen han desaparecido y no es probable que vuelvan a surgir. En tal caso, la revocatoria podrá darse de oficio. Además, la licencia será revocada inmediatamente si el licenciatario incumpliere con los pagos y demás obligaciones.

6.5.4 Alcance y duración máxima

El alcance y la duración máxima de las licencias obligatorias se delimitarán en función de los fines para los que se concedieron. Por consiguiente, están sujetas a límites temporales y espaciales.

6.5.5 La licencia obligatoria no es gratuita

En la licencia obligatoria, incluida, claro está, la que se concede por razones de interés público, el licenciatario está obligado a remunerar de manera adecuada al titular de la patente objeto de la licencia. No es, pues, gratuita, como algunos despidados podrían creer.

7. Las licencias obligatorias en el marco del Decreto 118

La naturaleza jurídica esencial de la licencia obligatoria demuestra con rotundidad que las licencias obligatorias no son una vía para flexibilizar el derecho de patente, eufemismo al que ha echado mano el Gobierno Nacional para justificar la expedición del Decreto 118, menos aún cuando la Ley determina claramente que su concesión está reducida a circunstancias o situaciones excepcionales muy concretas. Veamos seguidamente qué dicen las principales normas positivas citadas en el mencionado Decreto.

7.1 La Ley de Propiedad Intelectual y la Decisión 486 de la CAN

La Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador y la Decisión 486 de la CAN, guardando los preceptos dogmáticos fundamentales, exigen dos condiciones necesarias para otorgarlas: 1) Razones de interés público derivadas de una situación de emergencia o seguridad nacional; y,

2) Que la duración de la licencia esté limitada a la de la situación que motivó su concesión, al punto que una vez superada, se la puede revocar de oficio o a petición de parte.

7.2 Los ADPIC

El Acuerdo sobre los ADPIC, estatuto que regula la propiedad intelectual en el ámbito de la OMC, no contempla las licencias obligatorias sino los denominados “usos sin autorización del titular” que, en todo caso, estando sujetos a los mismos requisitos contemplados en la ley nacional y subregional, surten efectos similares a los de las licencias. Así, este estatuto también reconoce, aunque no expresamente, el derecho de los Estados Miembros de suspender transitoriamente el carácter exclusivo y excluyente de las patentes, lo que confirma su carácter limitativo, pero siempre en un contexto de coyuntura basado en situaciones concretas y excepcionales.

7.3 La Declaración de Doha

La Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública de la Conferencia Ministerial de la OMC adoptada en Doha el 14 de noviembre de 2001, conocida simplemente como “Declaración de Doha”, dispone que cada Estado Miembro de la OMC

“...tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias...”; y, “...el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia...”

El espíritu de esta norma no deja espacio a la duda, ya que al ser el Estado quien confiere el derecho de patente, es obvio que la potestad de conceder licencias obligatorias y la de fijar sus términos también le corresponden de forma exclusiva. Pero es preciso advertir que la Declaración de Doha no modifica el ADPIC, al que está subordinada, lo que hace que sus contenidos deban interpretarse forzosamente dentro de los límites trazados por este Acuerdo. Así, la posición jerárquica de la Declaración, más el propósito natural de las licencias obligatorias, impiden que su concesión se justifique con la sola invocación de conceptos *in abstracto*, v.gr. “emergencia nacional”, “interés público”, “seguridad nacional”, pues son las situaciones específicas en que estos conceptos se concretan las que objetivamente las justifican: por ejemplo, la emergencia nacional decretada por la propagación epidémica de una enfermedad a consecuencia de una catástrofe natural.

De otro lado, la posibilidad de que el Estado pueda determinar las bases sobre las cuales se concede las licencias también merece ser precisada. Efectivamente, el sentido de la expresión “...libertad de determinar las bases...” de la Declaración de Doha no es otro que la potestad de fijar los términos de la licencia (monto de las

regalías, obligaciones del licenciatarario, etc.), puesto que no hay margen discrecional para determinar las causales de su otorgamiento, que ya vienen determinadas en la ley y los tratados, y que como hemos visto son únicamente dos: emergencia y seguridad nacional, pudiendo el Estado tan sólo determinar las situaciones concretas que correspondan a una u a otra.

8. La declaración de interés público de bienes jurídico superiores

La protección de bienes jurídicos superiores como la salud y la adopción de medidas para llevarla a cabo eficazmente, son deberes inexcusables para cualquier Estado. Siendo así, no hacía falta declararlos de interés público, ya que éste es consustancial a esos deberes. Y como la salud pública no se entiende al margen de las políticas del Estado, su tutela no puede ser coyuntural sino permanente. Si decíamos que el interés público es un concepto abstracto que sólo se concreta en situaciones particulares no permanentes, ¿podría entonces justificarse la concesión de licencias obligatorias de patentes en el interés general que subyace a toda política de Estado? Creemos que no. Las leyes que hablan de ellas, establecen con unanimidad las condiciones para concederlas. Y ninguna lo permite, incluida la Declaración de Doha, sin que haya surgido previamente una situación concreta que motive la emergencia. Así, si el propósito del Decreto 118 fue declarar de interés público el acceso a los medicamentos -no de interés público de emergencia o seguridad como manda la Ley-, la concesión de licencias obligatorias justificadas por ese interés sigue, no obstante, condicionada a la verificación de una circunstancia excepcional. De ahí que sea precipitado sostener que el Decreto afecta automáticamente a todas las patentes de medicamentos que están vigentes, por el solo hecho de haberse declarado de interés público el acceso a los mismos. Además, todas las normas invocadas para la expedición del Decreto coinciden en que las licencias obligatorias tienen una duración temporal que se limita a la de la situación de emergencia que las motiva. Por consiguiente, el interés público que éste declara y que es inherente a todas las políticas de Estado, que son permanentes, no puede ser en sí mismo condición suficiente para la concesión de las licencias, que siempre son temporales. Además, normalmente, en cuestiones sanitarias o de salud, cada situación de emergencia se suscita a partir de factores distintos. Resulta entonces imposible que en una misma circunstancia sea preciso conceder licencias obligatorias de todos los medicamentos protegidos con patentes. Ilustrémoslo con un ejemplo: piénsese en lo que ocurre actualmente con la epidemia de la mal llamada “gripe porcina”. No se podría admitir la concesión de una licencia obligatoria de la patente que protege al medicamento empleado habitualmente para su tratamiento, por la sola declaración recogida en el Decreto. En primer lugar, haría falta la declaración de emergencia frente a la propagación descontrolada del virus. Luego habría que cumplir con la notificación al titular de la patente del medicamento comprometido, y con los demás requisitos establecidos en la Ley. Sólo ahí se podría conferir la licencia obligatoria, que permanecería vigente mientras continúe la situación que hubiese motivado la declaración de la emergencia. ¿Esto justificaría que de paso, como está de por medio el interés público, se concedan licencias obligatorias de las patentes que protegen los medicamentos para tratar el dengue, la diabetes, el cáncer de colon o el “rasca bonito”, que también son enfermedades

que afectan a la población ecuatoriana? Pues de ninguna manera. Lo contrario simplemente marcaría el deceso del sistema de patentes, generándole al Estado una serie de responsabilidades muy graves que, al socaire de la revolución ciudadana y su fobia irracional a ciertas iniciativas privadas, parece no haber advertido. Y si lo ha hecho, será ya cuestión de salir y que el último apague la luz...

Propuesta de reformas al mercado de valores ecuatoriano

Proposed amendments to the securities exchange on Ecuador

Juan Isaac Lovato Saltos

Fecha

Resumen:

El mercado de valores ha tenido históricamente un peso significativamente inferior al mercado financiero nacional. Ante esta realidad, surge la necesidad de impulsar mediante reforma normativa un esquema legal que efectivamente cumpla con el objetivo de potenciar el mismo, como un espacio de trascendental importancia para la interacción de actores económicos y el consiguiente impulso a la actividad productiva. En este marco, cabe indicar cuáles son los cambios que se sugieren respecto de la institucionalidad actual, los actores intervinientes en el mercado de valores, la inclusión de oferentes de menor envergadura, los diversos títulos comercializables, la transparencia, requisitos y garantías indispensables, entre otros.

Abstract

Historically, the stock market has had a significantly lower weight than the national financial market. Given this reality, it appears the need to push through regulatory reform a legal scheme that effectively achieves the objective of enhancing the stock market as an area of significant importance for the interaction of economic actors and the consequent emphasis on productive activity. In this context, it is important to show which are the suggested changes for the current system, actors involved in the stock market, inclusion of smaller suppliers, various marketable securities, transparency, requirements and essential guarantees, among others aspects.

Sumario:

1. Introducción. **2.** El Mercado de Valores Ecuatoriano. **3.** Cambios Propuestos para el nuevo esquema del Mercado de Valores ecuatoriano. **4.** Conclusiones y recomendaciones

1. Introducción

Una vez que ya han transcurrido varios años desde la vigencia de la primera Ley de Mercado de Valores en el Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial del 28 de mayo de 1993, así como de la segunda de estas normas publicada el Registro Oficial No. 367 del 23 de julio de 1998, contamos con un mercado que presenta características propias. Desgraciadamente, desde mi punto de vista, estas características no están alineadas con el propósito del legislador ni de la naturaleza del mismo mercado de valores de ser utilizado en su máximo potencial en el contexto de la economía nacional, por sus actores habituales o incluso por los ciudadanos en general. Desde la primera Ley de Mercado de Valores de 1993 ya indicada se percibía lo que manifiesto. Por esta razón tenemos que en su primer considerando decía:

“Que una eficiente utilización de los instrumentos financieros en el mercado de valores permite una mejor canalización del ahorro, lo que fortalece el sector productivo, con la consiguiente generación de empleo e incremento en la producción de bienes y servicios;” Y para ser más precisos en la orientación que se pretendió otorgar a nuestro mercado revisemos lo mencionado en el segundo inciso de esta inicial ley de valores que decía: “Que es necesario precautelar los intereses de los inversionistas en valores, democratizar la participación en el capital social de las empresas y velar por un mercado de valores autosostenido, eficiente, organizado, integrado y transparente;”

Posteriormente, el segundo inciso de la segunda Ley de Mercado de Valores del Ecuador indica:

“Que la experiencia adquirida en su aplicación y el desarrollo del mercado de valores hacen necesario profundizar, actualizar y sustituir sus normas para facilitar el cumplimiento de los objetivos para los cuales fue expedida”.

Hay que mencionar que luego de pocos años del primer texto normativo es que ameritó la necesidad de modificarlo para incluir nuevas figuras o reforzar las existentes. En la actualidad ese esfuerzo ya se ha visto superado y amerita de nuevo cambios de fondo los cuales para que sean permanentes en el tiempo y de cumplimiento obligatorio deben necesariamente constar en un cuerpo legal expreso.

2. El Mercado de Valores Ecuatoriano

El mercado de valores en nuestro país nació atado a la creación de las bolsas de valores de Quito y de Guayaquil, una vez publicada la ley No. 111 en el Registro Oficial No. 144 de 26 de marzo de 1969. Sin embargo, no es sino desde que se promulgaron las dos Leyes de Mercado de valores ya indicadas que se institucionalizó nuestro mercado de valores definiendo claramente a los tipos de mercados, incluyendo a intermediarios profesionales personas jurídicas para que se proteja al inversor con la presencia de casas de valores bajo la figura de sociedades anónimas y ante todo definiendo los tipos de operaciones que se pueden realizar con valores de: renta variable, renta fija y los nacidos producto de los procesos de titularización.

Desde entonces es importante mencionar que las principales empresas y bancos del Ecuador o entre los más destacados a nivel nacional constan como emisores de valores desde hace algunos años. Estos emisores han sido a través de sus cabezas y principales accionistas o socios quienes superaron barreras de: conocimiento, estructurales e incluso culturales en un país como el nuestro donde prevalece como célula societaria la empresa familiar, el financiamiento bancario y la inversión de corto plazo, para participar en un mercado en el cual se abre los capitales o se busca financiamiento públicamente a través de emisiones y venta de acciones o valores de contenido crediticio o representativos de deuda.

Así tenemos claramente establecido que:

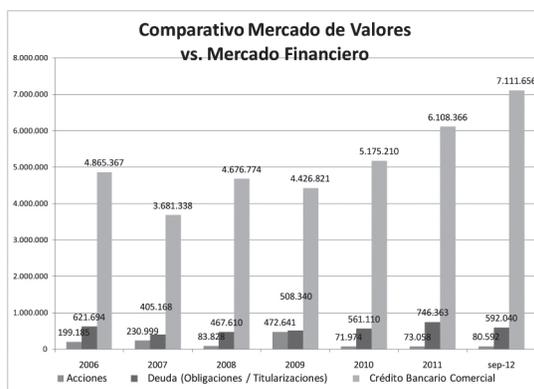
“La función principal de todo sistema financiero es la de promover la

canalización del ahorro hacia la inversión en un entorno de incertidumbre derivada de los diferentes tipos de riesgos asociados a dicho proceso. Esta asignación de recursos se puede realizar bien a través de los mercados de valores, bien a través de la intermediación financiera. En el primer caso son los ahorradores los que, a través de la adquisición de títulos emitidos en el mercado de valores, se encargan de canalizar directamente su capacidad de financiación hacia aquellos agentes con necesidad de financiación...”¹

En este punto me permito realizar una fotografía de nuestro mercado actualmente, en el que miramos falencias profundas que lo afectan en su desenvolvimiento o desarrollo. Ante todo vemos que el mercado de valores en nuestro país presenta un rol mucho menos protagónico que el mercado financiero. Nos enmarcamos en el listado de países que otorga una predilección, digo yo, casi genética a la banca.

“En ocasiones, los mercados de valores ocupan una posición secundaria o subordinada en el conjunto del sistema financiero que se centra, preferentemente, en torno al mercado de crédito y, en particular, a los bancos. Es el caso de países como Alemania o Suiza en los que la existencia de una banca de tipo universal que participa en todo tipo de operaciones financieras, ha venido relegando tradicionalmente los mercados de valores propiamente dichos a un segundo término.”².

Las cifras son elocuentes como podemos apreciar en el siguiente cuadro:



Fuente: Superintendencia de Bancos y Seguros

Sin embargo, esta desproporción no es la adecuada y puede ser una de las causas de nuestra crisis bancaria del año 2000, por lo que más bien pienso que deberíamos orientarnos a un equilibrio entre estos mercados para darle más sustento a nuestra economía, como es el caso de los países anglosajones:

“En otros casos, por el contrario, la captación de recursos a través de la emisión de valores ha ofrecido, desde antaño, una notoria importancia,

1 Bolsa de Madrid, *El Ahorro y los Mercados Financieros*, Madrid- España, 2000. Página 64.

2 Luis Javier Cortés, *Lecciones de Contratos y Mercados Financieros*, Editorial Civitas, Madrid- España, 2000, páginas 348 y 349.

contribuyendo a un mayor equilibrio entre el mercado crediticio y el de valores, tal como ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos o Gran Bretaña.”³

Siguiendo con mi análisis, puedo decir que un mercado de valores debería estar ante todo caracterizado por permitir la existencia de emisiones e inversiones a largo plazo. Esto también le diferencia, entre otras peculiaridades como ya lo vimos, con el mercado financiero, aunque los dos mercados tengan fines similares. Sin embargo, en nuestro país, incluso por la definición constante en la Ley de Mercado de valores se mira solamente a partir de los 360 días como largo plazo.

Así, tenemos que el tercer inciso del Art. 160 de la Ley de Mercado de Valores dice:

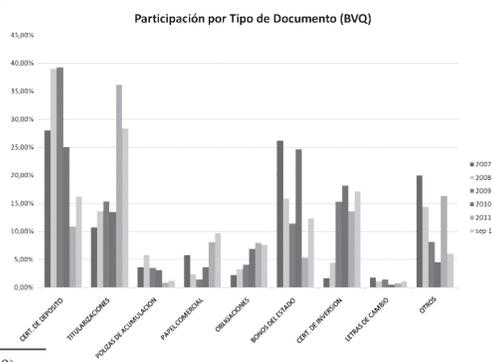
“La emisión de valores consistentes en obligaciones podrá ser de largo o corto plazo. En este último caso se tratará de papeles comerciales. Se entenderá que son obligaciones de largo plazo, cuando éste sea superior a trescientos sesenta días contados desde su emisión hasta su vencimiento.”

Por lo que en la práctica las emisiones de valores de contenido crediticio o de renta fija tienen horizontes de vencimiento hasta 3 o 4 años de manera aproximada. Lo que no es totalmente adecuado y se debería propender a aumentar el plazo de las inversiones.

Adicionalmente, se debe indicar que nuestro mercado es sobre todo un gran nicho para la venta de renta fija donde las empresas que han conocido de las bondades del mercado han sabido beneficiarse de tasas de interés más bajas sin costos de garantías y además sin perder el control societario, lo que se debe destacar considerando el altísimo número de compañías familiares en nuestro país. Concomitantemente, los inversores han tenido la oportunidad de confiar de manera segura sus inversiones y obtener más rendimiento por sus inversiones.

Las negociaciones de renta variable son muy escasas y de los emisores que han inscrito sus acciones son muy pocas las que se transan constantemente en nuestras bolsas de valores, tal como podemos ver por el bajísimo % de las negociaciones de los últimos años en la Bolsa de Valores ecuatoriana, menos del 5%. Del total negociado.

En los últimos años ha destacado las negociaciones de valores producto de procesos de titularización y entre ellas de las denominadas titularizaciones de flujos, a las que nos referiremos más adelante. Estos son valores ante todo de renta fija que han sido adquiridos por inversionistas institucionales del sector público y privado, como podemos constatar a continuación en el siguiente gráfico:



Fuente: BVQ

3 (L. Cortés, 2000, página 349).

La mayoría de los valores emitidos se presentan todavía de manera física. La desmaterialización de los valores se ha incrementado en los últimos años pero todavía tenemos un mercado en el que prevalece la circulación de documentos impresos, lo que atenta contra la agilidad y seguridad que se obtiene con la desmaterialización. Adicionalmente, es importante recalcar la participación de las instituciones financieras en nuestro mercado de valores, siendo actores permanentes del mismo como emisores ante todo de obligaciones y papel comercial. Sin embargo, estos valores en muchas ocasiones fueron adquiridos por miembros del mismo grupo financiero y que se limitaron a un mercado primario para solamente cumplir requisitos de encaje obligatorio y para cumplir exigencias de patrimonio técnico, en caso de las obligaciones convertibles en acciones. Por lo tanto estas negociaciones no han ayudado a dinamizar realmente nuestro mercado de valores siendo en muchos casos simplemente un aporte estadístico para los volúmenes negociados.

No se debe desconocer la participación permanente del sector público en las negociaciones en el mercado de valores, a pesar que a partir del 31 de diciembre de 2008, se reformó el Art. 37 de la Ley de Mercado de Valores a través de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera y por lo tanto no siempre existe la obligatoriedad que el sector público negocie en bolsa.

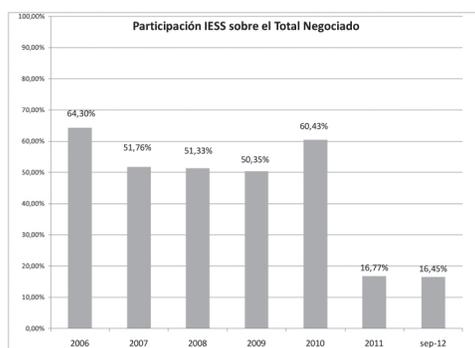
En consecuencia, sobre todo en este año, se percibe una disminución importante de la participación del Estado en las negociaciones bursátiles, amparado en la disposición ya indicada, tal como podemos ver a continuación:



Fuente: BVQ

Se debe destacar, dentro de los inversionistas compradores del sector público y de nuestro mercado de valores en general, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), hoy Banco del IESS (BIESS), a lo largo de la historia de nuestro país. Este inversionista institucional, que ante todo compra valores en un mercado primario y espera los vencimientos de los plazos de sus inversiones, como podemos apreciar en el siguiente gráfico, ha tenido una importantísima participación sobre el total negociado cada año. La excepción está dada en los últimos períodos por su

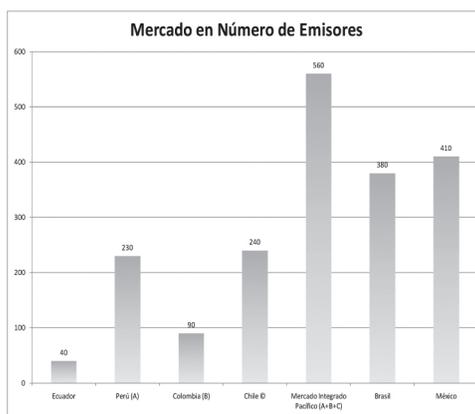
considerable disminución de participación en el mercado bursátil debido a la reforma ya indicada sobre la obligación legal que las instituciones públicas siempre inviertan en valores a través del mercado bursátil.



Fuente: BVQ

La existencia de este inversionista representa en mi opinión una gran oportunidad que no se debería desperdiciar ya que con sus inmensos recursos es un importante respaldo financiero para la inversión, lo que debidamente encaminado podría aunar para el desarrollo del mercado.

No obstante lo conseguido hasta la presente fecha, nos vemos con una realidad de un mercado muy limitado y lo más preocupante: pocos emisores, pocos inversores y confusión del mercado de valores con mercado bursátil. Sobre todo una diferencia elocuente con otros países está plasmada en el número de empresas cotizadas que venden sus acciones en bolsa, el siguiente cuadro habla por sí solo:



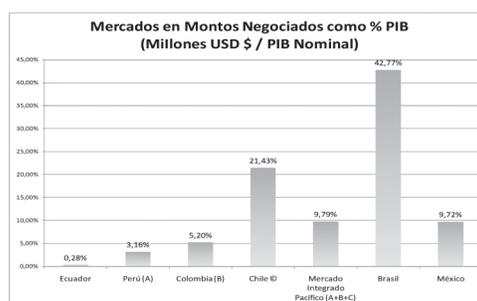
Fuente: Banco Central del Ecuador (BCE)

Si es que un mercado de valores presenta pocos emisores y pocos inversores, la consecuencia natural es que su peso en la economía nacional sea muy baja. Por lo que esta escasa participación del volumen de las negociaciones bursátiles se refleja

en un pobre % del PIB de nuestro país y también a nivel internacional como podemos apreciar a continuación en los siguientes dos cuadros estadísticos:



Fuente: BCE



Fuente: BCE

Por todo lo expuesto, es evidente la necesidad de incorporar cambios estructurales en nuestro mercado de valores con el fin de impulsar su crecimiento basado en mayor uso del mismo por distintos actores, además de los actuales y en ese camino contar con más emisores e inversores que se beneficien de financiamiento más barato, inversiones más rentables y un mercado seguro y transparente.

Justamente en esta línea, desde el año 2010 he opinado y asesorado en este tema a quienes han visto en mis ideas el único y sincero propósito de promover en el Ecuador el uso de herramientas válidas ya existentes y otras que podemos incorporar en nuestra economía para promover la producción, el empleo y el bienestar social. Por esta razón, a lo largo de este trabajo permanentemente realizaré referencias a los documentos ya elaborados y presentados oportunamente en los que participé y están pendientes de enviar a la Asamblea Nacional para su aprobación. No siempre mi pensamiento coincidirá totalmente con las figuras plasmadas en esos documentos, por lo que me permitirá justamente hacer las aclaraciones y ampliaciones sobre los aspectos fundamentales que en mi opinión debe contener un nuevo mercado de valores en el Ecuador.

3. Cambios propuestos para el nuevo esquema del mercado de valores ecuatoriano

3.1 Junta de Regulación y Superintendencia de Valores

Todo mercado de valores debe disponer de un ente que promulgue las normas y las

políticas para aplicarse así como de un ente de control para que aplique las políticas y haga cumplir esas normas.

Desde los albores del funcionamiento de los mercados de valores tenemos la presencia en estas plazas públicas de la autoridad pública. Por esto es que el artículo 64 de nuestro Código de Comercio mantiene este lineamiento y ordena que en la Bolsa de Comercio se negocie con sujeción a lo que prescriban la ley y los reglamentos, y bajo la inspección de la autoridad pública.

En nuestro país como ya quedó dicho ejerce las funciones de regulador y generador de la política del mercado de valores el Consejo Nacional de Valores y el controlador es la Superintendencia de Compañías.

Se debe notar en este punto que el regulador está adscrito al controlador por disposición expresa de la Ley de Mercado de Valores. Sin embargo, este esquema que data de la primera Ley de Mercado de Valores del Ecuador de mayo de 1993 no encaja con el nuevo esquema de la vigente Constitución de la República del Ecuador en la cual se crea la Función de Transparencia y Control Social. En esta función está claro quiénes forman parte de la misma: Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Contraloría General del Estado, Superintendencias y Defensoría del Pueblo. Pero lo más importante es que el máximo cuerpo jurídico de nuestro país separa clara y expresamente la actividad de control con la de regulación y generación de política y rectoría en todos los ámbitos y no pueden mezclarse.

En consecuencia de lo anterior mal puede presidir al órgano regulador del mercado de valores la misma cabeza del controlador.

De manera acertada se separa dos ámbitos complementarios pero de naturaleza y fines distintos.

Es por esta razón que actualmente el órgano regulador y gestor de las políticas del mercado de valores no puede ser parte ni siquiera administrativamente del órgano de control.

El controlador tiene sus facultades claramente establecidas y no es de su ámbito generar normas. Su visión es distinta a la de promover y ampliar el mercado. Su difícil tarea es vigilar el cumplimiento de las normas para que el mercado actúe de manera adecuada. Otros son los llamados a dictar las políticas y la rectoría del mercado de valores, analizando de manera técnica cuales son las fortalezas y las debilidades del mercado para apuntalar donde sea necesario y esas normas tendrá el controlador que verificar se cumplan.

Por esta razón es que tanto en el proyecto de Ley de Mercado de Valores, como en el proyecto de Reformas a la Ley de Mercado de Valores, se establece la creación de una Junta de Regulación del Mercado de Valores. Esta está integrada por tres miembros pertenecientes a la Función Ejecutiva, como indica la Constitución, y está encargada de establecer la política y la regulación del mercado de valores. Sus integrantes son el Ministro encargado de la Política Económica, quien la presidirá; el Ministro encargado de la Producción y un delegado del Presidente de la República. Asistirán

con voz informativa pero sin voto el Superintendente de Compañías y el de Bancos o cualquier otra persona que sea necesario informar a la Junta.

Se crea la Secretaría Técnica de la Junta de Regulación del Mercado de Valores como el motor permanente de esta Junta, que será el que de acuerdo con los pedidos de los miembros de la Junta y de los órganos de control elabore los proyectos de reglamentos o de políticas que sean necesarios para su posterior aprobación. Por lo que se le brinda un soporte permanente que incluso puede dar como apoyo a las iniciativas de políticas y regulación.

La Superintendencia de Compañías aparece con la nueva denominación de Superintendencia de Compañías y Valores, dando énfasis en su control al mercado de valores en complemento con el control societario. Internamente el órgano de control deberá segmentar un control exclusivo al mundo del mercado de valores separado con ámbitos que actualmente se lo maneja de manera vinculada como es el control a los fideicomisos y administradoras de fondos.

En consecuencia, el controlador que se pretende mantener como parte de la Superintendencia de Compañías, es fortalecido con normas que apuntalarán un control de fondo y que se lo fortalece con la figura de la intervención con causales específicas para la realidad de nuestro mercado, para finalizar con la aplicación de sanciones más drásticas y severas actualizadas con nuestra realidad.

De igual manera, el controlador en Ecuador no debe asemejarse a las estructuras como de la Superintendencia de Mercado de Valores peruana a la que añado la colombiana, inspiradas en las funciones de las Comisiones de Valores instauradas en varios países como Estados Unidos o México.

Expresamente dentro de los objetivos de la Superintendencia Financiera de Colombia tenemos aparte de la supervisión:

“Fortalecimiento de los requerimientos prudenciales para las entidades vigiladas. Desarrollo del Mercado de Capitales; La SFC participará en la definición de la política integral para profundizar el mercado de capitales, prestando el apoyo técnico que sea necesario para el análisis, diseño y concertación de las normas que deban expedirse y su reglamentación”⁴.

En estos casos se trata de entes controladores y reguladores en uno sólo. Esto genera que prevalezca un ánimo de restricciones y limitantes en las normatividades para el mercado que deben ser observadas por controladores que aparecen incluso con herramientas policíacas: interrogatorios, decomiso de evidencias, etc. Por el momento nuestra realidad está orientada a que las normas y políticas del mercado se las vea con una visión de desarrollo de algo que todavía no termina de crecer en nuestra economía: el mercado de valores.

Incluso si deseamos ser más ortodoxos con criterios puristas del mercado de valores

4 . <http://www.superfinanciera.gov.co/>

y que varias veces lo recoge las sugerencias de Iosco (Organización Internacional de Comisiones de Valores por sus siglas en inglés) el controlador debería ser totalmente independiente, es decir ni siquiera formar un solo ente con el ámbito societario sino exclusivamente una Superintendencia de Valores, con el fin de permitir un control exclusivo que no se ocupe de otras materias y vaya abarcando las nuevas figuras y esquemas que un mercado que se desarrolle debe contemplar cada vez más. Es decir, en este punto un esquema como el acogido en Perú.

3.2 Oferta Pública

El mercado de valores no solamente se lo debe observar de manera limitada al ámbito de inversores y emisores. Es también el lugar donde puede y deber realizarse las operaciones de toma de control societario. Esto con el fin natural de proteger al inversor y en este caso concreto del accionista minoritario. Por esta razón que se creó la figura de la oferta pública de adquisición (OPA) con el fin de lograr que el sobreprecio que se está dispuesto a pagar para obtener el control de una empresa, llamado prima de control, pueda distribuirse entre todos los accionistas sean grandes o pequeños. Sebastián Albella Amigo al referirse a la OPA dice que:

“Puede enunciarse, de un modo más preciso y sintético, como un principio de protección igualitaria de los accionistas minoritarios en caso de cambio de control. Se trata de asegurar un trato equivalente e igual entre los accionistas en situaciones de cambio de control, pero también de proteger objetivamente su interés”.⁵

Las normas de la OPA la encontramos en Colombia, Perú, EEUU, y los países de Europa y sin fin de países más que las han adoptado años atrás. Sin embargo el Ecuador es la excepción y es momento de incluirla. Desde hace varios años he insistido en la necesidad de incluir estos preceptos.

“En este sentido, la OPA es una puerta para la incorporación a las negociaciones en bolsa y que el ciudadano inversor se vea aventajado participando en la propiedad del capital de una sociedad. Esta medida ayudaría para que los inversores minoristas destinen parte de su ahorro al mercado de valores y sientan seguridad en las normas que lo rigen para un adecuado fortalecimiento de la economía”⁶

La razón mundialmente aceptada está clara. Sin embargo, en nuestro país tiene una importancia adicional, puesto que su inclusión atraería más al inversor que además de precio o rendimiento tendría un tercer incentivo de adquirir acciones en la bolsa: ser tomado en cuenta obligatoriamente por exigencia legal el momento de una toma de control de la empresa que es parte y ganar una prima por su inversión.

⁵ Albella Amigo Sebastian, Eugenio R., et al. (o y otros), *La nueva normativa de OPAs en España. Balance del Real Decreto 1066/2007 desde su entrada en vigor*, España, Editorial Civitas, 2010, Página. 18

⁶ Juan Isaac Lovato, “*La Oferta Pública de adquisición (OPA) en el Ecuador*”, Revista Iberoamericana de Mercado de Valores, No. 14, Madrid- España, página 61-66. Marzo, 2005.

Es evidente que estas normas van a permitir que todo accionista de manera transparente y equitativa conozca públicamente las intenciones de tomar el control de la empresa en la que son accionistas.

En mi opinión se ha introducido el modelo más aceptado en las legislaciones a nivel internacional que es el de la OPA a priori, puesto que se trata de un modelo más lógico y ajustable a nuestra realidad. Es decir que todo el proceso se lo realiza antes de pagar la prima. Lo que contrasta con el modelo de la OPA a posteriori que ha implementado la Unión Europea y que ha sido trasladada a todos los países miembros en sus legislaciones locales. Es el caso español con la transposición a su ordenamiento jurídico de la Directiva denominada como MIFID.

“Los principios esenciales de este nuevo sistema de 2007 vigente son los siguientes: imposición del deber de formular una opa obligatoria, a posteriori (tras la adquisición del control) y total (porque debe dirigirse a todas las acciones y valores que den derecho a su adquisición o suscripción y a todas las acciones y valores que den derecho a su adquisición o suscripción y a todos sus titulares) a un precio equitativo, por quien alcance el control de una sociedad cotizada...”⁷

3.3 Bolsas de Valores: desmutualización y unificación de sistemas de negociación

3.3.1 Desmutualización de las Bolsas

Como ya lo indiqué líneas arriba, las bolsas de valores actualmente se desenvuelven bajo la figura de corporaciones civiles sin fines de lucro. Esta realidad debe cambiar ya que este esquema, en que sus únicos propietarios son las casas de valores, no ha ayudado al fin primordial de desarrollar el mercado de valores ecuatoriano en más de diez años en todo el potencial deseado.

A nivel internacional las mismas bolsas de valores han impulsado un cambio profundo en su naturaleza jurídica, cambio de forma sí pero que obedece a razones de peso de fondo.

No se puede considerar en la actualidad y desde hace ya décadas en mercados internacionales, a la bolsa de valores como único exponente del mercado de valores. Este mercado está compuesto cada día más de distintos mecanismos para negociar los valores, por lo tanto el monopolio de las bolsas de valores se vio afectado por la presencia de otros medios de negociación y en consecuencia las bolsas de valores deben coexistir con otros mercados organizados.

Por esta razón es que es necesario fortalecer y mantener la presencia importante de las bolsas de valores pero compitiendo y con cambios imprescindibles a la par del avance de los requerimientos de los inversores. En consecuencia la mayoría de bolsas de valores del mundo han transformado su esencia mutual cerrada a una figura de sociedad anónima, por esencia abierta compuesta por accionistas. Esto es

⁷ Alberto Tapia Hermida, Carmen Alonso Ledesma *et al.* (o y otros), *Régimen Jurídico de las Ofertas Públicas de Adquisición*, España, Editorial Bosch, 2009, Página. 168

la desmutualización. Fernando Zunzunegui es muy claro al respecto:

“La desmutualización es el proceso de privatización de las bolsas, de conversión en sociedades cotizadas. Las bolsas han evolucionado de ser corporaciones de agentes de cambio y bolsa, hasta convertirse en empresas que cotizan en el mercado que gestionan.”⁸

La razón está en que los nuevos propietarios de las bolsas de valores deben ser los mismos inversores, de tal manera que éstos se vean atraídos por sus ganancias entregando valores a la venta y a la compra pero también ganando por el desenvolvimiento de la misma bolsa. El objetivo final será que las acciones de la bolsa se coticen en la misma bolsa y su precio fluctúe como cualquier otro emisor en función de su actuación y desempeño comparado con los otros mercados existentes. De esta manera todas las normas y prácticas societarias se aplicarán, pudiendo realizarse aumentos de capital, fusiones, absorciones con otras bolsas y también el accionista será más crítico y analítico con la administración de turno de la bolsa la que deberá siempre manejar principios de eficiencia, competitividad y buenas prácticas de gobierno corporativo para evitar conflictos de interés.

El mismo Fernando Zunzunegui añade:

“Más de 16 bolsas mundiales cotizan en los mercados que gestionan, entre las que se encuentran la Bolsa de Londres, Euronext y la alemana Deutsche Boerse.”⁹

Los beneficios del funcionamiento de las bolsas no debe estar orientado al intermediario como propietario de las bolsas sino al inversor. El canal para hacerlo es justamente adquiriendo acciones de las bolsas con el fin de obtener utilidades y que participe como cualquier otra empresa. También se debe destacar la incorporación del límite de porcentaje accionario de las bolsas con el fin de democratizar la propiedad de las mismas y más bien permitir el acceso de distintos actores para que sean propietarios de las bolsas. La rotación en los órganos directivos y el uso de las buenas prácticas corporativas es indispensable también aplicar en las bolsas de valores.

3.3.2 Unificación de Sistemas de negociación

Paralelamente al impulso de la desmutualización de las bolsas de valores, es indispensable que en nuestro país se unifique el mercado de valores puesto que debido a la existencia de la Bolsa de Valores de Quito y la de Guayaquil se han presentado distorsiones que han afectado a nivel local como internacional a nuestro mercado. Se puede apreciar el arbitraje de precios, distintas normas de autorregulación de cada bolsa y la exclusión del mercado ecuatoriano del contexto internacional o regional de integración de mercados.

⁸ <http://rdmf.wordpress.com/2006/07/02/%C2%BFque-es-la-desmutualizacion-de-las-bolsas/>

⁹ <http://rdmf.wordpress.com/2006/07/02/%C2%BFque-es-la-desmutualizacion-de-las-bolsas/>

Es por esta razón se incluyó desde el inicio en el proyecto de Ley de Mercado de Valores y se mantiene en el proyecto de reformas la premisa de contar con un solo mercado de valores en nuestro país. La idea para concretar este fin no es la desaparición de una u otra bolsa sino unificar los sistemas de negociación. Siguiendo el ejemplo que en su momento se adoptó en España al constituirse Bolsas y Mercado Españoles en el año 2002 manteniendo la existencia de las Bolsas de Valores de Madrid, Barcelona, Valencia y Bilbao.

“Bolsas y Mercados Españoles (BME) es el operador de todos los mercados de valores y sistemas financieros en España. BME cotiza en Bolsa desde el 14 de julio de 2006 y forma parte del índice IBEX 35® desde julio de 2007. En estos últimos años se ha convertido en un referente en el sector en términos de solvencia, eficiencia y rentabilidad”.¹⁰

Este esquema ha sido ya puesto en marcha por disposición del CNV, mediante la resolución No. CNV 007-2011, publicada en el R.O. del 13 de octubre del mismo año, por la cual se dispone la utilización de un solo sistema transaccional de negociación bursátil para las bolsas de valores del país. Si bien se debe resaltar la importancia y beneficio de esta norma ya en aplicación, es evidente la inspiración del actual órgano regulador en el concepto planteado desde el inicio de la reforma al mercado de valores ecuatoriano y que se propuso concretamente desde el año 2010. Por lo tanto es absolutamente necesario que esta disposición se la eleve a rango de ley para evitar en lo posible que en el futuro demos un paso atrás y con una simple reforma reglamentaria todo lo avanzado quede sin sustento.

3.4 Mercado alternativo de valores

Una de mis propuestas iniciales fue la implantación en nuestro país de mercados alternativos de valores. Me fundamento como ya lo dije anteriormente, en que el mercado de valores no es sinónimo de bolsa de valores. El mercado de valores se lo debe entender como algo mucho más amplio que el mercado bursátil. Existe una relación de género a especie. Esto ya se lo ha identificado a nivel mundial con el apareamiento de mercados distintos al bursátil, como ya lo mencioné líneas arriba de mi análisis. Sobre todo en la actualidad las bolsas de valores coexisten con los mercados desregulados Over the Counter (OTC) o el apareamiento de mercados formales distintos a la bolsa de valores propiamente dicha.

“OTC es la abreviación de *Over the Counter* y representa en pocas palabras el mercado de instrumentos financieros que están fuera de las bolsas de valores. Los instrumentos que se pueden negociar a través del mercado OTC son acciones, commodities, bonos y derivados. Un mercado muy amplio que también forma parte del OTC es el muy conocido FOREX. De todas formas, lo que nos debería interesar más, es la cualidad básica de los mercados OTC y las diferencias más importantes que hay con los mercados regulados por bolsas.”¹¹

¹⁰ <http://www.bolsasymercados.es/>

¹¹ <http://www.bolsalibre.es/articles/view/que-es-el-mercado-otc>

En mercados europeos o en Estados Unidos se da una abierta competencia entre estos nuevos mercados y las bolsas de valores con el fin de atraer al inversor dándole más facilidades de acceso para obtener más ganancias. Justamente, es la disminución de requisitos y menos formalismos de estos otros mercados, en muchos casos virtuales por ser negociaciones electrónicas, que da sustento a su aceptación en detrimento de la bolsa de valores. Y esto ha permitido también el acceso de nuevos emisores, pymes y mipymes, e inversores de todos los tamaños.

Por esta razón, es que las mismas bolsas de valores en su afán de competir con estos nuevos mecanismos de negociación más abiertos y amigables con emisores e inversores crean dentro de las mismas bolsas los mercados alternativos. En consecuencia, encontramos en países con mercados de valores ya consolidados una abierta competencia actual de bolsas de valores, mercados OTC y mercados alternativos, con lo que varios emisores se han desplazado de uno a otro mercado o tenemos los mismos valores cotizados en los distintos mercados ya indicados.

En este contexto internacional nacen los mercados alternativos y sirven como antecedente para impulsar en nuestro país su introducción como idea o concepto. Sin embargo el fin y su funcionamiento son distintos, puesto que hay que orientarlos hacia nuestra realidad.

En consecuencia de lo anterior es que se propone a nivel legal que existan dentro del mercado de valores, junto con el mercado bursátil y de manera complementaria, los mercados alternativos.

Como su nombre lo indica, la idea es que exista una alternativa para aquellos emisores que por su tamaño y los niveles de exigencias de la bolsa de valores no pueden acceder al mercado bursátil, pero sí tengan un nuevo espacio para negociar sus valores y puedan financiarse con las ventajas del mercado de valores de transparencia, equidad e información. Ante todo recalco que esta incorporación de nuevos emisores e inversores y sus negociaciones no puede ser sino de una manera controlada y regulada.

En consecuencia estos mercados alternativos deben crearse previa autorización del órgano de control del mercado de valores y observando las normas que el regulador del sector haya dictado para su funcionamiento.

Es por esta razón que, se debe aclarar, la inclusión de estos mercados en nuestro país no es con el fin de competir con las bolsas de valores. Está demostrado que nuestro mercado bursátil está orientado a las empresas grandes. Por lo tanto lo que se pretende es desarrollar el mercado de valores desde el punto de vista de ampliarlo para el ingreso al mismo de pymes y mipymes.

En este punto se debe destacar en concreto la Resolución SMV N° 025-2012-SMV/01 expedida en Lima, 26 de junio de 2012 por la Superintendencia de Mercado de Valores de Perú por la cual se aprueba el Reglamento del Mercado Alternativo de Valores MAV. La premisa del MAV es:

“El MAV cuenta con un régimen de menores requerimientos y obligaciones de presentación de información que el régimen general bajo el cual se ofertan valores representativos de capital social, instrumentos de corto plazo y bonos, en el mercado primario y secundario”¹²

Pueden participar en el MAV las empresas que en los tres últimos años:

“Sus ingresos anuales promedio por venta de bienes o prestación de servicios en los últimos tres (3) años, no deben exceder de doscientos (200) millones de Nuevos Soles o su equivalente en dólares americanos, según la información financiera disponible o declaraciones anuales de impuestos, o del monto por ventas[...]”¹³

Es importante recalcar que las empresas cuyos los valores sean cotizados en el MAV

“No deben tener ni haber tenido valores inscritos en el Registro o admitidos a negociación en algún MCN administrado por las Bolsas o mercados organizados extranjeros.”¹⁴

El esquema peruano del MAV, de la misma manera que yo lo propongo se establezca en el Ecuador, es regulado de manera diferenciado en función del tamaño más reducido de estos nuevos emisores y controlado debidamente. Así expresamente se menciona:

“4.3. Las Empresas que participan en este mercado se encuentran obligadas a cumplir con las normas específicas establecidas en el presente reglamento.
4.5. La SMV regula y supervisa el MAV, así como a todos sus participantes.”¹⁵

Finalmente es muy claro que el MAV es un segmento distinto de negociación de la Bolsa. Por lo tanto no compite con los emisores o valores allí cotizados, de la misma manera que yo propongo para nuestro país. El reglamento peruano así dice:

“4.4. Las Bolsas que administren MCN en los que funcione el MAV deben establecer mecanismos de difusión que permitan identificar y diferenciar los valores del MAV, así como mecanismos de transparencia y de información de las operaciones que se realizan en dicho mercado, para cuyo fin podrán solicitar información a las Empresas.”¹⁶

Adicionalmente, en nuestro país es necesario contar con un mercado alternativo, debido a la existencia de un marco legal ya vigente que trata de la economía popular y solidaria y de sus actores así como de la ciudadanización o democratización de la propiedad de las acciones de las empresas. Por lo tanto, también estos son nuevos

12 http://www.smv.gob.pe/Frm_VerArticulo.aspx?data=257CEFE1ED8F1B90252A278B3F8E997C6915EEECDD8D73267DEC1F01C0101D3FB3C4

13 http://www.smv.gob.pe/Frm_VerArticulo.aspx?data=257CEFE1ED8F1B90252A278B3F8E997C6915EEECDD8D73267DEC1F01C0101D3FB3C4

14 http://www.smv.gob.pe/Frm_VerArticulo.aspx?data=257CEFE1ED8F1B90252A278B3F8E997C6915EEECDD8D73267DEC1F01C0101D3FB3C4

15 http://www.smv.gob.pe/Frm_VerArticulo.aspx?data=257CEFE1ED8F1B90252A278B3F8E997C6915EEECDD8D73267DEC1F01C0101D3FB3C4

16 http://www.smv.gob.pe/Frm_VerArticulo.aspx?data=257CEFE1ED8F1B90252A278B3F8E997C6915EEECDD8D73267DEC1F01C0101D3FB3C4

actores que pueden y deben tener una participación en el mercado de valores, como expresamente lo dicen ya artículos concretos de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario (arts. 55,83 y 88); y del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (arts. 59,60,62 y 66). El escenario adecuado para hacerlo es un segmento distinto dentro de las mismas bolsas de valores.

Es evidente que en la actualidad en nuestro país contamos con el mercado denominado REVNI (Registro de Valores no Inscritos) que se trata de un mercado no permanente, donde las negociaciones no pueden ser diarias sino esporádicas. Así tenemos expresamente que dice el segundo inciso del artículo 34 de la Ley de Mercado de Valores:

“Las acciones de sociedades no inscritas en el Registro del Mercado de Valores, no podrán ser negociadas diariamente en las bolsas. Sin embargo, periódicamente, según determine el reglamento de la bolsa respectiva, se podrán efectuar ruedas especiales de subastas de acciones no inscritas, lo que se anunciará públicamente y con la anticipación necesaria.”

Se debe modificar la naturaleza del REVNI, puesto que nació como un mercado de aclimatación para futuros emisores bursátiles y contar con un mercado alternativo que tenga una finalidad distinta. De esta manera podremos contar con un mercado con características propias denominado REB (Registro Especial Bursátil), administrado por las mismas bolsas de valores, pero que sea controlado y regulado, por la Superintendencia de Compañías y Valores y la Junta de Regulación del Mercado de Valores, respectivamente, que permita el acceso de pymes y mipymes al mercado de valores de manera permanente. Se pretende abrir el mercado de valores donde hasta ahora no ha llegado, para lograr su desarrollo, tal como ya ocurre en otros mercados internacionales, como en el ejemplo ya citado del país vecino del sur.

3.5 Autorregulador independiente

En el proyecto de Ley de Mercado de Valores así como en el proyecto de Reforma a la Ley de Mercado de Valores se mantiene la facultad de las bolsas de valores de la autorregulación.

Se entiende por autorregulación la potestad de elaborar las propias normas operativas de las bolsas pero también el deber de sancionar las infracciones a esta norma. Es un caso excepcional en que la facultad sancionadora sobre un ente privado (casas de valores) se delega a otro privado (Bolsa de Valores). Sin embargo es evidente el conflicto de interés que se genera cuando la Bolsa, en la actualidad de propiedad de las casas de valores, se convierte en juez y parte el momento de sancionar a sus miembros. Adicionalmente, el momento en que se transformen las bolsas de valores a sociedades anónimas tampoco se garantiza que este conflicto de interés desaparezca.

Por lo tanto es importante presentar mi opinión y dejar en claro que no comparto mantener esta estructura por la gran debilidad que he manifestado.

Se debería separar la actividad de autorregulación de las bolsas para manejar imparcialidad y un debido control sobre sus miembros o en el futuro sobre los intermediarios de valores, aunque ya no sean dueños de la bolsa.

La razón desemboca en el mismo fin de guardar transparencia, objetividad y adicionalmente ya que es necesario circunscribir a la bolsa propiamente dicha al ámbito de brindar el servicio especializado de mecanismos de negociación de valores.

Otros son los que deben encargarse de normar y sancionar. Es decir debe crearse un autorregulador independiente, el que será quien controle y sancione a los intermediarios.

En este punto debo resaltar el modelo colombiano que con la creación del Autorregulador del Mercado de Valores ha incursionado en una manera distinta a los esquemas de la mayoría de los países, con el fin de crear normas así como su sanción en caso de incumplimientos.

“El 12 de junio de 2006 se constituyó la Corporación Autorregulador del Mercado de Valores con el objeto de adelantar todos los trámites y gestiones tendientes a obtener autorización por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia para actuar como organismo de autorregulación del mercado de valores en Colombia[...]La Superintendencia Financiera autorizó a AMV para funcionar como autorregulador del mercado de valores [...] el 7 de julio de 2006.”¹⁷

Queda muy claro la potestad del AMV de sancionar a sus miembros.

“La función de supervisión consiste en la verificación del cumplimiento de la normatividad aplicable por parte de los sujetos de autorregulación, mediante la realización de las actividades que se consideren apropiadas para cumplir con tal fin. La supervisión en AMV comprende tres procesos: Monitoreo y Vigilancia de Mercados, Supervisión por Conductas y Supervisión Preventiva.”¹⁸

Adicionalmente podemos mencionar en Estados Unidos al autorregulador independiente Finra (por sus sigla en inglés The Financial Industry Regulatory Authority) como gremio que tiene como actividad adicional sancionar a los intermediarios de los mercados de valores.

“FINRA es el mayor regulador independiente para todas las empresas de valores que operan en los Estados Unidos. Nuestra función principal es proteger a los inversores por el mantenimiento de la imparcialidad de los mercados de capitales de Estados Unidos”¹⁹

Es evidente que esta organización tiene la potestad sancionadora expresamente facultada y de esta manera se asevera que:

17 <http://www.amvcolombia.org.co/index.php?pag=home&id=105|0|0>

18 <http://www.amvcolombia.org.co/index.php?pag=home&id=105|0|0>

19 <http://www.finra.org/AboutFINRA/>

“Cuando las reglas se rompen, FINRA entra en acción. Nuestro programa de cumplimiento fuerte y vigoroso trae disciplina en la que los inversores se han visto perjudicados. En 2011, 329 individuos excluidos y suspendidos 475 agentes de la asociación con FINRA regulados por las empresas, impuso multas por un total de \$ 71,9 millones y ordenó a más de \$ 19 millones de indemnización a los inversores perjudicados.”²⁰

En ambos casos se trata de filtros necesarios y objetivos para poder actuar de manera oportuna y con la severidad del caso y no dejar pasar actuaciones irregulares de uno de los principales actores de un mercado de valores como son los intermediarios de los mercados de valores.

En la reforma planteada, en lugar de este esquema innovador se incluyó la sanción expresa a las bolsas de valores por no haber sancionado a su vez a los intermediarios. Es una salida que ayuda para el control efectivo, pero sin embargo me parece importante que como en otros temas ya se den pasos concretos de fondo para evitar males ya identificados en nuestro mercado de valores y no se deje de lado la idea de contar en el corto tiempo con un autorregulador independiente.

3.6 Emisiones sindicadas

En nuestro mercado de valores, no son pocos los casos en que varios emisores por su tamaño, su desconocimiento sobre este mercado o por no disponer de los recursos para cubrir los costos de la emisión no han podido acceder al mercado de valores. Justamente con el fin de aumentar el número de emisores que se beneficien del financiamiento del mercado de valores, se incluye en las reformas planteadas al esquema del mercado de valores las emisiones sindicadas en bolsa. Su propósito es juntar a varios emisores con el fin de que puedan de manera conjunta participar en ofertas públicas. Es decir, desde el punto de vista del proceso de emisión se unifica esfuerzos y se debería presentar incluso una sola documentación para obtener agilidad en la obtención de la autorización de oferta pública por parte del órgano de control. Incluso la garantía es solidaria entre los emisores con el fin de presentar más seguridad en la negociación de estos valores.

Se debe destacar que se modifica la definición de obligaciones con el fin de abarcar muchos más emisores. Al incluir como un genérico a personas jurídicas como sujetos que podrían hacer estas emisiones se abre la posibilidad de una participación distinta a las compañías, por ejemplo de fundaciones o corporaciones que junto con las ya aprobadas cooperativas abren un abanico importante para el desarrollo del mercado de valores. En esta misma línea, como ya lo manifesté, se permite la emisión de obligaciones sindicadas para que pequeños y medianos emisores de manera conjunta puedan también acceder a este tipo de financiamiento beneficiándose de economías de escala y abaratando costos de la emisión.

Una vez que se permite la posibilidad de realizar emisiones sindicadas es necesario

²⁰ <http://www.finra.org/AboutFINRA/>

precisar las garantías que deben incluirse en estos procesos. Por lo tanto quienes deseen emitir obligaciones deberán contar con dos tipos de garantías (general y específica) y ser solidariamente responsables entre los emisores, de esta manera se privilegia la protección del inversor. Únicamente se orienta estas emisiones para generar deuda que sea devengada por los emisores a los inversionistas, sin posibilidad de ser convertidas en acciones, con el fin que sean pagados los intereses a quienes confiaron en esta inversión.

3.7 Fondos cotizados

Es conocido por todos que con los fondos administrados de inversión se captaba recursos importantes de inversores y las cuotas de los mismos que se entregaban por disposición de la Ley de Mercado de Valores no pueden negociarse en el mercado de valores, sino que se trata de transferencias al mismo fondo de inversión a través de la respectiva administradora de fondos. Así lo establece el artículo 75 de la Ley de Mercado de Valores vigente.

Sin embargo, en base a la misma figura se puede crear un nuevo producto en nuestro mercado. La diferencia está en que aparecen fondos que invierten exclusivamente en valores negociados en la bolsa. Es la figura de los ETF'S. por sus siglas en inglés (Exchange traded funds) Son:

“Un activo negociado en Bolsa que representa a una cesta de valores que integran un determinado índice o que es representativa de un sector económico. Se trata de un instrumento que presenta, aparte de otras, las ventajas de una acción, ya que es posible comprarlo y venderlo cuantas veces se desee a lo largo de la sesión (en los fondos tradicionales, sólo se pueden hacer las suscripciones o los reembolsos una vez al día) y las de un fondo de inversión, ya que permite diversificar entre los distintos valores”.²¹

Concretamente en nuestro caso, estas inversiones serían replicando índices bursátiles o tendencias de nuestra bolsa, es decir en la realidad ecuatoriana, fondos ante todo que invertirán en renta fija. Las cuotas que se entreguen a los inversores constituirán valores de renta variable inscritos en la misma bolsa y por lo tanto se pueden negociar libremente por los inversores.

De esta manera se incentiva por el lado de los emisores e inversores su incremento puesto que aparece un inversionista adicional que adquirirá estas emisiones y para los inversores se permite hacer líquida su inversión en un mercado secundario a través de la bolsa.

A diferencia de los fondos de inversión ya previstos en nuestra legislación, las cuotas de los fondos cotizados se venden abiertamente en la bolsa y cuentan como activo subyacente a los valores que componen los índices bursátiles. En el caso ecuatoriano podrían ser ante todo fondos que compren renta fija por las características de nuestro mercado.

21 <http://www.x-trader.net/articulos/mercados-financieros/etfs-sobre-ibex-35.html>

Debido a la realidad ecuatoriana, por la desaparición de fondos de inversión por la disposición legal por la que las administradoras de fondos no pueden pertenecer a grupos financieros, es una nueva oportunidad de impulsar la misma figura pero con los cambios ya indicados.

3.8 titularizaciones de activos existentes y de expectativas

Antes de analizar la reforma planteada, es necesario precisar que la actual Ley de Mercado de Valores no es demasiado clara al intentar definir a la titularización. Así el art. 138 de la vigente Ley de Mercado de Valores dice:

“Art. 138.- De la titularización.- Es el proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil, emitidos con cargo a un patrimonio autónomo.”

En consecuencia, sugiero que se describa a la titularización de la siguiente manera:

La Titularización es un medio para que una persona natural o jurídica sustituya activos no líquidos o con bajo índice de liquidez por activos o valores, permitiendo a los inversionistas la participación de una futura rentabilidad, utilidad o expectativa de utilidad a cambio de una suma fija de dinero.

La titularización se viabiliza mediante un proceso por el cual un fideicomiso mercantil emite valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil. Este patrimonio autónomo está integrado por bienes generadores de flujos determinables. La Junta Reguladora del Mercado de Valores establecerá mediante disposición de carácter general los contenidos específicos de este contrato de Fideicomiso.

De esta manera es evidente que la titularización puede sustentarse en derechos existentes o expectativas. En uno u otro caso el proceso será válido. Sin embargo, no pueden ser tratados de la misma manera. El inversionista debe tener claro cuando adquiere valores producto de una titularización cuyo activo subyacente es por ejemplo una cartera de crédito, con contratos previamente celebrados y con información previa de morosidad, a diferencia de la adquisición de valores producto de una titularización en que el activo subyacente es el objeto social del originador: los futuros contratos que se celebrarán en virtud de su giro habitual del negocio. La transparencia del mercado de valores obliga a que se tenga total claridad en lo que se está ofertando y debe incluirse ciertas exigencias al respecto y que se resumen en que el originador otorgue su garantía solidaria y se constituya otro mecanismo de garantía específica con el fin de reguardar o proteger al inversionista.

Incluso sería muy saludable que el órgano regulador del mercado de valores, dependiendo del monto de la emisión, pero en relación a este tipo de titularizaciones, obligue a que se otorgue dos calificaciones de riesgo, al originador y a la emisión con el fin de poder detectar el riesgo en estos procesos.

3.9 Rotación del Calificador de riesgos y auditoría externa

La calificación de riesgo se entiende como la opinión técnica sobre la solvencia del emisor en relación a sus obligaciones por los valores emitidos, ofertados y negociados en el mercado de valores. En este sentido consta lo expresado por nuestra Ley de Mercado de Valores en su artículo 185.

Esta actividad la realizan las Calificadoras de Riesgo que:

“Son compañías especializadas que realizan análisis técnico e independiente sobre la calidad del riesgo crediticio de un emisor o de un valor. Las categorías de calificación que emiten, permiten a los inversionistas diferenciar fácilmente los niveles de riesgo y tomar decisiones según sus requerimientos. Esta última puntualización es necesaria porque una calificación de menor riesgo no siempre es peor, se difunde para que quienes realicen transacciones con la institución o producto conozcan el riesgo que asumen.”²²

Sin embargo de lo anterior, no son pocas las voces que señalan a algunas calificadoras de riesgo, así como algunas firmas auditoras como las culpables de las crisis bursátiles sobre todo la de 2008 en la que se perjudicó a miles de inversionistas debido a que las calificaciones de riesgo no obedecían necesariamente a la situación real de los emisores ni de los productos ofertados. Ya he mencionado anteriormente criterios puntuales al respecto. Igual sucedió con informes de auditoría inexactos y por lo tanto se apreció en muchos casos evidentes conflictos de interés o acuerdos tácitos entre el emisor y su calificador o auditor con el fin de mejorar algo que en realidad no ameritaba o presentar algo ficticio.

Este problema no es fácil de resolver en ningún mercado a nivel mundial. Y las fórmulas son varias. Puedo destacar la incluida en la reciente normativa de mercado de valores en Argentina aprobada el jueves 29 de noviembre de 2012 en la que resalta la creación de los agentes de calificación de riesgo entre los cuales pueden serlo las universidades públicas o privadas tal como se está proponiendo en Argentina.²³

Se debe evitar la existencia de conflictos de interés en la actividad de calificación de riesgo y en la auditoría externa, por lo tanto la rotación cada tres años de las compañías calificadoras en relación a un mismo emisor o proceso de emisión es muy saludable y útil para lograr más transparencia en la información para los inversionistas.

Lo propuesto es algo equilibrado entre la actual eterna relación entre emisores, calificadores y auditores y el extremo de incluir un sorteo permanente de calificadores y auditores para que cumplan su trabajo y que más bien comprometería la objetividad de las opiniones.

3.10 Especialización de los intermediarios de valores

En nuestro mercado de valores, podemos distinguir a dos grupos de casas de valores. Las que se dedican a la intermediación de valores pura de las que estructuran

22 <http://www.marielamendezprado.com/2008/08/calificadoras-de-riesgo-en-ecuador.html>

23 <http://www.cnv.gob.ar/Infofinan/Proy%20ley%202065.pdf>.

procesos de emisión. La vigente Ley de Mercado de Valores contempla disposiciones adecuadas para las primeras. Sin embargo se debe incorporar normas especiales para el segundo grupo. Diferenciarlo por las importantes actividades que presenta incluso formalmente introduciendo la denominación de banca de inversión. Debido a que este concepto está presente tanto en la Constitución de la República del Ecuador, en su Disposición Transitoria Vigésimo tercera como en nuestra legislación al hablar del Banco del IESS, se indica que debe actuar bajo criterios de banca de inversión. Este concepto se utiliza de manera no precisa, por lo tanto es importante que la Ley de Mercado de Valores acoja esta institución por estar directamente vinculada con la actividad de estructuración de emisiones de valores.

Todos los artículos relacionados con la banca de inversión se justifican puesto que es necesario incluir una especialización entre los intermediarios de valores. En concreto, además de las casas de valores que realicen actividad de compra y venta de valores, existirán otro tipo de casas de valores que se dediquen a estructurar emisiones, suscribir contratos de underwriting y por ende asegurar colocaciones, constituirse en hacedores de mercado, colocadores de valores, etc. para lo cual se debe contar con características especiales y requerimientos adicionales que deben ser analizados y aprobados por el ente regulador del mercado de valores.

En este punto el BIESS deberá observar esta normativa en particular con el fin de impulsar al mercado de valores convirtiéndose en un motor del mismo. La idea es aumentar su participación actual y ante todo ser el actor importante no solamente en un mercado primario de valores sino que actúe ampliamente en el mercado secundario y sobre todo en el mercado alternativo, exigiendo los controles y regulaciones del caso para proteger sus recursos.

3.11 Clubes de inversión

En este camino de incorporar cambios profundos en el mercado de valores ecuatoriano, fueron eliminándose sin fundamento varias figuras importantes desde mi punto de vista. Una de ellas constituye los clubes de inversión por su tremendo impacto en un sector prácticamente olvidado por nuestro mercado pero que presenta mucho potencial: el inversor individual.

“Un **club de inversión** es una agrupación de personas con el mismo interés: invertir. Comúnmente se trata de personas con una estrategia en común quienes juntan su dinero para poder acceder a mejores inversiones: compra de acciones de alto valor por ejemplo. Los clubes de inversión o **compañías de inversión** son excelentes opciones para personas que desean tener un portafolio de inversiones pero no cuentan con el interés o el tiempo para administrarlo por ellos mismos. En este caso se debe estar dispuesto a sacrificar una parte de las ganancias para que alguien más lo administre.”²⁴

Es que estos clubes permiten juntar varios inversores con el fin de permitirles el

24 <http://economiaes.com/bolsa/inversion-clubes.html>

acceso o la compra de valores que de manera individual no les sería posible. Por el otro lado, se otorga personalidad jurídica a estas uniones de inversores con el fin de separar la propiedad de lo invertido y evitar perjuicios así como se incorpora un reglamento de funcionamiento para que los inversores dispongan de normas claras previamente establecidas.

3.12 Defensor del inversor

Otra figura que desapareció en el camino sin razón de fondo en mi opinión es sin duda la del defensor del inversor. Aplicando una mínima equidad, si se incorporan varias normas con el fin de contar con segmentos de negociación para inversores no tomados en cuenta hasta el momento, también es importante darles las herramientas para hacer valer sus derechos, en caso de ser necesario.

Justamente, el defensor del inversor encaja en esta lógica y es una figura presente en varios países. Tal es el caso de Perú donde se le da la finalidad de:

“Contribuir con el fortalecimiento de la protección de los inversionistas, con el propósito de velar por el respeto de sus derechos en el mercado de valores, en el mercado de productos y en los sistemas de fondos colectivos.”²⁵

En Colombia también se aplica este concepto:

“La Superintendencia Financiera de Colombia a través de sus diferentes dependencias y en particular de la Dirección de Protección al Consumidor Financiero, ha venido construyendo una conceptualización propia y específica mediante la cual se fija la posición institucional en materia de protección al consumidor financiero PCF...”²⁶

De la misma manera este concepto se ha visto aceptado en España, concretamente en la Bolsa de Valores de Madrid donde tenemos:

“[...] Sin embargo, el gran número de transacciones y su creciente complejidad puede provocar errores y las consiguientes quejas y reclamaciones. Para responder adecuadamente a esta demanda, se creó la figura del Protector del Inversor que intenta asegurar el correcto cumplimiento de las órdenes cursadas.

Los inversores pueden contar con este servicio para reclamar frente a cualquier conducta que considere incorrecta por parte de las entidades que participan en el proceso de contratación bursátil.”²⁷

25 http://www.smv.gob.pe/Frm_VerArticulo.aspx?data=F44EF21DC8CD005D0905D5FDB649994AEAF976A9BCDA776EA64F

26 [...] Se trata de conceptos en los que se responden consultas (escritas, telefónicas o personales) o cuestionamientos derivados de análisis iniciados motu proprio, con el objeto de aclarar dudas de diferentes participantes de la temática y generar directrices interpretativas objetivas <http://www.superfinanciera.gov.co/>

27 <http://www.bolsamadrid.es/esp/Inversores/ServInversores.aspx>

Bibliografía

De la Vega, José, *Confusión de Confusiones, Madrid- España, Civita Ediciones, 2000.*

Orione, Francisco, *Letra de Cambio, cheque y demás papeles de comercio, Buenos Aires, Argentina, Sociedad Bibliográfica*

Este protector se trata de un experto concededor del mercado abierto a recibir los reclamos de los inversores individuales. Aquellos que no tienen la mínima información sobre el esquema completo del mercado, pero que acuden al mismo, y que deben ser protegidos. Con el fin de evitar nuevamente que la figura se pierda en el inmenso universo de los conflictos de interés, este funcionario no dependería ni de la bolsa, ni de las casas de valores, ni de los emisores. Se incluiría dentro de la Defensoría del Pueblo. Así también se evitaría casos concretos en los cuales actualmente acuden ciudadanos a esta dependencia por supuestos fraudes o perjuicios que les han causado. Al no existir un funcionario especializado, no se tratan debidamente estos casos y el inversor no recibe una adecuada y oportuna ayuda.

Nuevamente insisto que se perdió otra gran oportunidad de fortalecer al mercado de valores por el sector del pequeño inversor. A semejanza del mercado financiero donde si existe un defensor del cliente dependiente de los mismos bancos, es importante que como sucede en otros países sí se introduzca esta figura. De nuevo, otra vez será.

4. Conclusiones y recomendaciones

Una vez que he expuesto mi propuesta de cambios en nuestro mercado de valores no puedo mencionar sino que las figuras que se pretenden introducir y las visiones

Argentina, 1944.

Bolsa de Madrid, El Ahorro y los Mercados Financieros, Madrid- España, Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Madrid, 2000.
Albella, Amigo, Sebastián, La nueva normativa de OPA's en España. Balance General 1066/2007 desde su entrada en vigor, Madrid- España, Editorial Aranzadi, 2010

Cortés, Luis Javier, Lecciones de Contratos y Mercados Financieros, Madrid- España, Civitas Ediciones, 2004.

Tapia, Hermida, Alberto, - Alonso, Carmen, Régimen Jurídico de las Ofertas de Adquisición Pública, Madrid- España, Editorial Bosch, 2009.

Macías, Hurtado, Miguel, Instituciones de Derecho Mercantil Ecuatoriano, Quito- Ecuador, Editorial Banco Central, 1988.

Castilla, Manuel, Regulación y Competencia en los Mercados de Valores, Madrid- España, Civitas Ediciones, 2001.

Lovato, Juan, Isaac, "La Oferta Pública de adquisición (OPA) en el Ecuador", Revista Iberoamericana de Mercado de Valores, No. 14, Madrid- España, Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores, 2005.

Lovato, Juan, Isaac, "Aportes fundamentales del Proyecto de Nueva Ley de Mercado de Valores", Revista Tribuna Democrática, No. 37, Quito- Ecuador, Ediciones Legales, 2012.

Bolsa de Madrid, <http://www.bolsamadrid.es/esp/Inversores/ServInversores.aspx>

Superintendencia Financiera de Colombia, <http://www.superfinanciera.gov.co/>

Superintendencia de Mercado de Valores de Perú, http://www.smv.gov.pe/Frm_VerArticulo.aspx?data=F44EF21DC8CD005D0905D5FDB649994AEAF976A9BCDA776EA64F

<http://economias.com/bolsa/inversion-clubes.html>

Mariela Mendez Prado, <http://www.marielamendezprado.com/2008/08/calificadoras-de-riesgo-en-ecuador.html>, 14 de Agosto 2008.

X-Trader, <http://www.x-trader.net/articulos/mercados-financieros/etfs-sobre-ibex-35.html>. 25 de Julio de 2006

Finra, <http://www.finra.org/AboutFINRA/>

Bolsa Mexicana de Valores, <http://bolsamexicanadevalores.com.mx/mercado-integrado-latinoamericano/>

Congreso Mexicano, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMV.pdf>

Las causas de la crisis – El papel de las calificadoras de riesgo, <http://liberalaccidental.wordpress.com/2008/10/24/las-causas-de-la-crisis-el-papel-de-las-calificadoras-de-riesgo/2008>.

The New York Times, "EEUU: acusan a las calificadoras de riesgo por la crisis" hipotecaria, http://www.iarnoticias.com/2008/secciones/norteamerica/0132_calif_riesgo_acusadas_23abr08.html, 23 de Abril de 2008.

Superintendencia Financiera de Colombia, <http://www.superfinanciera.gov.co/>

Fernando Zunzunegui, "¿Qué es la desmutualización de las bolsas?" ,<http://rdmf.wordpress.com/2006/07/02/%C2%BFque-es-la-desmutualizacion-de-las-bolsas/>, Julio 2006.

Bolsas y Mercados España, <http://www.bolsasymercados.es/>

Bolsa Libre España, "¿Qué es el mercado OTC?" <http://www.bolsalibre.es/articulos/view/que-es-el-mercado-otc>

Superintendencia de Mercado de Valores de Perú, http://www.smv.gov.pe/Frm_VerArticulo.aspx?data=257CEFE1ED8F1B90252A278B3F8E997C6915EEECDD8D73267DEC1F01C0101D3FB3C4

Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia. <http://www.amvcolombia.org.co/index.php?pag=home&id=105|0|0>

de las reformas obedecen a experiencias de otros mercados, de países ante todo cercanos al Ecuador, de nuestro mismo continente, en los cuales su implementación ha sido necesaria, útil y provechosa.

Sin embargo, lo importante es no tomar textos legales foráneos y trasladarlos sin ninguna proyección a nuestro país. Se debe conocer nuestra realidad y en base a esto proponer y concretar cambios reales, palpables e inmediatos exponiendo las debilidades actuales para lograr fortalezas futuras en el mercado de valores.

Reconozco lo que se ha logrado hasta la fecha en nuestro mercado de valores, es sin duda fruto de sus actores. Pero esos esfuerzos no son suficientes. Por lo tanto las reformas planteadas deben claramente verse que están dirigidas a fortalecerlo, no debilitarlo o fraccionarlo. Es decir, están hechas para sumar, no restar en lo avanzado hasta el día de hoy.

A continuación de la crisis bancaria en nuestro país, no apareció directamente ni formalmente con claridad ninguna opción de inversión para llenar ese vacío creado por la natural y justificada desconfianza de los ahorristas, peor aún no se mencionó al mercado de valores como una opción. En la actualidad, veo que nuevamente se ha creado un espacio importante para casas de valores, administradoras de fondos, bolsas de valores, calificadoras de riesgo, emisores, inversores, controlador y regulador del mercado de valores para propiciar el desarrollo del mercado de valores. Por eso es que las reformas que propongo se enfocan justamente en cambios directamente relacionados a cada uno de esos participantes. Volver a intentar esfuerzos aislados y separados de promoción del mercado, como ha sucedido en varias ocasiones en años anteriores, no conseguirá nada concreto. Es importante unir esfuerzos de todos los participantes del mercado de valores ya mencionados, pero ante todo tener claro el camino que se debe recorrer, siguiendo una política de desarrollo de este mercado, para saber a dónde se debe llegar y en que sitio se pretende ubicar al mercado de valores en nuestra economía.

No se puede esperar más, mientras pasa el tiempo las oportunidades de crecimiento del sector productivo, de generar más empleo, más riqueza se diluyen al estar atados a las mismas estructuras de financiamiento de siempre. Con el agravante que disponemos y contamos con una herramienta muy eficaz, como es nuestro mercado de valores, para poder lograr el crecimiento deseado, su ampliación a otros sectores y no sabemos o no podemos aplicarlo ni difundirlo debidamente para respaldar a los emisores que requieren financiamiento y captar el ahorro de la ciudadanía para expandir y potenciar nuestra economía.

La función indemnizatoria y resarcitoria del recargo tributario

Análisis de la sentencia No. 008-12-SIN-CC

The indemnifying / compensatory and reparatory functions of the tax surcharge

Javier Bustos A.

Profesor titular de Derecho Tributario

Marisabel Merizalde

Candidata al título de Abogada

Sthepany Galarza

Candidata al título de Abogada

febrero de 2013

Resumen

Mediante sentencia 008-12-SIN-CC dictada por la Corte Constitucional¹ resuelve declarar la constitucionalidad de la figura del recargo tributario; figura mediante la cual de “ipso jure” cuando la Administración Tributaria determina un valor por pagar a cargo del contribuyente, aplica automáticamente un adicional –además de los intereses y multas- de un 20% sobre el principal, a título de recargo. ¿Cuáles son las atribuciones de la autoridad tributaria y cómo justificar el recargo como daño por el hecho de realizarse la determinación tributaria?

Abstract

The Constitutional Court by decision No. 008-12-SIN-CC resolves to declare the constitutionality of the tax surcharge, figure by which ipso jure the Tax Administration determines a value payable by the taxpayer, it automatically applies an additional 20% on the principal, by way of penalty. What are the powers of the tax authority? How does the surcharge can be justified as a damage done by the fact of tax determination?

Sumario

1. ¿La Administración Pública ejerce facultades o goza de derechos? **2.** El ejercicio de la facultad determinadora como imperium del Estado. **3.** ¿El ejercicio de la facultad determinadora trae como consecuencia un perjuicio a la administración tributaria y por ende debe ser indemnizada? **4.** Conclusiones.

Este artículo pretende profundizar en dicho análisis a la luz de la integralidad del Derecho, para establecer si un ente público en el ejercicio de una potestad estatal tiene derecho a ser indemnizado por el particular.

La Corte parte de un presupuesto, de una sencillez y claridad absoluta de la normativa tributaria, connatural a todo ciudadano; ¡cosa más alejada de la realidad!. ¿Debe

¹ Publicación: Registro Oficial Suplemento 735

Fecha: 29-jun-2012

“indemnizar” el ciudadano al Estado, por el solo hecho de aplicar la norma con un criterio de interpretación que difiere del que sostiene la Administración para exigir el mayor pago de impuestos? Sin duda que no.

El “recargo” como respuesta a un sistema tributario complejo es una contradicción. Crítica JOAN-FRANCESS PONT CLEMENTE²:

“...Desde luego, necesitamos menos leyes. En ocasiones, nos basta la Constitución y nos sobran las leyes que sólo sirven para restringir los derechos o ensombrecer los deberes contenidos en la Carta Magna. Necesitamos, conviene repetirlo, menos leyes, más inteligibles, más sencillas, técnicamente bien construidas. Leyes que regulen en abstracto y genéricamente los mandatos surgidos de la realidad social y leyes que huyan del casuismo enfermizo, fuente siempre de injusticias. Leyes, en fin, estables en el tiempo, respetables y respetadas, cuyo cumplimiento sea razonable esperar y exigir”.

1. ¿La Administración Pública ejerce facultades o goza de derechos?

El Estado en todas sus actuaciones tiene como principal objetivo precautelar el interés colectivo de los ciudadanos. Es así que la Administración Pública, a través de sus diferentes órganos, resguarda este interés mediante la aplicación de un conjunto de potestades exorbitantes que están dirigidas a crear, modificar o extinguir derechos a través de la expedición de actos unilaterales.

De acuerdo con la Doctrina la Administración Pública ha ido evolucionando en su concepto así:

“En un inicio la Administración Pública era entendida como toda actividad de gobierno, las cuales comprendían todas las actividades del Estado como eran la legislación, justicia y administración³”.

Pero durante el proceso de la evolución del Estado, esas ramas fueron separándose entre sí y fueron concebidas como los Poderes del Estado, Poder Judicial, Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, más tarde éstos se transformaron en Funciones del Estado.

Pues se entiende que:

El “poder» del Estado es único; las «funciones» son múltiples. Las atribuciones de las funciones a los órganos no constituyen división de poder sino distribución de funciones.» En lugar de una separación de los poderes, podrá hablarse más bien de una separación de las funciones.⁴

Es así que para toda la actividad que no se refería a la tutela de justicia (función

² Joan-Francesc Pont Clemente. La economía de opción. Marcial Pons. Madrid 2006. Pg. 147

³ Marienhoff “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, p. 38.

⁴ Villegas BasaVilBaso, Benjamín, Derecho administrativo, t. I, Buenos Aires, TEA, 1956, p 36.

judicial) ni la gestión de legislación (función legislativa), se entendió como la actividad administrativa ejercida por la función ejecutiva. Pero este concepto no fue suficiente, pues aludía a un criterio orgánico y excluyente, además no solo la función ejecutiva ejerce gestiones administrativas, también el legislativo y judicial las ejecuta.

Razón por la cual, hoy por hoy se entiende a la administración pública a través de un concepto material, el cual tiene varias acepciones. El tratadista Agustín Gordillo la entiende como: "la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos."⁵

De acuerdo con los autores Eduardo García de Enterría y Ramón Fernández, la Administración Pública se refiere a: "la actividad concreta del Estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata."⁶

Marienhoff por su parte considera que:

"es la actividad permanente, concreta y práctica, del Estado, ejercida a través de los diferentes órganos administrativos, que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades y derechos del grupo social y de los individuos que lo integran."⁷

Una vez que se ha realizado este análisis cronológico del significado de Administración Pública se comprende a ésta como un conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad concreta para el alcance de un fin, el bien colectivo, a través de la promoción y garantía de los derechos ciudadanos.

Para garantizar los derechos de los ciudadanos la Administración pública ejerce facultades contrario sensu no ostenta derechos, estas facultades ejercidas tienen el fin de precautelar los derechos de quienes sí los poseen, los ciudadanos.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 227, expresa que:

"La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación."⁸

Por lo que el fin que persigue la administración pública, es ejercido a través de las diferentes potestades administrativas que se materializan a través de actos administrativos.

De acuerdo con el tratadista García de Enterría y Fernández se definen a las potestades administrativas como las facultades de querer y de obrar de la administración pública conferidas por el ordenamiento jurídico.⁹ Es por ello que todas estas facultades deben estar en concordancia con el principio de legalidad, piedra angular del Derecho Público.

⁵ Gordillo Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", 10ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2009.

⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: "Curso de Derecho Administrativo", tomo 1º, Madrid 1975.

⁷ Marienhoff, Miguel "Tratado de derecho administrativo", p. 43.

⁸ Constitución de la República 2008 R.O. 449, Art. 227.

⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: "Curso de Derecho Administrativo", tomo 1º, Madrid 1975.

Estas potestades se caracterizan por ser genéricas y no pretensiones particulares ya que persiguen el interés público y en ningún caso el interés propio de la administración. Finalmente son inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.¹⁰

Cabe recalcar que las potestades administrativas otorgadas a los diferentes órganos de la administración pública deben estar establecidas en la ley, ya que éstas sitúan a la administración pública en una posición de supremacía y prerrogativa, las mismas que la facultan para constituir, modificar o extinguir situaciones jurídicas de las que son titulares activos los administrados.

Varias son las potestades que ostenta la administración pública, entre ellas:

- Potestad reglamentaria.
- Potestad de planificación.
- Potestad sancionadora.
- Potestad expropiatoria.
- **Potestad determinadora de tributos**
- Potestad de ejecución forzosa.
- Potestad de coacción.

En el presente artículo analizaremos de manera específica la Potestad determinadora de la Administración Pública.

2. El ejercicio de la facultad determinadora como *imperium* del Estado

Dentro de las múltiples – cada vez mayores- y más importantes potestades que ejerce la Administración Tributaria están: la de aplicación de la ley, la de resolución de reclamos y recursos de los sujetos pasivos, la potestad sancionadora y la de recaudación de los tributos; así como de determinación del “justo valor” de los mismos¹¹.

De éstas, las potestades de determinación y recaudación forman parte de lo que se conoce como gestión tributaria, descritas en los Arts. 9 y 72 del Código Tributario:

Art. 9.- La gestión tributaria corresponde al organismo que la ley establezca y comprende las funciones de determinación y recaudación de los tributos, así como la resolución de las reclamaciones y absolución de las consultas tributarias.

Art. 72.- Las funciones de la Administración tributaria comprenden dos gestiones distintas y separadas: la determinación y recaudación de los tributos; y, la resolución de las reclamaciones que contra aquellas se presenten.

Estas facultades se manifiestan actos administrativos y procedimientos de gestión por la Administración Tributaria.

¹⁰ *Idem*

¹¹ Art. 67 del Código Tributario.

Entonces, dentro de la materia a tratar, la primera pregunta a responder es ¿Qué es la determinación tributaria?

Es el propio Código Tributario en su Art. 68 el que determina el alcance de la facultad determinadora de la siguiente manera:

“La determinación de la obligación tributaria, es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo”.

La misma definición, aunque de manera abreviada, se establece en el Art. 87, inciso primero:

“[E]l acto o conjunto de actos provenientes de los sujetos pasivos o emanados de la administración tributaria, encaminados a declarar o establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y la cuantía de un tributo.”

Nos interesaría resaltar dos aspectos de la facultad determinadora:

1. La determinación tributaria la pueden realizar los sujetos pasivos, la administración tributaria, o de modo mixto¹² (con el concurso de ambas partes);
2. El ejercicio de dicha facultad tiene como objetivo determinar el “justo” impuesto a pagar por el contribuyente, no más pero tampoco menos de lo que la ley determina.

Por lo que en una auditoría llevada a cabo por la Administración, no es aceptable revisarla declaración, contabilidad y documentos de soporte del contribuyente con el propósito de establecer exclusivamente *el mayor impuesto a pagar*; mientras que de otro lado se deja por definitivos y sin corregir los errores incurridos por el contribuyente que representan un pago indebido.

Cuando la determinación es ejercida por los sujetos pasivos¹³, por no tratarse de actos administrativos no son susceptibles de ser impugnados en vía administrativa o contenciosa. La determinación tributaria por parte de los terceros responsables o de los contribuyentes se hace por medio de una declaración a través de formularios provistos por las administraciones tributarias –actualmente por programas informáticos-, los mismos que deben remitidos a la Administración y pagado el impuesto correspondiente dentro del tiempo, la forma y con los requisitos de ley o los reglamentos exijan, una vez que se configure el hecho generador del tributo respectivo¹⁴.

Por el contrario, cuando la auditoría tributaria es realizada por la Administración Tributaria, ya sea por la vía de control de las declaraciones o previo el concurso de los

12 Art. 88 del Código Tributario.

13 Art. 24 del Código Tributario: Es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable.

Se considerarán como sujetos pasivos, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros, susceptible de imposición, siempre que así se establezca en la ley tributaria respectiva.

14 Art. 89, inciso primero del Código Tributario.

sujetos pasivos, son objeto de control de legalidad por las vías mencionadas ya que constituyen una actividad reglada de acuerdo al Art. 10 del Código Tributario¹⁵.

Sobre este aspecto, es importante señalar lo que el profesor Jorge David Uribe expresa:

Es de suma importancia el establecer que la doctrina clásica estipula que la determinación en el sentido práctico puede ser llevada a cabo por el sujeto pasivo [...] pero que; sin embargo, es de entenderse que la facultad de determinación es siempre potestativa del Estado, es decir se origina en su potestad de imperio, aunque la delega al sujeto pasivo en ciertos casos¹⁶.

En este sentido, los sujetos pasivos que ejercen determinación, no trata de una potestad propiamente dicha, ya que ésta solo corresponde a la Administración tributaria dada la potestad de imperio que ejerce.

Como segundo punto, la norma también indica la finalidad de la facultad determinadora y los elementos que se deben observar para determinar el monto del tributo. Inicialmente, se debe reconocer si el hecho existe y si de acuerdo a sus características el mismo se sujeta a los presupuestos de la norma para que tenga relevancia jurídica y genere la obligación tributaria, es decir, constituya lo que conocemos como el hecho generador. En caso de que no haya esta relación, no se generaría obligación, por lo menos material o de pago.

Una vez identificado el hecho generador se deben identificar las normas pertinentes para realizar el cálculo del impuesto de acuerdo a la base imponible, siguiendo el procedimiento adecuado¹⁷ para establecer así el importe de las obligaciones tributarias.

Entonces concluimos que la potestad determinadora, como una facultad verificadora de la información proporcionada por los contribuyentes en sus declaraciones tributarias la ejerce la Administración Tributaria, sobre la base de la información proporcionada por los contribuyentes (materia prima) para que el Estado realice el control

15 Esta norma también concuerda con lo establecido en el Art. 173 de la Constitución y el Art. 219, no. 2 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Art. 173 Const.: *Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.*

Art. 219, No. 2 COFJ: *Les corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso tributario, no. 2 Conocer de las impugnaciones que presenten los contribuyentes o interesados directos contra toso acto administrativo de determinación tributaria proveniente de la administración tributaria nacional, seccional o de excepción [...].*

16 Jorge David Uribe, La facultad determinadora y el cobro de la deuda tributaria, en Memorias de las IV Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, IEDT, Quito, p.211.

17 La identificación de la base imponible va a depender del tributo de que se trate y debe regirse en base a las normas de la materia de que se trate. Es decir que se deben acudir a las normas especiales en caso de haberlas como en el caso del fuero aduanero. Un ejemplo:

[Se necesita] aplicar las normas internas sobre valorización de mercaderías, las que correspondan de los organismos subregionales, la Comunidad Andina de Naciones, CAN, y las de la Organización Mundial de Comercio, OMC. Posteriormente se han de aplicar las rebajas que miran a la condición personal del contribuyente y las deducciones que conciernen a la materia imponible. Depurada la materia imponible y en consecuencia obtenida la base imponible, se ha de aplicar la tarifa fija, proporcional o progresiva prevista y así se obtiene el importe de la obligación tributaria. Este cálculo se suele denominar, en estricto sentido, liquidación de la obligación tributaria. Dentro de este procedimiento se deben tener en cuenta las exoneraciones. No en todos los casos se encuentra previstas exoneraciones, rebajas y deducciones.

Otro ejemplo puede ser las normas sobre tributos que regula el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, entre otras.

tributario a través de la facultad que estamos analizando. Esto es, el acto o conjunto de actos reglados con el fin de establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo, en base al procedimiento establecido en la normas tributarias.

2.1 Naturaleza jurídica de la determinación tributaria:

Existen dos corrientes sobre la naturaleza de la determinación tributaria. La primera, si la deuda tributaria nace “al producirse el hecho imponible (y la segunda) si se genera al practicarse la determinación”¹⁸; es decir, una parte de la doctrina afirma que es de naturaleza declarativa y otra que es constitutiva, respectivamente.

La tesis de la naturaleza declarativa la sostiene Giannini al afirmar que: “la obligación tributaria surge en el momento en que se verifica el presupuesto legislativamente previsto”¹⁹, cuando concurren dos factores: la norma legislativa y la verificación empírica del presupuesto, independientemente de la actividad que realiza Administración Tributaria²⁰.

Por ello, esta postura doctrinal es la más consecuente con el carácter *ex lege* de la obligación tributaria, pues ni el contribuyente ni la administración tributaria pueden constituir una obligación nacida por imperio de la ley²¹.

Por el otro lado, la tesis constitutiva alemana dispone que la obligación tributaria nace por acto expreso de la Administración, y a partir de ese momento el débito tributario se configura y deviene exigible”²².

En base a estas tesis, nuestro sistema tributario apunta que la naturaleza de la facultad determinadora se ajusta a la teoría declarativa, pues la obligación tributaria no se vuelve exigible al momento de ejercer la potestad determinadora. Al contrario, de acuerdo al Art. 18 del Código Tributario: “La obligación tributaria nace cuando se realiza el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo”.

Si el sujeto considera que el presupuesto se ajusta a sus circunstancias fácticas, entonces, el sujeto hará la respectiva declaración, reconociendo que se encuentra dentro de la previsión legal por el cual el impuesto se hace exigible al verificarse el hecho generador. Contrario sensu, no declara quién considera que la situación ocurrida y que le es atribuible, no coincide con el hecho generador.

Vemos que la obligación tributaria no se constituye mediante determinación, sino por el presupuesto que la ley establece. La determinación va a declarar si es que existe o no obligación, y consecuentemente, en caso de haberla, se precisa el monto

18 Crespo, Marco A. Lecciones de Hacienda Pública Municipal. Internet. Ingresado octubre 20 de 2012. Marzo 9 de 2010. Caracas, 2010, p. 241. [<http://www.eumed.net/libros-gratis/2009b/563/Naturaleza%20juridica%20de%20la%20determinacion.htm>]

19 Citado por D'AMATI (Nicola), Derecho Tributario, Teoría y Crítica, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1989, p. 201.

20 Fonrouge, Giuliani (Carlos M.) Derecho Financiero. Editorial De Palma, tercera edición, Vol I: Buenos Aires, 1984, p. 454.

21 Ibidem, p. 461.

22 Ibidem, p. 455.

de la misma²³. Esta facultad potestativa y pública, como acción verificadora de la actuación de los contribuyentes por parte del Estado, se activa cuando vence el plazo para presentar la declaración por parte del sujeto pasivo.

No obstante, la facultad determinadora tendrá una naturaleza constitutiva, a manera de excepción, por falta de disposición expresa respecto de la fecha en que deba ser exigible la obligación tributaria. El Art. 19 del Código Tributario, en su numeral segundo, dispone que se volverá exigible al día siguiente de su notificación:

Quando por mandato legal corresponda a la administración tributaria efectuar la liquidación y determinar la obligación, desde el día siguiente al de su notificación.

Solamente en este caso, su naturaleza es constitutiva de la obligación tributaria.

La importancia de determinar la naturaleza de esta potestad de la administración tributaria es para la fijación de la fecha en la que correrá los intereses por mora.

En conclusión, la facultad determinadora se puede dar bajo dos supuestos:

1. Una vez realizadas las declaraciones por parte del sujeto pasivo, la Administración tributaria decide realizar un control de dichas declaraciones. Entendiéndose que su facultad determinadora es declarativa de la obligación tributaria; y
2. Excepcionalmente, cuando no corresponda al sujeto pasivo determinar la obligación tributaria por medio de declaración, la administración, mediante previa notificación al sujeto, entrará a determinar la obligación tributaria, configurándose la naturaleza constitutiva de su facultad.

¿El ejercicio de la facultad determinadora trae como consecuencia un perjuicio a la Administración Tributaria y por ende debe ser indemnizada?

Este es básicamente el criterio sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia 008-12-SIN-CC; al consagrar como acorde con la Constitución del Ecuador el recargo tributario, otorgándole una doble categoría jurídica de ser *indemnizatoria y resarcitoria*.

Lo cual abre una puerta para sostener y superar a la doctrina tradicional por la cual la *actividad estatal* se financia con tributos y la explotación de recursos naturales; por una tercera e indeterminada de que el Estado ejercicio de las potestades públicas debe ser *indemnizado* por los particulares.

No hay que olvidar que la indemnización es uno de los modos de reparar daños, también llamada reparación por equivalente. Ésta no repone o reintegra de manera específica el bien dañado; sin embargo, lo que hace es restablecer el equilibrio patrimonial en relación al valor que representa ese perjuicio²⁴. Es decir, se hace referencia al derecho que tiene el acreedor/perjudicado para exigir del deudor/

23 Héctor B. Villegas op. cit. p.399

24 Cazeaux y Trigo Represas. Derecho de las Obligaciones. Tomo IV, p. 894.

causante del daño la reparación de éste.

Pero para que exista la indemnización, previamente debe configurarse un daño en la víctima el mismo que debe ser demostrado y sujeto a reparación. Por esto, quien cometió el daño es quien esté obligado a indemnizar²⁵.

Razón por la cual es importante que, a la indemnización concurren dos elementos, se analice el concepto de daño y cuáles son los requisitos para determinar si éste es resarcible.

El daño implica todo detrimento, perjuicio, menoscabo patrimonial o no patrimonial que sufre el individuo²⁶.

En sentido amplio se entiende como toda alteración negativa en la esfera jurídica de la persona, como los derechos subjetivos, principalmente sus garantías, mismas que por ser imputables a otra persona son susceptibles de reparación.

Para el autor Jaime Fernández Madero, el daño es resarcible, siempre que cumpla los siguientes requisitos: cierto, actual o futuro, subsistente, propio (directo o indirecto), que haya afectación a un derecho subjetivo, significativo y que exista nexo de causalidad entre el agente provocador y el daño.

Es así que para que se configure el derecho de indemnización a una persona natural o jurídica, es necesario que se demuestre que ésta ha sufrido un daño reparable que ha sido causado por una determinada persona.

Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia No. 0088-12-SIN CC de fecha 10 de Abril de 2012 consideró que:

El **recargo** introducido en el Art. 90 del Código Tributario, **tiene una naturaleza indemnizatoria, disuasiva y resarcitoria** que permite impulsar al sujeto pasivo a que liquide sus impuestos conforme a la ley, y de no ser el caso, **indemnizar a la administración pública por el costo que incurre por llevar a cabo un proceso determinativo** [las negritas Nos pertenecen].

De la sentencia de la Corte Constitucional podemos entender el alcance del daño y la indemnización a la administración tributaria de la siguiente manera:

Según la interpretación de Corte Constitucional, el daño aludiría el ejercicio de la potestad determinadora en sí mismo. El causante de éste será el contribuyente.

En consecuencia, el recargo dispuesto en el Art. 90, inciso segundo del Código Tributario, se entendería como indemnización.

Consideramos que este análisis realizado por la Corte no tiene sustento jurídico ni doctrinario. Como hemos expuesto en párrafos anteriores, el Estado al estar investido

²⁵ Diez-Picazo, Luis; Ponce de León. Derecho de Daños. Editorial Civitas: Madrid, p. 42.

²⁶ Fernández Madero, Jaime. Derecho de Daños: Nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales. Editorial La Ley: Buenos Aires, 2002, p. 43.

de *IUS IMPERIUM* ejerce potestades exorbitantes las mismas que están destinadas a garantizar los derechos de los ciudadanos. **En este sentido el Estado no ostenta derechos se encarga de maximizar su ejercicio y efectivizarlos**²⁷.

Es por ello que el ejercicio de la potestad determinadora no puede ser considerado como un daño, cuando el Estado está obligado por la Ley y tiene como su obligación el verificar el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes; y, menos aún, el recargo configurarse como aquel derecho que repara el supuesto daño causado a la administración.

¿Hay daño en el ejercicio de una facultad, que se constituye en una obligación del Estado, por su potestad de imperio?

En el hipotético caso en que la administración pública sufriera un daño al ejercer su facultad determinadora, la indemnización entendida como el recargo no podría ser igual en todos los casos; esto es partir de una tasa porcentual fija en todos los casos (20%)

Sin embargo, de la sentencia No. 0088-12-SIN de la Corte Constitucional confirma que la mal llamada "indemnización" es igual para todos los sujetos pasivos en todos los casos en que la Administración ejerce la determinación del tributo.

2.1 Sobre la determinación del monto de los daños y perjuicios

Pese a tratarse de una relación jurídica entre la Administración Tributaria y un sujeto de derecho privado, parte de un supuesto constitucionalmente no justificado de mala fe por los contribuyentes de que en su accionar buscan siempre incumplir con el Estado; y que por ello deben indemnizar al Estado.

Es difícil entender como la Corte Constitucional desconoce, -o por lo menos abiertamente así lo declara-, el ejercicio complejo de aplicar las leyes tributarias en el día a día. El propio Servicio de Rentas Internas actúa en forma distinta bajo dos supuestos comparables; Recurre a una generalización discutible al concluir que la falta de pago de impuestos es por mala fe del contribuyente y nunca por la complejidad de la norma que resulta en diferentes formas de interpretar la misma, que incluso puede devenir de una Resolución Administrativa que modifica sustancialmente el contenido de la Ley.

Tampoco, "existen diferencias respecto de los criterios de determinación de los perjuicios indemnizables, incluida la indiscutible tendencia a considerar la solvencia del Fisco a fijar el monto de indemnización"²⁸. Por esta razón, se aplica el régimen de la responsabilidad extracontractual establecido en nuestro el Código Civil para indemnizar los daños causados.

No obstante, el del Art. 90 del Código Tributario, alude a una reparación de daños

27 Ávila Santamaría, Ramiro. Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia. La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ra Edición: Quito, 2008.

28 Ferrada en Marín 2004 a 125.

causados a la Administración Tributaria mediante la aplicación de un recargo a la obligación del contribuyente. La norma dispone lo siguiente:

El sujeto activo establecerá la obligación tributaria, en todos los casos en que se ejerza su potestad determinadora, conforme al Art. 68 de este Código, directa o presuntivamente.

La obligación tributaria así determinada causará un recargo del 20% sobre el principal [las negritas nos pertenecen].

Del artículo se desprende que el monto de valoración del daño a la Administración Tributaria ya está establecido en la misma norma, al cargar un 20% en las obligaciones que tenga que pagar el sujeto pasivo por el ejercicio de la facultad determinadora. Lo cual es incorrecto, pues la doctrina ha establecido que si los daños son materiales o patrimoniales, supuesto que se ajusta a la norma citada, “atenderá al resultado de la prueba, que apreciará en conciencia, según determina la ley [...]”²⁹.

Por el contrario, si derivada de una acción negligente por parte de la Administración se establece una glosa infundada en contra del contribuyente, y así luego lo reconoce un juez. ¿No debería “indemnizar” el Estado al contribuyente de *ipso jure* con un tanto alzado (20%) en la forma como lo debe hacer el contribuyente ahora con el recargo tributario?

Además la doctrina explica que para reparar los daños y perjuicios, se requiere de una valoración de éstos porque la reparación por equivalente en la entrega al perjudicado de una cantidad de dinero capaz de compensar los daños que ha sufrido, se debe determinar cuál es esa cantidad en el caso concreto³⁰. No de acuerdo a un parámetro general como lo hace la norma.

En este sentido es necesario preguntarse, ¿quién hace la valoración del daño reparable?, ¿quién es la autoridad competente para evaluar si el daño producido cumple con las características de ser directo, cierto y legítimo, y de serlo quién debe valorar el quantum de la indemnización?

Para responder a estas interrogantes es necesario recurrir a la doctrina y jurisprudencia en los diferentes ordenamientos jurídicos así:

Generalmente se ha considerado que para que se dé la indemnización de un daño debe existir “previamente en la sentencia [...], declaración del daño causado y el reconocimiento del derecho de la víctima u ofendido para obtener la reparación.”³¹

En el campo del derecho público, por el contrario, es mediante acto administrativo en donde se debe manifestar, de manera motivada las razones por las cuales se le recarga un 20% a la obligación tributaria título de indemnización; y no como una *presunción de derecho* como injustificadamente valida la Corte. Aun así sigue siendo

29 Font Serra, Eduardo. La determinación del quantum indemnizatorio de la condena civil de la sentencia penal en los supuestos de daños corporales. Boletín No. 1671, p. 89. Barcelona, p. 2375.

30 Naveira, Maita. La valoración del daño resarcible. Ingresado 26 de octubre de 2012. [n.f.] Internet. [<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2273/1/AD-7-32.pdf>].

31 Criterio para Determinar el Quantum de la Reparación del Daño en Sentencia y no en la Ejecución de la Misma. <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/534.pdf>

inadecuado, por decir lo menos, puesto que el recargo se debería gravar sobre el valor que representa los gastos en los que incurrió la Administración Tributaria para determinar el tributo (no como indemnización) y no sobre la obligación tributaria, tal como lo dispone la norma. Ambas son situaciones muy distintas.

Por otro lado, es necesario que el daño causado sea individualizado a una persona o grupo de personas y cierto.

De acuerdo con la jurisprudencia colombiana se entiende que el daño es cierto cuando: **“a los ojos del juez** aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante”³² [las negritas son nuestras].

Así mismo El Consejo de Estado Colombiano ha considerado que: **“El juez debe estimar como evidente el actual o futuro empobrecimiento patrimonial** o la actual o futura trasgresión de un derecho extrapatrimonial”³³ [La negritas son nuestras]

Contrario a lo que dispone el Art. 90 del Código Tributario, que aplica el mismo recargo sin medir cuantitativamente ni cualitativamente el supuesto daño en el caso concreto, sino aplica un mismo estándar para todos los casos.

Por su parte la jurisprudencia española claramente ha determinado que la fijación del quantum indemnizatorio exige una valoración de la prueba presentada y va a depender de cada caso. Así, las sentencias STS de 25 de marzo de 1991, de 26 de marzo y 19 de junio de 2007 establecen que:

[L]a función de calcular los daños indemnizables es atribuida exclusivamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes lo llevarán a cabo caso por caso valorando las probanzas unidas a las actuaciones, **sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna**, que por su carácter general no permite la individualización del caso concreto³⁴.

La cita además agrega que no puede haber norma expresa que prevea el monto de indemnización ya que reiteramos que se trata de una valoración de cada caso en particular.

3. Conclusiones:

- La Administración Tributaria ejerce potestades y no ostenta derechos por lo que no es susceptible de ser indemnizada por parte del administrado.
- La facultad determinadora no puede ser considerada como un daño en sí mismo al ser ésta una prerrogativa de la Administración, descrita como tal por la ley. El ejercicio de ésta es una facultad/obligación del Estado y como tal no debe ser

32 Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera 12 de febrero de 1992

33 Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera 12 de febrero de 1992

34 STS de 25 de marzo de 1991, de 26 de marzo y 19 de junio de 2007.

considerada como un daño.

- Asimismo, la Administración Tributaria no puede asegurar que cada vez que ejerce su facultad determinadora en los casos en que decide ejecutarla, "el supuesto daño" siempre va a equivaler al 20% del monto de la obligación que debe pagar el sujeto pasivo. Esta supuesta indemnización no refleja verdaderamente los gastos administrativos o "daños" en los que incurrió para determinar la obligación tributaria. El recargo es sobre la obligación tributaria y no sobre el monto que implicó la actividad determinadora.

- El aplicar un estándar de indemnización sin ningún parámetro coherente, genera una clara violación al principio de igualdad de las personas. Por esta razón, la norma no puede prever un parámetro estático por concepto de indemnización de daños a la administración dado que no refleja realmente una reparación del daño en sí, sino una arbitrariedad del legislador, validada por la Corte, para calcularlo. Por ejemplo. ¿Qué sucedería en el caso en el que el valor del recargo que el sujeto pasivo debe pagar sea mucho mayor o mucho menor en comparación con los gastos administrativos en los que ha incurrido la Administración? es decir, no se refleja una proporcionalidad entre el monto del recargo y la actividad administrativa de la Institución Tributaria.

- Tampoco podría considerarse que el ejercicio de una facultad legalmente establecida como es la facultad determinadora; el ejercicio de la misma implica un "daño".

La Corte deja sin respuesta algunas situaciones: la primera, en el caso en el que la Administración tributaria ejerza su facultad determinadora y obligue al pago al contribuyente de la obligación y el recargo. ¿Qué pasa si posteriormente se llega a la resolución que efectivamente el contribuyente está al día en sus obligaciones y que fue un error de la Administración haberle impuesto el recargo? Dicho valor al no ser "obligación tributaria" al momento de su devolución no va a generar intereses.

Otro supuesto puede ser que al ejercer esta facultad, nunca se encuentre realmente al obligado del pago del tributo, y que la administración tributaria igualmente incurra en gastos administrativos, ¿quién responde por esos daños? En los dos supuestos mencionados, la facultad determinadora se llevó a cabo, sin embargo no hay sujeto alguno que lo indemnice.

Por lo tanto la postura que sostiene la Corte Constitucional es errónea, superflua y carente de motivación, porque no puede considerarse a la facultad determinadora como un daño en sí mismo y su correlativa indemnización sea el recargo.

- Finalmente es importante recalcar que la valoración del daño y el quantum indemnizatorio debe respetar las garantías del debido proceso y sobre todo se demuestre la certeza del daño así como el nexo causal entre éste y quien lo perpetró a través de la adecuada motivación.

En resumen la reparación del daño, una vez demostrado, tiene que darse de acuerdo al caso concreto y no de manera generalizada; de lo contrario ocasiona una "indemnización" por un daño inferior al porcentaje legal del 20% de recargo, ocasionando un pago indebido por un gasto no incurrido por el Estado.

