

Nº 22, DIC. 2018

ISSN 2528-7834

E-ISSN 2528-7834

Iuris

Dictio

Dossier:

Los retos actuales del arbitraje

Iuris Dictio

Director editorial

Diego Falconí Trávez

Coordinadora editorial

María Teresa Vera-Rojas

Comité científico

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

Comité editorial

Ximena Bustamante, Sophia F. Espinosa, Johanna Fröhlich, José Irigoyen, Álvaro Paul, Pier Pigozzi, Daniela Salazar Marín, Vladimir Villalba.

Asistentes editoriales

María Gabriela Andrade, Analía Andrade, Aura Chiriboga, María Alejandra Chauvín, Michelle Cueva, Josselyn Espinosa, Abigail Quevedo.

Diseñadora

Mayra Overney-Falconí

Webmaster

Jaime Páez

Maquetador

Cristina Garzón

Traductora

Megan Edwards

Revisores pares de este número

Juan Pablo Aguilar, Belén Aguinaga, Xavier Andrade, Marena Briones, Silvita Buendía, Daniel Caballero, Hugo Cahueñas, César Coronel, Gabriela Espinosa, Vajk Farkas, Carlos Fernández Arévalo, Ana Isabel García Alfaraz, Ramiro García Falconí, Hugo García Larriva, Gustavo Guerra, María Elena Jara, Javier Jaramillo Troya, Rodrigo Jijón, André Karam Trindade, Paul Ocaña, Carlos Ortuño Arévalo, Rebeca Pessoa, Cristina Ponce, Paola Proaño, David Rubio, Laura Saldivia, Oswaldo Santos, Bárbara Terán, María Elena Troya, Vladimir Villalba.

Licencia legal: Reconocimiento- NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.



LC: KHK 10 .197 CDD: 340.05

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

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

ISSN: 1390-6402 e-ISSN: 2528-7834

1. Jurisprudencia – Ecuador – Publicaciones seriadas. 2. Interpretación del Derecho . Publicaciones seriadas I. Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia

E-mail: revistaiurisdicio@usfq.edu.ec

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

POLÍTICA DE PUBLICACIÓN

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

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

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

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

1. Política de secciones

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

Monográfico

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

La sección monográfica es coordinada por un/a especialista en el área. Todos los artículos deben ajustarse a los criterios del Manual de estilo de la revista y responder a las Normas de Publicación. Asimismo, todos los artículos enviados deben ser inéditos y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).

Miscelánea

La sección miscelánea está compuesta por artículos doctrinales, reseñas legislativas, comentarios jurisprudenciales de temática libre y análisis comparatistas del derecho, siempre que se correspondan con el ámbito de la revista. Serán descartados del proceso de evaluación todos aquellos artículos que no cumplan con las Normas de Publicación y el Manual de estilo de la revista. Los artículos enviados a esta sección deben ser originales y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).

Reseñas

La sección de reseñas está destinada a la revisión de las novedades editoriales en el ámbito del derecho. Los libros reseñados deben tener una fecha de publicación de no más de 2 años, respecto del año de publicación del número de la revista. La extensión de las reseñas no debe superar las 3.000 palabras y deben ser originales e inéditas.

Entrevistas

Esta sección está destinada a la recoger entrevistas realizadas a juristas o bien a especialistas de otras áreas, que a pesar de no ser del área del derecho, realicen un aporte al complejo fenómeno jurídico en la contemporaneidad. La entrevista debe ser original e inédita y debe plantearse como un diálogo con preguntas y respuestas. Su extensión no deberá superar las 7.000 palabras.

2. Proceso de revisión por pares

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

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

Las reseñas no estarán sujetas a la evaluación por pares.

3. Frecuencia de publicación

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

4. Política de acceso abierto

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

5. Envíos Online

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

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

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

6. Normas para autores/as

• Los artículos deben ser originales y no haber sido publicados con anterioridad. Los/as autores/

as deberán identificarse e indicar su afiliación y de no tenerla deberán poner “Investigador/a independiente”.

- Los artículos podrán estar escritos en castellano o inglés, las dos lenguas oficiales de la revista.
- Los artículos deberán tener una extensión comprendida entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).
- Además, incluirán al principio un resumen de hasta 750 caracteres (sin espacios, aproximadamente 10 líneas) en castellano y en inglés. Las palabras clave (un máximo de seis) también deben presentarse en ambos idiomas.

7. Derechos de autoría

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

8. Edición de la revista

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

NOTA EDITORIAL

En el año 2016 la revista *Iuris Dictio*, adscrita al Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, tuvo un relevo en su dirección editorial. En estos dos años de trabajo, quienes formamos parte del Equipo Editorial hemos buscado acoplar la publicación a diversos estándares internacionales que garanticen un debate democrático y riguroso en torno al derecho. *Iuris Dictio*, en este sentido, ha recibido decenas de artículos de diferentes países que, desde posturas diversas basadas en argumentaciones académicas, han permitido reflexiones plurales que dan cuenta de la vocación vinculada a las Artes Liberales que tiene nuestra publicación.

En esta línea, hemos considerado que para garantizar el derecho al libre acceso a la información y para mostrar coherencia respecto a prácticas que den cuenta de nuestro compromiso con los derechos ambientales era importante tomar decisiones respecto al modo de circulación de nuestra revista en esta época contemporánea. Por ello, anunciamos que este número 22 es el último en ser publicado en papel. En adelante, *Iuris Dictio* solo circulará en su versión digital, alojada en el siguiente dominio: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/index>

Por otro lado, queríamos comentarles que incluimos una nueva sección desde este número: *Entrevistas*, la cual busca incorporar diálogos con juristas y especialistas de otras disciplinas vinculadas al quehacer legal, que realizan un aporte al complejo fenómeno jurídico en la contemporaneidad.

Confiamos en que esta nueva etapa de *Iuris Dictio* siga contribuyendo al estudio académico del derecho y a su amplia y ética difusión.

Equipo editorial

ÍNDICE

DOSSIER

Presentación del dossier. Los retos actuales del arbitraje Dossier's presentation. The current challenges of arbitration CLAUDIA SALGADO.....	15
Algunos precedentes históricos del arbitraje privado-público en el Ecuador Some historical precedents of private-public arbitration in Ecuador HERNÁN PÉREZ LOOSE.....	19
El arbitraje y las normas de procedimiento ordinario: una interacción incomprendida Arbitration and the rules of ordinary procedure: a misunderstood interaction VANESA AGUIRRE GUZMÁN	37
La manifestación del consentimiento en condiciones de violencia económica: un asunto pendiente en el arbitraje The manifestation of consent in conditions of economic violence: a pending matter in arbitration FERNANDO S. BAJAÑA TOVAR / PAÚLA. GONZÁLEZ MORÁN.....	47
La doctrina de las “manos limpias” en el arbitraje de inversión y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. The “clean hands” doctrine in investment Arbitration and its applicability to the Ecuadorian legal system ANDRÉS CERVANTES VALAREZO	71
El precedente en el Derecho Internacional de inversiones: el valor argumentativo de decisiones arbitrales previas Precedent in International Investment Law: the argumentative value of previous arbitration decisions GUSTAVO PRIETO.....	89
Re-thinking the requirement of making an investment in accordance with domestic laws as a substantive right and a cause of action for host States under the BITs Repensar el requisito de realizar una inversión en concordancia con el derecho doméstico como derecho sustantivo y pretensión accionable para los Estados bajo los BITs FÉLIX ANTOLÍN MARTÍNEZ.....	101
El abuso del derecho en el arbitraje internacional de inversiones. Quien su derecho ejerce, ¿a nadie ofende? Abuse of law in international investment arbitration: The one who exercises his/her right, does it offend anyone? CHRISTEL GAIBOR / MACARENA BAHAMONDE.....	115

MISCELÁNEA

Fifty Shades of Tolerance: Human Rights Argumentations concerning Family Models and Hate Speech

Cincuenta Sombras de Tolerancia: argumentos desde los derechos humanos respecto de los modelos de familia y el discurso de odio

LÓRÁNT CSINK129

La exclusión de la mujer campesina de dos regímenes de seguridad social: el Seguro Social Campesino y la Ley de Justicia Laboral

The exclusion of rural women in two social security schemes: Rural Social Security and the Labor Justice Law

MARÍA GRACIA NARANJO PONCE.....139

¿Camino al altar?: El matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Walking to the Altar? Equal Marriage in International Human Rights Law

CARLOS J. ZELADA.....155

El concepto de Causa del Contrato en el Código Civil de Bello: la experiencia ecuatoriana

The concept of *Causa* of the Contract in Bello's Civil Code: the Ecuadorian experience

OSCARA. DEL BRUTTO.....191

Online privacy regulation in a decentralized, unbounded context: Internet Governance and multi-stake-holder initiatives as regulatory mechanisms

La regulación de la privacidad en Internet en un contexto descentralizado y no consolidado: la gobernanza de Internet y las iniciativas de múltiples partes interesadas como mecanismos reguladores

HUGO FERNANDO AGUIAR LOZANO.....205

La necesidad de incorporar al agente encubierto cibernético en la Legislación Ecuatoriana

The importance of incorporating the undercover agent in the Ecuadorian Legislation

GLADIS PROAÑO REYES.....217

ENTREVISTAS

Entrevista a Shelley Cavalieri. La propiedad como derecho de las mujeres y los sistemas sanitario y migratorio en los Estados Unidos

Interview with Shelley Cavalieri. Property as a women's rights and the health and immigration systems in the United States

JOSSELYN JESSENIA ESPINOZA BAUTISTA.....231

Entrevista a Jorge Galán. La novela Noviembre reabre la posibilidad de justicia en El Salvador

Interview with Jorge Galán. November: the novel that reopens the possibility of justice in El Salvador

ABIGAIL QUEVEDO / AURA CHIRIBOGA.....239

Nº 22, DIC. 2018

ISSN 2528-7834

E-ISSN 2528-7834

Iuris Dictio

Dossier:

Los retos actuales del arbitraje



PRESENTACIÓN DEL DOSSIER. LOS RETOS ACTUALES DEL ARBITRAJE

Presentación del dossier. Los retos actuales del arbitraje

CLAUDIA SALGADO

Universidad San Francisco de Quito/ Procuraduría general del Ecuador

El arbitraje apasiona. Y esto trae consigo la necesidad de analizar, identificar y resolver los constantes retos que se presentan para trazar líneas de cambio y perfeccionamiento. Diríamos que los autores de este Dossier se encaminaron por estas diversas etapas en la búsqueda de una respuesta adecuada a los retos actuales del arbitraje, tanto a nivel nacional como internacional.

A nivel local, el arbitraje se enfrenta a diversos retos. Algunos de ellos tienen que ver con el alcance de la interacción que se puede llegar a producir entre la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Como bien se menciona en alguno de los artículos de este Dossier, pareciera ser que el arbitraje y las normas de procedimiento ordinario tienen una interacción incomprendida.

La Ley para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y de Estabilidad y Equilibrio Fiscal subsanó, en parte, varios de estos retos pues, mediante una disposición transitoria de esta Ley, parecería que el tema de la homologación de laudos arbitrales expedidos en el extranjero ha quedado subsanado, evitando así que el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros conlleve condiciones más rigurosas que las establecidas en la Convención de Nueva York (CNY). Igualmente, la Ley de Fomento Productivo restablece la carga de la prueba para quien se opone al reconocimiento y la ejecución del laudo, tal como lo requiere la CNY, y ya no para quien solicita el reconocimiento y la ejecución del laudo. Sin embargo, nuevos retos surgen de esta disposición transitoria: se abre la posibilidad de solicitar la ejecución de laudos parciales o interinos e incluso la posibilidad de ejecutar laudos anulados como ha sucedido en Francia, en los casos *Hilmarton (Société Hilmarton Ltd v. Société Omnium de traitement et de valorisation, 1994)* y *Putrabali (Société PT Putrabali Adyamulia v Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices, 2007)*, así también como en otros países (Galliard, 1999).

Con la adopción de la Ley para el Fomento Productivo, también quedó sin efecto el artículo 104 del COGEP en la parte en que se hacía una diferenciación, a mi criterio artificial, entre los laudos arbitrales dictados en contra de particulares y los dictados en contra del Estado. Este artículo exigía, para efectos del reconocimiento, que se demuestre que un laudo dictado en contra del Estado ecuatoriano no contrariaba las disposiciones de la Constitución y la ley. Esta diferenciación no tenía sentido, pues, por una parte, los laudos que atentan contra el orden público no deberían obtener reconocimiento, independientemente de que se hayan dictado en contra de particulares o en contra del Estado. Por otra parte, el Estado puede actuar como comerciante, en su calidad de *ius gestionis*, tornándose un particular más y, por lo tanto, la distinción perdía sentido. Así, en el arbitraje de Ecuador hay mucho camino que recorrer y muchos obstáculos que vencer.

En cuanto al arbitraje internacional también existe un sinnúmero de problemas que, hoy por hoy, enfrentan sus usuarios. En el arbitraje de inversiones, el principal reto sigue siendo equilibrar las protecciones necesarias para los inversionistas extranjeros con los intereses del Estado anfitrión, en particular, con su obligación de promover el desarrollo sostenible en lo social, económico, ambiental y cultural¹.

¹ Los tres primeros aspectos son pilares que fueron mencionados por la Organización de Naciones Unidas, como resultado de su



Debido a las amplias protecciones que contienen los tratados en materia de inversión y las extensivas interpretaciones que han realizado los tribunales arbitrales, uno de los principales retos ha sido saber dónde trazar la línea que separa la vulneración de los derechos de los inversionistas de la vulneración por parte de los inversionistas a las leyes locales, regulaciones y política pública del Estado receptor de la inversión. Podría suceder, por ejemplo, que medidas estatales tomadas como una sanción en contra del comportamiento indebido o la mala conducta del inversionista extranjero sea impugnada por este con éxito ante un tribunal arbitral internacional².

Esto ha dado lugar a que se insista en que los tribunales arbitrales internacionales no son un mecanismo de última instancia y que su rol no es reexaminar las decisiones del sistema judicial local. Pues, las decisiones locales desfavorables para los inversionistas no constituyen necesariamente una vulneración a los tratados de inversión, salvo en circunstancias extraordinarias; por ejemplo, cuando esas decisiones hayan sido producto de una comprobada denegación de justicia.

De este debate surgen varias consideraciones que deben ser atendidas: ¿en qué medida las inversiones realizadas de forma ilegal o de mala fe deben estar protegidas por los tratados de inversión? ¿Son admisibles demandas por parte de inversionistas que cometieron actos de corrupción para obtener sus inversiones? ¿Son competentes los tribunales arbitrales para decidir sobre estos temas? ¿Tienen los tribunales la potestad de sancionar al inversionista una vez comprobados estos actos? Al resolver estas cuestiones, los tribunales arbitrales transmiten mensajes a los Estados y a los inversionistas. Se esperaría que el mensaje sea que los inversionistas extranjeros deben respetar y cumplir las leyes y regulaciones del Estado anfitrión, incluyendo las leyes laborales, ambientales y aquellas en torno a los derechos humanos.

Ligado al concepto de la ilegalidad de las inversiones está la doctrina de las manos limpias. Si bien esta doctrina ha sido poco analizada por los tribunales arbitrales, su contenido impone una obligación implícita a los inversionistas de actuar de conformidad con las leyes locales y de buena fe para poder beneficiarse de las protecciones de los tratados de inversión³. Así, los tribunales arbitrales podrían no admitir una demanda o declararse incompetentes en aquellos casos en que los inversionistas tengan las “manos sucias”.

En esta misma línea, otro reto para el arbitraje de inversiones es, sin duda, evitar abusos de este mecanismo. Si bien la organización o reorganización de una estructura corporativa diseñada para obtener beneficios otorgados por tratados de inversión, incluyendo la posibilidad de acceder al mecanismo de solución de controversias, no es, de por sí, ilegítima ni censurable⁴, en varios casos, los tribunales arbitrales han detectado “abusos del proceso” o intentos de “manufacturar la jurisdicción” del tribunal por parte de los inversionistas. En algunos casos, este abuso del proceso se ha dado mediante una “reorganización de los activos dentro de una familia, para ganar acceso a la jurisdicción del CIADI a la cual el inversionista inicial no tenía derecho” (*Phoenix Action, Ltd. v. República Checa*, Laudo, 2009, § 140)⁵.

Cumbre, en Nueva York, del 14 al 16 de septiembre de 2005. El cuarto, en cambio, fue mencionado por la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO, adoptada el 11 de septiembre de 2001.

² Por ejemplo en el caso *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador* (2011).

³ Ver, por ejemplo, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Filipinas* (2014, § 328), Laudo. Véase también: *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Federación Rusa* (2009, §§ 435, 436 y 492), Laudos Interinos sobre Jurisdicción y Admisibilidad, casos CPA No. 226, 227 y 228. Y, *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Indonesia*, (2014, §§ 646, 654), Laudo Final; *Copper Mesa Mining Corporation v. Ecuador* (2016, §§ 5.62 y 5.65); *Lao Holdings N.V. v. República Democrática de Laos* (2017, §§ 146-149), Decisión sobre los Méritos.

⁴ Afirmación realizada por varios tribunales arbitrales. Ver, *Tidewater et al. v. Venezuela* (2013, § 184), Decisión sobre Jurisdicción; *Aguas del Tunari SA v. Bolivia*, (2005, § 330), Decisión sobre Jurisdicción; *Renée Rose Levy y Grenciel S.A. v. Peru* (2015), Laudo.

⁵ Esta y todas las traducciones son propias.

Así, cuando la reestructuración de las operaciones de un inversionista se da una vez surgida la controversia (o conociendo sobre su inminencia) con la finalidad de beneficiarse de la protección de un tratado y, en particular, del arbitraje internacional, existe un abuso del proceso/sistema⁶. Un claro ejemplo es cuando una sociedad nacional reestructura su titularidad para internacionalizar su inversión y poder arbitrar una controversia existente o previsible con el Estado receptor.

A todos estos retos, se suma el de definir cuál es la naturaleza y el alcance de los derechos de los inversionistas contenidos en los tratados de inversión. Mientras que, para algunos, los derechos de los inversionistas son “originales” o “directos”, para otros son derechos “derivados”. Los tribunales arbitrales han interpretado los derechos de los inversionistas de diferente forma, llegando así a diferentes resultados.

Esta discusión cobra relevancia, por ejemplo, cuando los Estados suscriptores de los tratados en materia de inversión realizan declaraciones conjuntas interpretando el sentido y el alcance de sus tratados: si un tribunal arbitral de inversión considera que el inversionista “simplemente actúa como un representante de su Estado de origen, a quien finalmente se deben los derechos otorgados por los tratados de inversión” (Scheurer, 2007, p. 355), las declaraciones interpretativas de los Estados contratantes tendrán una gran influencia y peso en la decisión del tribunal arbitral. Por el contrario, si se considera que el tratado otorga a los inversionistas derechos originales, los tribunales podrían ignorar las interpretaciones posteriores realizadas por los Estados, al no reflejar, en su opinión, las legítimas expectativas de los inversionistas.

Finalmente, está presente el reto sobre cómo hacer del arbitraje de inversiones un marco más previsible y coherente. Mucho se ha criticado la existencia de decisiones divergentes e incluso contradictorias. En este contexto, el uso de *precedentes* podría ayudar a reducir el riesgo de interpretaciones contradictorias. Varios tribunales arbitrales han expresado la opinión de que el uso de decisiones anteriores podría contribuir al establecimiento de un marco legal predecible y estable para el derecho internacional de inversiones, con reglas claras tanto para los inversores como para los Estados.

Varios de los debates presentados en estas breves líneas son parte de este Dossier, el cual cuenta con valiosas reflexiones y contribuciones de distinguidos juristas que hacen un recorrido sobre diversos temas, todos ellos relevantes en la actualidad del arbitraje. A decir: la interacción entre las diversas normas que rigen al arbitraje local; la violencia económica como un vicio al acuerdo arbitral; los precedentes históricos sobre el arbitraje público-privado en el Ecuador; la legalidad de las inversiones; la doctrina de las manos limpias; el abuso del proceso; la naturaleza de los derechos de los inversionistas; y el valor del precedente en el arbitraje de inversiones.

Con estos interesantes aportes es de esperar —con mucho optimismo— que se vaya forjando en el Ecuador y América Latina una escuela de especialistas en el arbitraje nacional e internacional.

⁶ Ver, por ejemplo, *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Perú* (2017), Laudo.

Referencias bibliográficas

- Gaillard, E. (1999). The Enforcement of Awards Set Aside in The Country Of Origin. *ICSID Review of Foreign Investment Law Journal*, 14 (1), 16-45 <<https://doi.org/10.1093/icsidreview/14.1.16>>.
- Scheurer, C. (2007). Investment Protection and International Relations. En A. Reinisch and U. Kriebaum (eds.). *The Law of International Relations* (pp. 345-358). The Netherlands: Eleven International Publishing.

Jurisprudencia

- CIADI (2005). *Agua del Tunari SA c. Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3. Decisión sobre Jurisdicción del 21/10/2005.
- (2009). *Phoenix Action, Ltd. v. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5. Laudo del 15 de abril de 2009.
- (2011). *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11. Laudo del 17 de mayo de 2006.
- (2013). *Tidewater et al. c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5. Decisión sobre Jurisdicción del 8 de febrero de 2013.
- (2014). *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Filipinas, [III]*, Caso CIADI No. ARB/11/12. Sentencia del 10 diciembre de 2014.
- (2015). *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. c. Perú*, Caso CIADI No. ARB/11/17. Laudo del 9 de enero de 2015.
- (2017). *Lao Holdings N.V. v. República Democrática de Lao, [I]*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/6. Decisión sobre los Méritos del 15 de diciembre de 2017.
- CNUDMI (2014). *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Indonesia*, Laudo Final de 15 de diciembre de 2014.
- Cour de cassation français (1994). *Société Hilmarton Ltd v. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, No. 92-15.137. Sentencia del 23 de marzo de 1994.
- (2007). *Société PT Putrabali Adyamulia v Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, Cour de cassation, No. 05-18.053. Sentencia del 29 de junio de 2007.
- CPA (2009). *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, Casos No. 226, No. 227 y No. 228, Laudos Interinos sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 30 de noviembre de 2009.
- *Copper Mesa Mining Corporation c. Ecuador*, Caso No. 2012-2, Laudo del 15 de marzo de 2016.

ALGUNOS PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARBITRAJE PRIVADO-PÚBLICO EN EL ECUADOR¹

Some historical precedents of private-public arbitration in Ecuador

HERNÁN PÉREZ LOOSE²
Coronel & Pérez

Resumen

Análisis histórico de algunos arbitrajes privado-público que se desarrollaron en el Ecuador durante la segunda mitad del siglo XIX y finales del siglo XX.

Palabras clave

Arbitraje / Historia de arbitrajes privado-público / Construcción del Ferrocarril del Sur / Caso Impregilo / Caso Emelec / Cláusula Calvo / Jurisdicción extranjera.

Summary

Historical analysis of a few examples of private-public arbitration in Ecuador during the second half of the 19th century as well as the end of the 20th century.

Keywords

Arbitration / History of private-public arbitrations / Construction of Ecuador Southern Railway / Impregilo case / Emelec case / Calvo Clause / Foreign Jurisdiction.

1. Introducción

El presente artículo no pretende abordar algún aspecto de la institución del arbitraje o comentar alguna tendencia jurisprudencial. Su propósito es más bien limitado. Se busca en este trabajo sacar a la luz una serie de arbitrajes privado-público³, de gran importancia en la vida pública del Ecuador, que tuvieron lugar mucho antes de que surja el actual debate sobre los arbitrajes internacional de inversión. Nuestra atención se centrará en una serie de casos que tuvieron lugar a fines del siglo XIX, y en dos que ocurrieron a fines del siglo XX. De estos casos se ha escrito muy poco o nada, como poco o nada se ha escrito en el país sobre la historia de nuestras instituciones jurídicas. Como podrá apreciarse, el Ecuador tuvo varias experiencias con esta clase de arbitraje, los que por su naturaleza son de trascendencia pública y proclives a general conflictos de suma complejidad. El escaso conocimiento que existe sobre ellos probablemente se deba a las dificultades que hay para obtener información al respecto y el poco interés que hay al respecto. Es un vacío que trataremos de llenar.

1 Recibido: 31/07/2018 – Aceptado: 01/10/2018

2 Hernán Pérez Loose es uno de los socios fundadores de Coronel & Pérez. Abogado en la Universidad Católica de Guayaquil. LL.M en Derecho Comparado en la Universidad de Nueva York; LL.M y S.J.D., en la Universidad de Harvard. Fue asesor legal del presidente de la República del Ecuador de 1982 a 1984, así como del Procurador General de Ecuador de 1979 a 1980. Además, ha escrito extensamente sobre derecho constitucional y ha sido uno de los principales escritores de opinión para el periódico más importante de Ecuador, El Universo, durante muchos años. Correo electrónico: hperez@coronelyperez.com

3 En este artículo usaremos el término "arbitraje privado-público" para identificar aquellos arbitrajes en los que una parte es una persona (jurídica o natural) de derecho privado, nacional o extranjera, y la otra es el Estado o una entidad de derecho público.



2. Los arbitrajes en la era del ferrocarril

2.1. Prohibición legal

La más antigua referencia que puede encontrarse sobre el arbitraje privado-público en el Ecuador no le es muy favorable. En efecto, nuestro primer cuerpo legislativo dedicado a regular los procesos civiles, el Código de Enjuiciamientos en Materias Civiles (en adelante “CEMC”), que fuera aprobado por la Convención Constituyente de 1869, establecía en su artículo 45 que no podían someterse al arbitraje aquellos “asuntos en que sea parte el Ministerio Público” (Código de Enjuiciamientos en Materias Civiles, artículo 45).

Si bien el ministerio público ha guardado históricamente una relación institucional con la protección de intereses de la sociedad, y específicamente con la represión del delito, la exclusión que hace el CEMC del arbitraje parece referirse también a demandas en contra del Estado, y en las que tradicionalmente debía intervenir como parte el Ministerio Público. De hecho, así lo confirman eventos que tuvieron lugar años más tarde. En todo caso, hay que subrayar que no hay una explicación por parte de la legislatura o de los comentaristas de la época sobre esta prohibición.

Una disposición idéntica se encuentra en el artículo 272 de Código de Enjuiciamientos en Materias Civiles español de 1855. Las sucesivas reformas y codificaciones que tuvo el CEMC mantuvieron esa prohibición. Incluso cuando en 1890 se aprueba la primera Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), dicha prohibición constaba en su artículo 71.

2.2. Necesidad de capital extranjero

Sin embargo, las limitaciones económicas del Estado ecuatoriano habrían de dictaminar otra cosa. A partir de 1869, cuando se inicia la segunda presidencia de García Moreno, el Ecuador se embarcaba en la construcción una red de transporte ferroviario de enormes proporciones. Estas obras eran asociadas entonces con el progreso de las naciones, y demandaban de ingentes capitales y tecnología que eran recursos de los que carecía el país. Para suplir esta deficiencia, los Gobiernos de la segunda mitad del siglo XIX debieron recurrir a empresas privadas la mayoría ellas constituidas en Europa y Estados Unidos. Dada la trascendencia política de estas obras, los beneficios fiscales y patrimoniales que se otorgaban a los empresarios, y el preponderante rol que entonces jugaba la legislatura en el sistema político del Ecuador, la celebración de estos contratos iba precedida de una expresa autorización legislativa.

Dicha autorización parlamentaria incluía las bases sobre las cuales el Poder Ejecutivo debía negociar los respectivos contratos. Tales bases eran muy exhaustivas en cuanto a las especificaciones técnicas que debía cumplir la obra, las fuentes de financiamiento del empresario —que generalmente incluían recursos derivados de las aduanas—, las obligaciones del gobierno y derechos del contratista. Lo que resulta importante subrayar aquí es el hecho que dichas bases de contratación invariablemente contenían una por la que se acordaba que las disputas que llegasen a surgir entre el gobierno y la empresa contratista llamada a construir y operar el servicio ferroviario debían ser resuelta por medio de un arbitraje.

Los conflictos legales que generaron estos contratos fueron múltiples. En algunas ocasiones las partes recurrían al arbitraje para solucionarlos, y, al menos en un caso, una de ellas demandó la ejecución del laudo llevando la disputa hasta la Corte Suprema en 1894. La sentencia que profirió la Corte en este caso constituye nuestra primera jurisprudencia arbitral.

2.3. El contrato Palau (1887)

En agosto de 1887 el Congreso Nacional autorizó al gobierno presidido por D. José M. Plácido Caamaño, quien gobernó de 1883 a 1888, la celebración de un contrato con el empresario D. Ignacio Palau, de nacionalidad colombiana, para la construcción y explotación del ferrocarril que uniría Bahía de Caráquez con Quito, el llamado “Ferrocarril Central” (Congreso de la República, 1887). El contrato tendría un plazo de noventa y nueve años (Congreso de la República, 1887, Art. 24), obligándose el contratista a terminar la infraestructura dentro de los primeros diez años (Congreso de la República, 1887, Art. 2). Entre los derechos que adquirió Palau fue el recibir directamente el producto de las aduanas de Manabí como garantía del pago de 30,000 sucres que el gobierno ofreció hacerle por cada kilómetro de ferrocarril construido (Congreso de la República, 1887, Art. 9), pero previo el otorgamiento de una garantía de 100 mil sucres a satisfacción del gobierno y que debía ir aumentándose a medida que el empresario reciba los fondos de las aduanas (Congreso de la República, 1887, Art. 11); fianza que sería ejecutada en el evento de que la obra no llegue a realizarse (Congreso de la República, 1887, Art. 11).

El contrato incluía una cláusula arbitral en estos términos:

Art. 28.- Las cuestiones o diferencias que puedan surgir entre el Gobierno y el empresario, serán en todo caso resueltas por árbitros arbitradores, designados, uno por cada parte, y un tercer por aquellos. El fallo arbitral será inapelable. El empresario renuncia a toda reclamación diplomática, a no ser para la ejecución del laudo (Congreso de la República, 1887, Art. 28).

2.4. Controversia

Los trabajos se iniciaron conforme lo previsto. Con el objeto de obtener financiamiento internacional, en 1889 Palau constituyó en Londres la *Ecuador Central Railway Company Limited*, la que designó al ingeniero inglés Charles Clegg para que verifique los avances de la construcción⁴ (Exposición del Contratista del Ferrocarril Central a las HH. Cámaras Legislativas, 1899). Sin embargo, entre el gobierno y Palau había surgido un desacuerdo. Palau había omitido otorgar una garantía a satisfacción del gobierno, a pesar de haber recibido fondos de las aduanas de Manabí. El Gobierno inició entonces un arbitraje. Además, para entonces Palau había solicitado al Congreso una modificación del contrato, pues, nuevos estudios del suelo demostraban que el costo del kilómetro de vía férrea era mayor que el planeado originalmente (Exposición del Contratista del Ferrocarril Central a las HH. Cámaras Legislativas, 1899).

El problema con el contratista Palau lo heredó el nuevo gobierno liderado por Antonio Flores (1888-1892). Este le encargó al conocido jurista Luis F. Borja la defensa del gobierno en el arbitraje. Mientras el arbitraje estaba desarrollándose, el presidente Flores buscó avanzar en las obras ferroviarias, incluyendo la del Ferrocarril de Centro que se encontraba empantanada por el mencionado conflicto con Palau. Fue así entonces que el Poder Ejecutivo obtuvo del Congreso de 1890 una autorización para firmar un nuevo contrato para el mismo proyecto (Congreso de la República, 1890). Pero en esta ocasión con la mencionada compañía constituida en Londres, y que la representaba en el Ecuador el ingeniero Clegg; compañía a la que Palau cedería sus derechos bajo el contrato anterior.

⁴ En 1890 Palau hizo una exposición ante el Congreso sobre los problemas que estaba enfrentando, incluyendo la notificación de la demanda arbitral.

2.5. Contrato con los hermanos Forwood

En efecto, agosto de 1890 el Congreso aprobó un decreto que contenía las bases para un nuevo contrato de ferrocarril entre Quito y Bahía de Caráquez⁵. El Decreto Legislativo lo autorizaba al Gobierno para a contratar con la “Compañía del Ferrocarril Central” establecida en Londres por los Sres. Forwood Hermanos y Compañía, y representada en el Ecuador por Carlos Clegg. El nuevo contrato establecía que Palau se adhería a él y que, por ende, “lo suscribe en todas sus partes” quedando así “resuelto el anterior celebrado conforme el decreto legislativo del 9 de agosto de 1887” (Art.1). Ahora bien, el nuevo contrato debía firmarse dentro de los siguientes seis meses, y con ello no solo que terminaría el contrato anterior que celebró Palau, sino que además terminaría “el juicio arbitral que se le sigue, sin lugar a ninguna reclamación ulterior” (Art. 1). Era una solución práctica que lo que buscaba era avanzar en la obra y terminar el litigio con Palau.

Entre las bases contractuales que el Decreto Legislativo que el Congreso aprobó se incluía una sobre solución de controversias, según el siguiente tenor:

Art. 18. El presente contrato se radica bajo las leyes ecuatorianas y las cuestiones o diferencias que puedan surgir entre el Gobierno y la Compañía, serán en todo caso resueltas por árbitros arbitradores designados por cada parte, y un tercero por aquéllos. El fallo arbitral será inapelable. La Compañía renuncia toda reclamación diplomática.

2.6. Arbitraje contra Palau

Sin embargo, el nuevo contrato con la compañía londinense no llegó a firmarse. En consecuencia, el juicio arbitral contra Palau debió seguir su curso. El 9 de mayo de 1891 el tribunal arbitral dictó su laudo (Diario Oficial, 20 de junio de 1891). En él los árbitros resolvieron por unanimidad que Palau había incumplido el contrato al no otorgar la garantía a satisfacción del gobierno, así como al no haber abierto una trocha entre Chone y Santo Domingo ni reparar el camino entre esta última y Quito, que eran otras de sus obligaciones. El tribunal no solo que declaró resuelto el contrato por incumplimiento del contratista, sino que le ordenó al empresario a restituir los 110.696.99 sucres que había recibido de las aduanas de Manabí.⁶

El gobierno nacional procedió a ejecutar dicho laudo, pero no contra Palau sino contra tres de sus cuatro fiadores que residían en el país. Para ello se recurrió a la justicia ordinaria, donde el laudo arbitral devino en uno de los asuntos controvertidos. Las excepciones de los demandados en el sentido de que su fianza había sido extinguida ya sea por caducidad o novación, fueron desechadas por el Juez de Letras quien mandó a pagar la suma ordenada en el laudo arbitral (Corte Suprema de Justicia, pp. 475-476). La Corte Superior revocó este fallo bajo el argumento que laudo arbitral no hacía cosa juzgada sino en contra de Palau y no a sus fiadores, quienes, además, no habían sido parte del arbitraje (Corte Suprema de Justicia, pp. 476-477).

2.7. La decisión de la Corte Suprema

La Corte Suprema conoció entonces del recurso de tercera instancia que interpuso el gobierno. En su sentencia, la Corte Suprema comienza abordando el asunto de la validez del laudo arbitral en que se sustentaba la demanda ejecutiva. Hay que recordar que a la sazón estaba vigente la prohibición a la que nos hemos referido antes, esto es, que el juicio arbitral no era

5 Ver Decreto Legislativo en Leyes, Decretos y Resoluciones expedidos por los Congresos Extraordinarios y Ordinarios de 1890.

6 La defensa de Palau puede verse en Exposición del Contratista del Ferrocarril Central a las HH. Cámaras Legislativas (1899).

permitido en los asuntos en los que intervenía el Ministerio Público.

Para la Corte:

Aun cuando no pueden ser sometidos a juicio de árbitros los asuntos en lo que sea parte el Ministerio Público, el Legislador que dictó el decreto que sirvió de base al contrato celebrado con Ignacio Palau, para la construcción del Ferrocarril del Centro, pudo modificar, para los efectos del mismo contrato, el precepto contenido en el No. 4 del artículo 71 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, disponiendo, como dispuso, que las cuestiones o diferencias que pudiesen surgir entre el Gobierno y el empresario, serían resueltas, en todo caso, por árbitros arbitradores (Corte Suprema de Justicia, p. 477).

Con respecto al argumento de que el laudo pronunciado contra el mencionado Palau a los fiadores de Palau, la Corte lo rechazó haciendo notar que:

El laudo pronunciado contra el mencionado Palau perjudica a sus fiadores, ya porque al otorgar la fianza, confirmaron, por el mismo hecho, el compromiso constante en la escritura de la obligación principal, y se sujetaron a la jurisdicción de los árbitros... (Corte Suprema de Justicia, p. 477).

Además, para la Corte lo que hizo el laudo fue simplemente declarar la obligación del deudor, y conforme a la naturaleza de la fianza, “no tenían porqué intervenir los fiadores en el juicio previo a esa declaración” (Corte Suprema de Justicia, p. 477). Esta decisión constituye la más antigua jurisprudencia ecuatoriana sobre arbitraje, y curiosamente sobre un arbitraje entre el gobierno nacional y un inversionista extranjero. Obsérvese, además, que uno de los temas abordados por la Corte Suprema fue el de la oponibilidad de la cláusula arbitral a los fiadores del contratista Palau. Una situación que hoy se discute bajo el concepto de partes no signatarias. Obsérvese, además, que la solución que le dio la Corte en aquella ocasión coincide con la tendencia actual que sobre este tema existe tanto en la jurisprudencia como en la doctrinaria.

2.8. Otras cláusulas arbitrales

El Congreso Nacional también autorizó al presidente Caamaño para que celebre un contrato con los empresarios Finlay y Wiswell para la construcción y concesión del llamado “Ferrocarril del Pacífico” que uniría San Lorenzo en la Provincia de Esmeraldas con ciudad de Ibarra⁷. La construcción duraría seis años, y la concesión noventa y nueve años. Entre las bases del contrato que el Congreso aprobó había una de solución de disputa que establecía lo siguiente:

En caso de desacuerdo o litigio entre el Gobierno y los empresarios, las cuestiones que surjan se decidirán por medio de árbitros nombrados uno por cada parte, y un tercero en discordia, cuyo nombramiento se hará anticipadamente, debiendo ambas partes sujetarse a la decisión arbitral, sin recurso alguno.

El nombramiento de tercero en discordia recaerá en un Agente Diplomático de Nación amiga, residente en la Capital de la República” (Congreso Constitucional del Ecuador, 1887, p. 172).

⁷ El contrato fue autorizado por el Congreso el 21 de agosto de 1885, y el presidente Caamaño lo sancionó el 24 de agosto de ese año (Congreso Constitucional del Ecuador, 1887, pp. 168-173).

Otro contrato de construcción ferroviaria y concesión que aprobó el Congreso fue uno entre el gobierno nacional y el empresario J. Theakston (Congreso de la República, 1887). El contratista se obligaba a construir varias líneas férreas en la Provincia de Los Ríos. La obra debía terminarse en dos años, y la concesión duraría noventa y nueve años. Entre las bases aprobadas por el Congreso había una relacionada con la solución de disputas cuyo texto era similar al anterior (Congreso de la República, 1887, p. 172).

2.9. Las concesiones del Ferrocarril del Sur

Otros contratos de concesión que el Congreso autorizó en esos años fueron los relacionados con la construcción del llamado Ferrocarril del Sur. Esta fue una obra pública de gigantescas proporciones para entonces, tanto en lo económico, como en su impacto social y político. El Ferrocarril del Sur, también conocido como el Ferrocarril Trasandino debía unir a Guayaquil con Quito, la Costa con la Sierra, y con ello producir la integración nacional, integración era considerada como un factor clave en la modernización del país. Fue una obra que, a diferencia de otras similares en América Latina, tenía una vocación redentora según un historiador (Clark, 2012).

La construcción arrancó en la segunda presidencia del ultraconservador García Moreno en 1872 y la concluyó el líder liberal D. Eloy Alfaro en 1908, luego de vencer enormes dificultades tanto económicas, como políticas y técnicas. Para 1873, García Moreno inauguró el primer tramo que unía Yaguachi con Milagro. Dos años más tarde, al tiempo que él era asesinado, ya estaba en operación una línea de 45 kilómetros que unía Durán con las dos ciudades prenombradas (Mensaje del Presidente de la República al Congreso Constitucional, 1875, p. 6). En los subsiguientes años, se avanzó por tramos hasta Chimbo. Por la complicada geografía que tenía que vencerse para llegar hasta Quito —la línea debía trepar hasta más de 3000 metros sobre el nivel del mar—, el Ferrocarril del Sur, ha sido considerado el ferrocarril más difícil del mundo (García Idrovo, 2008).

2.10. El primer contrato con Marcus Kelly (1885)

Durante la presidencia de Plácido Caamaño (1884-1888) el Congreso aceptó la propuesta “hecha por el Sr Marco Jameston Kelly para prolongar el ferrocarril de Yaguachi” y autorizó “al Poder Ejecutivo para que mande celebrar el contrato por escritura pública, en conformidad con las veintisiete cláusulas y las especificaciones que dicha propuesta contiene” (Congreso de la República, 1885). En su propuesta, Kelly se obligaba a construir la prolongación del ferrocarril que existía entre Yaguachi y el puente de Chimbo “hasta Sibambe o Alausí, y en una distancia de 82 kilómetros” (Base 1^o). La obra debía entregarse en cuatro años (Base 3^a), y podía ser explotada comercialmente hasta por 22 años (Base No. 21). Al empresario se le pagaría por su trabajo con “la totalidad del impuesto de sales” (Base 16^a), y se obligaba a otorgar una garantía de 200.000 sucres (Base 19^a).

La propuesta de Kelly, aceptada por el Congreso, contenía la siguiente cláusula de ley aplicable y solución de controversia:

El presente contrato se radica bajo las leyes ecuatorianas y las cuestiones que puedan surgir entre el Gobierno y la empresa serán en todo caso resueltas por árbitros arbitradores, designados uno por cada parte, y un tercero por aquellos; el juicio de la mayoría será inapelable.

El empresario renuncia a toda acción diplomática con motivo del fallo arbitral (Base 24^a).

Kelly era un empresario con intereses en la industria ferroviaria en la que región, que ya había obtenido del gobierno un contrato de arriendo de la vía Yaguachi - Chimbo⁸. Tampoco era un extraño en la política nacional. Años atrás había financiado la revuelta que derrocó al dictador Ignacio de Veintimilla. El Congreso de 1885, luego de varios debates, aceptó su reclamo de que le sea cancelado ese préstamo (Diario de Debates, 1885, pp. 99, 140, 174, 228, 229 y 333).

2.11. Segundo contrato con Kelly (1887)

El 6 de agosto de 1887 el Congreso aceptó otra propuesta hecha por el Sr. Kelly. Esta vez se trataba de continuar la vía férrea que ya existía entre Yaguachi y Chimbo para hacerla llegar hasta Duran. El decreto legislativo fue sancionado por el presidente Caamaño el 9 de agosto de 1887. La obra debía entregarse un año después de firmada la escritura, “so pena de pagar el Empresario la multa de mil sucres por cada mes de retardo...” (Cláusula V). El empresario explotaría comercialmente la línea férrea por diez años, luego de los cuales la línea pasaría al Gobierno (Cláusula XIV)

Con respecto a la solución de controversias, el contrato incluía una siguiente cláusula arbitral similar a las señaladas antes.

2.12. Arbitraje contra Kelly (1888)

En marzo de 1888, Kelly, en asociación con otros inversores de Guayaquil, había constituido la “Compañía de Ferrocarriles y Obras Públicas de Guayaquil” con el propósito de encargarse de la construcción y explotación comercial de los dos contratos que había celebrado con el Gobierno (Estatutos de la Compañía de Ferrocarriles y Obras Públicas de Guayaquil, 1888). Sin embargo, las obras que el Congreso autorizó a Kelly no avanzaron como se esperaba. Una serie de problemas provocó que la compañía no cumpla con sus obligaciones contractuales⁹. El nuevo gobierno de Antonio Flores dio inicio entonces a un arbitraje contra Kelly. Al igual que en el arbitraje contra Palau, en este arbitraje el gobierno de Flores designó como su árbitro al Dr. Pablo Herrera, y como su abogado al jurista Dr. Luis Felipe Borja (Mora López, 1908, pp. 11-12). Sin embargo, el gobierno Flores buscó una solución a la paralización de las obras mediante la firma de un nuevo contrato con una empresa diferente.

2.13. Contrato y disputas con d'Oksza (1890-1897)

En agosto de 1890 el Congreso autorizó al presidente Flores y Jijón la celebración de un contrato con un personaje que había entrado en escena, el Conde Thadée d'Oksza. El futuro contratista se comprometía a formar una compañía europea, la “Compañía del ferrocarril nacional del Ecuador”, que tomaría a cargo la terminación del ferrocarril de Durán a Yaguachi, la reparación del ferrocarril de Yaguachi a Chimbo, la construcción del tramo Chimbo a Riobamba por la vía de Sibambe y la construcción de dos muelles de fierro, uno en Durán y otro en Guayaquil. La explotación del servicio ferroviario y de los muelles debía durar cincuenta años (Congreso de la República, 1890, pp. 48-59).

En el Decreto Legislativo se estipuló que el Sr. Kelly y el representante de la Compañía del Ferrocarril y Obras Pública de Guayaquil, que Kelly había constituido, con la

8 El contrato incluía también una cláusula de arbitraje: “Cualesquiera diferencias que se susciten entre el Arrendatario y el Gobierno serán resueltas mediante juicio arbitral, excluyendo toda intervención diplomática” (El Nacional, 1885).

9 Detalles sobre los problemas que tuvo Kelly fueron expuestos por la delegación ecuatoriana, encabezada por el expresidente Caamaño, ante el comité de comunicaciones ferroviarias de la International American Conference que tuvo lugar en Washington DC en octubre de 1889.

anuencia de sus accionistas, debían suscribir la escritura del nuevo contrato, y debían cederle a ella todos los derechos derivados de los contratos que hubiesen celebrado con la Nación (Art. 4º).

Además, una vez formada la compañía europea y depositada la garantía de dos millones de francos que preveía el nuevo contrato, “el Supremo Gobierno retira toda gestión dando por fenecido el juicio arbitral, el cual seguirá su curso caso no verificarse el depósito” de dicha garantía. Esta situación venía a regularse nuevamente en el artículo 43 del Decreto Legislativo. “Si el Conde d’Oksza no aceptare los términos de este contrato, el Poder Ejecutivo llevará adelante el juicio arbitral iniciado contra los antiguos empresarios...” Congreso de la República, 1890, p. 49). Es decir, una solución similar a la que se aplicó en el caso Palau.

El nuevo contrato con el Conde d’Oksza, incluía la siguiente cláusula arbitral:

Art. 37.- La Compañía renuncia a toda clase de reclamaciones por la vía diplomática. En caso de surgir dificultades entre el Gobierno y la Compañía, estas dificultades serán juzgadas por arbitradores, de los cuales uno será nombrado por el Supremo Gobierno y el otro por la Compañía, nombrando aquellos un tercero en caso de desacuerdo.

Los trabajos que debían ejecutarse bajo el nuevo contrato no avanzaron lo suficiente. Pero más grave fue el hecho que la nueva empresa no había podido depositar la garantía de dos millones de franco en efectivo. Lo que había hecho el Conde d’Oksza era depositar unas letras de cambio suyas, lo que fue rechazado por el gobierno. La compañía, por otro lado, no había podido levantar suficiente capital en el mercado europeo. En la sesión extraordinario de los accionistas de la Compañía del Ferrocarril del Ecuador, Limited, celebrada en Londres en abril de 1894, el presidente del directorio da cuenta de las dificultades que han tenido para obtener fondos del mercado europeo luego de las crisis financieras en Uruguay y Argentina, así como de las negociaciones que una delegación de la compañía había hecho con el entonces nuevo presidente, D. Luis Cordero (1892-1895), y con el Congreso para la renegociación del contrato (Compañía del Ferrocarril Nacional del Ecuador, 1894).

Un representante de la compañía londinense presentó un reclamo formal al gobierno. Y, aunque un arbitraje debió ser el siguiente paso, al parecer éste no llegó a concretarse. Hasta abril 1894, la fecha de la sesión del directorio antes mencionada, no se había iniciado arbitraje alguno¹⁰. Meses más tarde tendría lugar la revolución liberal y con ello se abrió un nuevo capítulo en la historia del país.

2.14. Transacción con Kelly (1897)

Durante todo este tiempo el litigio entre el gobierno nacional y el empresario Kelly se había ido escalando. El tribunal arbitral declaró resuelto el contrato por incumplimiento, y el gobierno procedió a ejecutar el fallo llegando hasta el embargo de la compañía. Kelly llegó inclusive a ser removido de la administración de la empresa. El empresario, por su parte, había entablado una acción de nulidad contra el laudo arbitral (Pérez Concha, 1842, p. 181). El presidente Cordero vio en este litigio un factor adicional que complicaba aceptar el pedido del Conde d’Oksza de celebrar un nuevo contrato.

10 En su informe de abril de 1894, el presidente del Directorio de la Ecuador Railway Company, Ltd. dice a los accionistas que la amenaza del Congreso ecuatoriano de asumir directamente la construcción de las obras que se le había encargado a la empresa no tiene asidero “because the Company was in possession of a perfectly binding Concession, which in case of dispute, was to be submitted to arbitration, but no arbitration up to the present time had been called for” (Compañía del Ferrocarril Nacional del Ecuador, 1894).

En 1896, bajo el gobierno liberal que le sucedió a Luis Cordero, las partes llegaron a una transacción (Ministro de Gobierno, 1897). Esta solución fue necesaria, pues, los juicios entre Kelly y el Gobierno dificultaban la implementación de una solución definitiva al proyecto del Ferrocarril del Sur.

2.15. El contrato con Harman (1897)

El más importantes de los contratos ferroviarios que sí llegó a cumplir con su propósito fue el que celebró el gobierno de Eloy Alfaro con el empresario estadounidense Archer Harman. Este empresario estadounidense jugó un papel clave en hacer realidad una obra que venía gestándose desde la segunda presidencia de García Moreno. El propio Alfaro reconoce que sin la decidida entrega y admirable tenacidad de Harman el proyecto de unir a Guayaquil y Quito jamás habría culminado (Alfaro, 1911).

El 19 de abril de 1897 la Asamblea Nacional promulgó el Decreto mediante el cual autorizó al Ejecutivo a aceptar la propuesta hecha por Hartman y autorizando la celebración del respectivo contrato (Registro Oficial N°352, 1897, p. 2342). La escritura pública se otorgó el 14 de junio de 1897 (Mora López, 1908, p. 49). Un año más tarde el Congreso autorizó la celebración de una reforma al contrato original (Congresos Ordinarios y Extraordinarios, 1899, pp. 66-75).

El contrato de concesión con Harman se realizó a través de la *Guayaquil and Quito Railway Company*, una sociedad constituida bajo las leyes de Nueva Jersey, también conocida en el Ecuador como la Compañía del Ferrocarril. La empresa emitió una serie de bonos en Londres para financiar sus operaciones. La construcción de la línea férrea duraría diez años a un costo de \$17.532.000, Oro Americano que se financiaría a través de un complejo mecanismo. La concesión para su explotación comercial tendría un plazo de setenta y cinco años a partir de la terminación de la obra.

Con respecto a la solución de sus controversias, las partes acordaron que ellas debían ser resueltas por medio de un arbitraje siguiendo un procedimiento singular. El contrato decía:

Art. 27.- Las controversias o desacuerdos que surgieren entre las dos partes contratantes serán resueltos por el Presidente del Ecuador y el de los Estados Unidos; y si éstos no aceptaren el cargo de árbitros, nombrarán cada uno un árbitro para que resuelva toda dificultad; y si estos tampoco se pusieren de acuerdo, los mismos Presidentes nombraran a un tercero.

2.16. Arbitraje y transacción con la *Guayaquil & Quito Railway Co* (1907-1908)

El contrato con Harman estuvo en el centro de las sucesivas controversias y enfrentamientos políticos que acecharon a los gobiernos de Alfaro. Una oposición implacable y casi irracional hizo del contrato con el empresario estadounidense uno de sus blancos. Basta pensar que, en 1898, apenas un año luego de su celebración, el Congreso adoptó una resolución prohibiéndole al gobierno cumplir con el contrato (Registro Oficial N°695, 1898).

El empresario estadounidense no pudo entregar la obra en junio de 1907 como estaba previsto en el contrato. A esa fecha el ferrocarril había llegado hasta Latacunga. La construcción había sufrido varias demoras y severos problemas financieros, en parte ocasionados por la agitación política que rodeaba la obra y que incidían en el financiamiento de la compañía en los mercados internacionales. El gobierno se vio obligado a contribuir con fondos para que los trabajos no se detengan. Fue cuando la Asamblea Nacional —en la que

persistía una oposición a la obra— resolvió que se debían iniciar las acciones judiciales contra la empresa por incumplimiento del plazo. Para este propósito ella misma designó al doctor Manuel Balarezo como Defensor del Fisco para que inicie la respectiva acción judicial, y nombró, además, a un Interventor Fiscal de la empresa, a pesar de que ello, según el contrato, le correspondía hacerlo al Ejecutivo (Pérez Concha, 1842, p. 318).

Fue entonces cuando la empresa constructora demandó el inicio de un arbitraje según lo pactado en el contrato de 1897. El presidente Alfaro designó al Dr. César Borja, un conocido político guayaquileño, como árbitro por parte del Ecuador, y el presidente de los Estados Unidos, Theodore Roosevelt, designó con igual carácter a Mr. William Fox, quien era entonces Ministro Plenipotenciario de esa nación acreditado en Quito. A finales de 1907 el tribunal quedó formalmente constituido, y con ello la tensión política disminuyó. El tribunal procedió luego a recibir las exposiciones de las partes (Pérez Concha, 1842, p. 327).

Sin embargo, hubo un entendimiento informal —revelado luego por Fox en una comunicación dirigida al Departamento de Estado— para que el desarrollo del arbitraje no tome impulso sino hasta después de que el ferrocarril llegue a Quito, hecho que ocurrió meses más tarde, en junio de 1908 (Fox, 1908). A fines de ese año el gobierno de Alfaro suscribió una transacción con Harman, en representación de la empresa ferroviaria, y con Mr. James P. Cooper, representante de los tenedores de bonos de Londres (Fox, 1908). El convenio reconocía la validez del tribunal arbitral al que las partes ponía en conocimiento que la disputa había sido resuelta por la vía de una transacción (Fox, 1908).

3. Hostilidad hacia la jurisdicción extranjera

A pesar de que con el correr de los años el arbitraje privado-público obtuvo un reconocimiento formal en la legislación ecuatoriana, lo cierto es que tanto ese tipo de arbitraje como el arbitraje entre privados no tuvo mayor recepción durante muchas décadas. Un factor que incidió fue probablemente la posición que tuvo el Ecuador durante buena parte del siglo XX con respecto a la jurisdicción extranjera. Aunque a primera vista no parecería tener relación lo uno con lo otro, en realidad sí la tuvo. La actitud favorable de un país hacia la jurisdicción extranjera, como una jurisdicción legítima en la solución de controversias, crea un escenario igualmente favorable hacia el arbitraje internacional, incluyendo al arbitraje entre entidades públicas y personas de derecho privado.

Esta desconfianza hacia la jurisdicción extranjera tiene su raíz en dos vertientes jurídicas. La primera anclada en el derecho internacional público con incidencia en el derecho constitucional, y la otra en el derecho privado.

3.1. La doctrina Calvo

La primera fuente de la actitud hostil hacia la jurisdicción extranjera fueron las doctrinas del jurista y diplomático argentino Carlos Calvo. Sus libros y ensayos de derecho internacional, publicados a inicios del siglo XX, ejercieron mucha influencia en América Latina durante varias décadas, y podría decirse que esa influencia aún persiste en cierta medida. Calvo cuestionó que los estados estén sujetos a un estándar mínimo internacional en su trato a los extranjeros que entren en su territorio. Los extranjeros, según él, estaban sujetos a recibir el mismo trato que los nacionales recibían de sus estados, ni más ni menos. Como resultado, las disputas comerciales entre los extranjeros y el Estado anfitrión no eran disputas internacionales realmente, y menos disputas sujetas a reglas internacionales. Tales disputas eran domésticas sujetas a la ley nacional, y, por lo tanto, no debían ser resueltas por medios diplomáticos sino

por los tribunales del estado anfitrión¹¹.

Como señalaba Pedro Roffe, la doctrina Calvo tiene dos componentes. El uno es el principio de que los extranjeros al contratar con el Estado implícitamente renuncian a ejercer cualquier reclamación diplomática con respecto a tales contratos. Este sería el componente “diplomático”. El otro es componente de carácter jurisdiccional es la prohibición de que los contratos entre el Estado y particulares extranjeros (personas naturales o jurídicas) sean sometidos a la jurisdicción de otros tribunales que no sean los tribunales domésticos (Roffe, 1984).

Tanto el componente diplomático como el jurisdiccional de esta doctrina tuvieron una recepción favorable en América Latina. Al menos el componente diplomático era ya aplicado en el Ecuador como pudimos ver en las cláusulas arbitrales de los contratos ferroviarios. En vista de los medios de coerción que algunos gobiernos extranjeros llegaron a usar para saldar disputas comerciales de sus nacionales con los estados anfitriones, la doctrina Calvo asumió un papel crítico en la construcción de un discurso jurídico de defensa de la soberanía nacional durante fines el siglo XIX y buena parte del siglo XX (Lipson, 1985).

A partir de la Constitución de 1929, que fue la primera en introducir la cláusula Calvo en el país, las demás constituciones ecuatorianas —con la notable excepción de la Constitución de 1946— incluyeron en sus textos dicha cláusula.

3.2. Código Civil

La hostilidad del Ecuador a someter sus disputas con extranjeros a tribunales de justicia que no sean los ecuatorianos estuvo presente también en el plano del derecho privado.

Desde su promulgación en 1861, el Código Civil ecuatoriano tenía, en efecto, una disposición que declaraba nula por ilicitud en su objeto, “la promesa hecha de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas”¹². La interpretación que recibió esta disposición fue desafortunada. Así, contratos que tenían elementos internacionales, y en los que no es inusual que las partes acuerden someterlo a una de las jurisdicciones con las que está conectado el negocio subyacente fueron declarados nulos en el Ecuador en base a la mencionada regla del Código Civil, como fue el caso de un contrato de cesión de marcas (Corte Suprema de Justicia, 1869, pp. 1059 - 1065)

En otra disputa, la Corte Suprema llegó inclusive a ignorar la Convención Internacional de Derecho Internacional Privado de 1928, Código Sánchez de Bustamante (en adelante CSB) que permite a las partes de un contrato internacional escoger la ley aplicable al mismo, y declaró nula una estipulación en un conocimiento de embarque —un típico contrato internacional— que daba exclusiva competencia a los tribunales del Perú, país signatario de dicho tratado internacional (Corte Suprema de Justicia, 1976, pp. 2250-2254).

La interpretación tan restrictiva que se dio en el Ecuador a la citada disposición difería de aquella que sobre una norma idéntica le habían dado los tribunales en Chile¹³. Tanto las cortes chilenas —probablemente como reflejo de una sociedad más incorporada al

11 La literatura sobre la doctrina Calvo es abundante. Una de las primeras reacciones puede verse en Feller, A. H. (s.f.). Ver también Tamburini, F. (2002).

12 En la séptima edición del Código Civil —la última en la cual constaba esta prohibición— el tenor de dicha disposición era la siguiente: “Art. 1505.- Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano. Así la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas es nula por el vicio del objeto” (Código Civil, Art. 1505).

13 El texto del Art. 1505 del Código Civil (7ª edición) era exactamente igual al del Art. 1462 del Código Civil chileno.

mundo— como la doctrina no vieron en dicho artículo un obstáculo para que las partes de un contrato con elementos internacionales puedan someter sus disputas a una jurisdicción extranjera¹⁴.

3.3. Avances importantes

En todo caso, a pesar de la actitud de hostilidad hacia la jurisdicción extranjera, es importante señalar que el Ecuador fue uno de los pocos países latinoamericanos que suscribió en 1958 en Nueva York la Convención para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, la misma que fue ratificada en 1962¹⁵. Así mismo, el Ecuador se adhirió la convención interamericana que sobre la misma materia fue aprobada en Panamá en 1975 (Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1975).

Por otro lado, hay que destacar un fallo de la Corte Suprema de 1972 confirmando la decisión de un juez de instancia de Guayaquil de ejecutar un laudo arbitral expedido en Nueva York. Entre las excepciones que el demandado esgrimió contra la ejecución del laudo estaba la del objeto ilícito del entonces Art. 1505 del Código Civil (Corte Suprema de Justicia, 1972¹⁶).

Ambos, el paradigma de la doctrina Calvo, en sus dos dimensiones, la diplomática y la jurisdiccional, así como la regla del Código Civil del entonces Art. 1505 con su lamentable aplicación judicial, habrían de permanecer relativamente estable por algún tiempo.

4. Arbitrajes privado-público en el siglo XX

Durante las décadas de 1980 y 1990 se registraron dos arbitrajes privado-público de gran importancia.

4.1. El caso IMPREGILO

El primero de estos arbitrajes privado-público con una empresa extranjera involucró a la compañía IMPREGILO, una multinacional italiana de construcción, que había sido contratada por el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (en adelante INECEL) en 1978 para la construcción de lo que era entonces la más grande central hidroeléctrica del país¹⁷. La obra se realizó con el financiamiento de fuentes internacionales.

El contrato de esta enorme obra contemplaba una cláusula arbitral para la solución de cierto tipo de controversias de naturaleza más bien técnicas. Cada parte designaría a un árbitro arbitrador, primero. Si entre ellos no se llegaba a un acuerdo, un árbitro arbitrador dirimente previamente designado debía resolver las diferencias. La cláusula establecía que el laudo dirimente sería “definitivo e inapelable teniendo fuerza de sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada”.

Durante la ejecución de la construcción de la central hidroeléctrica surgió un complejo desacuerdo entre las partes. Las partes celebraron un convenio en el que acordaron someter a arbitraje sus desacuerdos (Escritura pública, 16 de abril de 1982). Entre los árbitros

14 Para un análisis de la jurisprudencia chilena sobre el Art. 1462 del Código Civil de esa nación ver. Ossa Guzmán, E., y Zamora Wilsdon, R. (2014).

15 La Convención de Nueva York fue aprobada por el Senado de la República en sesión del 15 de agosto de 1961 (Registro Oficial No. 293 del 19 de agosto de 1961) la misma que fue depositada en 1962.

16 Lamentablemente, esta sentencia no fue publicada en la Gaceta Judicial. Copia de las sentencias de las tres instancias en el archivo del autor.

17 El contrato fue otorgado mediante escritura pública ante el Notario de Quito Dr. Miguel Altamirano Arellano el 10 de enero de 1978.

arbitradores designados por las partes hubo solo un acuerdo parcial, por lo que se hizo necesaria la intervención del dirimente.

El árbitro dirimente emitió su laudo en agosto de 1983 que fue, en general, en favor de la contratista. Tanto el INECEL como la Procuraduría General interpusieron un recurso de apelación y nulidad contra el laudo invocando los Art. 356 y 1041 del CPC. Los recursos fueron conocidos por la Primera Sala de la Corte Suprema, luego de un largo debate procesal sobre a quién correspondía conocerlos (Corte Suprema de Justicia, 1985, pp. 1672-1675). La Sala en su sentencia se limitó a hacer un reajuste menor en la porción de sueres que INECEL debía pagar, confirmando en lo demás el laudo arbitral (Corte Suprema de Justicia, 1986, pp. 2634-2678, 2672 y ss.). Un recurso de casación que las partes interpusieron fue rechazado, con lo que el laudo quedó firme (Corte Suprema de Justicia, 1986, pp. 2675-2676). El caso dejó entrever los inconvenientes que ofrecía el CPC en materia del arbitraje.

4.2. El caso Emelec

El otro arbitraje privado-público con un inversor extranjero que surgió durante este periodo fue el caso de la compañía Empresa Eléctrica del Ecuador Inc. (en adelante Emelec). A diferencia del caso IMPREGILO, este fue un caso muy complejo que tuvo importantes efectos políticos y que se prolongó por casi una década.

4.2.1. Antecedentes

En 1925, la Municipalidad del cantón Guayaquil había suscrito un contrato de concesión con Emelec, una compañía establecida en Maine y controlada por accionistas estadounidenses¹⁸. El contrato contemplaba dos cláusulas arbitrales. La una para resolver discrepancias durante la ejecución del convenio, y la otra para establecer el precio justo que la Municipalidad debía pagarle a Emelec por adquirir sus activos al finalizar la concesión, que era de sesenta años.

En vista del crecimiento importante de la demanda de energía que experimentaba Guayaquil y de las inversiones que ello demandaba de la empresa, en 1966 el gobierno ecuatoriano dictó un Decreto Ley mediante el cual se estableció un nuevo régimen económico para las operaciones de la empresa (Registro Oficial N°716, 1966). Entre otras cosas, en dicho Decreto Ley se establecía una metodología para el cobro de tarifas, la que debía ser tal que, entre otros, garantice a la empresa una rentabilidad fija sobre su capital neto invertido (Registro Oficial N°716, 1966).

Con respecto a la solución de controversias, el Decreto Ley estableció que las discrepancias contables sobre la metodología tarifaria o los que surjan sobre cualquier inventario y avalúo, quedaba sometidos a arbitraje. Cada parte designaría a un árbitro, quienes a su vez procurarían dictar un laudo en común. De no ser posible ellos designarían un dirimente. En el caso de que no haya acuerdo sobre el árbitro dirimente cada parte podía solicitarle al Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante BID) para que le presente al Gobierno una terna de candidatos, de los cuales el Ecuador lo escogería (Registro Oficial N°716, 1966).

A partir de 1981 el Gobierno comenzó a negar a Emelec el cuadro de tarifas que anualmente ella debía presentar. En su lugar, el gobierno ordenaba a la compañía reducir el nivel de las tarifas que, según ella, tenía derecho a cobrar. Como resultado,

18 Con fecha 29 de octubre de 1925 ante el Escribano Dr. Isaac Aurelio Cabezas Villalba, las partes otorgaron la respectiva escritura pública. Ese mismo día las partes celebraron un contrato adicional aclaratorio del principal, que había sido aprobado por el Concejo Cantonal.

Emelec comenzó no sólo a acumular pérdidas sino también deudas con la Corporación Ecuatoriana de Petróleo (en adelante CEPE), que le proveía de combustible para operar sus plantas, y con el INECEL, que le proveía de energía a Emelec para completar la demanda de electricidad que Guayaquil tenía.

4.2.2. Primer arbitraje

En enero de 1990 la compañía anunció su decisión de someter los desacuerdos a arbitraje. No habiendo los árbitros de cada parte logrado un acuerdo para solucionar el desacuerdo, como tampoco en el árbitro dirimente, Emelec solicitó al BID que le presente al Gobierno ecuatoriano tres nombres de candidatos para seleccionar el árbitro dirimente. De la lista que el BID le presentó al Gobierno del presidente Borja se escogió al Ingeniero Jorge Dengo, que había sido vicepresidente de Costa Rica.

En su laudo, de fecha 29 de mayo de 1991, el Ing. Dengo encontró que las modificaciones que el Gobierno había venido introduciendo a las tarifas presentadas por Emelec no tenían fundamento en el Decreto Ley 580. Como resultado, Emelec había acumulado desde 1982 un déficit en su cuenta de estabilización que por su magnitud era inviable solucionarlo mediante un reajuste de las tarifas. El árbitro resolvió, entonces, que las partes implementen un mecanismo de cruce de cuentas entre el crédito que tenía Emelec contra el Estado por el déficit de sus tarifas, con las deudas de la compañía había acumulado con CEPE e INECEL. Esta solución ya la habían considerado las partes durante varias negociaciones directas, sin haber llegado a un acuerdo definitivo.

Dengo realizó varias consideraciones. Una de ellas fue la de reconocer la decisión del Estado de subsidiar las tarifas como una decisión legítima, pero que, sin embargo, no podía ser financiada por la empresa concesionaria, sino por el propio gobierno que debía asumir las deudas que Emelec había acumulado con CEPE e INECEL. Una consideración que tiene asidero en la doctrina del *ius variandi* y sus límites tal como la ha desarrollado el Derecho Administrativo. Dijo el árbitro: "Así, el público usuario disfrutó de tarifas más bajas durante largo tiempo, ahora será el Estado el que pague esta cuenta, al perder Inecel y Cepe dichos ingresos".

4.2.3. Ejecución del laudo

El laudo de Dengo fue mal recibido por el Gobierno. La compañía había estado intervenida por un funcionario del INECEL desde 1989, y ahora había que hacer los registros contables en los libros de la compañía en consonancia con lo resuelto por el árbitro dirimente.¹⁹ Dichas acciones únicamente podía adoptarlas el interventor. Como ello no sucedió, la empresa demandó ante un juez la ejecución del laudo. El juez dictó el correspondiente mandamiento ordenándole al interventor – se trataba de una obligación de hacer –cumpla con todas las obligaciones y prescripciones que emanen de dicho Laudo Arbitral" (Juzgado Undécimo de lo Civil de Guayaquil, 1991).

4.2.4. Segundo arbitraje

En febrero de 1992 la compañía y el gobierno firmaron un convenio para que un tribunal arbitral determine el "justo precio" que el Estado debía pagarle a Emelec por la compra de sus activos tal como estaba previsto en la cláusula novena contrato de concesión de 1925²⁰.

19 El gobierno había dispuesto la intervención de la empresa mediante Acuerdo Ministerial No. 284 del 21 de julio de 1989.

20 El compromiso de arbitraje ente el Estado ecuatoriano y Emelec fue protocolizado mediante escritura pública otorgada en la notaría undécima de Guayaquil el 21 de febrero de 1992.

Cada parte designó a un árbitro, y estos escogieron al tercero. Las partes también acordaron que conforme lo pactado en 1925 el laudo tendría fuerza de cosa juzgada y ejecutoriada su decisión el laudo sería remitido al presidente de la Corte Superior de Guayaquil para su ejecución.

En mayo de 1992 el tribunal por unanimidad profirió el respectivo laudo arbitral estableciendo, en US \$ 43,888,695 el “justo precio” que el Estado debía pagar a Emelec para comprar sus activos e instalaciones²¹. Sin embargo, el Estado se rehusó cumplir con este laudo arbitral.

4.2.5. Incumplimiento y ejecución del laudo

Contrario a lo que había resuelto el árbitro Dengo Obregón, el Gobierno continuó rechazando el cuadro tarifario de Emelec, por un lado, y tanto CEPE e INECEL se negaron a cancelar las deudas de Emelec, por el otro. Y, contrario a lo acordado en el contrato de 1925, el gobierno se negó a comprar los activos de Emelec en el precio fijado por el tribunal arbitral. Es más, su negativa a pagar el precio llevó a que el presidente de la Corte Superior de Guayaquil, a declarar caducada la opción que tenía el Estado de comprar los activos de Emelec. Esto permitió al propietario de Emelec vender la empresa incluyendo sus activos a un tercer inversionista.

4.2.6. Conflictividad y transacción

La conflictividad entre las partes se agudizó. El Gobierno demandó la nulidad del laudo. Por otra parte, el Tribunal de Garantías Constitucionales declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ley 560 que había servido de sustento al Laudo Dengo El Tribunal encontró que la cláusula arbitral de dicho Decreto Ley era inconstitucional, pues, a su juicio violaba el Art. 16 de la Constitución en aquello que disponía “que, en los contratos celebrados en el Ecuador, no se podía convenir la sujeción a una jurisdicción extraña” (Registro Oficial N°93, 1993)²². Si bien la Sala Constitucional de la Corte Suprema revocó luego dicha decisión (Corte Suprema de Justicia, pp. 525-527), muchos sectores políticos presionaron al Gobierno para que no cumpla con ninguno de los laudos. Por su lado, Emelec demandó ante la corte federal para el distrito de Washington D. C. el reconocimiento y ejecución del Laudo Dengo bajo las reglas de la Convención de Nueva York (United States District Court, *Empresa Eléctrica del Ecuador Inc., v. The Republic of Ecuador*, 1993). Pocas semanas después las partes llegaron a una transacción que puso final a sus disputas, al menos temporalmente²³.

5. Conclusiones

Antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997, nuestro país tuvo algunas experiencias con arbitrajes privados-públicos que hoy podrían ser reconocidos como arbitrajes de inversión. A pesar de las falencias que tenía el sistema legal ecuatoriano con respecto a esta institución, lo cierto es que las partes involucradas en ellos pudieron responder a los desafíos que dichas limitaciones imponían. Ayer como hoy, este mecanismo de solución de controversias estuvo vinculado con inversiones extranjeras, especialmente de

21 Una copia certificada del laudo fue protocolizada en la notaría cuadragésima de Guayaquil el 3 de abril de 1995.

22 El informe que sirvió de sustento a esta resolución puede verse en Moscoso, R. (1993) *Apología del Tribunal de Garantías Constitucionales*. Edit. FESO, pp. 90-94.

23 El acuerdo transaccional fue otorgado mediante escritura pública ante la titular de la Notaría Décima Tercera de Guayaquil el 29 de agosto de 1995. En la implementación de la transacción surgieron nuevas discrepancias por lo que las partes acordaron someterlas a un nuevo arbitraje. El laudo fue expedido el 29 de noviembre de 1996.

grandes proyectos como fue el caso de la construcción del ferrocarril. Resulta interesante, además, subrayar el hecho de que en muchos de estos arbitrajes privado-públicos los árbitros eran autorizados para fallar en equidad, algo que lamentablemente ha sido excluido por la legislación vigente. Resulta igualmente interesante observar que en ocasiones ambas partes acordaban usar el arbitraje como una fórmula para salir de crisis que rebasaban el ámbito estrictamente jurídico. Es caso del arbitraje de Alfaro y Emelec pueden mencionarse. Obsérvese también que en muchos casos fue el Estado, no el inversor, quien optó por demandar, y que en ocasiones lo hizo exitosamente. Finalmente, resulta importante recordar y reflexionar sobre cómo una equivocada jurisprudencia sobre el objeto ilícito y sometimiento a una jurisdicción extranjera puso al Ecuador en franco atraso en el desarrollo de su derecho internacional privado, y el impacto que ello provocó en el arbitraje.

Referencias bibliográficas

- Alfaro, E. (1911). *La Historia del Ferrocarril de Guayaquil a Quito*. Panamá.
- Clark, K. (2012). La obra redentora. El ferrocarril y la nación en Ecuador 1895 - 1930. En S. Fernandez Rueda, *El Ferrocarril de Alfaro. El sueño de la integración*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Compañía del Ferrocarril Nacional del Ecuador, Limited (Ecuador National Railway Co. Ltd.) (1894). Statement of the Directors, 16th April.
- Congreso Constitucional (1885). *Diario de Debates del Congreso Constitucional de 1885*. Quito: Imprenta Nacional.
- Contratista del Ferrocarril Central (1899). Exposición del Contratista del Ferrocarril Central a las H.H. Cámaras Legislativas. Quito: Imprenta del Clero.
- Diario Oficial*. (20 de junio de 1891).
- El Nacional, Periódico Oficial*. (26 de mayo de 1885).
- Escritura pública (16 de abril de 1982) otorgada ante el Notario de Quito Dr. Jorge Campos.
- Fox (1908). Comunicación de Minister William C. Fox al Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, en Foreign Relations, File No. 2540/146-150. No. 354. Ecuador "Arbitration of the difficulty between the Ecuadorian Government and the Guayaquil & Quito". No. 354. Quito.
- García Idrovo, G. (2008). *El ferrocarril más difícil del mundo*. Alausí-Quito: Instituto de Investigación Histórica y Cultura Popular "Nuevo Alausí"/Comisión Nacional Permanente de Conmemoraciones Cívicas.
- Lipson, C. (1985). *Standing Guard. Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*. California: University of California Press.
- Ministro de Gobierno (1897). Informe concerniente a las secciones de Instrucción Pública, justicia y Beneficiencia que presenta el Ministro de Gobierno a la Convención Nacional 1896-1897. Quito: Imprenta Nacional.
- Mora López, J. (1908). *Historia del Ferrocarril Trasandino*. Quito.
- Pérez Concha, J. (1842). *Eloy Alfaro: su vida y su obra*. Quito: Talleres Gráficos de Educación.
- Presidente de la República (1875). *Mensaje del Presidente de la República al Congreso Constitucional*. Quito: Imprenta Nacional.
- Roffe, P. (1984). Calvo y su vigencia en América Latina. *UNCTAD Reprint Series* No. 53.

Legislación y normativa

- Compañía de Ferrocarriles y Obras de Guayaquil (1888). Estatutos de la Compañía de Ferrocarriles y Obras de Guayaquil. Guayaquil: Imprenta de la Nación.
- Congreso Constitucional del Ecuador (1887). Leyes y decretos de los Congresos de 1885 y 1886. p. 168-173. Quito.
- Congreso de la República (1887). Decreto Legislativo aprobado el 8 de agosto de 1887. *Sancionado por el Presidente Caamaño.*
- (1887). Decreto Legislativo de fecha 6 de agosto de 1887. Quito, Ecuador.
- (1887). Leyes y decretos de los Congresos de 1885 y 1886. Decreto Legislativo de 4 de agosto de 1885. *Sancionado por el Presidente Caamaño el 5 de agosto de 1885.* Quito: Congreso Constitucional del Ecuador.
- (1892). Decreto Legislativo en Leyes, Decretos y Resoluciones expedidos por los Congresos Extraordinarios y Ordinarios de 1890. p. 26-36. Quito: Imprenta del Gobierno.
- (1892). Leyes Decretos y Resoluciones por los Congresos Extraordinarios y Ordinarios de 1890. Decreto Legislativo de 22 de agosto de 1890. p. 48-52. Quito: Imprenta del Gobierno.
- Congresos Ordinarios y Extraordinarios. (1899). Colección de Leyes y Decretos expedidos por los Congreso Ordinarios y Extraordinarios de 1898. p. 66-75. Quito: Imprenta Nacional.
- Imprenta del Gobierno (1887). Código de enjuiciamientos en materia civil de la República del Ecuador. Quito: Imprenta del Gobierno.
- Organización de los Estados Americanos (1975). Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Panamá.
- Registro Oficial (1966). No. 716. Decreto Ley No. 580 del 22 de marzo.
- (1993). No. 93 Suplemento del 23 de diciembre de 1993. Resolución No. 283-92-CP.
- (1897). Año III, No. 352 del 24 de abril de 1897. p. 2342.
- (1898). Año IV, No. 695, del 29 de septiembre de 1898.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia. (1969). Gaceta Judicial Series XI, No. 8. (*Rymland Industries Ltda y Confort Spring Corporation v. Siderurgica Ecuatoriana S.A.*), p. 1059-1065.
- (1972). Primera Sala. 27 de junio de 1972.
- (1976). Gaceta Judicial. Series XI. No. 11. (*Amazonas Compañía de Seguros C. Ltda v. Europacífico S.A.*), p. 2250-2254.
- (1985). Gaceta Judicial Serie XIV, No 7 (Enero-Abril). p. 1672-1675.
- (1986). Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 12 (Septiembre-Diciembre). p. 2634-2678, 2672 y ss.
- (s.f.). Gaceta Judicial (Resoluciones anteriores a la publicación de la “Gaceta Judicial”). *Año II, No. 60.*
- (s.f.). Sala de lo Constitucional. Gaceta Judicial, Series XVI, No. 2. p. 525-527.
- Juzgado Undécimo de lo Civil de Guayaquil (1991). Procedimiento No. 709-A-91. *Auto del 28 de agosto de 1991.*
- United States District Court (2009). *Empresa Eléctrica del Ecuador Inc., v. The Republic of Ecuador.*

EL ARBITRAJE Y LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO: UNA INTERACCIÓN INCOMPRENDIDA¹

Arbitration and the rules of ordinary procedure: a misunderstood interaction

VANESA AGUIRRE GUZMÁN

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Resumen

Este artículo tiene por objeto abogar por la aplicación de las reglas establecidas por las partes en el arbitraje local, las disposiciones de la ley de la materia y el reglamento del Centro Arbitral (en el caso de arbitraje administrado), para desincentivar la idea de que las normas de procedimiento ordinario son las que deben aplicarse de forma primigenia. A través de este sistema de reglas, árbitros y partes pueden construir un espacio en el cual rija la igualdad de oportunidades para la defensa, como única vía para asegurar el ideal de justicia que caracteriza al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias.

Palabras clave

Debido proceso arbitral / Procedimiento arbitral / Formalismo / Principio de autonomía de la voluntad.

Summary

The present article is intended to advocate for the application of the established rules in arbitration coming from three sources: the parties in local arbitration, the basis of the law, and the regulation of the Center of the Arbitration (in the case of an arbitration administered). This point of view aims to discourage the idea that ordinary procedure norms should be the ones applied primarily. This system of rules, arbitrators and parties is able to build a space for equal opportunities for the defense, and is the only way to guarantee the ideal of justice that characterizes arbitration as a specialized alternative dispute resolution.

Keywords

Due arbitral process / Arbitral Process / Formalism / Autonomy of the Will principle.

1. Introducción

La Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) fue expedida en noviembre de 1997. A la fecha en que se escriben estas líneas, han transcurrido un poco más de veinte años y, como dos décadas deberían indicar, quizá es tiempo suficiente para poder aseverar que el arbitraje ha logrado asentarse con verdadera carta de ciudadanía en Ecuador.

No obstante el tiempo transcurrido desde que se dictó la ley, y aún con la conciencia de que el arbitraje nace del acuerdo de las partes y por tanto —en aplicación del principio de autonomía de la voluntad—, son ellas quienes primigeniamente deberían establecer las reglas aplicables al procedimiento arbitral, tal idea no ha tomado suficiente fuerza en el país debido, quizá, a una fuerte concepción litigiosa y de culto a las formas y a, lamentablemente, la búsqueda de incidentes que luego puedan sustentar una posible acción de nulidad.

¹ Recibido: 24/07/2018 – Aceptado: 01/10/2018



Quisiera advertir que no es mi primera intención poner acento en aspectos negativos como los mencionados; sí, con todo, intentar buscar una explicación al menos en un primer momento desde una noción que explica, inclusive, por qué en el ámbito de la justicia ordinaria es tan frecuente encontrar tales actitudes, y también en el arbitraje local.

Debe, pues, iniciarse por algo fundamental: el proceso es a final de cuentas un mal necesario, pues se esperaría que las personas encontremos soluciones negociadas al conflicto; pero cuando eso no es posible, confiamos —como sociedad organizada— en el Estado y sus operadores jurisdiccionales para que resuelvan las controversias de relevancia jurídica. Entendemos entonces por qué existe un mecanismo *público* denominado *proceso* y reglas igualmente públicas y formales, identificadas como *procedimientos*, que el juez debe seguir para resolver la causa.

Me atrevo a pensar que esta idea es la que ha dominado en el foro ecuatoriano, esencialmente desde la perspectiva antes anotada: el procedimiento ha de seguirse a rajatabla, porque ello garantizaría la certeza de la respuesta judicial. Y, a veces, hasta se cuelean reglas no escritas donde el culto a las meras formalidades (tal como firmar con tinta azul y no con la que a bien tenga el justiciable) se eleva a categoría de norma procesal. Jueces y abogados necesitamos desesperadamente de reglas escritas en un código, instrucciones, pautas sobre cómo desenvolvemos en el juicio. Llegamos, sin quererlo, a la *misia jurídica* de la que tanto renegaba Eduardo J. Couture (2004, p. 318). Estamos sedientos de la “seguridad jurídica” y cualquier apartamiento de la forma nos transforma en paladines del debido proceso al momento de invocar una nulidad procesal.

En Ecuador, el arbitraje no es extraño a aquella desconfianza, aunque las relaciones entre la jurisdicción estatal y la arbitral deberían ser concebidas como complementarias. Como bien apunta César Coronel, el arbitraje implica un “proceso de cambio cultural”, por lo que entonces será normal que se le vea con cierto resquemor, no solo por parte de la justicia ordinaria, sino inclusive por abogados y árbitros, pues se trata de un mecanismo de solución de controversias que pone acento en el contenido antes que en la forma y privilegia la celeridad por sobre las rígidas formas del mundo judicial (Coronel, 2007, p. 37).

Sin embargo, es necesario recordar que la finalidad esencial del derecho al debido proceso, el cual también rige en el arbitraje —aunque con una naturaleza muy propia, como se verá enseguida—, es la de sentar reglas básicas que permitan a las partes actuar en un plano de igualdad. En suma, que ejerzan su derecho a la acción y a la contradicción en las mismas condiciones. Las formas procesales deberían ser concebidas de esta manera. Y en el otro extremo, es necesario proscribir la idea de que las formas son innecesarias o que se trata de meros pruritos. Estas son las ideas centrales que se desprenden del artículo 169 de la Constitución de la República², y el principio de la justicia como un sistema-medio, no tiene por qué ser ajeno al arbitraje. Como mecanismo heterocompositivo, su conducción debe buscar no solo resolver la controversia, sino también el aplicar ciertas reglas de juego para que las partes actúen en igualdad de condiciones.

Esta es la finalidad esencial de un debido proceso —además de otros componentes que, por el momento, no son materia de este artículo—. Garantizar la bilateralidad y la contradicción son elementos que conllevan, parece casi innecesario decirlo, a que la decisión sea justa. Además, un proceso que se sustancia a través de audiencias orales ayuda a fomentar de manera exponencial la transparencia y la confianza en que el proceso será desarrollado en

2 “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

las mejores condiciones posibles.

Encontrar el equilibrio entre la necesaria observancia de las formas y la proscripción de meros formalismos es una tarea esencial de jueces y árbitros. En todo caso, debe insistirse en que la flexibilidad propia del arbitraje, no debe confundirse con prescindencia de formalidades esenciales. Esto no puede suceder ni siquiera en arbitrajes *fast track* (en el cual los tiempos de sustanciación se abrevian visiblemente en beneficio de obtener el laudo con celeridad)³ o en aquellos casos donde las partes acuerdan las reglas del procedimiento, pues cualesquiera sean estas, siempre debe garantizarse a las partes que puedan ejercer en igualdad de condiciones su derecho a la defensa. Y el tribunal arbitral debería corregir cualquier distorsión o asimetría cuando esta sea evidente e incida en la decisión de la causa.

Estas reglas deben apuntar a lograr que la controversia sea resuelta en un debido proceso. A la idea de que el arbitraje es un *mecanismo excepcional* para resolver controversias, y una especie de *justicia privada*, debe oponérsele aquel argumento. *Proceso*, como mecanismo heterocompositivo, existe en ambos espacios. Aun con características muy propias, tanto el proceso ordinario como el arbitral deberían ser concebidos como espacios dedicados a hacer justicia.

2. El arbitraje no es un “mecanismo excepcional” para resolver conflictos de relevancia jurídica

Retomo la idea inicial: a más de veinte años de la LAM, algunos críticos del arbitraje siguen afirmando que se trata de un espacio “excepcional” frente a la justicia ordinaria y que, al ser una justicia “privada”, no genera el mismo nivel de confianza que aquella. Si esta idea, a día de hoy, puede parecernos fuera de tono, baste con recordar que, en la década pasada, fue política del gobierno de Rafael Correa prohibir a las entidades públicas sujetarse a este mecanismo⁴. Este caso, como ejemplo de lo señalado, pone de relieve la necesidad de abogar por un concepto que no mire al arbitraje como una especie de excepción a la justicia ordinaria, ni como un espacio en el que una de las partes contará con ventajas frente a la otra.

En primer lugar, en la actual normativa constitucional, esta idea no tiene sustento: una diferencia palpable con la anterior Constitución⁵ radica, precisamente, en que el arbitraje no es una excepción al principio de unidad jurisdiccional, sino que camina a la par de otros sistemas de resolución de controversias, con la misma jerarquía. Así se desprende claramente del artículo 190 de la Constitución de la República⁶.

Y aunque la LAM es anterior a la actual carta constitucional, su existencia reafirma que se trata de un orden jurisdiccional con reglas y principios propios, en donde la remisión al ordenamiento procesal ordinario es de carácter subsidiario. Hay que pensar igualmente

3 Véase Jijón Letort y Marchán (2010, p. 514).

4 Esta instrucción u “orden” se plasmó en el oficio No. T.1-C.1-SNJ-12-1134 de 5 de octubre de 2012 suscrito por el entonces secretario jurídico de la presidencia, Alexis Mera, en el sentido de que “por disposición del presidente Constitucional de la República”, se prohibió a las entidades y organismos públicos sujetarse a arbitraje.

5 Artículo 191: “El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley...”. Para la comprensión del principio de unidad jurisdiccional en la anterior Constitución, véase a Zavala Egas (2000).

6 “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.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”

en el hecho de que la LAM derogó el artículo 1505 del Código Civil, que señalaba que había objeto ilícito en el pacto de sujetarse a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas.

Reafirmada la cuestión con la Constitución de 2008, es clarísimo que, normativamente hablando, el arbitraje no resulta una justicia “especial” ni excepcional frente a la justicia ordinaria, ni es tampoco una especie de equivalente. Es una jurisdicción escogida por las partes, en los casos permitidos por el ordenamiento jurídico, y son ellas las que pueden, por el principio de autonomía de la voluntad privada, escoger las reglas aplicables al procedimiento que regirá el arbitraje.

En segundo lugar, mirar al arbitraje como una especie de remedio frente a los males de la justicia ordinaria (entre otros, sobrecarga de trabajo de los tribunales, la posibilidad de corrupción, las trabas propias de una concepción formalista de las normas procesales como simples ritos) conduce directamente hacia su deslegitimación. De hecho, piénsese que la sola posibilidad de que sean las partes quienes puedan escoger a quienes resolverán la controversia, reviste al arbitraje de una legitimidad extraordinaria (Jara Vásquez, 2017, p. 42).

3. Su carácter voluntario es fuente central de su regulación, pero el árbitro debe controlar el proceso

Aunque este solo hecho apuntala la legitimidad social del arbitraje, en Ecuador no se ha enfatizado en esta cuestión (a partir de la obra de María Elena Jara Vásquez (2017), sin embargo, por fin se ha otorgado carta de ciudadanía a aquella idea). Si se tomara más en cuenta esta especial característica, y no solo las ventajas, ya no tan plausibles, quizá, de su rapidez y flexibilidad —a raíz de la implementación del procedimiento por audiencias, los tiempos de sustanciación han disminuido notoriamente en la justicia ordinaria—, es necesario impulsar y animar a las partes a introducir cláusulas más amplias en el pacto arbitral que las tradicionalmente sugeridas, donde establezcan con mayor detalle el procedimiento a aplicar.

El arbitraje tiene un origen voluntario y parece obvio que esa voluntad debería asimismo establecer las reglas a aplicar. Quizá esta determinación no sea tan explícita cuando se acuden a cláusulas sugeridas, y recién surgido el conflicto, las partes pueden sentir que era necesario detallar un poco más la forma en la que se conducirá el procedimiento arbitral. O bien, recurrir a la normativa “estatal”.

Además, en la práctica, se ha visto que algunos litigantes no se sienten cómodos con el hecho de que sean los árbitros quienes les consulten acerca de los términos en que han de contestarse las proposiciones de la contraparte o la forma en la que se ha de practicar la prueba —por mencionar dos casos de cuestiones procesales—. Prefieren que el tribunal o el árbitro acudan a reglas más explícitas, si cabe el término, o que estén “escritas”, como las del Código Orgánico General de Procesos. E, inclusive, puede darse el caso de que algún árbitro se sienta más seguro aplicando reglas de la justicia ordinaria, para revestir al laudo contra posibles alegaciones de nulidad.

Sin embargo, ¿es este el camino ideal? ¿Aplicar reglas de la justicia ordinaria, no terminaría por desnaturalizar al arbitraje? Quizá ese es un riesgo que muchos árbitros están dispuestos a adoptar para evitar posteriormente alegaciones de nulidad procesal ante la justicia ordinaria. Y es que es ciertamente lamentable la frecuencia con la que las partes acuden, en nuestro país, a la acción respectiva.

Si en la cláusula arbitral no se ha previsto cómo sustanciar el procedimiento, lo cual, como se dijo, debería ser la primera fuente de regulación dado el carácter voluntario del arbitraje, los árbitros no deberían temer a consultar a las partes acerca de la forma en que se

conducirá el procedimiento. Parece obvio, pero esto no quiere decir que los árbitros renuncian a dirigir aquél, pues su rol fundamental se encamina a tutelar que las partes actúen en un plano de estricta igualdad. Ante una propuesta que evidencie, por ejemplo, deslealtad o mala fe, el árbitro estará para —se insiste en esta idea— corregir toda posible asimetría en la relación procesal.

Vale la pena recordar que dirigir adecuadamente o con plenos poderes un proceso no significa de ninguna manera que el árbitro o el tribunal se debe comportar como un “dictador”. La discusión sobre cómo se afecta o no al principio dispositivo parece a estas alturas superada (Picó i Junoy, 2012, p. 279), mientras el juzgador se mueva en el espacio del objeto de la controversia, y no pretenda alterar los términos en que la discusión se ha trabado, no existe peligro alguno ni espacio para la arbitrariedad.

En definitiva, cualquier intervención dirigida a regular el procedimiento, sea cuando existan disposiciones específicas en la cláusula arbitral, o en ausencia de ellas, debe respetar la configuración del *thema decidendum* y, sobre todo, las cargas probatorias que se han configurado en razón del objeto de la controversia, y velar por la preservación del equilibrio procesal entre las partes.

Aunque el principio de autonomía de la voluntad privada es el elemento que de manera central impulsa la vida del arbitraje, una vez surgido el conflicto y entregado al tribunal arbitral la potestad de decidirlo, este asume, como se ha señalado, la función de conductor del proceso. Con todo, veremos más adelante que el sistema de fuentes en el arbitraje es plural y para ayudar a que esa multiplicidad funcione el ordenamiento jurídico nacional en que se inserte el arbitraje debería garantizar que las partes y los árbitros sean libres para escoger las normas que regirán la sustanciación de la controversia (y, desde luego, las que se aplicarán para resolverla).

Siendo claro que en el proceso arbitral convergen ambos elementos es necesario reflexionar, aunque sea brevemente, sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y el rol que tanto las partes como los árbitros desempeñan en el proceso.

4. Las interrelaciones entre lo público y lo privado en el arbitraje derivan en la necesidad de concebirlo como una institución con naturaleza propia y compleja...

Si para las teorías *contractualistas* el convenio arbitral es la fuente central de los derechos y obligaciones de las partes, y para las teorías *jurisdiccionalistas* importan más la naturaleza de la función arbitral y los efectos del laudo arbitral (que derivan en la posibilidad de su ejecución), las teorías mixtas abogan por incorporar ambos elementos para caracterizar al arbitraje como una institución rica y flexible que evita los extremos de aquéllas⁷.

Las teorías mixtas han desembocado en las que proclaman la autonomía del arbitraje como institución que debe buscar sus propios elementos. Aquello, ciertamente, es un ejercicio difícil, porque los juristas recurrimos —con más frecuencia de la que nos gustaría reconocer— a tomar prestados conceptos de otras ramas para explicar instituciones respecto de los cuales deberíamos, más bien, intentar construir conceptos propios. En el caso del arbitraje abundan casos y principios muy propios, tales como el de voluntariedad, la confidencialidad, la libertad para establecer las reglas del proceso arbitral, el *kompetenz-kompetenz*, por citar algunos, en donde encontramos convergencias entre las teorías contractualistas y las jurisdiccionalistas.

Pero, en la que es ya clásica expresión de Silvia Barona, “el arbitraje es arbitraje” y así hay que promoverlo. Es conocido que en el arbitraje rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Ellas son quienes fijan, en primer lugar, quienes celebran el convenio arbitral, quienes

⁷ La principal desventaja de la teoría contractualista radicaría en la imposibilidad de concebir al arbitraje como un mecanismo de tutela efectiva de derechos. Y el gran “pero” de la teoría jurisdiccionalista sería el acrecentamiento de la posibilidad de intervención estatal en el arbitraje (Jara Vásquez, 2017, pp. 34-39).

fijan (al menos en ciertos casos) las reglas que se aplicarán al proceso. Sin embargo, una vez surgida la controversia y entregado al árbitro el poder de decisión, éste asume la función de conducir el proceso y dictar un laudo que es de obligatorio acatamiento para las partes.

En este verdadero “entramado de relaciones jurídicas” (Barona Vilar, 2006, p. 174), que —hay que añadir— son además múltiples y complejas, existen tantas dudas por resolver como instituciones que entran en juego respecto a ciertas cuestiones: cómo actúan las partes; qué potestades pueden ejercer los árbitros y cuáles son sus obligaciones respecto a las partes; cómo podrían —o no— integrarse a la controversia terceros que no han suscrito el convenio arbitral; cuál es el procedimiento aplicable al arbitraje; qué efectos se derivan del laudo... Y se retorna a las preguntas de siempre: “¿[Q]ué es esencial en el arbitraje: ¿la voluntad de las partes, la libertad de someterse a arbitraje, sin la cual no es posible hablar de arbitraje, o la función de los árbitros de solucionar el litigio planteado y ofrecer el ordenamiento jurídico un cauce —el proceso— para su ejercicio?” (p. 174). ¿Hay acaso, se pregunta Barona, arbitraje sin convenio o arbitraje sin proceso? (p. 174).

Lo privado y lo público se interrelacionan de tal manera en el arbitraje que mirar solo a uno u otro conduce directamente a ignorar la riqueza de la institución. Para sorpresa de los más puristas, en realidad no existe dicotomía alguna entre convención y jurisdicción. Precisamente por ello, la tesis de la autonomía del arbitraje propugnaba que ambos elementos convergen para concebir al arbitraje como un espacio ideal para lograr tutela efectiva. Como dijimos, siendo método heterocompositivo de solución de controversias, también debe preocuparse por ser un espacio para encontrar justicia. Se trata, entonces, de encontrar una fórmula de futuro, un “binomio Arbitraje y Jurisdicción”, pues “si el Estado quiere mantener una política defensora del ciudadano, debe cuidar que éste pueda encontrar ante sí los diversos caminos posibles para alcanzar la tutela reclamada” (Barona Vilar, 2006, p. 151).

El arbitraje, definitivamente, es un mecanismo para lograr tutela efectiva (Jara Vásquez, 2017, pp. 60-62). Y así concebido, debe garantizar a su vez otros derechos (siendo, como es el derecho a la tutela efectiva, de carácter complejo), tales como el acceso a la justicia, el debido proceso y a obtener un laudo congruente y motivado, cuyas previsiones sean lo suficientemente claras para facilitar su ejecución forzosa, de ser esta necesaria. Claro está que en el arbitraje, el derecho a la tutela efectiva, adquiere sus propias dimensiones; en todo caso, una de ellas, la de debido proceso arbitral, es un concepto igualmente propio que aboga por la irrestricta garantía de igualdad entre las partes.

4.1. ...en la que nociones como “debido proceso arbitral” apuntalan aún más la fuerza de la institución

En esta línea, también es necesario trazar un concepto de proceso arbitral en el que converjan aspectos que contribuyan a expresar la riqueza propia del arbitraje. Es posible que a muchos no les suene bien eso de “proceso arbitral”, cuando se toma la expresión desde un aspecto o visión netamente jurisdiccional, o, simplemente, malinterpreten el concepto. Especialmente, cuando se trata de hacer entender a algunos abogados que no deberían intentar judicializar al arbitraje ni mucho menos encontrar justificación para una acción de nulidad cuando no se ha aplicado tal o cual norma del procedimiento de la justicia ordinaria. Pero debo aclarar que he querido emplear esta expresión intencionalmente, porque no encuentro otra que calce mejor a la idea básica del arbitraje como mecanismo para solucionar controversias en la que partes y árbitros deben colaborar para lograr el mejor resultado posible: un laudo que supere con éxito la irrefrenable tendencia a ser objeto de control judicial o constitucional, ya no por sí mismo, sino por la cultura litigiosa imperante en el país.

No cabe duda de que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias de carácter heterocompositivo y ello comporta necesariamente pasar por un *proceso*. En contra de esta expresión, Luis Puglianini Guerra sostiene que en arbitraje no tiene lugar hablar de “proceso”, pues como mecanismo de solución de controversias privado, no cabe trasladar elementos que son propios de la jurisdicción estatal (Pugliani Guerra, 2012, pp. 191-194).

Ciertamente es difícil sostener lo contrario: en una acepción muy extendida, el proceso es un instrumento *público* mediante el cual los órganos jurisdiccionales deciden con autoridad de cosa juzgada un conflicto de relevancia jurídica (Couture, 2004, p. 115). No obstante, lo “público” debe redundar más bien en una cuestión de orden teleológico y no solo en lo que concierne a la estructura “estatal” de la institución. Así, el proceso es una institución compleja que cumple una doble función: la de ser un espacio para que un tercero imparcial resuelva con autoridad de cosa juzgada el conflicto entre las partes, pero también la de servir como instrumento a la consecución de la justicia. Y no cabe duda, como se expresó, que tanto a la justicia ordinaria como al arbitraje interesan tal finalidad.

Ya se refirió igualmente que el arbitraje constituye un medio para lograr tutela efectiva. Y uno de sus elementos, surgida la controversia, es el proceso arbitral, el cual no podría ser otra cosa que un debido proceso arbitral. Esta dimensión procesal, consecuencia directa de la indisoluble caracterización heterocompositiva del arbitraje, exige que se observen derechos y garantías mínimas en su sustanciación, no solo como premisa necesaria para que el Estado reconozca la fuerza obligatoria del laudo, sino también para que las partes satisfagan su legítima expectativa de que el arbitraje se desenvolverá con “un mínimo de garantías procesales, sin importar cuánta celeridad pretendan imprimirle” (Jara Vásquez, 2017, p. 148).

Por otra parte, es claro que para el legislador ecuatoriano, la actividad arbitral se basa en un *proceso*. Tanto es así que emplea el término en varias normas de la Ley de Arbitraje y Mediación: en el artículo 9, a propósito de las medidas cautelares; en el artículo 14, al tratar sobre la comparecencia del demandado; en el artículo 17, cuando se regula la intergración del tribunal arbitral; en el artículo 34, al establecer que uno de los principios básicos del arbitraje, la confidencialidad, etc.

La dimensión “procesal” no implica, de ninguna manera, alterar el carácter *autopoietico* del arbitraje. Un debido proceso, sea judicial o arbitral, requiere de una serie de actos ordenados, que deben cumplirse ante el juez o el árbitro, y que culminan por lo general en la sentencia/ el laudo. Este camino se denomina *procedimiento*. Y en el arbitraje debe promocionarse un procedimiento arbitral flexible, que se adapte a las necesidades de las partes, y que al mismo tiempo garantice la finalidad tantas veces referida: la de lograr un debido proceso arbitral.

5. ¿Y cuáles son las fuentes que regulan al arbitraje?

Se había señalado que la fuente principal de regulación del arbitraje debe hallarse en la voluntad de las partes que dan vida al convenio arbitral, el cual contiene las previsiones que hayan decidido incorporar. No obstante, esta voluntad no determina, por sí sola, el ámbito normativo en el cual se desenvolverá el proceso arbitral, al menos en lo que concierne a la vigencia de reglas sobre debido proceso.

En el caso del arbitraje interno es evidente que los tribunales arbitrales se imbrican en el ordenamiento jurídico local, aunque no sean parte de la organización jurisdiccional estatal. A pesar de que se reconoce plenamente la vigencia de este espacio, el Estado se reserva el control de ciertos aspectos que tienen relación principalmente con la tutela del derecho al debido proceso y que aseguran finalmente que el laudo sea ejecutable, porque el carácter de cosa juzgada que surge del laudo debe sustentarse, al igual que su par jurisdiccional (la sentencia) en un proceso

legítimo. Así, se comprende el porqué de la acción de nulidad de laudo arbitral, cuyas causales son taxativas y buscar salvaguardar aspectos de orden público (Jara Vázquez, 2017, pp. 203-204).

Pero aquella conexión también se relaciona con las normas que el tribunal arbitral aplica en la sustanciación de la causa, ámbito en el cual se observa con especial fuerza la “dependencia” del control judicial del Estado en el que se pretende ejecutar el laudo. Por tal razón, afirma Oppetit, “el arbitraje oscila siempre entre autonomía e integración”. (2006, p. 195), a lo cual se suma la definición de qué materias son susceptibles de acogerse a este mecanismo.

Por otra parte, mientras en la justicia estatal se aplican normas cuyas fuentes tienen origen en el propio Estado, en el arbitraje esas fuentes son muy variadas. Por lo tanto, responden a un vasto “pluralismo jurídico”: tienen origen público (en el caso ecuatoriano, el origen público está en la Constitución y en Ley de Arbitraje y Mediación) y privado (el convenio arbitral), o privado-corporativo (los reglamentos de los centros de arbitraje); en la *lex mercatoria* o incluso en reglas como la equidad.

Con tantas fuentes, la única forma para conseguir que aquel pluralismo funcione es la de garantizar la “libertad reconocida por la mayoría de los derechos modernos a las partes y a los árbitros de escoger a su antojo las normas que regirán el procedimiento y el fondo del litigio” (Oppetit, 2006, pp. 195-196).

En el caso de la ley arbitral ecuatoriana el artículo 38 señala: “El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables”.

Tal enunciación no debería provocarnos caer en la fácil tentación de concluir sin más que las normas procesales ordinarias son aplicables al arbitraje. En fórmula muy práctica, y basados en el ejemplo que ofrece el artículo 52 del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana⁸, Álvaro Galindo y Hugo García proponen que lo sean en la medida en que no contravengan la naturaleza del arbitraje (2014, p. 56).

Entonces, si el arbitraje tiene sustento en el principio de autonomía de la voluntad, y las partes pueden establecer las reglas que se aplicarán a aquel, entonces es de esperar que inclusive las reglas del procedimiento puedan adaptarse a las circunstancias que surjan en el camino, de ser necesario. Las relaciones con la normativa estatal estarán presentes en la medida en que se requiera acudir a procedimientos auxiliares al procedimiento estatal (2014, p. 57).

Por lo demás, el término “supletorio” indica lo suyo: las normas procedimentales ordinarias solo deben aplicarse a falta de regulación expresa, la cual procede, como se ha dicho, de varias fuentes, en especial la voluntad de las partes, con la advertencia ya referida: se aplicarán, supletoriamente, y cuidando que no se altere la naturaleza del arbitraje.

Son varios los casos en los que se encuentran interacciones con la normativa procesal estatal. Solo a manera de enunciación, están aquellos que la propia LAM señala: los requisitos que deben cumplir los actos de proposición, las causales de excusa y recusación de los árbitros, las diligencias preparatorias, las medidas cautelares, la acción de nulidad, entre otros.

6. Conclusiones

⁸ “Las normas de procedimiento que rijan el arbitraje ante este Centro serán las señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación, las establecidas en el presente reglamento y supletoriamente, en lo que no contravenga las normas y principios del arbitraje, las del Código de Procedimiento Civil, y en este último caso, en los procesos en Derecho” (el énfasis es mío).

En definitiva, el arbitraje se nutre de varias fuentes, siendo la voluntad de las partes el primer y más importante origen, sin que esto implique obviar la relación con el sistema estatal, el cual, como se explicó, interviene esencialmente para tutelar aspectos de orden público que persiguen, en lo principal, verificar aspectos inherentes a un debido proceso arbitral.

El procedimiento de la justicia ordinaria que por antonomasia se ha identificado con el Código Orgánico General de Procesos, será aplicable al procedimiento arbitral únicamente cuando deban regularse aspectos no contemplados en el acuerdo arbitral y en la ley de la materia, o en el reglamento del centro arbitral —si se trata de un arbitraje administrado— y, por último, cuando se trate de procedimientos auxiliares del procedimiento arbitral, tales como la práctica de medidas cautelares.

Aplicar a la sustanciación del procedimiento arbitral las reglas de la justicia ordinaria por un mero prurito formalista, es algo contra lo que deberíamos luchar. Podríamos inclusive admitir el supuesto de que las partes, libre y voluntariamente, hayan decidido en la cláusula arbitral que se aplicarán aquellas disposiciones estatales a la controversia, pero aun en ese caso los árbitros deberían establecer si esta aplicación ha sido fruto del convenio y es por esa razón que deberán aplicarlas. ¡Y no porque estén en un código procesal!

Los procedimientos arbitrales no son excepcionales frente a los de la justicia ordinaria. Son, simplemente, los del arbitraje. No se trata de una mezcla de reglas de la justicia ordinaria y otras inventadas por los árbitros. Tampoco son las que señalan en exclusiva las partes. El solo hecho de que intervenga un tribunal, sea plural o unipersonal, ya aclara enseguida que de una u otra forma, los árbitros siempre ejercerán labores de dirección del proceso. Pretender que solo las partes efectúen la pauta, sin que el tercero imparcial dirija el proceso conduciría a cuadros inimaginables donde la indefensión encontraría terreno bien abonado.

Finalmente, la idea de lograr un debido proceso arbitral es la que debe prevalecer. Todas las normas que resulten aplicables, en el vasto entramado de fuentes al que alude Oppetit, deben conjugarse en una sola finalidad: lograr que las partes ejerzan su derecho a la defensa en igualdad de condiciones, única manera de lograr que el arbitraje se convierta en un espacio idóneo para tutelar los derechos de las personas.

Referencias bibliográficas

- Aguirre Guzmán, V. (2012). *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A./UASB.
- (2016). Independencia e imparcialidad en el arbitraje. En *Libro Blanco del arbitraje* (pp. 40-59). Quito: Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.
- Barona Vilar, S. (2006). Binomio, arbitraje y poder judicial en el siglo XXI: entre la pasión y el pensamiento. *Revista Boliviana de Derecho*, 1 (2), 135-177.
- Coronel Jones, C. (2007). Arbitraje y Procedimiento. *Iuris Dictio*, 7, 37-41. <http://dx.doi.org/10.18272/iu.v7i11.671>
- Couture, E. J. (2004). *Fundamentos del derecho procesal civil* (4a ed. póstuma). Buenos Aires: B de F.
- Galindo, Á. y García, H. (2014). Relación entre el Código Orgánico General de Procesos y el procedimiento arbitral. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 1, 51-81.
- Jara Vásquez, M. E. (2017). *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. Quito: UASB/Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Jijón Letort, R., y Marchán, J. M. (2010). Breves reflexiones sobre el “Arbitraje fast track”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 1 (2), 509-519.
- Picó I Junoy, J. (2012). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, 6, 11-31.
- Pugliani Guerra, L. (2012). *La relación partes-árbitro*. Lima: Palestra Editores.
- Zavala Egas, J. (Enero de 2000). La unidad jurisdiccional. *Iuris Dictio* 1, 19-25. <http://dx.doi.org/10.18272/iu.v1i1.467>

Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. Ecuador, 20 de octubre de 2008.
- (2005). Código Civil del Ecuador Registro Oficial Suplemento 46. Ecuador, 24 de junio de 2005.
- Congreso Nacional de la República del Ecuador (1997). *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial 145. Ecuador, 7 de septiembre de 1997.

Sitios web

- Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. (s.f). www.ccq.ec/wp-content/uploads/2017/06/Modelo-Cláusula-Arbitral.pdf.

La manifestación del consentimiento en condiciones de violencia económica: un asunto pendiente en el arbitraje

The manifestation of consent in conditions of economic violence:
a pending matter in arbitration

FERNANDO S. BAJAÑA TOVAR Y PAÚL A. GONZÁLEZ MORÁN
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Resumen

Muy a pesar de que el edificio del Arbitraje se ha consolidado sobre los cimientos de la expresión inequívoca del consentimiento, durante años la institución del Arbitraje se ha visto sometida a un régimen que no ha sido capaz de establecer la línea diferencial entre contrato y consentimiento arbitral, a tal punto que ambos términos son tomados como sinónimos en la mayoría de estudios de la materia. De ahí que, las observaciones y análisis realizados sobre temas referentes a la aptitud y validez material del consentimiento, en el Arbitraje, sean escasos, confusos y problemáticos.

Por tales consideraciones, el presente ensayo de corte académico se fija como meta, el plantear una relectura del campo de acción del consentimiento arbitral, a fin de depurarlo de las faltas semánticas heredadas por la Doctrina arbitral, altamente influenciada por la Teoría General de las Obligaciones, para finalmente, destacar de manera exclusiva el producto material de la interrelación entre violencia economía y consenso arbitral junto con sus consecuencias jurisdiccionales.

Palabras claves

Violencia económica / Atenuación / Kompetenz-Kompetenz / Separabilidad / Indemnidad / Consentimiento.

Abstract

Despite the fact that the Arbitration building has been consolidated on the foundations of the unequivocal expression of consent, for years the institution of Arbitration has been subject to a regime that has not been able to establish the differential line between contract and arbitration consent, to such an extent that both terms are taken as synonyms in most studies on the matter. Hence, the observations and analyzes made on issues related to the aptitude and material validity of consent in Arbitration are scarce, confusing, and problematic.

For such considerations, the present academic essay aims to propose a rereading of the field of action of the arbitration consent, in order to purge it of the semantic faults inherited by the Arbitration Doctrine, highly influenced by the General Theory of Obligations. Finally it aims to highlight in an exclusive way the material product of the interrelation between violence, economy, and arbitration consensus, together with its jurisdictional consequences.

Key words

Economical violence / Mitigation / Kompetenz-Kompetenz / Separability / Indemnity / Consent.

1 Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, miembros del Equipo de Arbitraje de dicho centro de estudios, e investigadores del Departamento de Derecho y Ciencias Sociales de la Fundación Prometeo. (UCSG- Fundación Prometeo). fernando.bajana@cu.ucsg.edu.ec / paul.gonzalez@cu.ucsg.edu.ec.



1. Introducción

Se encuentra tan arraigada la afirmación de la voluntad de las partes como piedra angular del arbitraje, que es prácticamente imposible encontrar un trabajo de investigación que aborde algún aspecto del sistema arbitral donde dicha idea no se encuentre presente (González de Cossío, 2011, p. 131).

Es tal la importancia que se le ha dado a la expresión inequívoca del consentimiento como causa derivativa de la jurisdicción convencional, que la Doctrina y los marcos normativos, tanto domésticos como internacionales, han procurado blindar su otorgamiento a través de la estandarización de requisitos formales, siendo quizá la principal y más extendida, la necesidad de su registro por escrito².

Sin embargo, a contrariedad de la armonía³ e interés normativo que se evidencia, con respecto a la validez formal del consentimiento en el arbitraje. Las observaciones y análisis sobre tópicos relativos a su aptitud material son confusos y problemáticos; preponderando en éstos, errores del lenguaje y del método científico. Lo que descubre que, dentro del estudio del Arbitraje, existen una serie de ambigüedades que acentúan la poca claridad del trato que se le da a la validez del consentimiento.

Así las cosas, producto del escaso interés mencionado, la Doctrina arbitral apenas y ha esbozado estudios breves sobre los efectos que tendría la percepción de vicios del consentimiento en el contexto del convenio arbitral, atendiendo que tal problemática estaría relacionada propiamente con la aptitud material del *consensus arbitrii*. Es más, en tales estudios se ha preferido acoger una reflexión residual del fenómeno, planteándose en todos los casos una misma hipótesis: ¿qué hacer frente a una infección del consentimiento arbitral provocada por vicios provenientes del negocio jurídico base? Ante lo cual, como es de imaginarse, la respuesta siempre ha parecido sencilla y consabida: proceder con la aplicación del principio de separabilidad.

No obstante, soluciones como la precitada, sustentadas en el mandamiento de separabilidad o categorías semejantes, adolecen de por lo menos tres defectos técnicos, que le restan potencia para erigirse como conclusiones estándares en una perspectiva científica.

Así, en primer lugar se tiene que, (i) la solución que ha esbozado la Doctrina, es dependiente de una estructura mono-problemática, por cuanto siempre parte desde el supuesto de que los vicios del consentimiento se han originado en el contrato conexo y no justiprecian la posibilidad de que aquellos hubiesen surgido en el seno del convenio arbitral, afectando a éste de forma exclusiva; o que tales patologías, incitasen un doble impacto, tanto sobre la validez del contrato base como sobre la eficacia del contrato arbitral. Asimismo, (ii) las soluciones esbozadas por la Doctrina carecen de visión y no percatan que el principio de separabilidad no está cargado de un carácter absoluto, siendo generalmente insuficiente para generar problemas relacionados con el elemento consensual; llegando incluso Caivano (2015) a plantear que vicios del consentimiento podrían perfectamente migrar desde el contrato referencial al acuerdo arbitral⁴. Finalmente, también le es reprochable (iii) el carácter normativo de la “separabilidad” dentro del arbitraje, a saber, su clasificación como principio

2 Las disposiciones normativas que regulan el arbitraje han optado por un principio de libertad formal, donde además de imponer una regla uniforme de escrituración, se les reconoce a las partes la plena libertad para establecer la clase, el idioma, la sede y el desarrollo del proceso arbitral.

3 Sin perjuicio de ciertos puntos de colisión sobre la pertinencia del reconocimiento de la expresión tacita del consentimiento, o la dicotomía entre el carácter *in validitatis* o *ad probationem* del convenio escrito.

4 Roque Caivano constituye uno de los pocos autores, que ha elaborado trabajo profundo sobre el tema la validez material del compromiso arbitral. Para dicho autor, la naturaleza del acuerdo arbitral es principalmente contractual, y en consecuencia su validez se encuentra sujeta a los requisitos generales establecidos por la legislación civil para la validez de los contratos.

jurídico de índole interpretativo, resulta inhábil para resolver las consecuencias que provocaría la admisión de la violencia económica como un vicio del consentimiento, por cuanto dicho concepto importado de la Economía resulta impermeable ante las prescripciones de metanormas jurídicas.

De tal suerte, el análisis de los efectos de la violencia económica en la aptitud material del consentimiento arbitral, constituirá el eje central del presente ensayo. Empero, la insuficiencia conceptual de algunas instituciones jurídicas, sopesadas como ineludibles para el abordaje completo de este fenómeno, demandarán cierto detenimiento. De esta manera se planteará una relectura del campo de acción del consentimiento arbitral, a fin de depurarlo de las faltas semánticas heredadas por la Doctrina arbitral de la Teoría General de las Obligaciones, para finalmente, destacar de manera exclusiva el producto material de la interrelación entre violencia económica y consenso arbitral junto con sus consecuencias jurisdiccionales.

2. El consentimiento en el arbitraje

Los problemas del lenguaje no son ajenos al arbitraje, de tal manera que han sido varias las tramas donde la Doctrina arbitral ha debido dedicar su máximo esfuerzo para zanjar —al menos por consenso— la ambigüedad, vaguedad y demás trabas que suelen presentarse en las cadenas de comunicación y significación de las distintas áreas de las ciencias jurídicas.

En la actualidad, una situación muy extendida y aguda, por sus consecuencias en la producción teórica del arbitraje, es la que atraviesa la institución del consentimiento arbitral.

Esta suerte de crisis semiótica que afecta a la idea de consentimiento en el arbitraje tiene como principales fuentes, las imprecisiones terminológicas y conceptuales que se han heredado de la Teoría General de las Obligaciones, un legado común e irrenunciable en la mayoría de las ramas del Derecho Privado, en el que se incluye al Arbitraje.

Al primero de estos escollos semánticos, es posible identificarlo desde los presupuestos de la lógica formal, más acertadamente del estudio de las falacias de la definición. En vista de esto, la Doctrina del Arbitraje, al igual que la Teoría General de las Obligaciones, al momento de determinar los conceptos de /consentimiento o voluntad / y de /convenio o contrato / se valen de una falacia de definición circular, en donde el significado de las partículas principales de los significantes precitados, esto es, /consentimiento o voluntad-/ y /convenio o contrato-⁵, reposan sobre el significante de la otra. Así, se define al convenio como “acuerdo de voluntades o concurso de consentimientos”, y al consentimiento como “la voluntad para celebrar un convenio o contrato”.

En otras palabras, tanto la Doctrina Arbitral como la obligacionista, a la hora de explicarnos el *consentimiento*, nos ha dicho que éste es una bellota que origina a un árbol llamado *convenio*; y, a la hora de explicar al árbol *convenio*, nos ha manifestado que es aquel que se originó a partir de la bellota llamada *consentimiento*. De ahí se sigue que, en el fondo, no se ha hecho algo para entender a tal bellota o a tal árbol, prescindiendo de la circularidad del otro.

No obstante, a pesar de la antigüedad y trascendencia de los defectos de esta falacia, poco se le ha tomado en cuenta, pasando la mayoría de las veces desapercibida. Lo que ha permitido, por un lado, que, (i) frente a la irresolución de conceptos de autónomos del *consensus arbitrii* y del convenio arbitral, se tomen a estos como sinónimos o dependientes semánticamente de los elementos del otro; y, que, (ii) se extienda la indeterminación de los límites epistemológicos del estudio de cada institución.

⁵ El criterio gráfico de barras simples “/xxx /” está siendo empleado en el mismo sentido que recomienda Umberto Eco en su obra (1983).

Respecto de las consecuencias señaladas es posible advertir que la segunda se deriva de la primera. En este sentido, es normal observar que ante la falta de una función semántica propia para cada término, los ámbitos de estudio de cada uno, no se hayan plenamente determinados. Lo que provoca, a su vez, que sea bastante habitual que supuestos análisis doctrinales auto precisados como dedicados al consentimiento arbitral, terminen en su desarrollo centrándose en elementos dogmáticos propios del convenio arbitral y viceversa.

Debido a esto, los autores han decidido centrarse durante el presente estudio, en la resolución de la primera problemática, en la medida de buscar una corrección oportuna a la vacancia semántica de los conceptos precisados, como escalón previo a la valoración del *quid* principal.

2.1. Teorías para resolver los problemas del lenguaje en el consentimiento arbitral

Como primer miramiento, se tiene que resulta cotidiano observar que en el Arbitraje se utilicen los términos voluntad y convenio arbitral indistintamente para significar un mismo objeto. Lo que genera un problema de falsa sinonimia, el cual ha contagiado a casi toda la producción teórica de la materia e impedido un análisis autónomo sobre cada fenómeno.

Sobre este asunto, una aparente solución parece asomarse del enfoque apadrinado por González de Cossío, en lo tocante a la diferenciación de la forma y la voluntad arbitral. Para el tratadista, la fórmula aristotélica de continente y contenido le permite solucionar su cuestionamiento, precisando que el consentimiento arbitral sería el contenido que se hospeda dentro del continente de formalidades (González de Cossío, 2007, p. 13).

Siguiendo esta estructura argumental, los vicios de falsa sinónima y definición circular podrían aplanarse mediante la valoración de la relación semántica entre convenio arbitral y consentimiento arbitral siguiendo un esquema de conjunto y elemento. Lo cual, si bien figura ser una solución novedosa para nuestra problemática, en el fondo nada aporta para su superación y en realidad nutren la incertidumbre señalada. Por cuanto el uso de este razonamiento nos lleva a firmar como convenio a aquello que contiene al consentimiento, y consentimiento como aquello contenido en el convenio.

A esto debe agregársele que la adopción por analogía del criterio de de Cossío nos llevaría a aseverar erradamente que: (i) el concepto de convenio arbitral se agota en el de consentimiento revestido con formalidades, sin detenerse en los otros elementos de esencia de cada contrato; y que, (ii) la voluntad arbitral conformaría una suerte de *alter ego* del convenio arbitral, en la medida de que, al ser su contenido exclusivo, constituiría el elemento determinante de su identidad, manteniéndose el problema de falsa sinonimia.

Esta serie de consecuencias poco deseables advierten la necesidad de meditar un campo dogmático nuevo para la explicación de cada fenómeno mencionado, en especial del fenómeno consensual.

Frente a esto, el primer paso será abandonar la noción de *consentimiento* adoptada por la Doctrina clásica, según la cual constituye un elemento diseñado para nombrar a la *voluntad* que tienen las partes para celebrar actos jurídicos bilaterales (Abeliuk, 1983, p. 76).

Estas definiciones prolijadas hasta el día de hoy por el Arbitraje resultan inclusive perjudiciales para la vigencia lógica de sus propias instituciones, especialmente del principio de separabilidad, en la medida que si *consentimiento* es voluntad de celebrar, este en un sentido lógico-matemático equivaldría a la *afirmación* del contrato. De esta manera, un convenio arbitral que somete controversias derivadas de otro negocio jurídico contractual comparte con aquel, la situación de actos jurídicos bilaterales y en consecuencia, ambos tendrían dentro de sus elementos constitutivos al factor *afirmación*, lo que marcaría la pauta para una eventual

simplificación y compartimento del factor consensual.

En este orden, la actual valoración de la Doctrina, donde el consentimiento es visto como la afirmación de un contrato, desde un contexto matemático, se traduce como una relación entre convenio arbitral y contrato identificada bajo la relación: $1a + 1b$. Donde 1 es el valor positivo que se le da a la afirmación o ratificación (consentimiento) del acto jurídico, (+) es un conector de yuxtaposición, (*a*) es el acto jurídico bilateral conocido convenio arbitral, y (*b*) el negocio jurídico de fondo.

Lo antedicho naturalmente permitiría simplificar la relación descrita a través de una técnica de factores hasta que adopte la forma: $1(a + b)$, siempre significando una misma cosa.

Esta última forma, que resume la idea generalizada de la Doctrina, permite que cualquier inutilidad del valor afirmativo de la voluntad de las partes repercuta sobre la totalidad del universo contractual, incluyendo tanto al negocio arbitral como al negocio no arbitral. En la medida que la introducción de una negación (\neg) en lenguaje lógico, o patología del consentimiento en lenguaje jurídico, implicaría por la relación de los negocios antedicha, la contaminación individual de cada contrato. Esto es $\neg 1(a + b) = \neg 1a + \neg 1b$, o más precisamente $\neg 1(a + b) = 0a + 0b$. Quedando por sentado que, los efectos de la afectación (\neg) del acto declarativo de voluntad (1), que tanto convenio arbitral (*a*) y contrato base (*b*) comparten, $1(a + b)$, repercuten sobre la validez de ambos negocios jurídicos. Consentir en ello dejaría sin fondo a los presupuestos lógicos esgrimidos para justificar la separabilidad de los dos contratos, sobre todo en lo relativo a la autonomía de elemento volitivo, dando la impresión de que dicho principio tiene un objetivo más práctico que teórico y abstracto.

De hecho, esta comprobación lógica de la posibilidad de contaminación de ambos negocios jurídicos, como resultado de un atributo consensual común (*1*), es la que ha inspirado a Caivano (2015) al afirmar: la posibilidad de que ambos pactos sean nulos existe, ya que, habiendo sido otorgados en el mismo momento, algunos vicios –especialmente los que se refieran a la declaración de la voluntad de las partes– pueden afectar conjuntamente al contrato principal y al acuerdo arbitral (p. 25).

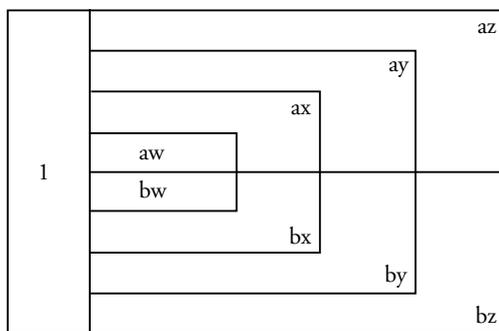


Figura 1. Representación de la relación entre negocio contractual y arbitral.

En la figura 1 puede verse bajo el esquema $1a + 1b = 1(a+b)$, donde 1 es el acto declarativo del consentimiento; (*w*) es la capacidad para celebración del acto bilateral, (*x*) la causa contractual; (*y*) el objeto del negocio; y, (*z*) las formalidades.

Vale aclarar que se debe tomar por errada toda interpretación que pretenda generar una partición del acto volitivo (1_1 y 1_2), amparada en la idea de que, mientras en el contrato

base se afirma sobre prestaciones sustanciales recíprocas, en el convenio arbitral se lo hace respecto a la reglamentación del derecho de acción de las partes, por cuanto este juicio, implicaría la identificación injustificada del elemento consensual con el elemento objetivo de los contratos, que si bien no es una tesis completamente errada en su conclusión, evidencia uno de los defectos precitados, por cuanto subordina el concepto de *consentimiento* al del *objeto contractual*; esto es, crea una relación de dependencia ontológica entre una institución reputada esencial y los elementos de otra.

Ahora bien, la demostrada insuficiencia de la Teoría General de las Obligaciones para brindarnos un concepto cogente de consentimiento, puede remediarse a través del salto generacional que el Arbitraje aún se resiste a dar: la acogida de premisas proveniente de la Teoría de la Argumentación. Pues bien, tesis como la Teoría de los actos de habla de Austin y la Teoría de la Intencionalidad de Searle, pueden permitirnos esquematizar una noción jurídica del *consentimiento* más apropiada a nuestros fines.

En lo que atañe a Austin, las expresiones lingüísticas se clasifican en constatativas y performativas, de forma tal que las primeras describen al mundo y por tanto pueden ser calificadas como verdaderas o falsas, según la relación de correspondencia que se erija entre lo expresado y lo real (Austin, 1982, p. 183). Por su lado, las expresiones performativas —llamadas por la doctrina hispanohablante como realizativas—, “por el mero hecho de ser enunciadas constituyen acciones: ‘Quand diré, c’est faire’ (Cuando decir es hacer). Por ejemplo, cuando digo ‘juro’ ante el juez estoy realizando o constituyendo el acto de jurar, pero no lo estoy describiendo; cuando digo ‘prometo’ estoy realizando el acto de prometer, no estoy informando” (Patiño, 1988, p. 68). En otras palabras, se usan las expresiones constatativas para cumplir funciones descriptivas con aptitud de certeza; y, expresiones performativas, para crear instituciones, modificar la realidad y generar obligaciones que asume el hablante.

Así las cosas, dentro de esta última categoría de expresiones se ubica el acto ilocutivo de promesa, el cual lejos de entenderse en el sentido estricto de lo jurídico, o sea como etapa unilateral y primitiva del consentimiento, equivale en lingüística a la acción de consentir o de forma más apropiada al acto intencional de obligarse.

Es de esta manera que en la Teoría de los Actos del Habla la institución jurídica del *consentimiento* tiene un carácter de acto performativo, alejándose así, de los clásicos paradigmas de la Teoría General de las Obligaciones (de inspiración positiva), que valoraban al consentimiento exclusivamente como una descripción afirmativa del contrato, que nos llevaba además de una falacia circular de definición a la denunciada falacia descriptiva.

Luego, para Austin al igual que Hume, confluyen en la existencia del acto de prometer (consentir), los criterios de intencionalidad y de convencionalidad, a razón de factores esenciales para su ejecución. Este último factor, el de convencionalidad, es el antecedente del cual se coligen los derechos y obligaciones que ligan a los sujetos de la relación comunicativa, es decir, al emisor y al destinatario, o al deudor y al acreedor⁶ (Patiño, 1988, p. 70).

Ahora bien, Searle, consciente de los eventuales defectos a los que se halla propenso el acto de promesa —vicios del consentimiento— establece una serie de reglas constitutivas para determinar la fortuna (aptitud material) del acto performativo consensual. Estas reglas constitutivas se clasifican en los criterios de: (i) condiciones de contenido proposicional, (ii) condiciones preparatorias, (iii) condiciones de sinceridad, y (iv) condición esencial (Xin, 2016, pp. 22-24). Cumpliendo cada una con una función especial en la indemnidad del consentimiento.

6 Para Patiño, Hans Kelsen habría sido uno de los pocos autores del positivismo lógico, que habría percatado esta relación entre intencionalidad y prestaciones obligacionales (Kelsen, 1943).

Para efecto de explicación, Searle utiliza una situación hipotética, -adaptada a un lenguaje jurídico dentro de este ensayo-, donde una persona H emite una declaración t ante una persona O , de forma tal que al emitir la declaración t , H consiente obligarse en p para con O (Searle, 1994, pp. 64-69). Sin embargo, el acto de consentir p para con h , solo será válido si:

(i) Las condiciones normales de input y output se encuentren presentes, es decir, que existan condiciones normales de comprensión y de expresión inteligible, entre deudor y acreedor.

(ii) Que se entienda que H declara que se obliga a p al emitir t , de forma tal que el resto de la proposición t sea residual en un plano obligacional.

(iii) Que al expresar que p , H este consintiendo sobre un acto jurídico futuro (A) en favor de H . En todo caso, sería ilógico meditar la posibilidad de que H consienta sobre un acto pasado, o una prestación de hacer o no hacer algo, sobre eventos que ya ocurrieron.

(iv) Que O prefiera que H hiciera (A) a que no hiciera (A), y H cree que O preferiría que él hiciera (A) a que no hiciera (A). En el plano jurídico esta regla constitutiva se equipará al principio de buena fe, en su faceta objetiva y subjetiva.

(v) Que no sea obvio ni para H ni para O , que H hará (A) en el curso normal de los acontecimientos. Caso contrario no consentiría un contrato propiamente dicho, sino cumpliría un deber legal o moral predecible.

(vi) Que H tenga la intención de hacer (A). No se haya coaccionado o confundido en el objeto de su obligación.

(vii) Que H procure mediante la emisión de t colocarse a sí mismo bajo la obligación de hacer (A).

(viii) Que H intente producir en O el conocimiento (C) de que la emisión de t cuenta como el hecho de colocarlo a él bajo la obligación de hacer (A).

(ix) Que las reglas semánticas del dialecto hablado por H y por O sean tales que t se emite correcta y sinceramente si y sólo si se dan las condiciones I-VIII (Xin, 2016, pp. 21-24).

Bajo esta lógica, el modelo $1a + 1b = 1(a+b)$ $1a + 1b = 1(a+b)$ es sustituido por un modelo lingüístico, que desarrolla la naturaleza del consentimiento desde una nueva perspectiva, en la cual éste se equipara con una variable (p), que forma un eslabón principal dentro de la cadena comunicativa propia de cada negocio jurídico.

Luego, en concordancia con lo que se expresa en las reglas constitutivas III, IV, y V de Searle, ese *consentimiento* (p) se vincula íntimamente con la ejecución del acto futuro A , que en el ámbito jurídico revela una relación entre acto consensual y objeto contractual, a manera de un sistema de significación $p \rightarrow A$ (abstracto-concreto).

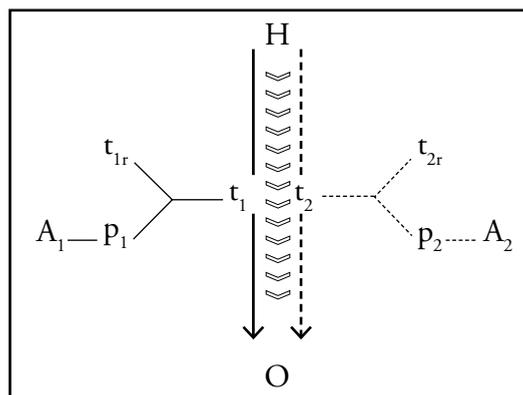


Figura 2. Representación de la relación entre negocio contractual y arbitral, según el modelo lingüístico Austin – Searle 2.

En este gráfico entre H y O (partes contratantes) existen dos relaciones comunicacionales: el contrato de fondo y el convenio arbitral, cada una con un contenido diferente (t_1 y t_2), que consiente de forma separada (p_1 y p_2) la ejecución de actos futuros diversos A_1 y A_2 . En esta relación por t_{1r} y t_{2r} se entiende a todo aquello que siendo parte del contenido emitido, no forman parte del consentimiento propiamente dicho.

Al respecto, a diferencia del modelo lógico clásico, las teorías del lenguaje brindan incluso un soporte lógico más eficiente para la vigencia del principio de separabilidad, por cuanto comprueban que el contenido del contrato base (t_1) y el contenido del convenio arbitral (t_2) son independientes el uno del otro; hallándose desligados sus respectivas cadenas comunicativas y consecuentemente sus actos consensuales p_1 y p_2 con las prestaciones que originan A_1 y A_2 . Siendo quizá esta, la idea que Lochim apadrina, cuando al ser parafraseado por Caivano, defiende la separabilidad de los contratos, en el hecho de que el objeto del convenio arbitral, a distinción del objeto del convenio sustancial, está destinado a “reglar el derecho de acción que corresponde a aquellos —las partes—” (Caivano, 2015, pág. 24).

Sin embargo, si bien la tesis lingüística puede facilitar el erigimiento de una fundamentación teórica más sólida para el mandato de separabilidad, es también cierto que, a través de aquella, una de las características menos estudiadas de dicho principio se comprueba: su aplicación limitada.

Sobre este punto podemos anotar que varias de las reglas constitutivas de Searle, previamente estudiadas para la determinación de la validez del consentimiento, hacen una referencia al *contexto* donde se desarrolla la relación contractual, lo que en síntesis motivaría a que la “realización de este tipo de expresiones –acto de prometer- este condicionada por el contexto y las circunstancias adecuadas” (Patiño, 2005, p.71). De ahí, que, si bien es cierto que el modelo lingüístico estudiado nos permite separar los contratos conjugados, en su sintaxis y en su semántica, no lo hacen en su pragmática, debido a que es evidente que convenio arbitral y contrato basal comparten un mismo ambiente, objetivo y contexto histórico, aunque elementos internos desiguales. Por lo tanto, la validez del consentimiento deberá estudiarse no exclusivamente en un aspecto semántico y sintáctico, sino de forma especial en un contexto pragmático.

Así las cosas, Austin enuncia seis condiciones indispensables para la eficacia pragmática de este tipo expresiones, a saber:

debe presentarse un procedimiento convencional, A₁) las personas y las circunstancias deben ser las apropiadas, B) el procedimiento debe llevarse a cabo por todos los participantes, B₁) en todos sus pasos, C₁) el locutor debe tener una intención, un sentimiento y un pensamiento sincero para llevar a cabo la acción, C₂) los participantes se deben comprometer efectivamente (Patiño, 1988, p. 70; Austin, 1982, p. 753).

Por lo tanto, infortunios de comunicación o vicios del consentimiento, del tipo en que “una de las partes se ve obligada a celebrar un acuerdo si es que no quiere sufrir un grave perjuicio en su patrimonio, esto es, sufrir una pérdida económica” (Cabrillac, 2016, p. 289). Tal como se probará después, estos permitirían vislumbrar, por su acentuación pragmática y contextual, un caso de insuficiencia de los fundamentos lógicos de la separabilidad, añadiendo peso al carácter limitado de esta.

Lo antedicho implica para la institución del consentimiento una relectura pragmática de su conformación, centrada en las condiciones austinianas de eficacia de la promesa, como expresión performativa. Advirtiéndose entonces la posibilidad de sancionarla como infortuna al comprobarse alguna de las variables del *economic duress*.

3. Vicios del consentimiento

Lo analizado en los apartados previos nos permite trazar una redirección sobre la clásica examinación formal de la validez del consentimiento arbitral que, hasta ahora, había estado limitada a certificar el cumplimiento de requisitos formales exigidos por la legislación aplicable —*lex arbitrii*— y sancionar con nulidad su desacato en el caso de omisiones.

En este sentido, lo que se busca es patentar un examen propiamente pragmático (lingüístico) de la eficacia del *consensus arbitrii*, fundado en la depuración de patologías u omisiones de las condiciones constitutivas que hayan influido en su otorgamiento, sea que estas obedezcan a un carácter comunicacional, jurídico o económico.

Acerca de esto, aunque la mayoría de las legislaciones civiles con inspiración napoleónica habían admitido una concepción tripartita de las causales de afectación del consentimiento contractual, a través de la cual la reputación de perfecto del consenso convencional queda supeditada a la ausencia de error, fuerza o dolo al momento de su declaración (Abeliuk, 1983, p.76). Puede criticarse sobre aquello que la mayoría de estos vicios tienen un impacto mono direccional que reincide en las aptitudes semánticas (entendimiento y comprensión del contenido) y sintácticas (estructura) del contrato sustancial, que tal como se evidenció antes se encuentran imposibilitadas de migrar al escenario arbitral en virtud de los soportes teóricos lingüísticos del sistema expuesta en la figura 2, que además aporta un mayor sustento para el principio de separabilidad.

Mas, el hecho de que el *consensus arbitrii* comparta ambiente y momento histórico con el acto volitivo (*p*) del negocio jurídico basal, y por tanto, estén envueltos en un único escenario extralingüístico, permitiría la aplicación de nuevas teorías de vicios del consentimiento, que se centran en la rupturas de las condiciones pragmáticas de la expresiones performativas de Austin a través del aprovechamiento de una parte, de la situación económica desfavorable y apremiante de otra para hacerse con la celebración del contrato.

Lo que, en un texto más jurídico facultaría la admisión de una nueva causal de nulidad de los negocios jurídicos, caracterizada por un doble impacto no migracional, esto es que aunque afectan a los dos contratos en yuxtaposición (basa-arbitral), no se deben a la transmisión de los defectos del negocio de fondo al entorno del convenio arbitral, siendo en lo consiguiente impermeables al principio de separabilidad.

3.1. Debilidad económica: un “nuevo” vicio del consentimiento

Para abordar el tema de la violencia económica hay que partir, primero (i) desde la asunción de que el contexto previo al perfeccionamiento contractual está envuelto de una serie de presiones que realiza alguna de las partes, con la finalidad de mejorar su posición con respecto a la otra; y, segundo (ii), que todos estos datos y situaciones, ostentan un carácter extra comunicacional y por ende pragmático.

En consonancia con ello, no se puede hacer caso omiso a la situación en que el equilibrio de las partes ha pasado a un segundo plano, de lo que una de las partes toma especial ventaja de la parte situada en adversidad. En ambas situaciones, si bien resultaría difícil desconocer que las partes han tenido pleno conocimiento de las cláusulas contractuales, y se han vinculado sin que medie ninguno de los vicios tradicionalmente reconocidos; es posible afirmar que la voluntad de una de las partes se encuentra viciada, por cuanto no existe una verdadera elección: está obligado a contratar o aceptar las imposiciones hechas por la contraparte. Por tal razón, múltiples ordenamientos jurídicos han pretendido superar la tradicional división de los vicios del consentimiento, tratando de incorporar figuras como la debilidad económica, en aras de precautelar el interés de aquellas partes que hayan recibido un detrimento en su persona o en su patrimonio, a consecuencia de las presiones recibidas.

En ese contexto, surge prudente revisar algunos de los principales fallos que han tenido incidencia en la reformulación de los hoy ya caducos vicios del consentimiento. En ese sentido, uno de los principales hitos que dio lugar a la introducción en el imaginario jurídico, de la violencia económica como vicio del consentimiento, se remonta a los años 70 en Inglaterra, en el caso *North Ocean Shipping Co Ltd. v. Hyundai Construction Co.* La contienda tuvo su origen por cuanto los demandados habían acordado la construcción de un tanque petrolero, cuyo precio, pactado en dólares, debía ser cancelado en cinco cuotas. Según lo estipulado en el contrato, los demandados debían otorgar una letra de crédito para asegurar el reembolso de las cuotas, en el evento de que existiera cualquier defecto en el funcionamiento del tanque. Después de que una de las cuotas hubiere sido cancelada, el valor del dólar se devaluó en un diez por ciento, por lo que los demandados exigieron el incremento de las cuotas subsiguientes, en igual porcentaje. Sin embargo, los actores fueron advertidos de que no existía fundamento legal para un reclamo de tal tipo, y se negaron. Ante tal situación, los demandados amenazaron con culminar el contrato si no eran satisfechas sus pretensiones. Como la empresa actora ya había asegurado un ventajoso acuerdo para el arrendamiento del tanquero, se vio obligada a aceptar las exigencias. Con tales consideraciones, el juez que resolvió el caso en mención determinó que la compañía actora había sido compelida a aceptar la modificación del contrato, por la amenaza ilegítima de terminar lo previamente pactado, todo lo cual hubiere acarreado en su ulterior perjuicio patrimonial, por lo que las reformas contractuales incorporadas debían ser consideradas como nulas.

En tal sentido, la figura del *duress* fue adoptando mayor prestancia para la invalidación de los contratos en los tribunales ingleses, entendiendo por tal aquella fuerza que no necesariamente es ejercida de modo físico, sino más bien afecta el aspecto psicosomático del individuo. De tal forma, aunque el vicio de *duress* no anula la voluntad, vuelve anulable el contrato. Luego, introducida en un campo eminentemente económico, se ha establecido que es posible “anular el contrato también en supuestos de amenazas económicas, en los que una parte presta su consentimiento ante la amenaza de sufrir graves consecuencias económicas” (Solé, 2016), tal como sucedió en el caso previamente expuesto.

No obstante, esta preocupación no solo ha sido materia de análisis de los tribunales ingleses. Es así como algunos países miembros de la Unión Europea, en su búsqueda de es-

tablecer soluciones sensibles ante situaciones desequilibradas, han influido a la configuración normativa en lo atinente a remedios eficaces a situaciones desproporcionales contractuales. En evidencia de lo anterior se halla la Ordenanza Francesa de 1986, donde fue incorporada la institución de dependencia económica, que posteriormente desembocaría en la denominada “violencia económica”. En ese estadio, se ha estimado que existe dependencia económica cuando se manifiestan condiciones de “inferioridad, apremio, ligereza, inexperiencia, ignorancia, de una de las partes, de las que la otra se aprovecha para obtener una ventaja indebida, que no tiene otra explicación que aquella debilidad” (Mazeaud, 2003). A partir de allí, las Cortes francesas han ido desarrollando un criterio generalizado respecto a que se está ante un consentimiento viciado por violencia, cuando se verifica la explotación abusiva de una situación de dependencia económica, con la finalidad de obtener una ventaja excesiva de la sospecha de un daño que amenace los legítimos intereses de una persona.

Por otra parte, algunos ordenamientos jurídicos han procedido a hacer frente directo al fenómeno de la debilidad económica. Tal es así como, dentro de la configuración normativa del Código Civil italiano se ha establecido, en el artículo 1447:

El contrato por el cual una parte asumió obligaciones en condiciones inicuas, por la necesidad, conocida por la contraparte, de salvarse ella o salvar a otros de un daño grave a la persona, puede ser rescindido por demanda de la parte obligada. El juez, al pronunciar la rescisión, puede, según las circunstancias, asignar a la otra parte una compensación equitativa por la obra ejecutada.

En la misma línea, se puede leer en el artículo 156 del Código civil de Brasil de 2002: “Del estado de peligro. Se configura estado de peligro cuando alguien, apremiado por la necesidad de salvarse a sí mismo o a persona de su familia, de daño grave conocido por la otra parte, asume obligación excesivamente onerosa”.

Llegado este punto, es menester rescatar los elementos de la situación de debilidad y la estructura de cómo se manifiesta en el consentimiento. En ese aspecto, en un primer momento se encuentra la situación de premura que sopesa sobre uno de los agentes o la amenaza actual a un relativo; situación que es sabida por la contraparte y se traduce en el perfeccionamiento contractual. Tal situación ha sido claramente expuesta por Fernando Hinestrosa (2005), citando a Pothier:

[...] el sujeto ha de encontrarse actualmente en un trance debido a una situación de peligro que le concierne a él o a otra persona que le sea allegada inmediatamente; a causa no de una conducta humana concreta y con determinado propósito, sino debido a la ocurrencia de eventos, sean naturales, sean sociales o políticos, e inclusive a circunstancias o condiciones, permanentes, transitorias u ocasionales, propias. En lo que hace a la índole de dicho peligro, de suyo se tiene presente el riesgo de un derecho fundamental: la vida, la integridad personal, el honor.

En tal virtud, es posible identificar que el proceso volitivo del sujeto no es moldeado o dirigido por el accionar de un ente exterior que tenga la determinación de amedrantar o intimidar a tal punto de obtener, de ese modo, la celebración del sustrato obligacional, tal como sucede con el vicio tradicional de la fuerza. En esta institución, la presión más bien resulta de circunstancias sobrevenidas por acaecimientos naturales o humanos, tal como lo ha expuesto Scognamiglio (1972):

[...] mientras la amenaza del hombre constituye una causa ilegítima de presión sobre la libertad del querer, ante la cual es preciso reaccionar, la presión irresistible de los fenómenos externos opera en el sentido de hacer más intensa, con la necesidad, la voluntad de estipular, y plantea así el problema distinto de defender a la víctima del estado de necesidad que la expone al peligro específico de sufrir condiciones inicuas [...].

Respecto de este requisito —la premura o presión psicológica—, aquel puede provenir de antecedentes propios del agente débil —económicamente hablando—, o de alguien muy cercano, y sobreponerse ante tal situación debe ser de imposible cumplimiento, por cuanto no existen opciones que permitan sortear tal apremio. En este apartado, el profesor Emilio Betti (1960) ha sido preciso al indicar:

[...]el estado de necesidad coloca a una persona ante una alternativa y una opción: escoger entre el riesgo de ver lesionado su interés esencial y un comportamiento protector que puede ser en sí lícito o lesivo de interés ajeno [...] De todos modos, el aspecto por el cual el estado de necesidad se considera relevante como anomalía del negocio, no es el subjetivo de vicio excluyente de la libre determinación del querer, sino el objetivo de situación que ocasiona una lesión injusta que de permanecer implicaría la imposición de un interés particular en ventaja de otro interés privado [...].

Finalmente, el último requisito que debe verificarse para determinar la existencia de un vicio de debilidad económica es que un agente haya estado consciente —o al menos haya podido estarlo— respecto de la realidad de dependencia económica del otro contratante, con lo cual, prácticamente le impone la celebración del contrato a su contraparte pese a que aquello comporta condiciones odiosas para los intereses del último, a efectos de obtener una ventaja excesiva. En ese sentido, a diferencia de la fuerza, uno de los tradicionales vicios del consentimiento de la clasificación tripartita de otrora, el tema fundamental no gira en torno a la falta de espontaneidad, sino que lo que se observa es el trasfondo, esto es, la inferioridad casual de una de las partes, y el aprovechamiento de la otra parte. Esta situación incluso ha sido recogida por el Proyecto de Código Europeo de los Contratos que, en su artículo 30.6 establece la posibilidad de que un contrato pueda ser rescindido en la eventualidad de que una de las partes se haya aprovechado de la debilidad de su contraparte, en aras de hacerse con una ventaja desproporcional, respecto de la contraprestación prometida o entregada. (Cabrillac, 2016).

En otras palabras, lo que se pretende tutelar con la debilidad económica no es simplemente el hecho de que una de las partes no haya tenido la plena libertad de elección, tal como propugna la autonomía de la voluntad de las partes, pues aquella no es la situación determinante para la configuración de la debilidad económica, sino más bien, el factor principal es la patentización del aprovechamiento de la situación de dependencia en que se encuentra una de las partes; o, de otro modo, la inequidad de las condiciones que conducen a un quebrantamiento patrimonial en la parte débil.

En vista de que el estado de necesidad, de apremio o de peligro que puede dar origen a la violencia económica irradia un espectro bastante amplio, es necesario delimitar su contenido. Para tales efectos, es posible partir desde la concepción anotada por José Daniel Amado (1984), quien se aproxima al concepto de violencia económica, en los siguientes términos:

[...] en situaciones en que no existe una verdadera libertad de elección, donde se actúa instintivamente, impulsado por la necesidad de preservar a una persona de un peligro grave e inminente, no se está ante una situación normal. Quien padece un estado de peligro no se

halla en aptitud de discernir entre lo que quiere y lo que no quiere, las circunstancias alteran su voluntad a tal punto que está en condiciones de ofrecer o aceptar cualquier cosa con tal de librarse de la inseguridad en que vive; la situación que padece afecta su declaración pudiendo producirse una discordancia entre lo querido y lo manifestado. Se puede afirmar válidamente que su voluntad está viciada.

De la aproximación realizada por Amado, cabe hacer ciertas precisiones. En principio, lo natural es pensar que el tema de la violencia económica se restringe únicamente a la necesidad de dinero; sin embargo, bien podría suscitarse en la necesidad de cualquier bien apreciable pecuniariamente. Luego, habrá que señalar que a diferencia de la vis absoluta, en que un agente somete fuerza física para obtener el consentimiento de alguien, la violencia económica no necesariamente surge a partir de hechos realizados por un tercero, por cuanto, podría imputarse que el origen del peligro tiene su génesis en el propio individuo. Empero, lo que resulta relevante es que la contraparte haya conocido del estado de necesidad o de ansiedad del otro, y a sabiendas de aquello haya pretendido obtener provecho.

Ahora bien, de lo hasta aquí dicho es posible colegir que la violencia económica puede plasmarse en el evento de que una de las partes contractuales, que haciendo un uso injusto o abusivo del Derecho, pretende beneficiarse, a costas del perjuicio ajeno, que sin tener otra elección, se ve obligada a contratar. No obstante, aquel no es el único escenario posible por cuanto la violencia económica también puede materializarse cuando una de las partes se encuentra en situación de necesidad o apremio económico que la sitúe en desequilibrio en la posibilidad de negociación, lo que conlleva y determina que aquel *Little men* acepte contratar en términos o condiciones que atentan contra sus intereses, revistiendo una situación de desequilibrio, y por consiguiente, una ventaja para la contraparte. Así, por ejemplo, según Fernando Hinestrosa (2005), la violencia económica también se despliega en aquellos casos en que se paga un precio exiguo por los servicios de alguien, que en condiciones distintas pudiera obtener una remuneración notablemente superior, constituyéndose en una clara manifestación de aprovechamiento de la condición ajena.

3.2. Repercusiones de la violencia económica sobre el contexto arbitral

En lo tocante a las implicaciones de la violencia económica en el Arbitraje, es posible abordar esta situación desde dos perspectivas: una abstracta, y otra concreta.

En el plano abstracto es pertinente concentrarse a realizar una verificación de la relación de esta patología, con las condiciones constitutivas del consentimiento, desde la perspectiva de los actos de habla performativos. En ese contexto, bajo situaciones de dependencia económica no podría establecerse la existencia de un consentimiento plenamente válido, por cuanto no satisface las condiciones de validez desarrolladas por la pragmática, tal como procurará ser demostrado en líneas subsiguientes.

Es así que, el acto volitivo por el cual se desprende el consentimiento en una relación contractual afectada por la dependencia económica bien puede identificarse como una emisión performativa desafortunada, en los términos de Austin. Prueba de lo anterior es que del esquema de estas relaciones se desprende el incumplimiento de ciertos requisitos; a saber: i) el contexto bajo el que se desarrolla una relación contractual de dependencia económica es el conjunto de normas, principios y reglas convencionalmente aceptadas, como lo es el Derecho, según el cual, pretender tomar ventaja excesiva de una situación de debilidad de otra de las partes, es un abuso, y, consiguientemente, no es un acto jurídico. Luego, en la misma línea de lo ya expuesto, existen otras condiciones, tales como las reglas B, expuestas en la

propia teoría de Austin, que son resquebrajadas; esto es: iii) la indicación del procedimiento arbitral invocado corresponde a los intereses y a la determinación de una de las partes contractuales, por cuanto es impuesta por quien se encuentra en ventaja económica. Con este incumplimiento referido, es posible avanzar hacia la ruptura de las condiciones C, o también llamadas *insinceridades*, en tanto que: iv) el sujeto dependiente económicamente no despliega una verdadera intención, o, pensamiento llano, de conducir las posibles controversias en la sede arbitral, pese a que la cláusula arbitral sea puesta en conocimiento y “aceptada”, por cuanto consentir en dicha idea equivaldría a desestimar que el *Little men* “actuó bajo el influjo de externalidades cuyos costos y alcances no han sido reflexionados.

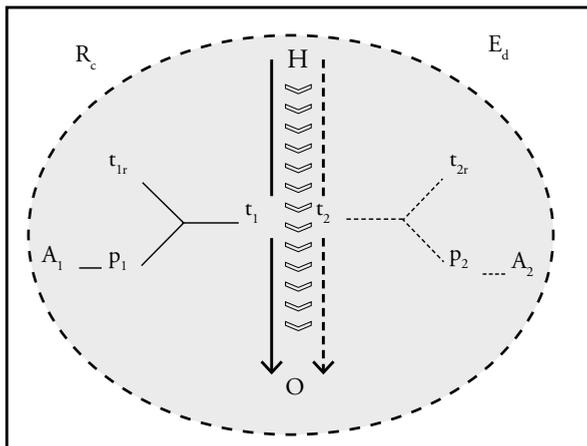


Figura 3. Representación del direccionamiento de la violencia económica en el ámbito de la validez del acto de promesa (p. 3).

Se observa que el *economic duress* (E_d) afecta el ámbito de las reglas constitutivas (R_c) desestabilizando el ambiente lingüístico pragmático requerido para la fortuna de ambas expresiones performativas ($p1$ y $p2$).

Ahora bien, en lo que respecta a la repercusión concreta en el Arbitraje, la violencia económica puede manifestarse como un vicio del consentimiento de doble impacto, o si se quiere como un proceso de fisión, toda vez que, a más de afectar el fondo del negocio jurídico, también infesta a la cláusula arbitral. Para vislumbrar lo anterior es necesario resaltar que la persona que se halla en dependencia económica tiene menor poder de negociación y de imposición de los términos contractuales, con lo cual se expone a someterse a las condiciones impuestas por la parte dominante en términos económicos, incluyendo una posible cláusula de sumisión a arbitraje. De ese modo, es posible derivar en la idea de que el Arbitraje, bajo un supuesto de violencia económica, sería una imposición de la parte fuerte y no así una decisión sincera de ambas partes.

Luego, si se pretende defender la práctica expuesta, desde la vigencia de la autonomía contractual, es oportuno indicar que aquella no es de carácter absoluto, siendo que al legislador se le ha otorgado la misión de intervenir en aquellas situaciones que planteen un desequilibrio manifiesto en las relaciones contractuales. Por tales circunstancias, las relaciones desplegadas entre los consumidores y proveedores, por mencionar uno de los escenarios donde se despliega el *Little men*, han sido un foco de especial atención para el Derecho, por

cuanto, en líneas generales, el nexo obligacional que surge en dichos vínculos suele ser la reproducción de la asimetría del poder contractual, del que germinan cláusulas abusivas, en desmedro del más débil.

En ese orden de ideas, el Derecho de protección al consumidor ha verificado la práctica cotidiana, por parte de los proveedores, de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos de consumo. Lo dicho a partir de la prerrogativa del proveedor para preparar, establecer y dictar el texto de los contratos, dada la masividad que este tipo de convenciones implica. No obstante, la incorporación de las cláusulas arbitrales, de modo arbitral, no puede sostenerse por la mera ventaja conferida para evadir el tráfico de los bienes y servicios, por cuanto la Directiva 93/13/CEE del Consejo de Comunidades Europeas ha sido aleccionadora al establecer, hacia su artículo 3.1 que:

las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan un detrimento del consumidor en desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Así las cosas, es necesario retomar aspectos trascendentales para estimar la invalidez de una cláusula de sumisión a arbitraje, consentida bajo dependencia económica.

En tal sentido, en un primer momento habrá que resaltar que la suscripción de un pacto arbitral implica renuncia de las partes a la jurisdicción ordinaria, so pena de someterse a un método alternativo de resolución de conflictos que, a decir cierto, en ocasiones supone incurrir en costos elevados. Desde allí, si se considera que el sujeto dependiente se encuentra en situaciones de necesidad económica urgente, se puede colegir que darle validez al convenio arbitral supondría la supresión u obstaculización de su derecho a ejercitar acciones o recursos que tutelen su derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, y en el mismo nivel de importancia, debe apreciarse que bajo la dependencia económica, un individuo puede hallarse alternativa o copulativamente en las situaciones de ignorancia, imprudencia, ligereza, incapacidad de previsión, o simplemente ante la real circunstancia de no ser informado por parte de quien impone las cláusulas contractuales, de modo tal que suscribe el convenio sin estar consciente del verdadero contenido y alcance de la cláusula arbitral, y, las implicaciones negativas que podrían acarrearle.

4. Implicaciones sobre la norma de separabilidad

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación tutela en nuestro ordenamiento jurídico el principio de separabilidad o de autonomía del convenio arbitral, en favor del cual las concepciones que mutaban la naturaleza del acuerdo arbitral en cláusulas accesorias o, en insuficientes intenciones contractuales que debían ser refrendadas por medio de un “compromiso” quedaron abolidas, aceptándose la idea de un convenio autosuficiente cuya validez se comprueba per se, y al cual la nulidad o insubsistencias del contrato referencial no lo alteran en nada.

Así las cosas, se han esgrimido varias justificaciones para la aceptación y vigencia de este “principio” dentro del Arbitraje, mismas que se pueden clasificar en dos categorías: (i) justificaciones que se basan en razones de carácter práctico, y que por tanto se centran en las ventajas concretas que brinda para la conservación jurisdiccional; y (ii) justificaciones que parten de razones de índole teórico, que más bien revisan la vigencia de este mandamiento a través de premisas dogmáticas.

En este orden, sobre el primer punto, tenemos que Roque Caivano (2015) acogiendo

las elaboraciones de Monesteir, Holtzman y Neuhaus, construye la *ratio legis* de la tutela del principio de separabilidad desde un orden práctico, indicando:

El propósito general que anima este principio es evitar que una de las partes, arrepiñándose del arbitraje pactado por no convenir a su estrategia de defensa, pueda manipular la situación para entorpecer el arbitraje y llevar a sede judicial la determinación de las cuestiones controvertidas que había acordado someter a arbitraje, eludiendo la común intención de prescindir de la intervención de los tribunales estatales (2015, p.23).

A lo que es posible añadir las innovadoras reflexiones que Grigera Naón (1989), realiza, haciendo prevalecer sobre el paradigma de beneficio institucional (jurisdicción de los árbitros), una relectura basada en la idea de economía procesal, en favor del derecho a la tutela efectiva de las partes:

las vicisitudes en cuanto a la validez del contrato – de fondo- no hacen mella en el acuerdo arbitral. En otras palabras, si alguna de las partes cuestiona la validez —o aun la existencia— del contrato o acto jurídico sujeto a arbitraje, ese cuestionamiento no alcanza a la cláusula arbitral [...]. Este principio tiene repercusión inmediata en la jurisdicción de los árbitros para entender en el litigio. Si la impugnación del contrato significara simultáneamente la del acuerdo arbitral, hasta tanto esa impugnación sea definitivamente rechazada por la justicia estatal, los árbitros no podrían estimarse con jurisdicción suficiente para entender en la controversia y el proceso arbitral quedaría interrumpido. (Caivano, 2015, p. 25).

A esto vale agregar, la forma en la que Delaunne (1988) participa importantemente en la construcción del campo semántico de la faceta práctica, mostrándola como un elemento germinativo del Kompetenz-Kompetenz. Partiendo desde el juicio de que la reputación de separabilidad del compromiso arbitral resulta útil para el principio de autodeterminación jurisdiccional, en la medida que crea una presunción de validez, en virtud de la cual la autoridad competente para ratificar o negar dicha presunción la son necesariamente los propios árbitros.

No obstante, todo este tipo de fundamentos no teóricos son bastante cuestionables desde una perspectiva científica. Sosteniéndose la contrariedad de su vigencia en el eventual favoritismo y parcialidad que demostrarían los árbitros en su fuero interno para ratificar la presunción de validez del acuerdo arbitral y asegurar su propia competencia. Crítica que se intensifica si se advierte que la determinación de la competencia que hagan para sí los propios árbitros, implicar además para estos no solo un beneficio institucional, sino un beneficio de índole económico (costas por honorarios), constituyéndolos a primera vista en heterocompositores parcializados (Reuben, 1997; Davis, 1998; McNeil, 1994).

Frente a esto, lo apropiado parece afrontar la separabilidad del convenio arbitral, desde un marco netamente teórico, que se halle abstraído de cualquier lectura utilitarista institucional, como la provocada por la justificación práctica de conservación de la jurisdicción arbitral.

Así las cosas, hemos observado que a lo largo de la historia se había utilizado como fundamento lógico para la separabilidad entre negocio de fondo y convenio arbitral la noción de que ambos constituían un *iter contractus* distinto. De manera que, sin perjuicio de que la “cláusula” arbitral se encuentre contenida o documentada en el cuerpo de un contrato continente, en la realidad metafísica se manifestaría que existen dos negocios jurídicos plenamente independientes y divisibles respecto a su objeto, uno que constreñiría a una parte a realizar determinada prestación con un transformado económico en favor de la otra, y otro que obli-

garía a ambas partes a acudir a sede arbitral.

Empero, el talón de Aquiles de esta teoría, como previamente se indicó, se encuentra en la aparente imposibilidad de separar los actos volitivos de contrato base y contrato arbitral, más aún cuando la Doctrina Arbitral influenciada por la Teoría General de las Obligaciones, abogaba por un modelo de relación contractual de corte more geométrico, que expresaba que $1a + 1b$ es igual $1(a+b)$. Abriéndose la puerta a la posibilidad de contagio del acuerdo arbitral por patologías proveniente del sustrato negocial aledaño (Caivano, 2015, p. 28).

Frente a esto, tal como se probó anteriormente, la propuesta argumentativa de una institución jurídica del consentimiento equiparable a un acto de habla performativo, brinda una mayor solidez teórica para los fundamentos de la separabilidad. Por cuanto, deja en evidencia que el contenido del contrato base (t_1) y el contenido del convenio arbitral (t_2) difieren uno del otro, sucediendo lo mismo con sus respectivos *iter comunicativos*, lo que termina provocando que sus actos de consenso p_1 y p_2 se observen de manera desligada.

Sin embargo, en lo que respecta a los efectos de la relación entre separabilidad y *economic duress*, ninguna de las teorías mencionadas nos brinda una respuesta ahora, al menos una no problemática. Esto como consecuencia de que, el infortunio en la expresión del consentimiento que provoca la violencia económica carece de un carácter interpretativo unidireccional y puede ser visto tanto como (i) una patología de semántica-sintaxis (asimilable a la visión clásica de los vicios del consentimiento), como (ii) un defecto de las condiciones pragmáticas para la validez de las expresiones performativas.

La diferenciación entre estas dos perspectivas, tal como se verá, influirá en el método que su utilice para su entendimiento.

Así para empezar, (i) si miramos al *economic duress* como una variante de los vicios típicos del consentimiento (error, fuerza o dolo), notaremos que su aplicación demanda una especial incidencia sobre el contrato de fondo, debido a que, es más verosímil pensar que la parte contratante transgresora ha inducido al error, violentado o irrogado daño en contra de la otra, para asegurarse un beneficio económico derivado del negocio jurídico basal, antes que para obtener el emplazamiento de un eventual conflicto en sede arbitral.

Bajo este animo ilativo donde se resalta la especial incidencia de este enfoque sobre el contrato de fondo, solo sería posible verificar la afectación del convenio arbitral por un vicio económico del consentimiento, cuando haya mediado un evento de contagio. Esto es, bajo la equiparación a la perspectiva antigua, los efectos del *economic duress* solo repercuten sobre el convenio arbitral, si hubiesen sido transmitidos por el contrato base, para lo cual resulta indispensable la atenuación del principio de separabilidad.

Así las cosas, la reflexión de una eventual inoponibilidad del principio de separabilidad, obedece a la creencia de la prevalencia del peso concreto del principio de indemnidad del consentimiento sobre el peso concreto del principio de separabilidad. Lo que en el fondo traduce un ejercicio ponderativo, donde los pesos concretos de los principios en colisión (separabilidad e indemnidad) se mide mediante el cociente de su importancia, su fuerza abstracta y la seguridad de sus apreciaciones (Alexy, 2012, p. 771).

Sin que esto implique necesariamente la inaplicabilidad del principio de separabilidad en todos los casos de vicios de la voluntad, puesto que tal como señala Alexy (2012), el resultado de una ponderación: “no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Mas bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro.” (2012, pp. 70-71). Esas circunstancias que señala Alexy en el presente caso serían la exigencia de

garantizar la equidad en la ecuación económica contractual, la sanción ejemplificativa ante el aprovechamiento ilícito de ventajas económicas y la protección del *Little men* en el mundo comercial.

Ahora bien, la atenuación del principio de separabilidad obtenida mediante el mecanismo ponderativo de Alexy no es del todo fuerte y hay que pecarle una crítica; en la medida que solo es válida si las normas en colisión son de aquellas cuya naturaleza corresponde a los *principio*, y en el presente, a diferencia de lo que la Doctrina ha creído durante todos estos años, la norma de separabilidad lejos de ser un *principio* constituye una *regla*, cuyas controversias y conflictos no pueden ser resueltos a través de ponderación, sino mediante la inclusión de una cláusula de excepción, en la técnica legislativa.

De esta manera, si revisamos el artículo 5 de la Ley de Arbitraje ecuatoriana donde se sanciona que: “[...] La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral[...]”, podemos verificar que aquella norma que históricamente se había denominado *principio*, constituye una *regla* en realidad. Caso contrario, la separabilidad se trastocaría en inservible para responder a los fines que le procura la Doctrina y la legislación. Por cuanto, solo si la separabilidad se corresponde con el conjunto de normas de las cuales se puede hablar solo determinando su cumplimiento o incumplimiento, y que por tanto, siendo válidas, “debe hacerse exactamente lo que ellas exigen, ni más ni menos”, la separabilidad se observa útil, ya que, de concebirse como un *principio*, su cualidad de mandato de optimización ordenaría: “que ese algo —la autonomía del convenio arbitral— sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Lo que daría la impresión de que, en la esfera arbitral, los árbitros se encontrarían facultados para interpretar caso a caso, la conveniencia o no de la aplicación de esta norma, cosa que se sabe es inconcebible y además irrisoria, lo cual confirma el carácter reglar de la separabilidad (Alexy, 2012, pp. 67-68).

Luego, conocido que el conflicto antes creído de principios realmente es una controversia sobre una regla, lo prudente es seguir de conformidad con lo que señala uno de los más expertos en la materia, Alexy (2012), quien al negar la posibilidad de ponderación de reglas indica que: “un conflicto entre reglas sólo puede solucionarse mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida” (p. 69).

Y puesto que, en el presente caso, la regla de separabilidad ni ha sido declarada inválida ni se le ha sido impuesta una cláusula de excepción que obligue a su atenuación frente a casos de violencia económica⁷, esta pretensión se confirma improcedente. De ahí, que solo quedaría volver a revisar las consecuencias de la relación entre la regla de separabilidad y la violencia económica como afectación pragmática, ya no semántica ni sintáctica, como se había hecho hasta ahora, para evaluar sus consecuencias.

Así las cosas, (ii) en lo relativo a la segunda perspectiva desde la cual se puede analizar a la relación separabilidad/ *economic duress*; la calidad de regla o principio de la norma de separabilidad nada importaría, por cuanto aquella resulta simplemente inaplicable bajo el esquema pragmático.

De esta manera, si nos detenemos a observar la condición de aplicación de la separabilidad, veremos que siempre necesita para su oponibilidad como presupuesto fáctico la poten-

7 Debe precisarse que, el numeral 4 del artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor aparenta ser una cláusula de excepción a la regla de separabilidad ante vicios económicos del consentimiento; por cuanto se determina la nulidad de una cláusula arbitral, cuando esta haya sido impuesta por una de las partes a otra (fuerza), dentro de una relación de consumo (subordinación económica).

cial transferencia de causales de nulidad del contrato base al contrato arbitral; sin embargo, desde la relectura lingüística-pragmática que le hemos dado al acto consensual (p_1 y p_2), el paradigma clásico de afectación es relegado. Ya que como se dijo antes en el nuevo esquema pragmático de afectación consensual, los vicios del consentimiento no siguen el derrotero de inoculación de contrato de fondo para ulterior contagio del convenio arbitral, sino que sacuden directamente las condiciones realizativas de los actos performativos de promesa de ambos contratos, originando un escenario de vicios de doble impacto donde los presupuestos fácticos de la separabilidad no tienen cabida.

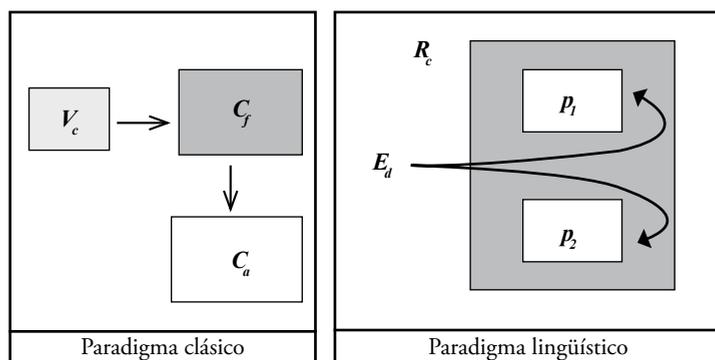


Figura 4. Representación comparativa de los paradigmas clásico y lingüístico.

Lo antedicho se ha representado de buena manera por la figura 4. De este modo se advierte que, en el primer caso el vicio de consentimiento (V_c) reside inicialmente en un Contrato de Fondo (C_f) para luego transferirse a un Convenio Arbitral (C_a). Este ejercicio de transmisión del vicio cumple permite que se cumpla el requisito fáctico de aplicación de la regla de separabilidad, despertando su consecuente prohibitivo —*frente a la posibilidad de transferencia de vicios del C_f al C_a a ésta debe negársela*—. Por su parte, en el segundo cuadro, correspondiente al bosquejo del Paradigma Lingüístico, se observa que el *economic duress* (E_d), ahora visualizado como un infortunio de las expresiones performativas, conmueve completamente a sus reglas o condiciones constitutivas (R_c) y por tanto, impiden la observancia de los presupuestos o condiciones necesarias para la validez de (P_1 y P_2) de forma simultánea. A esta última situación de simultaneidad es a la que se ha denominado doble impacto.

Concluyéndose de todo lo expuesto, que la relación entre separabilidad y *economic duress* bajo la perspectiva lingüística, es naturalmente residual e inaplicable.

5. Implicaciones respecto al principio *Kompetenz- Kompetenz*

Finalmente, junto al principio de separabilidad, el principio *Kompetenz- Kompetenz* es sopeado como uno de los mayores logros de la evolución moderna del arbitraje. A través de dicho principio se persigue sortear una eventual sustracción *a priori* de la jurisdicción convencional (González de Cossío, 2007). Es tan fuerte la relación entre ambos principios citados, que no es nada inusual que lleguen confundirse, siendo imperioso delinear la función semiológica de cada uno.

Por medio del principio *Kompetenz- Kompetenz* se restringe a los árbitros la facultad para decidir sobre la eficiencia del acuerdo arbitral, lo que además conllevaría a la resolución sobre su propia competencia, siendo este último efecto el que ha sobresalido en

la Doctrina (Bullard, 2015). Manteniendo esta línea, la aplicación radical del Kompetenz-Kompetenz permitirá que una vez los árbitros hubiesen superado satisfactoriamente el examen sobre la validez de la cláusula arbitral, consecuentemente complacidos con su competencia, pasarían a resolver sobre la materia de fondo, inclusive si esto fuere únicamente para declarar la nulidad del negocio base.

En este aspecto, es preciso reparar en la posibilidad de que *iter comunicativo* de los contratos relacionados (basal y arbitral) como consecuencia de los vicios económicos del consentimiento terminen siendo afectados por una sanción civil de inexistencia y no exclusivamente de nulidad. Frente a este caso, dos han sido las salidas postuladas por la Doctrina: por un lado, (i) el tomar el convenio arbitral por no escrito, en virtud de la afectación de las condiciones realizativas pragmáticas tanto de contrato referente, como de contrato referido, en consonancia con lo que en Derecho se recoge bajo el principio *ex nihilo nihil fit*, o, “la nada, nada engendra”, provocando así el truncamiento del procedimiento arbitral y la prorrogación de la competencia en sede judicial ordinaria; y, por otro lado; (ii) la construcción de una ficción jurídica en razón de la cual se asimilaría la sanción civil de inexistencia con la de nulidad, permitiendo así que los árbitros decidan sobre su validez (Redfern y Hunter, 2004).

Es opinión de los autores acogerse a la segunda salida, en aras de los beneficios prácticos que la norma *pro arbitrii* ofrece, en especial lo relativo a la economía procesal y la celeridad. De hacerse lo contrario, se impone sobre la parte afectada una suerte de galimatías que le impone superar, no solo la resolución de la indeterminación de la autoridad competente ante la cual accionar su derecho de tutela jurisdiccional, sino también la determinación del grado de sanción civil (inexistencia o nulidad) que recaería sobre la situación demandando, hecho que se agudiza en consideración del confuso trato que nuestra legislación y jurisprudencia le han concebido.

Ahora bien, esto no significa como se critico anteriormente que lo árbitros se declaren *ipso iure* competentes. Al respecto, debe esclarecerse que el principio Kompetenz-Kompetenz engendra una potestad⁸ en favor de los árbitros y más no una obligación, lo que ha llevado a Roque Caivano (2015) y a otros autores a expresar que, la vigencia del referido mandato de optimización de la siguiente manera:

[...] no significa que los árbitros siempre deban declararse competentes sólo asegura que puedan resolver la objeción jurisdiccional, lo que podrán hacer en uno u otro sentido. Es en esta instancia al analizar si son o no competentes cuando cobra virtualidad el principio de la separabilidad, pues para adoptar esa determinación, los árbitros deberán tomar en cuenta si existe un acuerdo arbitral válido, lo que implica examinar la causal que se invoca, sea ésta referida en general al contrato o específicamente a la cláusula arbitral (p. 29).

Aterrizado lo antepuesto con el tópico en discusión, vemos que la relación separabilidad/*economic enduress* podría fecundar varios escenarios en relación con el Kompetenz-Kompetenz, pero principalmente dos, perfectamente correspondidas con las sub-hipótesis de afectación negocio sustrato-convenio arbitral expuestas por Caivano (2015):

[...] (a) Si se trata de una causal que es idónea para afectar igualmente la cláusula arbitral, comprobado ese extremo, los árbitros deberán declararse incompetentes, por faltar el elemento esencial del que deriva su jurisdicción (el consentimiento a someterse a arbitraje). Pero

8 Desde un análisis económico esta facultad podría traducirse como una *obleighenheiten*.

podrán hacerlo por el principio kompetenz- kompetenz, que permite quebrar la lógica de las cosas: los mismos árbitros, que derivan su autoridad únicamente de la cláusula arbitral, podrán decir que la cláusula es nula (y esa decisión será válida); (b) Si lo que se invoca es una causal que pueda afectar el contrato pero no la cláusula, entra a jugar el principio de la separabilidad, para permitir a los árbitros decidir que sí tienen jurisdicción porque hay una cláusula arbitral válida y exigible, aunque luego, en el laudo final, puedan decretar que no hubo contrato, o que éste no era válido. Si la causal que se invoca está únicamente referida a la cláusula arbitral, el principio de la separabilidad no juega ningún papel (p. 30).

Ante lo cual se concluye que, frente al infortunio pragmático del acto de habla consensual, lo más loable es proceder de conformidad con la sub-hipótesis a; esto es, ante un vicio que afecta ambas líneas comunicativas de los contratos en mención, lo prudente es la incompetencia del tribunal de arbitramento. Restringiéndose exclusivamente como facultad jurisdiccional permanente en los árbitros, aquella que la doctrina arbitral conoce como notio, es decir, la potestad de conocer la controversia, aunque sea para declararse lo no suficientemente competentes para tramitarla.

6. Conclusión

El fin de la presente investigación no ha sido, bajo ninguna perspectiva, la destrucción de las normas y consecuencias logradas por el desarrollo moderno del arbitraje, sino su fortalecimiento a través del enriquecimiento dogmático de lo que ofrecen los postulados de las teorías del lenguaje, la intencionalidad y el carácter tuitivo de las ciencias económicas.

Así, hemos observado que cuestiones tan sencillas que no aparentaban ninguna controversia, como el caso del concepto obligacional de *consentimiento*; en su sustrato semántico resultaron tener una serie de consecuencias teórico y prácticas perjudiciales para la evolución y el desarrollo científico del Arbitraje.

En esta perspectiva una lectura del acto consensual, como acto del habla performativo, además de ser novedosa, ha resultado idónea para responder de mejor manera a las nuevas realidades sociales que enfrentan las ciencias jurídicas, a raíz de la globalización y la materialización económica de las instituciones del Derecho. Igualmente, la tesis lingüística expuesta nos ha permitido fundar de mejor manera a varias de las principales normas de segundo orden que enseña el Arbitraje como sus mayores consecuencias del siglo pasado, verbigracia, el mandato de separabilidad, del cual se ha descubierto una naturaleza más cercana a las reglas que a los principios.

En este sentido, la pertinencia dogmática que tiene la teoría lingüística de la voluntad para interrelacionarse con los efectos del *economic duress*, ha terminado revelando una conexión más cercana de la que se creían entre el Arbitraje y las apreciaciones filosófico-pragmáticas de Austin y Searle. A tal punto ha sido posible determinarse que la novedad del *economic duress*, en cuanto a la inaplicabilidad del mandato de separabilidad, corresponde al sistema (figura 4) que toma la violencia económica cuando es estudiada según el grado de afección que provoca en las condiciones constitutivas descrita por dichos filósofos. Pudiéndose hablar inclusive de una nueva tipología de vicios, exclusiva de la Doctrina Arbitral: las patologías de doble impacto, que, a diferencia del resto, son indemnes a la separabilidad, en la medida de que estas afectarían directamente al convenio arbitral y al contrato base sin que medie transmisión de un contrato a otro.

Finalmente, vale resaltar que en última instancia los autores han pretendido a lo largo de este ensayo brindar una serie herramientas teóricas y dogmáticas que le sirvan a los estu-

diosos del Arbitraje, para remarcar en un futuro el carácter tuitivo y equitativo del Derecho, a fin de sancionar en sede arbitral todo indicio de violencia que se base en la subordinación económica de una de las partes contratantes respecto a otra.

Referencias bibliográficas

- Abeliuk, R. (1983). *Las obligaciones*. Santiago de Chile: Ediar Editoriales Ltda.
- Aguilar Carbajal, L. (1977). *Contratos Civiles*. México D.F: Editorial Porrúa S.A.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: El derecho y la justicia.
- Amado, J. (1984). El Estado de Necesidad como vicio de la voluntad. *Themis Revista de Derecho*, 1, 40-44.
- Austin, J. (1982). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Betti, E. (1960). *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Università di Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane.
- Bullard, A. (2015). Cuando todos se equivocan. El nuevo amparo contra actos de ejecución del laudo arbitral. *Revista Actualidad Jurídica*, 1, 13-23.
- Cabrillac, R. (2016). La Violencia Económica: panorama de Derecho Comparado. *Revista Ius et veritas*, 53, 288-298. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.017>
- Caivano, R. (2015). El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene. *Derecho y Ciencias Sociales*, No. 13, 13-39.
- Davis, K. (1998). A model for arbitration law: Autonomy, cooperation and curtailment of State power. *The Fordham Urban Law Journal*, 26, 167-208.
- Delaume, G. (1988). *Law and practice of transnational contracts*. New York: Oceana Review.
- Eco, U. (1983). *Tratado de Semiótica General*. Barcelona: Lumen.
- González de Cossio, F. (2007). La nueva forma del acuerdo arbitral. Aún otra victoria del consensualismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 779-799.
- González de González de Cossío, F. (2011). *El Arbitraje*. México: Editorial Porrúa S.A.
- Hinestrosa, F. (2005). Estado de Necesidad y estado de peligro. *Revista de Derecho Privado*, 8, 111-134.
- Hume, D. (1977). *Tratado sobre la naturaleza humana*. Madrid: Editorial Nacional.
- Kelsen, H. (1943). *El contrato y el tratado*. México D.F.: Editora Nacional.
- La Orden, E. (1993). *El estado de necesidad en el Derecho Privado*. Murcia: Rústica.
- Macneil, I., Speidel, R., y Stipanowich, T. (1994). *Agreements, awards, and remedies under the Federal Arbitration Act – Little*. Federal Arbitration Law, Boston: Little Brown.
- Mazeud, D. (2003). Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. En C. Jamin and D. Mazeud. *La nouvelle crise du contrat* Paris: Dalloz.
- Naón, H. (1989). *La autonomía del acuerdo arbitral*. Buenos Aires: La Ley.
- Patiño, A. (1988). El acto de prometer en Hume y el acto de habla performativo en Austin. *Ideas y valores*, 37, 65-78.
- Redfern, A., Hunter, M. (2004). Law and practice of international commercial arbitration. *Sweet & Maxwell*, 4. <https://doi.org/10.2307/3381922>
- Reuben, R. (1997). Public Justice: Toward a state action theory of Alternative Dispute Resolution. *California Law Review*, 85, 577-641. <https://doi.org/10.2307/3481153>
- Scognamiglio, R. (1972). *Contratti in generale*. Milano: A. Vallardi.
- Searle, J. (1994). *Actos de habla*. Barcelona: Editorial Planeta-Agostini.
- Solé, J. (2016). La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual:

textos, principios europeos y propuestas de reforma en España. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 4/18, 1-32.

Xin, Y. (2016). *Las teorías de los actos de habla*. Oviedo: Centro Internacional de Postgrado de la Universidad Oviedo.

Legislación

Código Civil Brasil. Decreto Oficial N° 10406, 10 de enero de 2002.

Código Civil Italiano. Decreto Oficial N° 262, 16 de Marzo de 1942.

La doctrina de las “manos limpias” en el arbitraje de inversión y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano¹

The “clean hands” doctrine in investment Arbitration and its applicability to the Ecuadorian legal system

ANDRÉS CERVANTES VALAREZO²

Universitat Pompeu Fabra / Universidad de Especialidades Espíritu Santo

Resumen

El presente artículo aborda la doctrina de manos limpias en el arbitraje internacional de inversiones que tiene como efecto que los tribunales arbitrales declaren que carecen de jurisdicción para conocer la controversia existente entre el inversionista y el Estado anfitrión; o, que declaren improcedente la reclamación del inversionista. Los supuestos que dan lugar a la aplicación a la doctrina de manos limpias son: a) la ilegalidad de la inversión; y, b) el cometimiento de actos de corrupción como peculado, sobornos, tráfico de influencias, entre otros. En primer lugar, se analiza bajo el método de casos, como se ha aplicado la doctrina en distintos arbitrajes internacionales de inversión concluyendo que no existe consenso sobre la naturaleza de la doctrina —si constituye o no un principio de derecho consuetudinario— bajo el derecho internacional ni tampoco sobre el estándar de prueba requerido. En segundo lugar, se estudia si la doctrina de manos limpias puede aplicarse o no en el arbitraje local ecuatoriano en materia de contratación pública.

Palabras clave

Doctrina de manos limpias / Arbitraje de inversión / Inversiones ilícitas / Corrupción.

Summary

The Clean Hands doctrine is currently applied in international investment arbitration. This doctrine has the effect that arbitration tribunals declare their lack of competence over to process the dispute proposed by the investor and the host State. This doctrine could be applied when: a) the investment is illegal; and, b) when arbitrators find acts of corruption such as embezzlement, bribes or influence peddling. The article analyses, in first place, how under a case law basis, the doctrine has been applied in different international investment arbitration procedures, concluding that there is no consensus on the nature of the doctrine —whether or not it constitutes a customary law principle— under international law nor about the required test standard. Second, the paper analyzes whether the Clean Hands doctrine could be applied or not in disputes on public contracts under Ecuadorian law.

Keywords

Clean hands doctrine / Investment arbitration / Illegal investments / Corruption.

¹ Recibido: 13/06/2018 – Aceptado: 12/09/2018

² Abogado. LL.M por la Universitat Pompeu Fabra (UPF) y Máster en Derecho Constitucional por la Universitat de Valencia. Candidato a Doctor en Derecho por la UPF. Docente-investigador en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES) y en la Universitat Pompeu Fabra. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4644-3977>. Correo electrónico: andres.cervantes@upf.edu



“He who comes to equity for relief must come with clean hands”.

Sir. Gerald Fitzmaurice

"The General Principles of International Law"

1. Introducción

De acuerdo al derecho internacional, las inversiones cuentan con un régimen jurídico de protección regulado por los tratados bilaterales de inversión (TBI) suscritos entre Estados soberanos. Estos instrumentos garantizan ciertos estándares de protección al inversionista extranjero frente a actos ilícitos del Estado receptor de la inversión. Las referidas garantías son: a) el trato justo y equitativo al inversionista, lo que prohíbe la discriminación en razón de nacionalidad; b) la prohibición de confiscación —de facto o de iure— de la inversión, lo que no implica la prohibición de expropiación siempre que aquella obedezca a un interés objetivo, verificable, no discriminatorio y que sirva al interés público, seguida de una compensación justa; y, c) el deber de brindar a la inversión seguridades plenas que no la frustren injustamente (Reinisch et al., 2008).

Como resulta bien conocido, el derecho internacional de las inversiones se caracteriza por gozar de un método de solución de disputas por excelencia: el arbitraje internacional. Se trata, sin duda alguna, de una cuestión paradigmática pues el único otro régimen en el que un ciudadano puede litigar en contra de un Estado soberano en sede internacional es el sistema de protección —universal o regional— de derechos humanos. Basta decir aquí que el arbitraje de inversión surge como una respuesta frente a mecanismos como la protección diplomática y la negociación entre Estados, como representantes de los inversionistas, como natural exigencia del mundo globalizado.

Existen, sin embargo, ciertas circunstancias —de jurisdicción o admisibilidad— en las que el inversor extranjero no puede exigir en sede arbitral las garantías de inversión arriba mencionadas, entre estas, cuando su inversión no califica como tal de acuerdo a los requisitos contemplados en el TBI que invoca o bien porque la inversión es considerada ilegal bajo el Derecho del Estado anfitrión. Ello reviste de importancia considerando que una de las defensas más comunes de los Estados —demandados en el arbitraje— es que la inversión extranjera no cumple con la ley (en sentido amplio) y, en consecuencia, que aquella no puede gozar de las garantías previstas en el TBI respectivo puesto que lo contrario implicaría violentar lo que algunos autores consideran un principio emergente del derecho internacional. Cabe añadir que el requerimiento de que la inversión debe cumplir con el ordenamiento jurídico local para ser objeto de protección bajo el TBI puede ser de carácter explícito, esto es, que surte de los propios términos del tratado, o bien de carácter implícito. Si bien la cuestión central es la misma —la ilegalidad de la inversión— el hecho de que la obligación tenga carácter explícito o implícito comporta consecuencias distintas e importantes en el litigio arbitral como se explicará en detalle más adelante.

A *grosso modo*, el propósito de esta contribución es abordar la doctrina conocida como *Clean Hands* relativa a la ilegalidad de las inversiones y sus efectos en el arbitraje internacional, así como reflexionar sobre si aquella doctrina podría aplicarse *mutatis mutandis* en arbitrajes locales en materia de contratación pública de conformidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano³.

3 Todos los casos citados en este trabajo relativos a procedimientos de arbitraje internacional, salvo mención en contrario, fueron sustanciados el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

2. Inversiones ilegales e indeterminación

La disposición de que una inversión se realice de conformidad con la ley es frecuentemente incluida en los TBI a fin de asegurar la legalidad de las inversiones, siendo lo más común es que el tratado contenga una cláusula de *reenvío* a la legislación local del Estado anfitrión. En palabras del tribunal arbitral que resolvió el caso *Gustav F.W. Hamester, GmbH & Co KG v. Republica de Ghana* (CIADI, 2010, párr. 125):

[Está] claro que los Estados pueden expresamente condicionar el acceso de los inversores a un mecanismo de solución de diferencias, o la disponibilidad de una protección sustantiva. Una de aquellas condiciones más comunes es un requerimiento expreso de que la inversión cumpla con la legislación interna del Estado anfitrión. Esta condición aparece típicamente en el TBI que es el instrumento que contiene el consentimiento del Estado para el arbitraje del CIADI.

Varios tribunales arbitrales CIADI se han pronunciado en el mismo sentido. Entre estos, el tribunal del caso *Fraport v. Republica de Filipinas* (CIADI, 2007, párr. 349) que señaló que a pesar de que el TBI sea un instrumento de derecho internacional nada impide que aquel haga un reenvío al derecho local por lo que el incumplimiento del mismo acarrea también efectos internacionales. Del mismo modo, el tribunal que conoció el caso *Tokio Tokeles v. Ucrania* (CIADI, 2004, párr. 84) indicó que el requerimiento de que las inversiones cumplan con las leyes y regulaciones del Estado receptor de la inversión es un “requerimiento común” en los TBI modernos.

Generalmente, estas cláusulas se encuentran incluidas en la definición de inversión de acuerdo al TBI, aunque nada impide que se encuentren incluidas en otras disposiciones o bien como una cláusula general del tratado (Moloo y Khachaturian, 2010).

Sin embargo, no existe consenso sobre el alcance de la obligación relativa a la legalidad de la inversión. A manera de ejemplo, algunos tribunales arbitrales, como el que conoció el caso *Desert Line v. Yemen* (CIADI, 2008, párrs. 104-105) señalan que aquella obligación busca excluir del ámbito de protección a las inversiones realizadas “infringiendo los principios fundamentales del Estado anfitrión” por medio de “tergiversaciones fraudulentas” o “la disimulación del verdadero propietario de la inversión”. De otro lado, el tribunal arbitral que conoció el caso *Salini Costruttori S.P.A. v. Reino de Marruecos* (CIADI, 2001, párr. 46) indica que las inversiones deben cumplir con las leyes del Estado receptor.

En mi opinión, el problema que acarrea la falta de consenso entre tribunales en relación a esta cuestión es evidente: no toda infracción de una norma jurídica —legal o reglamentaria— implica necesariamente la violación de los principios fundamentales del Estado. Igualmente, al menos en plano teórico, podría darse el caso de una inversión que infrinja principios fundamentales del Estado o de la Comunidad Internacional que no se encuentren recogidos explícitamente en el derecho positivo.

Ya en otras ocasiones he tenido la oportunidad de señalar la razón de este problema, basta mencionar que en el arbitraje internacional de inversiones no existe *stare decisis* dada la naturaleza de los tribunales que ejercen jurisdicción —tribunales ad hoc, carentes de un sistema de jerarquía entre ellos, sin un método de unificación formal de decisiones— conlleva, la coexistencia de estándares jurídicos disímiles y casos análogos con resultados contradictorios (Cervantes, 2016, pp. 110-111).

A lo mencionado cabe agregar que tampoco existe consenso en el foro arbitral sobre si las decisiones de otros tribunales deben, si quiera, ser tomadas en consideración:

La coherencia y la previsibilidad de las decisiones no se encuentra garantizada —no existe consenso, ni siquiera entre los árbitros, sobre este tema. Así en el laudo de *Vivendi v. Argentina* incluyeron otras dieciocho decisiones en las que se había rechazado la misma objeción estatal, para realzar la consistencia de la decisión en cuestión. De otro lado en *SGS v. Filipinas*, el tribunal arbitral señaló que “no debían seguirse precedentes, ya que por definición todos los TBI son distintos. Además, sostuvo que no hay razón para que el tribunal que interviene en un caso anterior decida la suerte de los subsiguientes casos. De otro lado en *Machala Power v. Ecuador*, el tribunal arbitral dijo que las decisiones “deben buscar adoptar un desarrollo armonioso del derecho de inversiones y por tanto llenar las legítimas expectativas de la comunidad de Estados e inversionistas de certeza del imperio del derecho. (Cervantes, 2017, pp. 92-93)

Un dato curioso es que la doctrina de *Clean Hands* tiene raíces en aforismos latinos⁴ y la práctica domestica anglo-americana de *equity*. La doctrina no es fruto originario del arbitraje internacional de inversiones sino del arbitraje interestatal, específicamente, la expresión nace en el seno de la Corte Internacional de Justicia⁵. A pesar de ello, la doctrina *Clean Hands* nunca ha sido reconocida como un *principio de derecho* aplicable de conformidad con el Estatuto de la Corte Internacional de justicia (Art. 38), pero tampoco ha sido expresamente rechazada y algunos jueces de este tribunal han defendido la doctrina en votos disidentes. En todo caso, la lógica que subyace a la doctrina es que quién comete un acto ilícito no puede derivar consecuencias positivas de aquel ni exigir las por intermedio de la justicia (Dumberry y Dumas-Aubin, 2013, p. 1).

3. Aspectos procesales: negativa de jurisdicción o desestimación de méritos

Cuando el TBI exige explícitamente que la inversión se realice de conformidad con la legislación del Estado anfitrión, la falta de cumplimiento de esta condición conlleva que el tribunal de arbitraje carezca de jurisdicción para conocer el asunto puesto que el consentimiento del Estado —fundamental para el arbitraje— está limitado materialmente a inversiones legales, así lo sostuvo el tribunal arbitral que conoció el caso *Sabas Fakes v. Turquía* (CIADI, 2010, párr. 115). Con argumentos similares, el tribunal arbitral que resolvió el caso *Inceysa Vallisotelana S.L. v. la República del Salvador* (CIADI, 2006, párrs. 195, 208) señaló que:

Habiendo decidido el tribunal que el consentimiento otorgado por el Reino de España y la República de El Salvador excluye inversiones no realizadas de conformidad con las leyes del Estado anfitrión, el mismo debe determinar si la inversión que ha generado la disputa fue realizada de acuerdo a las leyes de [...] El Salvador para determinar si este tribunal es competente o no para conocer la controversia sometida a su conocimiento.

⁴ *Ex turpi causa non oritur actio y nullus commodum capere potest de sua iniuria propria.*

⁵ En su voto disidente en el caso *Nicaragua vs. Estados Unidos* en 1986, el Juez Schwebel señaló: “[...] como agresor, indirectamente responsable —pero en fin responsable— del gran número de muertes y destrucción masiva en El Salvador, aparentemente excediendo por mucho lo que Nicaragua ha sostenido, las manos de Nicaragua se encuentran odiosamente sucias. Nicaragua ha agravado sus pecados al tergiversarlos ante la Corte. Por tanto, en consideración a su ilegal intervención armada en El Salvador y por tratar deliberadamente de engañar al tribunal sobre los hechos de la intervención a través del falso testimonio de sus Ministros, los reclamos de Nicaragua en contra de Estados Unidos deben ser rechazados” (1986, el énfasis es mío). Cfr. Pavic (2012, pp.71-72).

Lo interesante del caso en cuestión es que el tribunal arbitral no se refirió a la legislación salvadoreña para decidir si la inversión se había realizado de conformidad con el ordenamiento jurídico. Más bien, optó por un análisis en base al TBI y, aunque notó que el mismo no tenía criterios sustantivos para resolver la cuestión, verificó que el TBI hacía una referencia a “las reglas generalmente aceptadas y principios del derecho internacional” (CIADI, 2006, párrs. 230-239). Con esa consideración, el tribunal indicó que el demandante había infringido el principio de buena fe, el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, el orden público internacional y la prohibición de enriquecimiento injusto.

De otro lado, en el caso *Fraport v. Republica de Filipinas* (CIADI, 2007, párr. 401), el tribunal arbitral encontró que el demandante había eludido la aplicación de una ley filipina celebrando un acuerdo secreto entre accionistas, disimulando su participación accionaria, pero manteniendo el control en las decisiones importantes para la inversión. En este caso, el tribunal arbitral analizó explícitamente la legislación filipina y determinó que la tergiversación fraudulenta provocaba que su inversión no cumpliera con la legislación interna del país, cuya consecuencia fue la declaración de incompetencia del tribunal *rattione materiae*.

En el caso *Anderson y otros v. República de Costa Rica* (CIADI, 2010, párrs. 46-58), el tribunal arbitral señaló que “la práctica prudente de la inversión requiere del ejercicio de un *due diligence* antes de comprometer recursos a cualquier propuesta particular de inversión” y que un “elemento importante de esa *due diligence* es que los inversionistas se aseguren de que sus inversiones cumplen con la ley”. El tribunal señaló que el referido deber no era “excesivamente oneroso ni irrazonable”. Este pronunciamiento se dio en el contexto de una reclamación de 137 ciudadanos canadienses frente a Costa Rica en relación a una inversión realizada a través de los hermanos Villalobos en una operación de intercambio de divisas. El tribunal señaló que los hermanos Villalobos violaron la Ley del Banco Central de Costa Rica al iniciar operaciones de intermediación financiera sin autorización.

En síntesis, los casos arriba mencionados evidencian la ausencia de un parámetro de control común en el foro arbitral para evaluar la ilegalidad de las inversiones. Algunos tribunales utilizan principios generales del derecho, otros la legislación del Estado anfitrión y otros se remiten a las disposiciones sustantivas del TBI aplicable.

Por supuesto, la obligación de que la inversión cumpla con la legislación del Estado anfitrión no tiene carácter absoluto. Se ha argumentado que ciertos TBI solo exigen cumplir con este requisito al momento del establecimiento de la inversión (Moloo y Khachaturian, 2010, p. 1482). Adhiero, sin objeción alguna, al criterio expuesto puesto que ello no implica que el inversor extranjero pueda infringir libremente el marco regulatorio del Estado luego de haber establecido la inversión. En caso de que aquello suceda el tribunal arbitral, se declarará competente para conocer la controversia y desestimaré los reclamos del inversor en razón de que el Estado ha ejercido legítimamente sus potestades regulatorias, lo que exige un laudo de mérito.

De otro lado, si se verifica que el inversionista no cumplió con el ordenamiento jurídico vigente al momento del establecimiento de la inversión, el tribunal se declarará incompetente en una decisión preliminar sin conocer el fondo de la controversia. Ello tiene pleno sentido visto desde el principio de igualdad de armas: el inversionista no puede prever, al momento de invertir, las modificaciones regulatorias que pueda adoptar un Estado a futuro. En contrapartida, el Estado no puede abusar de su poder regulatorio (*policy power*) para ilegalizar inversiones *ex post facto* y evitar laudos de mérito en los arbitrajes internacionales. Como se destacó en *Fraport v. Republica de Filipinas* (CIADI, 2007, párr. 345):

La operación efectiva del régimen de los TBI parecería requerir que el cumplimiento jurisdiccional sea limitado al inicio de la inversión. Si, al tiempo del inicio de la inversión, ha existido cumplimiento de la ley del Estado anfitrión, las alegaciones del Estado anfitrión de que han existido violaciones a sus leyes en el curso del desarrollo de la inversión [...] pueden servir como defensa a las violaciones sustantivas del TBI, pero no pueden obstaculizar que el tribunal actúa bajo la autoridad de la jurisdicción del TBI.

En todo caso, en *Gustav F W Hamester, GmbH & Co KG v. Republica de Ghana* (CIADI, 2010, párrs. 123-132) se indicó que existen principios generales del derecho aplicables aunque ellos no se desprendan directamente del texto utilizado en el TBI. El tribunal señala entre ellos la prohibición de brindar protección a inversiones que violen el principio de buena fe a través de a) fraude, b) corrupción y, c) conductas engañosas. En el mismo sentido, en el caso *Plama Consortium LTD v. República de Bulgaria* (CIADI, 2008, párrs. 141-143) se señaló que la obligación de cumplir con la ley del Estado anfitrión es implícita, aunque no se señale así en el TBI.

Recapitulando, en el supuesto de que el TBI exija que la inversión cumpla con el ordenamiento jurídico interno para ser considerada como tal, el requerimiento constituye un requisito de jurisdicción —al ser un elemento del consentimiento estatal para arbitrar— y si se comprueba la ilegalidad de la inversión el tribunal de arbitraje deberá declarar que no tiene jurisdicción sobre la controversia. Cuestión distinta sucede cuando la obligación no consta explícitamente en el tratado, ya que los tribunales arbitrales mantienen una *tendencia* a reclamar jurisdicción y, en todo caso, decidir sobre la legalidad de la inversión en su laudo final. Como se indicó en el caso *Gustav F W Hamester, GmbH & Co KG v. Republica de Ghana* (CIADI, 2010, párrs. 123-132):

No hay duda de que el requisito de la conformidad con la ley es importante con respecto al acceso a las disposiciones sustantivas sobre la protección del inversor bajo el TBI. Este acceso puede ser denegado a través de una decisión en los méritos. Sin embargo, si es manifiesto que la inversión se ha realizado en violación de la ley, está en consonancia con economía judicial no afirmar jurisdicción.

En realidad, lo dirimente para que la cuestión se resuelva como de *jurisdicción* o de *admisibilidad* —el tribunal debe de reclamar jurisdicción y competencia para resolver sobre la admisibilidad de una demanda— es el carácter *manifiesto* de la ilegalidad de la inversión. Sin embargo, aquello desdibuja el alcance de cada etapa procesal e implica una carga argumentativa sobre temas que merecen actividad probatoria. Por ejemplo, si el capital invertido en el Estado anfitrión es producto de una actividad ilícita (lavado de activos)⁶.

De lo repasado hasta aquí podemos concluir que no existe un consenso alrededor de la doctrina de *Clean Hands*, existiendo tribunales —como la Corte Internacional de Justicia— que no la reconocen como un principio de derecho consuetudinario. De otro lado, los tribunales de arbitraje internacional de inversión aplican la doctrina *Clean Hands* de forma disímil y con distinto alcance. No existe un precedente vinculante sobre el grado de infracción al derecho interno necesario para ilegalizar la inversión (principios fundamentales

6 Aquello es posible en los arbitrajes CIADI porque el artículo 43 del Convenio dispone: “salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario: (a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba; (b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes”.

del Estado o leyes en sentido amplio). Tampoco existe consenso sobre si esta alegación debe ser resuelta en fase de jurisdicción o fase de méritos, ni tampoco una lista taxativa de conductas prohibidas.

De hecho, se ha discutido la posibilidad —aunque sin éxito en la práctica— de que los tribunales arbitrales internacionales denieguen su jurisdicción bajo la doctrina *Clean Hands* en caso de verificar que el inversionista ha infringido normas de derechos humanos (v.g. la prohibición de esclavitud, de tortura, de desplazamientos forzados).

Quienes sostienen esta posición argumentan que, si bien las compañías privadas no se ven vinculadas directamente a los tratados universales o regionales de derechos humanos, aquellas sí se encuentran obligadas a cumplir la legislación interna de cada Estado y, por tanto, indirectamente obligados a respetar el Derecho que emana de los tratados suscritos por el Estado anfitrión de la inversión (Kałduński, 2015, pp. 97-98). Además, nada impide negociar un TBI que contenga obligaciones sustantivas relativas a derechos humanos (Dumberry y Dumas-Aubin, 2013, p. 9). Para limitar el alcance de esta obligación se exigiría: a) que la infracción sea grave y, b) que la violación de derechos humanos se encuentre directamente relacionada con la inversión.

A pesar de lo atractivo y lógico de la propuesta⁷, el estado actual del derecho internacional dificulta aquella extensión de responsabilidad por lo que la aplicación de la doctrina *Clean Hands* se limita en la práctica a supuestos de inversiones que, al momento de su establecimiento, no cumplían con el ordenamiento jurídico local y a situaciones como fraude o corrupción por parte del inversionista y el Estado⁸.

4. El cáncer de la corrupción y el rol del arbitraje

La corrupción constituye el mayor obstáculo al desarrollo económico y social y la región suramericana se encuentra severamente expuesta a este mal, como demuestran hechos de público conocimiento. De acuerdo a la UNODC “cada año se paga un billón de dólares en sobornos y se calcula que se roban 2,6 billones de dólares anuales mediante la corrupción, suma que equivale a más del 5% del producto interior bruto mundial”. De otro lado, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo calcula que en los países en desarrollo se pierde, debido a la corrupción, una cantidad de dinero diez veces mayor que la dedicada a la asistencia pública para el desarrollo (UNODC, 2016, p. 1).

Asimismo, la corrupción debilita la estructura estatal y la confianza del ciudadano en la administración pública, inclusive, puede perjudicar la seguridad pública en el caso de afectar a los agentes del orden. Sin embargo, lo más grave es que la corrupción pone en jaque la existencia misma del régimen democrático (pues las decisiones no se adoptan bajo criterios de transparencia e interés general) y el Estado de Derecho al afectar el sistema

7 Si se deniega jurisdicción arbitral cuando el inversionista ha incurrido en actos ilícitos como fraude y corrupción, que se configurarían como infracciones penales de acuerdo al ordenamiento jurídico interno, ¿por qué el efecto debería variar en caso de graves violaciones de derechos humanos, también proscritas en la legislación local —e internacional— y que protegen bienes jurídicos fundamentales?

8 La Organización de las Naciones Unidas ha desarrollado unos “principios rectores sobre las empresas y derechos humanos” (2011) que, pese a no ser jurídicamente vinculantes, tienen incidencia en la política estatal y empresarial, y dan cuenta del interés sobre la cuestión. Así mismo, cabe mencionar que existe una iniciativa a cargo de un Grupo Especial de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos que pretende desarrollar un Tratado Internacional sobre la materia. Sin embargo, el referido Grupo de Trabajo depende del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que ha sido notificada del rechazo de aquella iniciativa por parte de la Unión Europea, de EE. UU. y otros Estados. De otra parte, el lector puede remitirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre Corrupción (2003) que trata temas como la prevención del fenómeno, la cooperación internacional, la penalización de la corrupción y la recuperación de activos.

de administración de justicia. La corrupción tiene también capacidad de pervertir a altos funcionarios ejecutivos; y, en el caso de la contratación pública, impone barreras económicas ilegales afectando la libre competencia, trasladando el costo del pago indebido a la ciudadanía o disminuyendo la calidad del producto o servicio.

Este problema tiene especial relevancia en el caso latinoamericano puesto que el mercado de recursos extractivos (minería, petróleo, gas) es pieza fundamental de las economías de la región. Por ello, existe el derecho internacional un conjunto de instrumentos destinados a prevenir y combatir la corrupción⁹.

El arbitraje internacional de las inversiones cumple una tarea importante —aunque imperfecta— en la lucha contra la corrupción. Un caso paradigmático es la decisión del árbitro sueco Gunnar Lagergren en un arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional en el año 1963 (p. 282). El árbitro se declaró incompetente para dictar un laudo de mérito pues “el acuerdo celebrado entre las partes contemplaba el soborno de funcionarios argentinos con la finalidad de conseguir el negocio deseado”, y que las comisiones a pagarse se utilizarían “en su mayor parte para el pago de sobornos”¹⁰. Adicional a ello, indicó que ningún tribunal —fuera arbitral o judicial— podía entender un caso de estas características, debido a que “los contratos que implican una violación grave a la moral (*bonos mores*) y al orden público internacional son inválidos o al menos no pueden ejecutarse y, en consecuencia, tampoco pueden ser adjudicados por jueces o árbitros” (Gillis, 1994, p. 227).

Por lo mencionado, conviene distinguir entre la mera infracción del marco regulatorio de la comisión de delitos como vehículo de la inversión pues constituyen dos motivos distintos —con consecuencias jurídicas también distintas— para solicitar la aplicación de la doctrina *Clean Hands*. Por ejemplo, en el caso *World Duty Free Co v. República de Kenia* (CIADI, 2006, pp. 36-41) “el inversionista reconoció haber pagado un soborno de más de dos millones de dólares al entonces presidente del país, lo que condujo al tribunal arbitral a admitir la excepción de corrupción planteada por el Estado demandado y exoneró al Estado de cualquier obligación indemnizatoria respecto del inversor extranjero, sujeto activo del acto corrupto” (Fach Gómez, 2017, p. 22).

Sin embargo, lo sucedido en este caso no es la regla general sino más bien la excepción puesto que: a) las partes conscientes de que la responsabilidad por los actos de corrupción es —generalmente— compartida deciden no plantear la cuestión ante el tribunal; o, b) puede suceder que una parte alegue la cuestión de corrupción y luego se retracte como sucedió en el caso *F-W Oil Interest Inc v. República de Trinidad y Tobago* (CIADI, 2006, pp. 24-27); o, c) la parte que alega el cometimientos de actos de corrupción no logra probar sus dichos. Por ejemplo, en el caso *EDV v. Romania* (CIADI, 2009, p. 64), el tribunal indicó que:

La corrupción tiene que probarse y es sabido que es difícil de probar, ya que habitualmente se carece de prueba o esta es escasa. La seriedad de la acusación de corrupción en este caso, considerando que implica a funcionarios del más alto nivel del gobierno rumano, exige una prueba clara y convincente. Hay un consenso generalizado entre los tribunales

9 En general, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1977; la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción que entró en vigor en diciembre de 2005 y que cuenta con 140 Estados Parte; la Convención OECD para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de 1997, entre otros instrumentos de *Soft Law*. Para un panorama general sobre la lucha contra la corrupción, vid. (Fach, 2017, pp. 1-18).

10 En este caso, el árbitro además ordenó, a manera sanción, que cada parte sufrague sus costas procesales. Evidentemente no se trata de la solución adecuada al problema de la corrupción, pero es, al menos, una medida de reproche contra los litigantes de mala fe. Muchos autores han criticado el laudo en cuestión, argumentando que la solución correcta en el caso era asumir jurisdicción y declarar el contrato nulo. Adhiero a esta posición —hoy mayoritaria— por motivos que explicaré más adelante.

internacionales y la doctrina respecto de la necesidad de exigir un alto estándar de prueba de la corrupción.

Desde mi punto de vista, no existe tal consenso sobre el estándar probatorio de la corrupción en el arbitraje internacional. Existen al menos tres aproximaciones a la cuestión: 1) tribunales que exigen un estándar de prueba alto y convincente, más allá de la duda razonable; 2) tribunales que exigen un estándar de prueba medio; y, 3) tribunales que establecen un estándar de prueba bajo, que concluye la existencia de corrupción en base a evidencia circunstancial e inferencias con fundamento en la sana crítica.

En relación al tercer estándar probatorio de corrupción, en el laudo *Metal-Tech v. República de Uzbekistán* (CIADI, 2013, p. 79), el tribunal proclamó su falta de jurisdicción para conocer la demanda y contrademanda presentadas por las partes. Uzbekistán alegó que la empresa israelita cometió actos corruptos pero el tribunal afirmó que “no va a recurrir a presunciones o a alteraciones en la carga de la prueba”, sino que, para determinar con una certeza razonable si existió corrupción, se va a encargar de “buscar por sí mismo pruebas adicionales de la naturaleza y propósito” de los pagos relacionados con actos de corrupción (CIADI, 2013, p. 79). Así, el tribunal estableció una serie de *red flags* o *banderines de alerta* que le permitieron concluir que existían indicios suficientes de corrupción como para no admitir la controversia en arbitraje. En el caso que nos ocupa, varios de los consultores contratados por Metal-Tech carecían de la formación técnica necesaria, eran familiares de altos cargos del gobierno —como el hermano del Primer Ministro— y recibieron pagos exorbitados —\$4 millones de dólares— en cuentas ubicadas en paraísos fiscales (CIADI, 2013, p. 24).

En este contexto, se han desarrollado varias directrices que permiten inferir prácticas de corrupción en el arbitraje internacional (Baizeau y Hayes, 2017, p. 10) habida cuenta de la dificultad de probar estos actos:

- 1) Cuando el inversionista alegue haber recibido trato ilegal por parte del Estado por negarse a pagar sobornos;
- 2) cuando el Estado receptor de la inversión es recurrentemente acusado de recibir pagos indebidos —o el Estado consta con una calificación deficiente en el índice de corrupción de Transparencia Internacional—;
- 3) cuando un tercero —agente o intermediario— es sugerido al inversionista por parte de un funcionario público o por quién detente la autoridad sobre la viabilidad de la inversión;
- 4) cuando el tercero —agente o intermediario— tiene una vinculación personal o familiar relevante con un funcionario público;
- 5) cuando un *due diligence* revela que el tercero opera a través de estructuras societarias no transparentes;
- 6) cuando la necesidad de contratar un agente surge antes o después de que el contrato sea adjudicado;
- 7) cuando el pago al agente o intermediario parezca desproporcional a su gestión;
- 8) cuando el agente o intermediario requiera términos contractuales o de pago inusuales al Estado en el que opera;
- 9) cuando el agente no puede demostrar sus actividades en ejercicio del encargo;
- 10) cuando la remuneración del agente sea un porcentaje de la cuantía del contrato, entre otros¹¹.

En todo caso, es necesario reflexionar sobre lo que se ha llamado *la trampa de la corrupción*. Una decisión que inadmite la controversia a arbitraje al entender que el inversionista —pero también el Estado pasivamente— ha incurrido en actos de corrupción no tiene en cuenta el

¹¹Al respecto, puede consultarse “las directrices de la Cámara de Comercio Internacional sobre Agentes, Intermediarios y otros terceros” del 2010. Aunque este documento no tenga carácter vinculante, refleja varios de los criterios que son tomados por los tribunales internacionales de arbitraje.

beneficio económico que la inadmisibilidad de la demanda reporta al Estado corrupto — imaginemos un supuesto en el que el inversionista reclama la expropiación de facto de sus activos— ni tampoco promueve la erradicación de la corrupción sino que la promueve como una estrategia de defensa *ex ante* al garantizar a los Estados un medio para salir indemnes. Este óbice del problema ha sido reconocido en el caso *Metal-Tech v. República de Uzbekistán* (CIADI, 2013, p. 133):

[...] es cierto que el resultado en los casos de corrupción en ocasiones resulta insatisfactorio, porque al menos en un primer momento, parece darle una ventaja injusta a la parte demandada; la idea sin embargo no es castigar a una parte a costa de la otra, sino asegurar la promoción del Estado de Derecho, que implica que una corte arbitral o tribunal no puede asistir a una parte que se ha involucrado en un acto corrupto.

Haciendo aún más explícita la preocupación del foro arbitral sobre este tema, se señaló en la decisión del caso *World Duty Free Co v. República de Kenia* (CIADI, 2006, p. 59) que:

Sigue siendo sin embargo una característica muy preocupante de este caso el hecho de que el destinatario corrupto del soborno de la demandante era más que un oficial del Estado, dado que era su oficial de más rango, el propio presidente de Kenia; y que sea Kenia quien presente las ilegalidades de su propio expresidente como una defensa completa frente a las reclamaciones de la demandante. Adicionalmente, en las pruebas que se han presentado al Tribunal, el soborno fue aparentemente solicitado por el Presidente de Kenia y no iniciado por completo por la demandante. Aunque el presidente de Kenia ha dejado el cargo y ya no goza de inmunidad jurisdiccional en virtud de la Constitución de Kenia, parece que Kenia no ha realizado ningún intento de procesarlo por corrupción o de recuperar la cuantía del soborno ante la jurisdicción civil.

En fin, se trata de un problema serio que ha llamado la atención de varios autores que han propuesto diversas medidas para afrontarlo. Una de ellas es que los tribunales arbitrales admitan la excepción de corrupción planteada por el Estado, permitiéndole salir indemne de la controversia, solamente cuando el mismo demuestre su compromiso con la lucha contra la corrupción tomando todas las medidas a su alcance para procesar y sancionar a los funcionarios corruptos (Habazin, 2016, p. 807).

5. La defensa del inversor: el error de buena fe, la falta leve y el *estoppel* del Estado receptor de la inversión

Como se explicó anteriormente, la doctrina *Clean Hands* no agota su aplicabilidad en casos de corrupción, sino que se extiende a aquellos casos en los que la inversión no cumple con el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión. Sin embargo, no cualquier incumplimiento de la regulación local permite al tribunal arbitral declinar su jurisdicción, para ello será necesario que: a) se trate de una infracción grave del ordenamiento jurídico local; b) que no haya sido permitida —expresa o tácitamente— por el Estado receptor de la inversión; y, c) que el inversionista haya conocido o hubiere debido conocer, con mediana responsabilidad sobre sus negocios, que estaba cometiendo una infracción.

Se podría pensar que cualquier quebrantamiento del ordenamiento jurídico del inversor, por mínimo que sea este, implica la exclusión de la inversión del régimen de protección del TBI. Esta cuestión surgió en el debate del caso *Tokio Mokeles v. Ucrania* (CIADI,

2004, párr. 83). En aquella ocasión, el Estado alegó que el inversionista había incurrido en defectos al rellenar documentos sobre la inversión. Al respecto, el tribunal señaló:

Aunque pudiéramos confirmar las alegaciones del demandado, lo que requeriría un examen exhaustivo de detalles minuciosos de los procedimientos administrativos del derecho ucraniano, excluir una inversión sobre la base de dicho error menor sería inconsistente con el objeto y el propósito del Tratado. En nuestra opinión, el registro por parte del Estado de cada una de las inversiones de la demandante indica que la inversión en cuestión se realizó de conformidad con las leyes y regulaciones de Ucrania.

En casos como *Fraport v. Republica de Filipinas* (CIADI, 2007, párr. 396), se ha prescindido del test de los errores menores y se ha adoptado el criterio de que ciertos errores del inversor pudieron haber sido cometidos de *buena fe*. En estas circunstancias, tomando en consideración que el régimen internacional promueve, precisamente, la protección de las inversiones, sería un sinsentido desproveer absolutamente de aquella a las inversiones en base a infracciones menores ya que, en este supuesto, debería aplicarse una sanción proporcional al inversor. En este sentido, la aplicación de la doctrina *Clean Hands* constituye quizá la sanción más grave para un inversionista:

En ciertas circunstancias, la ley en cuestión del Estado anfitrión puede no ser completamente clara y los errores pueden hacerse de buena fe. Un indicador de un error de buena fe sería la falla del informe de diligencia debida legal elaborado por un abogado local competente para el asunto. Otro indicador que debería funcionar a favor de un inversor que ha incumplido una prohibición en la legislación local sería que el acto que genera incumplimiento no era central para la rentabilidad de la inversión, de modo que el inversor podría haber realizado la inversión de conformidad con las leyes locales sin ninguna pérdida de rentabilidad. Esto indicaría la buena fe del inversor (CIADI, 2007, párr. 396).

En ciertos Estados, los gobiernos de turno son conscientes de las irregularidades de las inversiones extranjeras y, sin embargo, permiten que estas continúen operando sin sanción alguna. En cambio, cuando el gobierno quiere intimidar o castigar a un inversor extranjero puede iniciar procesos jurídico-sancionatorios de forma selectiva. La lógica de estos gobiernos autoritarios es sencilla: *mientras estés con nosotros, tendrás condiciones favorables a tu inversión. En el momento en el que dejes de estar con nosotros tendrás que obedecer todas las leyes en su máximo rigor.*

Pero cuando un Estado ha aceptado tácitamente el desarrollo y los tropiezos de una inversión extranjera, no puede después aprovecharse de su propia negligencia inicial y aplicar selectivamente la ley en función de su relación con los distintos inversores extranjeros que operan en su jurisdicción (Mirzayev, 2012, p. 99). Por ejemplo, en *Fraport v. Republica de Filipinas* (CIADI, 2007, párrs. 146-147) se indicó que hay “principios de la justicia que impiden a un Estado reclamar las violaciones a su propio derecho como una defensa jurisdiccional cuando deliberadamente los pasó por alto y aprobó una inversión que no cumplía con su ley”¹².

¹² Sin embargo, vale aclarar que en el caso en cuestión no se dio paso a la aplicación del *estoppel*.

6. Lecciones para arbitrajes locales

En esta sección procuraré analizar si la doctrina *Clean Hands*, que como se ha explicado a lo largo de esta contribución, es de principal aplicación en el arbitraje internacional de inversión, podría ser aplicada en el derecho ecuatoriano para arbitrajes locales. Específicamente, si puede o no aplicarse en controversias surgidas de un proceso de contratación pública entre la Administración y un particular.

La Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana (Art. 4 LAM) permite el arbitraje entre un particular e instituciones que conformen el sector público ecuatoriano siempre que: a) el convenio arbitral se pacte con anterioridad a la controversia; o, cuando la controversia ya se haya configurado, exista pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado para la suscripción de un convenio arbitral¹³; b) que la relación jurídica objeto del convenio arbitral sea de carácter contractual; c) que el convenio incluya el método de selección de los árbitros; y, d) que el convenio sea suscrito por la persona autorizada para contratar a nombre de la institución estatal¹⁴. Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC) señala en su artículo 104 que en la contratación pública siempre operará el arbitraje en derecho y no en equidad¹⁵.

Un concepto básico para introducirnos en el problema es el de la *separabilidad* del convenio arbitral frente al *contrato* principal al que accede —recordemos que en Ecuador el arbitraje entre el Estado y particulares se circunscribe a controversias contractuales excluyendo, por definición, hechos que impliquen la responsabilidad extra contractual del Estado—¹⁶. La ficción de separabilidad tiene como función que los árbitros conserven su jurisdicción y competencia para declarar, de ser procedente, la nulidad del contrato principal.

Esto tiene sentido, pues en caso contrario la cláusula arbitral incluida en el contrato viciado de nulidad absoluta correría con la misma suerte. En atención a ese razonamiento la Ley (Art. 5 LAM) prescribe que “la nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”.

En el caso ecuatoriano, el tribunal arbitral podría aplicar la doctrina *Clean Hands* en dos oportunidades: a) al momento de decidir sobre su competencia en la audiencia de sustanciación (Art. 22 LAM); o, b) al momento de expedir un laudo de mérito. Recordemos que en el arbitraje de inversión existen también dos oportunidades para aplicar la referida doctrina: a) en primer lugar, ciertos tribunales arbitrales han decidido abstenerse de conocer el fondo de la controversia a través de un laudo parcial de jurisdicción. Sin embargo, b) es

13 Parecería existir una antinomia entre la CRE y la LAM. Por un lado, la constitución señala en el artículo 190 que “en la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”. Por otro lado, la Ley de Arbitraje y Mediación vigente permite “a la persona autorizada para contratar a nombre” de la institución celebrar directamente el contrato arbitral siempre que se haga con anterioridad al surgimiento de la controversia. Utilizando el método de la interpretación conforme podría concluirse que: solamente en el caso de que la controversia ya haya surgido, el Procurador General del Estado deberá emitir dictamen de cumplimiento obligatorio. Sin embargo, varios autores ecuatorianos mantienen preocupaciones sobre la viabilidad del arbitraje en contratación pública en razón del carácter cuasipolítico de la designación del Procurador General del Estado (Marchán, 2011, pp. 205-206).

14 El incumplimiento de estos requisitos conlleva la nulidad del convenio arbitral de conformidad con el tenor literal del artículo 4 de la LAM.

15 Una perspectiva histórica del desarrollo del arbitraje en Ecuador, así como un análisis normativo sobre el convenio arbitral y sus requisitos de existencia y validez puede consultarse en (Neira, 2007, pp. 62-69.)

16 Por otro lado, el régimen general, contenido en el artículo 5 de la LAM permite a las partes someter a arbitraje las controversias surgidas, o que puedan surgir, de una determinada relación jurídica “contractual o no contractual”. La misma norma jurídica ejemplifica este último caso al ratificar la posibilidad de arbitrar sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos (responsabilidad extracontractual).

común que se invoque la doctrina de manos limpias para desechar la pretensión en un laudo de mérito.

Como se explicará más adelante, existen razones procesales y de legitimidad que exigen que la doctrina *Clean Hands* —si así quiere llamársele— sea aplicada solamente a través de un laudo de mérito, producto de un proceso con garantía de audiencia y pruebas. El resultado debe ser la declaratoria de nulidad absoluta del acto y no la declaratoria de inarbitrabilidad de la controversia.

Empezaré por señalar que en el principio de presunción de inocencia es propio del ordenamiento jurídico-penal y no debería ser alegremente trasladado al régimen contractual, principalmente, porque su razón histórica es la de precautar los bienes jurídicos más preciados para el ser humano: la vida y la libertad. En este sentido, el hecho de que un tribunal arbitral declare que carece de competencia porque la materia es inarbitrable —al involucrar actos de corrupción con potencial responsabilidad penal— no violenta el referido principio constitucional, simple y llanamente porque la decisión de los árbitros no comporta una adjudicación de responsabilidad penal, sino que tiene efectos puramente civiles.

Empero, la Constitución ecuatoriana (Art.76.2) extiende la garantía de presunción de inocencia a “todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme” (CRE, 2008, p. 56). Por tanto, dicha garantía constitucional es también aplicable al arbitraje en Ecuador. Sin embargo, ello no constituye un impedimento para la aplicación de la doctrina *Clean Hands*.

El Código Civil ecuatoriano (Art. 1478) señala que hay *objeto ilícito* en “todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano” y “generalmente en todo contrato prohibido por las leyes” (Art. 1482). Asimismo, “no puede haber obligación sin causa real y lícita”, siendo la causa el “motivo que induce al acto o contrato; y por *causa ilícita* la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”. En ese sentido, la ley señala que “la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita” (Art.1483 CC). Conforme al derecho ecuatoriano, estos vicios acarrearán la nulidad absoluta del acto jurídico (Código Civil, 2005, p. 72):

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años (Art. 1699 CC).

Del repaso de las precitadas normas legales podemos alcanzar la síntesis de que la Constitución extiende el principio de presunción de inocencia también al arbitraje, pero que ese principio bien puede ser derrotado, únicamente para los efectos civiles pertinentes, si se adopta a través de una resolución en firme, lo que dicho sea de paso, es característico del procedimiento arbitral de única instancia¹⁷. En esa resolución arbitral bien podría determinarse que la causa

17 La Corte Constitucional del Ecuador (2015, p. 11) decidió que el procedimiento arbitral de única instancia es conforme a la norma fundamental y que no violenta el derecho al doble conforme, que no es una garantía absoluta. Por ejemplo, la referida Corte indicó que: “en materia arbitral, debe quedar claro que no existe posibilidad de apelar el laudo arbitral, no solo porque el legislador así lo ha establecido, sino porque además debe tenerse en cuenta que el recurso de apelación, por antonomasia, debe ser conocido y sustanciado por una entidad orgánicamente superior y en el caso ecuatoriano, los tribunales de arbitraje son órganos de única y definitiva instancia. Sin embargo, el legislador ha previsto el denominado control judicial de los laudos

o el objeto que indujo al contrato público son ilícitos y que por tanto acarrearán la nulidad absoluta del mismo. Desde mi punto de vista, sería desafortunado entender aquello como una aplicación de la novedosa doctrina *Clean Hands* cuando claramente se trata de la aplicación exegética de la ley.

También es una característica importante del arbitraje la confidencialidad que inspira el proceso. Sin embargo, cuando el objeto del arbitraje es un contrato público celebrado por el Estado que podría verse manchado por actos de corrupción, ese principio debe ceder e inclusive invertirse, garantizando la máxima transparencia al ser una natural exigencia del régimen democrático y del Estado de Derecho. Aquello es perfectamente compatible con la naturaleza procesal de la nulidad absoluta, que puede ser demandada por el Ministerio Público o por cualquier ciudadano que tenga interés en ello, lo que beneficia el control público y la separación de poderes¹⁸. Asimismo, el juez —en este caso el árbitro— tiene el deber jurídico de anular de oficio el acto absolutamente nulo.

Como es conocido, generalmente, el efecto de la declaratoria de nulidad absoluta es la restitución de las cosas al estado anterior en el que se encontraban las partes antes de la celebración del acto. En el caso específico de la causa y el objeto ilícito (Art. 1484 CC), el efecto es distinto y consiste en que “no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas” (Código Civil, 2005, p. 72). Sin embargo, aquel efecto no es el correspondiente en el caso de que un contrato público haya sido anulado por motivos de corrupción y haya causado perjuicio al patrimonio público.

En ese supuesto es aplicable, por el principio de especialidad y de jerarquía normativa, el segundo inciso del artículo 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC) que indica que cuando se “celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley” y si “[...] la celebración del contrato causare perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar” (LOSNC, 2008 p. 30).

Es decir, la nulidad absoluta declarada con motivo de corrupción permite al Estado —a través de la entidad contratante— demandar judicialmente la restitución del patrimonio estatal tanto al contratista como a todos los funcionarios que intervinieron en el proceso pre-contractual y contractual. Nótese que la ley los trata como responsables solidarios sin que opere entre ellos beneficio de orden alguno, ni tampoco un régimen de responsabilidad mancomunada, debiendo responder cada uno por la totalidad de la obligación, en este caso de restitución.

Por otro lado, si se entiende la doctrina *Clean Hands* como un mecanismo para declinar jurisdicción y competencia sobre una controversia, existen buenas razones para no

arbitrales, en donde las autoridades jurisdiccionales del Estado ingresan a analizar si dicho laudo ha incurrido en alguna de las causales de nulidad establecidas en la Ley de Arbitraje y Mediación, sin que aquello signifique que los jueces ingresen a analizar el tema de fondo del asunto sometido por las partes...”.

18 Concordante con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC) que señala “...el Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad” (Art.76). Igualmente, concordante con que “la denuncia sobre contratos celebrados con personas inhábiles o sobre aquellos que recayera alguna causa de nulidad, podrá presentarla cualquier persona al Procurador General del Estado acompañando los documentos probatorios del caso, para que se analice la procedencia de demandar la nulidad del contrato sin perjuicio de que se inicien las demás acciones civiles o penales a las que hubiere lugar” (Art.66). Una anotación importante es que la denuncia ciudadana ante el Procurador General del Estado no es un mecanismo excluyente, ni constituye un requisito previo, para comparecer como tercero interesado y alegar la nulidad absoluta del acto ante el tribunal arbitral.

aplicarla en arbitrajes locales relativos a contratación pública. Ello no significa que no sea posible, pues los distintos reglamentos que rigen los procedimientos de arbitraje institucional en Ecuador permiten al Tribunal de arbitraje solicitar pruebas a las partes para evacuar en la Audiencia de Sustanciación. Esas pruebas podrían ceñirse a las alegaciones sobre corrupción que serían objeto de una decisión preliminar del tribunal arbitral. Sin embargo, en caso de que la alegación prospere y el tribunal rechace conocer el caso operaría la extinción del contrato arbitral, habilitando a las partes a acudir a la justicia ordinaria, en la que igualmente se perseguiría la declaratoria de nulidad absoluta del contrato en cuestión. No debe olvidarse que el arbitraje es siempre un medio y no un fin en sí mismo.

7. Conclusiones

La doctrina de *Clean Hands* surge en el seno del arbitraje internacional interestatal y no del arbitraje de inversión. Sin embargo, ha sido en este último contexto donde la doctrina ha encontrado cierta acogida. Su aplicación puede surtir dos efectos distintos: a) que el tribunal arbitral rechace ejercer jurisdicción; o, b) que el tribunal declare los reclamos del inversionista improcedentes. La doctrina resulta aplicable a dos casos: a) cuando la inversión no cumple con los requisitos para ser considerada como tal bajo el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión; o, b) cuando existen actos de corrupción relacionados con el establecimiento o desarrollo de la inversión.

Si la doctrina es aplicada porque la inversión no cumple con el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión, el inversionista cuenta con tres posibles defensas: a) que se trata de un error menor; b) que se trata de un error de buena fe; o, c) que ha operado el *estoppel*¹⁹ en contra del Estado. Ciertos factores como haber realizado un *due diligence* o que la infracción no haya reportado beneficio alguno al inversionista se consideran como indicios de buena fe por parte del mismo. Existen directrices que deben alertar a los árbitros y a las partes sobre posibles conductas vinculadas a la corrupción. En el ámbito internacional, la doctrina *Clean Hands* constituye la sanción más severa contra el inversionista pues se le priva de la posibilidad de exigir protección bajo el TBI correspondiente.

En el arbitraje local, la doctrina *Clean Hands* no resulta aplicable, o al menos no produce los mismos efectos que en el ámbito internacional (privar al demandante de toda posibilidad de tutela jurisdiccional internacional) En el ámbito local, si un tribunal arbitral se declara incompetente en razón de la materia, se produciría la extinción del contrato arbitral, habilitando a las partes procesales a acudir a la justicia ordinaria en garantía del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Cuando se descubran indicios de corrupción a instancia de parte, de un tercero, o por motivos fundados de los propios árbitros, el tribunal arbitral podrá requerir pruebas de oficio relacionadas a aquellos hechos.

De igual manera, cuando tribunal arbitral declare la causa o el objeto ilícito de un contrato público por motivos vinculados a corrupción, debe remitir las piezas procesales a la Fiscalía General del Estado (FGE) para que inicie las investigaciones de rigor frente a hechos que podrían constituir delitos de acción pública como cohecho, peculado, tráfico de influencias, entre otros. En criterio del autor, la remisión de las piezas procesales a la FGE debe realizarse una vez dictado el laudo arbitral que anula el contrato viciado por corrupción. En ningún caso debe suspenderse la sustanciación del procedimiento arbitral puesto que: el convencimiento pleno sobre el potencial cometimiento de un delito sólo se alcanza en el

19 Se trata de un principio general de derecho que norma la inadmisibilidad de actuar contra actos propios hechos con anterioridad, con miras a limitar o anular los derechos de la otra parte, que ha actuado de buena fe y en consecuencia de esos actos anteriores. Constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad o de una potestad.

laudo, tras haber escuchado a la defensa y haber evaluado la prueba. Además, ninguna norma del ordenamiento jurídico contempla la suspensión del procedimiento por estos motivos; y, finalmente, porque el tribunal arbitral puede calificar la corrupción en base a estándares distintos y menos exigentes —como se analizó a lo largo del artículo— que los utilizados en la imputación de responsabilidad criminal.

Referencias bibliográficas

- Baizeau, D. y Hayes, T. (2017). The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte. En A. Menaker (ed.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity. Vol. 19* (pp. 225-265.), ICCA Congress Series, Kluwer Law International.
- Cervantes, A. (2016). Inconveniencia del Arbitraje de Inversión CIADI y de Órganos regionales arbitrales para América Latina. *Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda*, (24), 104-123.
- (2017). “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Arbitraje de Inversión”. *Spain Arbitration Review. Revista Del Club Español de Arbitraje*, (30), 81-100.
- Dumberry, P. y Dumas-Aubin, G. (2014). The Doctrine of “Clean Hands” and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law. *Transnational Dispute Management*, 10(1). <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2404058>
- Fach Gómez, K. (2017). Inversiones internacionales y corrupción en América Latina: La función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática. *Max Planck Institute for Comparative Public Law, Research Paper Series*, (23), 1-39. <<https://ssrn.com/abstract=3052228>>
- Fitzmaurice, G. (1957). The General Principles of International Law. *RCADI*, 92.
- Gillis, J. (1994). Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals; The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case N° 1110. *Arbitration International*, 10 (4), 277-294.
- Habazin, M. (2016). Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors' Corrupt Acts Give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 18, 805-828.
- Kaldunski, M. (2015). Principle of Clean Hands and Protection of Human Rights in International Investment Arbitration. *Polish Review of International and European Law*, 4, 69-101.
- Marchán, J. (2011). El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana. *Revista Iuris Dictio*, 12 (14), 203-215. <<http://dx.doi.org/10.18272/iu.v12i14.708>>
- Mirzayev, R. (2012). International Investment Protection Regime and Criminal Investigations. *Journal of International Arbitration*, 29, 71-106.
- Moloo, R. y Khachaturian, A. (2010). The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law. *Fordham International Law Journal*, 34, 1473-1501.
- Neira, E. (2007). El Estado y el juicio de arbitraje según la legislación ecuatoriana. *Revista Iuris Dictio*, 7 (11), 62-69. <<http://dx.doi.org/10.18272/iu.v7i11.674>>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2016). La corrupción y el desarrollo. <<http://www.anticorruptionday.org>>

- Pavic, B. (2012) and International Commercial Arbitration. The Role of Mandatory Rules and Public Policy. *International Law in the New Two Decades: Form or Substance?* (pp. 661-686). Wellington: Victoria University.
- Reinisch, A. (ed). (2008). *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press.

Legislación

- Código Civil de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449, 20 de octubre de 2008.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 395, 4 de agosto de 2008.
- Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, en vigor desde el 14 de octubre de 1966.

Sentencias y laudos arbitrales

- Corte Constitucional de la República del Ecuador (2015). Sentencia N° 325-15-SEP-CC, caso N° 1139-13-EP, 30 de septiembre de 2015.
- Corte Internacional de Justicia (1986). *Nicaragua vs. Estados Unidos*. Sentencia del 27 de junio de 1986.
- Cámara Internacional de Comercio. N°. 1110, 1963, dictado por el árbitro *Gunnar Lagergren* (partes confidenciales), YCA 1996.
- CIADI / Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (2001). *Salini Construttori S.P.A & Italstrade S.P.A v. Reino de Marruecos*. Caso No. ARB/00/4.
- (2004). *Tokio Tokelés v. Ucrania*. Caso No. ARB/02/18.
- (2006). *F-W Oil Interests Inv. v. República de Trinidad y Tobago*, Caso No. ARB/01/14.
- (2006). *Inceysa Vallisotelana S.L. v. la República del Salvador*, Caso No. ARB/03/26.
- (2006). *World Duty Free Company Ltd. v. República de Kenia*, Caso No. ARB/00/7.
- (2007). *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*. Caso No. ARB/03/25.
- (2008). *Desert Line Projects LLC v. República de Yemen*. Caso No. ARB/05/17.
- (2008). *Plama Consortium Ltd. v. República de Bulgaria*. Caso No. ARB/03/24.
- (2009). *EDF (Services) Limited v. Rumania*, Caso No. ARB/05/13.
- (2010). *Anderson y otros v. República de Costa Rica*. Caso No. ARB (AF)/07/3.
- (2010). *Gustav F.W Hamester, GmbH & Co KG v. República de Ghana*. Caso No. ARB/07/24.
- (2010). *Señor Saba Fakes v. República de Turquía*. Caso No. ARB/07/20.
- (2013). *Metal-Tech Ltd. v. República de Uzbekistán*, Caso No. ARB/10/3.

El precedente en el Derecho Internacional de inversiones: el valor argumentativo de decisiones arbitrales previas¹

Precedent in International Investment Law: the argumentative value of previous arbitration decisions

GUSTAVO PRIETO²
 Universidad de Turín

Resumen

El artículo estudia el uso de laudos anteriores en el arbitraje de inversiones, donde tanto las partes y tribunales arbitrales recurren frecuentemente a decisiones arbitrales previas para justificar y argumentar sus propias decisiones. En este sentido, las decisiones arbitrales previas han sido usadas para dar forma a normas abstractas como el estándar de Trato Justo y Equitativo. Al respecto, se puede afirmar que la referencia de tribunales arbitrales a casos anteriores no solo es referencial, sino que forma parte de la construcción misma de obligaciones que son exigidas a los estados. El presente artículo estudia diferentes explicaciones que tanto la doctrina y los propios tribunales arbitrales han desarrollado para conceptualizar el uso de decisiones arbitrales previas en el derecho internacional de inversiones. Adicionalmente, se argumenta sobre la necesidad de concebir a estas decisiones previas como una expresión de ejercicio de autoridad pública por parte de arbitrajes de inversión.

Palabras clave

Legitimidad / Precedente Arbitral / Derecho internacional de inversiones / Autoridad pública.

Summary

The article studies the constant use of previous awards in investment arbitration, where parties and arbitral tribunals frequently resort to prior arbitration decisions to justify and argue their own decisions. In this sense, previous arbitration decisions have been used to give shape to abstract norms such as the Fair and Equitable Treatment standard. In this regard, it can be affirmed that the reference of arbitral tribunals to previous cases is not only referential, but also forms part of the construction of obligations that are required of the states. This article studies different explanations that both the doctrine and the arbitral tribunals themselves have developed to conceptualize the use of prior arbitration decisions in international investment law. Additionally, it is argued about the need to conceive of these previous decisions as an expression of the exercise of public authority by investment arbitration.

Keywords

Legitimacy / Arbitral precedent / International investment law / Public authority.

1 Recibido: 15/07/2018 – Aceptado: 09/10/2018

2 Investigador posdoctoral en el Departamento de Derecho de la Universidad de Turín, Italia; Doctor (PhD) en Derecho Corporativo y Economía por la Universidad de Verona, Italia; Magister en derecho internacional económico por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Correo electrónico: jgprietomunoz@gmail.com



1. Introducción

El litigio en el derecho internacional de inversiones, donde corporaciones demandan a estados en base a tratados internacionales, es una de las áreas de mayor desarrollo en el derecho internacional en los últimos años. De acuerdo con las últimas cifras de UNCTAD, existen hasta el año 2018 un total de al menos 855 casos conocidos dentro del régimen internacional de inversiones (UNCTAD, 2018). El uso de este mecanismo ha despertado gran interés de la academia y estudios jurídicos especializados que han impulsado una serie de doctrinas sobre el entendimiento de estándares sustantivos de trato, problemas de jurisdicción, cuantificación de daños, entre otros asuntos.

Sin embargo, un tema que no ha recibido suficiente atención, especialmente en la literatura en español, es el estudio de la frecuente referencia a laudos anteriores de arbitraje de inversiones. En este sentido, es prácticamente imposible encontrar un caso en el universo de arbitrajes de inversión donde las partes y el tribunal arbitral no usen decisiones arbitrales previas para justificar y argumentar sus propias decisiones. Es más, existen ciertas decisiones arbitrales que son frecuentemente usadas por diversos tribunales arbitrales para dar forma a normas abstractas como los estándares de trato, por ejemplo, el Trato Justo y Equitativo. Al respecto, se puede afirmar que la referencia de tribunales arbitrales a casos anteriores no solo es referencial, sino que forma parte de la construcción misma de obligaciones que son exigidas a los estados.

Es normal que dentro de un sistema nacional o internacional se recurra a casos anteriores en la argumentación, ya sea como referencia o en la forma de precedentes establecidos. Sin embargo, lo que hace particularmente especial el recurrente uso de casos anteriores en el arbitraje de inversiones son dos características. En primer lugar, no existe una conexión formal entre los casos citados. Es decir, tribunales arbitrales usan decisiones de otros tribunales que no corresponden al tratado de su competencia. En segundo lugar, en el arbitraje de inversiones se observan claramente trayectorias o interacciones entre tribunales que bien pueden encasillarse como “diálogo judicial” entre tribunales arbitrales. Esto significa que no solo existe una referencia de casos sino un desarrollo jurisprudencial sobre ciertos conceptos en la materia.

Este trabajo aborda brevemente las diferentes explicaciones que se han desarrollado para conceptualizar el uso de decisiones arbitrales previas en el derecho internacional de inversiones, para posteriormente argumentar la necesidad de concebir a las decisiones previas como una expresión del ejercicio de la autoridad pública por parte de arbitrajes de inversión.

2. Naturaleza jurídica de las decisiones arbitrales previas

Existen algunos criterios que pueden utilizarse para interpretar la naturaleza de decisiones arbitrales anteriores en el arbitraje de inversiones. En general en el derecho internacional, las decisiones previas de los tribunales no son, por sí mismas, consideradas como fuente de derecho, sino como un medio subsidiario para determinar el contenido de una norma existente. Esta visión se ve reforzada por el texto del Artículo 38 (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ), que expresa que la CIJ aplicará: “con sujeción a lo dispuesto en el artículo 59, las decisiones judiciales y los criterios de los más altamente cualificados expertos en derecho público o internacional de varias naciones, como medios subsidiarios para la determinación de las ‘reglas del derecho’” (Estatuto CIJ, 1946).

En este caso, el léxico del artículo especifica claramente “decisiones judiciales” como un medio auxiliar para determinar las “reglas de derecho”. Aún más, el artículo 59 aclara que: “la decisión del Tribunal no tiene ninguna fuerza vinculante excepto entre las partes y

respecto de ese caso particular” (1946). A la luz del razonamiento expresado en el Estatuto de la Corte, es muy claro que una decisión de un tribunal no constituye “derecho” por sí sola. Además —estrictamente hablando en el sentido formal— no hay conexión entre los diferentes tratados de inversión ya que no hay uno solo, sino más de 3000 tratados de este tipo³.

Sin embargo, la observación de los diferentes casos en el arbitraje internacional de inversiones muestra que las partes del sistema otorgan un valor especial a las decisiones anteriores. En otras palabras, no sólo los árbitros de inversión utilizan decisiones pasadas para determinar el incumplimiento de normas internacionales, sino que también los inversores y los mismos Estados demandados también hacen referencia específica a casos previos para construir sus argumentos.

El uso de casos arbitrales precedentes se puede encontrar al leer casi cualquier proceso de arbitraje de inversión. Por ejemplo, es común ver fragmentos como el siguiente cuando un estado expresa un argumento:

Argentina aduce que hay muy pocos laudos y autores que postulen la afirmación de que el estándar de trato justo y equitativo es diferente al estándar mínimo internacional. Sobre la base de los fallos de los tribunales en los casos *Genin*, *Azinian* y *S.D. Myers*, Argentina considera que el significado de este estándar “está relacionado con la finalidad de proveer un principio básico y general”, “constituye el mínimo estándar internacional” y “su violación requiere de parte del Estado receptor de la inversión actos que demuestren una premeditada intención hacia el incumplimiento de una obligación, una insuficiente acción que caiga por debajo de los estándares internacionales o aun mala fe subjetiva”. La Demandada recalca que en el caso *Myers* el tribunal declaró que el Artículo 1105(1) del TLCAN impone un “trato justo a un nivel aceptable para la comunidad internacional, medido con el más alto grado de deferencia hacia las autoridades nacionales”. Por lo tanto, “[s]ólo se debe medir la razonabilidad de la medida que se denuncia como agravante y en forma deferente” (ICSID, 2006, *Caso No ARB/01/12, Laudo*, párr. 333).⁴

Este texto citado pertenece al laudo en el caso *Azurix Corp. v. La República Argentina (I)*, y se puede ver que, en un solo argumento, Argentina utiliza tres decisiones anteriores con diferentes antecedentes legales, basadas en diferentes tratados y diferentes partes.

Este es solo un ejemplo, pero formas similares de argumentación se pueden encontrar leyendo casi cualquier disputa actual de inversión, donde la recurrencia a decisiones previas no es meramente referencial. Por el contrario, las decisiones arbitrales previas están en el centro de casi cualquier argumento legal sobre el arbitraje de inversiones. Además, en la última década en el uso de precedentes arbitrales han emergido nuevos conceptos que no se incluyeron expresamente en el texto de un tratado, por ejemplo, las “expectativas legítimas o básicas” del inversionista, entre otros.

Esta observación genera varias interrogantes: ¿Por qué las decisiones arbitrales previas se utilizan tan activamente para determinar el incumplimiento de los Estados? y ¿Por

3 Estos nuevos tipos de casos generaron una literatura sobre esta rama del derecho que comenzó en la misma década y ha continuado hasta el presente. Entre los textos más importantes que comenzaron a discutir el nuevo régimen se puede mencionar a: Dolzer Rudolf / Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Nijhoff, (1995); Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other* (2001); Sornarajah, M, *The Settlement of Foreign Investment Disputes* (2000); Sornarajah, M, *The International Law on Foreign Investment* (2004); Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law* (2008); Schill, W Stephan, *The Multilateralization of International Investment Law* (2009).

4 Traducción personal, Todas las traducciones del ingles son mías.

qué los tribunales arbitrales dependen tanto de ellas como base para sus decisiones? Hay dos tendencias que pueden englobar las posibles respuestas.

La primera es negar que las decisiones anteriores tengan cualquier función generadora de derecho, donde se las concibe como “fuentes de inspiración” de tribunales arbitrales. Por el contrario, la segunda implica el reconocimiento de que las decisiones previas poseen ciertas características *ius-generativas*.

2.1. Decisiones anteriores como meras referencias o “fuentes materiales”

La primera tendencia puede llevar a entender las decisiones arbitrales anteriores como meramente referenciales para el proceso de interpretación. Esta conceptualización fue usada por algunos tribunales y parte de la doctrina durante el comienzo de la última década, donde se enfatiza que las decisiones previas no pueden considerarse como una fuente de obligaciones (Mills A, 2011, p. 475). Probablemente, una de las declaraciones más claras en este sentido proviene de un laudo en 2002, donde el Tribunal arbitral del *Caso UPS v. Canada* manifiesta:

[...] los numerosos tratados bilaterales para la protección de las inversiones de los que depende el argumento varían en sus obligaciones sustantivas; si bien son muchos tratados su cobertura es limitada; [...] no hay indicación de que reflejen un sentido general de obligación. El fracaso de los esfuerzos por establecer un acuerdo multilateral sobre inversiones proporciona una prueba más de esa falta de sentido de obligación (UNCITRAL, 2002, *Caso No. UNCT/02/1 Award on Jurisdiction*, párr. 97).

Sin embargo, en los años siguientes, el número de referencias a laudos aumentó cualitativa y cuantitativamente (Jeffery, 2007). Una explicación de la creciente importancia al uso de las decisiones previas llevó a redefinirlas, no como fuentes *de iure* sino como fuentes *de facto*, refiriéndose a ellas también como “fuentes materiales” (De Brabandere, 2012, p.247).

Desde esta perspectiva, las decisiones arbitrales son concebidas como fuentes de inspiración que constituyen directrices para los futuros tribunales de inversión, ya que otros árbitros se han enfrentado a hechos similares bajo diferentes tratados que comparten una estructura similar (2012, p.264).

Además, este entendimiento como “fuentes de inspiración” permite entender el uso de laudos previos dentro de la aplicación de las reglas de la convención de Viena, en especial el artículo 31.1 que establece la necesidad de que un tratado se interprete conforme al “sentido corriente” que haya de atribuirse a los términos del tratado (ONU, 1969).

El problema con la teoría de “fuentes de inspiración” es que no llega a explicar tres desarrollos clave en la práctica de los tribunales arbitrales en los últimos años. El primero es que esta categorización de las decisiones anteriores, no explica por sí misma el uso más frecuente de nuevos conceptos en los laudos de inversiones; por ejemplo las “expectativas legítimas” de los inversores o el mismo uso del principio de proporcionalidad, que no estaban incluidos en los textos originales de los tratados de inversión.

Estos nuevos conceptos se producen al analizar reclamos por incumplimientos de estándares absolutos que son ambiguos como el de “trato justo y equitativo”. En este caso, parece que los tribunales de inversión, al citarse y dialogar entre sí, no solo están buscando el “sentido corriente” de las normas en un tratado sino que, de hecho, están creando un significado.

El segundo punto que no puede explicarse completamente desde la teoría de precedentes arbitrales como “fuentes de inspiración” es el funcionamiento sistémico del régimen

como un todo donde destaca el sentido de comunidad. Si bien el régimen internacional de inversiones sigue siendo caótico, pero dentro del universo de las decisiones arbitrales podemos observar al menos trayectorias —entendida aquí como líneas conceptuales de varias decisiones arbitrales sobre un mismo concepto— o diálogos entre árbitros de inversión, y la existencia de una conciencia por parte de los árbitros del impacto de los conceptos que están desarrollando.

Una declaración clara en este sentido se puede encontrar en el Laudo de 2010 del Tribunal arbitral en el *Caso Global Trading v. Ucrania*. Este tribunal expresó la existencia de una “responsabilidad de contribuir” en esta disciplina de la siguiente forma:

[...] Según el conocimiento del Tribunal, esta es la tercera vez que se debe tomar una decisión sobre una objeción en virtud de la Regla 41 (5). Por lo tanto, el Tribunal es particularmente consciente de su responsabilidad de contribuir a la comprensión tanto de la Regla en sí, como también del procedimiento que debe seguirse en virtud de ella. (UNCITRAL, 2006, *Caso Thunderbird v. Mexico*, Separate Opinion of T. Wälde, párrs. 15, 16).

La comprensión de las decisiones anteriores como “fuentes de inspiración” no puede hacer frente a la práctica actual del arbitraje de inversión, donde los tribunales no solo consideran y definen el significado de las disposiciones abstractas de los tratados en sí mismos, sino que lo hacen interactuando sistemáticamente entre sí.

La tercera característica que no puede explicarse completamente dentro de la teoría de “fuentes de inspiración” es que un laudo arbitral tiene la capacidad de influir en el resultado de casos futuros, incluso si el nuevo caso se basa en un tratado diferente, con diferentes partes y diferentes reglas de procedimiento, por ejemplo ICSID o UNCITRAL.

Además, incluso en el caso de que un tribunal de arbitraje no recurra al uso de una decisión previa para argumentar su laudo, basta tan solo que una de las partes lo invoque. En tales casos, si un grupo de árbitros estima que una decisión previa específica no es pertinente, se encuentra en la situación de “resistir” argumentativamente su aplicación. Esto sucede porque si un Tribunal simplemente omite analizar un argumento específico de una de las partes basado en una decisión previa, el grupo de árbitros puede desencadenar un recurso de anulación futuro en el contexto del ICSID o causar la no ejecución de su propio laudo en el caso de laudos basados en las reglas UNCITRAL. Esto porque la omisión de analizar la no aplicación de una decisión previa concreta invocada por la parte perdedora del proceso puede ser interpretado por esta como contrario a la Convención de Nueva York para la ejecución de Laudos extranjeros, ya que no fue capaz de “presentar un caso” en virtud del artículo 5.1 (b) de dicha Convención para casos bajo reglas UNCITRAL (ONU, 1958).

En el caso de arbitrajes dentro del marco del CIADI, la negativa a tratar un argumento basado enteramente en un caso previo puede ser motivo de discusión de un panel de anulación del mismo CIADI donde se discutiría que el laudo no indicó apropiadamente las razones de su decisión de conformidad con la regla 50.1 (iii) de las Reglas de Arbitraje del CIADI para los laudos.

2.2. Decisiones arbitrales previas como generación de derecho

La segunda tendencia comprende posiciones que consideran a los laudos anteriores con la suficiente coherencia como para ser catalogadas únicamente como fuentes de inspiración. Esta forma de entender la naturaleza de las decisiones arbitrales previas puede observarse en el voto salvado de Thomas Wälde en 2006 dentro del *Caso Thunderbird v. México*, donde desarrolla de forma extensa la idea de una “jurisprudencia emergente”:

[...] Finalmente, deseo destacar la necesidad de prestar atención y respetar la jurisprudencia, en proceso de consolidación, que surge de las decisiones pertinentes de otros tribunales arbitrales autorizados, en especial las decisiones más recientes aplicables al TLCAN y a tratados de inversiones internacionales que por su metodología, procedimientos y contenido sustancial establecen un régimen similar al del Capítulo XI del TLCAN. Aunque en derecho internacional no rige la obligación de respetar los precedentes, esos laudos y sus fundamentos forman parte de una jurisprudencia emergente de derecho sobre inversiones internacionales. Esta es otra diferencia significativa con respecto al arbitraje comercial, en que no abundan los precedentes autorizados y persuasivos, en gran medida porque los laudos se emiten exclusivamente para partes privadas y porque en general no se dan a conocer públicamente. Por lo tanto, los tribunales de inversiones de tratados deben colocarse en el centro del derecho emergente sobre inversiones internacionales emergentes y no en sus límites o fuera de ellos [...].

[...] Aunque de por sí los laudos arbitrales individuales aún no constituyen un precedente vinculante, debería respetarse una línea de razonamiento coherente en que se desarrolle un principio y una interpretación especial de las obligaciones específicas de los tratados; si comienza a surgir una jurisprudencia autorizada, ésta adquiere el carácter de derecho internacional consuetudinario y debe respetarse. Toda desviación de una jurisprudencia adecuada y sólidamente establecida requiere una justificación basada en un amplio razonamiento. Este enfoque ayudará a evitar las amplias divergencias que caracterizan a algunos laudos arbitrales sobre inversiones, que no están sujetos a un sistema común y unificador de apelaciones. De no ser así, se corre el riesgo de desacreditar, en cuanto a su solidez, al sistema de arbitraje sobre inversiones internacionales, que se ha establecido como uno de los principales nuevos instrumentos para lograr una mejor gestión de la economía mundial. Pero también lo exigen las reglas aplicables del derecho internacional (Artículo 1131 del TLCAN) y, por lo tanto, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: una jurisprudencia arbitral moderna, cada vez más continua, no cuestionada y coherente forma parte de las fuentes formales de derecho internacional contenidas en las “decisiones judiciales” (Artículo 38 (1) (d)) y se desarrollará, con un efecto jurídicamente vinculante aún mayor, hasta dar lugar a la “costumbre internacional” (Artículo 38 (1) (b)), en especial del modo que una jurisprudencia arbitral define en un tratado contemporáneo y en un contexto fáctico los “principios generales de derecho” (UNCITRAL, *Caso Thunderbird v. Mexico*, 2006, párrs. 15, 16).

El voto salvado de Wälde se constituye en un fuerte argumento para el reconocimiento del papel de los laudos de los tribunales de arbitraje de inversión como una verdadera fuente de derecho al hablar de ellos como una “jurisprudencia consolidada” y vincula esta jurisprudencia con las fuentes del derecho internacional, al tiempo que expresa que las decisiones podrían constituir “principios generales” del derecho internacional consuetudinario en el contexto del Artículo 38 (b) del ECIJ. La visión de Wälde del papel de las decisiones anteriores podría considerarse como un conjunto de precedentes suspendidos en el proceso de materialización en el derecho internacional consuetudinario.

Sin embargo, el problema con esta visión es que en estas decisiones, los Estados no actúan directamente en el proceso de formación de derecho, porque son los tribunales arbitrales los que están dando forma a conceptos y principios, lo que significaría la existencia de un derecho que pretende auto legitimarse como consuetudinario pero ajeno

a una práctica estatal específica como se entiende de la misma naturaleza del artículo 38 (b) del ECIJ.

Como respuesta a la debilidad de este argumento —la existencia del derecho internacional consuetudinario sin una práctica estatal concreta— los defensores de este punto de vista proporcionaron una explicación al insistir en que los laudos están formando costumbres dentro del paradigma del “nuevo derecho internacional consuetudinario” (Porterfield, 2010, p.84-85) una posición que ha sido resistida claramente en la doctrina del derecho internacional (Kishoiyian, 1993).

Otros autores en la misma década explicaron la naturaleza de las decisiones anteriores con diferentes hipótesis como la idea de Matthew C. Porterfield sobre la existencia de un “*Common Law* de los derechos de los inversores” (Porterfield, 2010). Según esta idea existe una similitud entre la formación del “estándar mínimo de trato” de la inversión extranjera, incluido el “estándar de trato justo y equitativo” que Porterfield ve como su nuevo componente y la formación de la ley común por los tribunales nacionales para argumentar que eso no puede constituir una “norma legítima de derecho internacional” (2010, p.81). Porterfield al criticar su legitimidad reconoce la existencia del ejercicio de una “autoridad” (cuestionable) para crear una “ley común internacional de los derechos de los inversionistas” (2010) que evoluciona continuamente y que no proviene de las expresiones democráticas en el nivel del Estado y donde los parlamentos nacionales no ejercen un control.

En los siguientes años luego del voto salvado de Wälde y el artículo de Porterfield, el número de casos de inversión, y por lo tanto tribunales arbitrales, aumentaría dramáticamente de 300 casos conocidos en 2007 a más de 700 casos al comienzo de 2016 (ONU, 2015). Este incremento cuantitativo de casos también situó el uso de decisiones previas como una característica más constante en la argumentación.

El uso de decisiones arbitrales previas fue explicado por los tribunales arbitrales de diferentes maneras, algunos de ellos usaron un patrón similar de argumentación, en primer lugar, señalando que las decisiones preliminares no son vinculantes para casos futuros, pero que son importantes en la determinación de obligaciones de los estados. Por ejemplo, el tribunal del Caso *Glamis Gold Ltd v. United States of America* ve las decisiones anteriores como “trayectorias” que les da una importancia sistémica (UNCITRAL, 2009, párr.7). Este tribunal realiza una distinción donde por un lado existe un “mandato primario” de un tribunal arbitral de resolver una disputa, pero, por otro lado, también razona que existe una función subsidiaria de entender el “contexto en el que opera” .

Dentro de esta “conciencia del contexto”, las decisiones previas no tienen “efecto precedente” para el tribunal, pero un tribunal arbitral debe comunicar sus razones en caso de desviarse de lo que denomina las “principales tendencias presentes en decisiones anteriores” (UNCITRAL, 2009, párr.7). Bajo esta autoconcepción es evidente el sentido de pertenencia de los árbitros a un sistema que genera la necesidad del tribunal de ver otros casos previos.

Al respecto, existe también la inserción de un párrafo similar en varios laudos que no mantienen una conexión formal entre sí; en los casos *Burlington Resources Inc v. la República del Ecuador* y *Saipem v. Bangladesh* donde se argumenta a favor de un “deber” de adoptar soluciones establecidas en casos consistentes y contribuir al desarrollo del derecho de inversiones como parte del “estado de derecho”. El hecho de que el mismo texto se reproduzca en laudos diferentes y aparentemente desconectados se explica porque los dos casos comparten un árbitro, Gabrielle Kaufmann-Kohler.

Este es el texto insertado en los laudos:

El Tribunal considera que no está obligado a seguir decisiones anteriores. Al mismo tiempo, considera que debe prestar la debida atención a las decisiones anteriores de los tribunales internacionales. La mayoría cree que, sujeto a motivos convincentes en contrario, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. Cree asimismo que, sujeto a las particularidades de un tratado determinado y de las circunstancias del caso, tiene el deber de intentar contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversión, satisfaciendo de este modo las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversores hacia la seguridad jurídica que emana del estado de derecho (ICSID, 2010, *Caso No. ARB/08/5*, párr.100).

Otros tribunales arbitrales no hacen ninguna autorreflexión sobre la naturaleza de sus funciones ni de la naturaleza del precedente arbitral, pero lo usan en gran medida en sus argumentos. Probablemente la categorización más clara en este sentido se encuentra en el tribunal *Occidental v. Ecuador (II)* donde, al analizar el uso de un principio de proporcionalidad en el arbitraje de inversión, el tribunal hizo una referencia a un creciente cuerpo de “normas arbitrales” refiriéndose a decisiones arbitrales anteriores (ICSID, 2012, parr. 404).

El tribunal del Caso *Occidental v. Ecuador* no proporciona ninguna definición de la naturaleza de este cuerpo de normas arbitrales, pero se refiere a laudos anteriores como “norma”, lo que indica que en la práctica actual las decisiones anteriores han adquirido una fuerza mayor que simplemente “fuentes materiales”.

3. Contextualizando a las decisiones arbitrales previas como ejercicio de autoridad pública

En la literatura reciente, existe una serie de intentos para conceptualizar la decisión arbitral previa donde se descarta la categoría de precedente vinculante en el campo, pero se le otorga una importancia mayor que a la de una fuente de inspiración. Por un lado se considera a la decisión previa como un poder “cuasi-legislativo” (ONU, 2015, Note issue 2) que opera ya sea como una “fuente material” o también como una especie de “razón excluyente” que reduce el campo de razones que un árbitro puede usar para alcanzar una nueva decisión.

Sin embargo, puede ser más útil contextualizar el uso de decisiones arbitrales previas como parte de un ejercicio de autoridad pública por parte de los árbitros de inversión. El término autoridad, puede ser entendido como “forma o expresiones de poder institucionalizado” (Hall, R., y Biersteker, T, 2002) o en un entendimiento más amplio como “capacidad legalmente establecida para restringir fáctica o legalmente la libertad de actores o de determinar cómo estos utilizan su libertad” (Bogdandy, 2014).

El arbitraje de inversiones, por sus características descritas anteriormente, no sólo resuelve disputas puntuales de inversión extranjera, sino que al hacerlo ejerce un poder — autoridad pública— que restringe de alguna manera la forma en que los Estados actúan o ejercen sus propias competencias (Schill, S., 2010). Esta capacidad se manifiesta de dos formas.

La primera, en la resolución de un caso concreto, en el ámbito de su competencia y a la luz de un tratado de inversión, consiste en controlar la legalidad de cualquier acción del poder público de un Estado.

La segunda se ejerce al emitir un laudo, el cual se incorpora a un tipo de jurisprudencia arbitral que define los conceptos que pueden usarse en casos futuros⁵. Esta segunda función

5 Para un mayor detalle sobre la perspectiva del ejercicio de autoridad pública internacional: von Bogdandy /Venzke (2014,

del arbitraje implica que una vez dichos conceptos son definidos en la argumentación de un tribunal arbitral y en caso de ser esta lo suficientemente persuasiva, implica que ciertos fallos de inversión pueden influenciar los textos de tratados futuros al otorgar un vocabulario más desarrollado sobre la materia, a los negociadores de tratados (Titi, 2013). Por ejemplo, luego de una multiplicidad de fallos sobre el estándar del trato justo y equitativo, permitió diferenciar diferentes elementos concretos, un catálogo de conceptos como expectativas legítimas, o denegación de justicia, para ser usados (o excluidos expresamente) en futuros tratados.

Como contrapartida, la conceptualización del arbitraje como un ejercicio de autoridad pública fuera de la estructura del estado, permite complejizar más la discusión sobre la legitimidad de dicho poder. Si el arbitraje de inversiones es concebido únicamente como un mecanismo de solución de disputas, los debates sobre su legitimidad se centran en la discusión sobre si los estados han consentido válidamente o no a su uso ya sea mediante una ley, un contrato o un tratado.

De otro lado, si se reconoce al arbitraje de inversiones como una forma de autoridad pública, el debate acerca de su legitimidad no puede centrarse en discusiones sobre el consentimiento estatal, sino también debe abarcar la forma en que este poder institucionalizado es usado.

4. Conclusión

El debate sobre la naturaleza y valor de decisiones arbitrales previas seguirá abierto en parte porque entre los propios árbitros de inversiones y la comunidad epistémica que los rodea existen diferentes autoconcepciones de su rol y función. Sin embargo, por las razones expuestas, una opción puede ser contextualizar a las decisiones arbitrales previas como acciones de un “poder institucionalizado”, un ejercicio de la autoridad pública que por sus características no es tan fuerte como para ser considerado como un tipo precedente vinculante, pero no es tan débil como para ser ignorado como simple referencia o fuente de inspiración.

En este sentido, adoptar el prisma conceptual del arbitraje de inversiones como ejercicio de autoridad pública determina que la fuerza de una decisión arbitral en casos futuros estará determinada no en la decisión en sí misma, sino en su argumentación. Por lo tanto, la evaluación sobre la legitimidad de las decisiones en el arbitraje de inversión se asemeja cada vez más al escrutinio que se ejerce sobre las decisiones de jueces de derecho público, como los son las cortes constitucionales.

El análisis de laudos internacionales de inversión no solo es efectuado por las partes en disputa, como sucede en el arbitraje comercial. Adicionalmente, en la actualidad existe una verdadera audiencia global que analiza este tipo de decisiones, especialmente en casos donde se evalúan temas sensibles de políticas públicas. Por ejemplo, la decisión del caso Philip Morris vs. Uruguay, caso donde se examinó la legalidad de medidas de un estado para restringir el consumo de tabaco, fue analizada no solo por las partes en conflicto, sino que ha sido objeto de un continuo análisis por especialistas jurídicos y de salud, a nivel global.

La existencia de esta “audiencia global” para laudos de inversión implica que un mismo texto es analizado no solo por operadores de diferentes tradiciones jurídicas (common law, civil law), sino también por especialistas de ciencias diversas. Por lo tanto, si la argumentación de un laudo en arbitraje de inversión es lo suficientemente persuasiva, sin ser formalmente vinculante en un sistema jurídico nacional o internacional, afectará las narrativas argumentativas de casos futuros en diferentes regiones geográficas.

Referencias bibliográficas

- Bogdandy, A. (2014). Common Principles for a Plurality of Orders: A Study on Public Authority in the European Legal Area. *International Journal of Constitutional Law Oxford*, (12), 987. <https://doi.org/10.1093/icon/mou066>
- Bogdandy, A. y Venzje, I., (2014). *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*. Oxford: Oxford Univ. Press.
- De Brabandere, E. (2012). Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law. En Tarcisio Gazzini y Eric de Brabandere. *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Boston: Martinus Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004214538_010
- Dolzer, R, y Stevens, M. (1995). *Bilateral investment Treaties*. Boston: Martinus Nijhoff. <https://doi.org/10.1017/s0165070x00004812>
- Dolzer, R. / Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Boston: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/law:iic/9780199211753.001.1>
- Hall, R. y Biersteker, T, (2002). *The Emergence of Private Authority in the International System*. Cambridge Studies in International Relations 85, 4. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511491238.002>
- Jeffery, P. (2007). Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence. *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International*, 24 (2), 129-158.
- Kishoiyian, B. (1993). The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 14 (2), 327-375.
- Mills, A. (2011). Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration. *Journal of International Economic Law*, 14 (2,1), 469-503. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgr020>
- Porterfield, M. (2006). An International Common Law of Investors Rights. *Journal of International Law*, 27, 84-85.
- Schill, W. (2009). *The Multilateralization of International Investment Law*. Boston: Cambridge University Press.
- (2010). *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Schreuer, C. (2001). *The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Nueva York: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511596896.003>
- Sornarajah, M. (2000). *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Chicago: Kluwer Law International. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511841439.010>
- (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Boston: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511841439.009>
- Titi, C. (2013). The Arbitrator as a Lawmaker: Jurisgenerative Processes in Investment Arbitration. *The Journal of World Investment & Trade*, 14, 829-851. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2758113>
- United Nations Conference on Trade and Development. (2015). IIA Note issue 2.
- Zhan, J et al. (2018). *La Inversión y las nuevas políticas Industriales*. UNCTAD. Ginebra: Naciones Unidas.

Sentencias

- ICSID (2006). *Azurix Corp. v. La República Argentina (I)*, No. ARB/01/12, Award
- (2007). *Saipem S. p. A. v. People's Republic of Bangladesh*. No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures.
- (2010). *Burlington Resources Inc v. la República del Ecuador*, No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction.
- (2010). *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, No ARB/09/11, Award).
- (2012). *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (II)*, Case No. ARB/06/11, Award.
- UNCITRAL (2002). *United Parcel Service of America Inc (UPS) v. Government of Canada*. No. UNCT/02/1, Award on Jurisdiction.
- (2006). *International Thunderbird Gaming Corporation v The United Mexican States, NAFTA arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules*, Separate Opinion Thomas W. Wälde
- (2009) *Glamis Gold, Ltd. v United States of America*. UNCITRAL Rules, Award, (2009).

Convenciones, tratados y conferencias

- ONU (1945) *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ)*. La CIJ comenzó a funcionar 6 de febrero de 1946.
- ONU (1958). Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras: UNCITRAL. Adoptada por la Asamblea Nacional el 19 de agosto de 1961.
- ONU (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Adoptada por Decreto Ejecutivo el 28 de julio de 2003.
- ONU (2015). *United Nations Conference On Trade And Development*. IIA Note issue 2, 2015

Re-thinking the requirement of making an investment in accordance with domestic laws as a substantive right and a cause of action for host States under the BITs¹

Repensar el requisito de realizar una inversión en concordancia con el derecho doméstico como derecho sustantivo y pretensión accionable para los Estados bajo los BITs

FÉLIX ANTOLÍN MARTÍNEZ²
Albagli Zaliasnik Law Group

Summary

This paper challenges one of the most traditional notions in International Investment Arbitration, which is that host States do not possess any substantive rights under the BIT's framework. This work's thesis is that the current BIT framework actually grants the host State a substantive right, and as a result, a cause of action in the investment arbitration system. This right emanates from the requirement articulated in the BIT that the investment be in accordance with the host State's law. The paper explains that there is a line of both BIT and ICSID cases holding that the requirement of compliance with the host State's laws is autonomous, and that this autonomy imports a substantive right for the host States grounded solely in the BITs. This idea is also supported by the spirit and objectives of both the ICSID Convention and the BITs.

Keywords

Investment / Host State Law / Substantive Right / Investment Arbitration / ICSID / BITs.

Resumen

Este artículo desafía una de las nociones más tradicionales del Arbitraje Internacional de Inversiones: que los estados que reciben las inversiones no tienen derechos sustantivos bajo el sistema de los BITs. La tesis de este trabajo es que la actual red de BITs otorga a los Estados receptores un derecho sustantivo y así una pretensión accionable en Arbitraje Internacional de Inversiones. Este derecho emana del requisito consistente en que la inversión debe realizarse conforme al derecho del estado receptor. Existe una línea tanto de BITs como de casos seguidos en ICSID que sostiene que la exigencia de cumplimiento con el derecho del Estado receptor es autónoma, y que esta autonomía confiere un derecho sustantivo para los estados receptores consagrado en los BITs. Esta idea también se apoya en el espíritu y los objetivos tanto de la Convención de ICSID como de los BITs.

Palabras clave

Inversión / Derecho del Estado Receptor / Derecho Sustantivo / Arbitraje de Inversiones / ICSID / BITs.

1 Recibido: 15/07/2018 – Aceptado: 05/10/2018

2 Abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez, Viña Del Mar, Chile y LL.M de la New York University, Estados Unidos. Asociado Senior del estudio jurídico Albagli Zaliasnik, en Santiago de Chile, desde 2017.



1. Introduction: the state of the matter

In the last few years, there have been increasing concerns about how effective the ICSID system and the BIT network are in practice (the concerns regarding the BIT network stem from the fact that it has developed as an ICSID product). Both systems have largely only provided benefits for foreign investors. Since the famous *Salini* case, the international community has been focused on the requirement that the investment contribute to the development of the host State in order to seek protection under ICSID (ICSID, 2000, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ¶¶ 52, 57). While several authors have tried to determine if the BITs favor the developing countries' economy, only a few of them have considered the substantive legal inequality between the foreign investor and the host State (Rose-Ackerman and Tobin, 2009, pp. 131-143). This inequality refers to the general understanding of the BITs universe as a system in which only the investor has substantive rights, and is therefore the only party entitled to a cause of action—against the host State— arising from the BITs (Toral and Schultz, 2009, pp. 577-578).

In two interesting pieces, Mehmet Toral and Thomas Schultz, on the one hand, and Gustavo Laborde, on the other, agree that the BITs, as have been drafted and applied until today, do not confer any substantive right to the host State (Toral and Schultz, 2009, pp. 577-578). In different ways, the authors of both articles present possible solutions to this problem.

For Toral and Schultz, the existing BIT framework is being slowly pushed by International Law towards imposing obligations on the investors. These authors explain how International Law on Human Rights and sustainable development, as applied by the host State in its country, are not only binding for the State but also for the foreign investor. These norms establish outer limits for how the foreign investment is to be conducted (Toral and Schultz, 2009, pp. 578-589). On the other hand, Laborde explains that the most effective way to overcome this problem is by introducing changes to the terms of the future generation of BITs by introducing two elements: to re-establish privity between the foreign investor and the host State, and to confer substantive rights to the latter (he suggests using a reverse umbrella clause) (Laborde, 2010, pp. 102-122).

This problem is not only exposed by authors, but also is reflected in ICSID arbitration case law. In the history of ICSID arbitration, only four cases have been initiated by the host State, i.e., in only those four cases the State has acted as claimant (excluding cases of counterclaims). Furthermore, in all of those cases the claims have been based exclusively on contract rights, not on substantive treaty rights:

In *Gabon v. Société Serete S.A.*, (ICSID, 1976), the host State initiated arbitration proceedings regarding a contract for the construction of a hospital maternity ward. In 1978, this case was settled and the proceedings were discontinued (ICSID, 1978, *Gabon v. Société Serete S.A.*; Laborde, 2010, pp. 100, 120; Toral and Schultz, 2009, p. 589).

In *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited* (ICSID, 1998), the host State (TANESCO) started proceedings asserting two claims against the investor (IPTL), a Tanzanian-Malaysian joint venture, for the alleged breaches of a Power Purchase Agreement and its Addendum No. 1, regarding the design, construction, operation and maintenance of an electric generating facility. In 2001, the arbitral tribunal rendered the final award, which largely incorporated the parties' agreement of the disputed issues. While interpretation proceedings were pending, the tribunal issued an order, taking note of the discontinuance of the arbitration (ICSID, 1998, *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*; Laborde, 2010, pp. 100-101; Toral and Schultz, 2009, pp. 589-595).

In *Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others* (ICSID, 2007), the Government of the Province of East Kalimantan initiated proceedings as a representative of the State of Indonesia, against several companies (referred together as “KPC Respondents”), alleging breaches of the so-called KPC Contract, an agreement to conduct coal-mining operations. In 2009, the arbitral tribunal rendered an Award on Jurisdiction, deciding that it lacked jurisdiction to decide the dispute, because the State of Indonesia denied the claimant’s authority to act as a party in the ICSID arbitration (ICSID, 2007, *Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others*; Laborde, 2010, p. 101; Toral and Schultz, pp. 589-591, 595-600).

Finally, in *Republic of Peru v. Caraveli Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.* (ICSID, 2013), the host State sued the foreign investor in connection with monetary sanctions that arose from a previous ICSID arbitration initiated by the investor. Indeed, in *Caraveli Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. v. Republic of Peru* (ICSID, 2013), the investor started arbitration proceedings against the host State regarding concession contracts for the construction of energy transmission lines. In 2013, the arbitral tribunal rendered the final award, rejecting all of the investor’s claims and ordering it to pay the State’s costs and expenses of the arbitration. In December 2013, the parties of both arbitrations and the investor’s shareholders (who also initiated an ICSID arbitration independently, that was pending at the time) signed an “Integral Agreement”, in which they ended the three arbitrations, and the foreign investors agreed to pay US\$40,000,000 to the Republic of Peru (ICSID, 2013, *Republic of Peru v. Caraveli Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.*).

Further, as anticipated, there have been instances in which a State has initiated a counterclaim against an investor. Two notable examples worth mentioning are the cases of *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador* (ICSID, 2008) and *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, (ICSID, 2008). In both cases, the counterclaims were based upon the investor contract, not on the governing BIT, such as the precedent cases explained above. Ecuador’s counterclaims arose under a production-sharing contract entered into by both parties for the exploration and exploitation of Ecuador’s hydrocarbon resources. Therefore, these cases present issues distinct from those examined in this article because neither involved claims brought by the State under the BIT.

The host States’ lack of substantive rights under the BIT and their inability to file purely treaty-based claims is also connected to one of the most recurrent critiques of the ICSID system regarding a perceived bias against host States. This problem is clearly explained by George Kahale, III, who explains that this does not have to do with the statistical number of cases that the States have won, but rather with a feeling that, no matter what the statistics are, there exists a bias against the States anyways (Kahale, 2014).

Although Kahale, III does not explain why this perceived bias exists, it seems to be grounded—at least in some way—in the problems addressed in this paper. This paper suggests that one of the reasons why this bias exists is because the host State is always the defendant in ICSID arbitrations. As a matter of fact, Toral and Shultz have also suggested this intuitive point in their piece, in the following terms: “[p]ut more prosaically, the investor is almost systematically cast in the role of the claimant in disputes in opposition to the State that hosts the investment. The structure of investment arbitration is thus seen as primarily benefiting the investor to the detriment of the State” (Toral and Schultz, 2009, p. 578).

Therefore, the issue at hand is of significant importance and is worth exploring in depth. Moreover, the solutions proposed by authors who have considered this issue are unsatisfactory. While some authors point to very marginal areas of substantive protection to

the States International Law on Human Rights and sustainable development, others seem to depend on the re-drafting of a whole new generation of BITs, which will take a very long time (and a large amount of effort) to happen.

This paper will focus on proposing a more feasible, immediate, and comprehensive solution to the issue presented. The thesis put forth in this essay is that the host State possesses a substantive right under the current BIT framework. This right emanates from the requirement that the investment must be in accordance with the host State's law. Even if this requirement is only considered a part of the concept of "investment" established in the BITs and developed substantially in the ICSID case law (in the objections to jurisdiction context), there is a clear line of BIT and ICSID cases suggesting that this has been treated in both contexts as an autonomous requirement. This autonomous element can give rise to a substantive right for host States under investment treaties, and as a result, a cause of action based on the BITs. We think this understanding is also consistent with the objectives and spirit of both the ICSID Convention and the majority of the BITs.

In a few words, when the host State deploys the BIT's agreed standards of protection in order to protect a foreign investment, it is entitled to receive an investment that will contribute to the development of its economy. In this sense, such an investment must comply with the host State's law if such a contribution is to be made. Thus, if the investment violates the host State's domestic law, (at the beginning or through its development) the host State should have a cause of action before ICSID for a breach of the BIT.

The present work is organized in the following way: (II) Reasons why it is convenient for the States to have substantive rights and a cause of action that rests solely in the investment treaties; (III) A discussion of the line of ICSID cases and BITs from which the autonomy of the requirement of compliance with the host State's laws flows, and how this autonomy provides the host State with a substantive right, which as a result, can lead to a cause of action grounded exclusively in the investment treaties; (IV) How the ICSID Convention and some BITs show that the objectives and spirit of both support the proposed thesis; (V) Conclusions on how this substantive right and cause of action can take shape and operate, as well as some limits that should be considered.

2. Why would it be convenient for the host States to have substantive rights and a cause of action arising solely under the BITs?

Usually a foreign investor and a host State, under the framework of a binding BIT, sign an investment contract in order to regulate the terms under which the investment will be made. It is perfectly possible that this contract either: includes a dispute resolution clause that only provides access to the domestic courts (or domestic arbitration) or does not have a dispute resolution clause at all, and thus the general subsidiary jurisdiction and competence rules of the host State apply.

Generally when this occurs, it is the investor that wants to avoid the domestic *fora* agreed by the parties in the investment contract. This has given rise to the doctrine of umbrella clauses, and their extension to disputes that arise not only from the BITs but also from investment contracts. Under the current status of the system, however, only the investor is entitled to seek ICSID arbitration by exercising the BITs' umbrella clause (which are worded to benefit the investors), or simply by interpreting the host State's breaches of contract also as breaches of the standards of protection that the respective BITs grant. On the contrary, the State is not able to rely on the BITs in order to avoid the contract *fora*.

Even though it has not received much attention, as we will see below, there are reasons why States would prefer to avoid the *fora* agreed upon in an investment contract. States may prefer to resort to recourse through ICSID under the respective BIT. Additionally, there might be situations where it will be more beneficial to the host State to bring claims based on a BIT, and not on the investment contract.

From the analysis of the ICSID case law, we propose the following 5 hypotheticals: in each of them the State would benefit, either from a procedural, substantive or even political standpoint, by having the protection of a substantive right and a cause of action granted by the BITs.

2.1. Fear of corruption

According to Toral and Laborde, in *TANESCO v. IPTL*, it seems the State initiated ICSID proceedings on the grounds of:

[W]ell-grounded fear of the corruption of its own national courts and the possibility that they would be partial and decide in favor of the investor, IPTL. This mistrust in its own domestic institutions would have been the reason for T[ANESCO] to seek justice elsewhere —ICSID was thus resorted to as an impartial and independent tribunal (Toral and Schultz, 2009, pp. 591).

Even though investors may fear that the host State's judiciary might be corrupt, or aligned with the government's States, it is possible to imagine a scenario in which the judiciary power is totally independent of the host State government (e.g. when the government only has a very small influence in the appointment of judges), or when corruption is at a level so high that officials simply sell themselves to the best buyer, irrespective of their nationality (ICSID, 1998, *TanESCO v. IPTL*). In a situation like this, the state might prefer to assert its rights before an impartial tribunal, such as ICSID, which exists without domestic pressures.

2.2. Avoiding potential international liability

What happens when the foreign investor breaches its obligations towards the State? In these cases generally the State has two options (when it does not have a contract right to bring claims before ICSID): to start proceedings in its domestic courts, or directly intervene in the foreign investment, usually by an expropriation. If the State engages in such conduct (even if it does so by enforcing a domestic court judgment), the investor can initiate arbitration proceedings before ICSID. Thus, in the arbitration, the tribunal could find for the claimant, and decide that the measures adopted by the State produced damages to the foreign investor. In such a scenario, the State will be held liable for damages, an amount of which would have been produced by the host State precisely for exercising the only available measures it had for the alleged investor's breach.

This problematic situation could be avoided if the State had the right to resort directly to ICSID. Likewise, this option will seriously diminish the problem of having parallel ICSID proceedings and litigation at the host State's courts.

2.3. Incentive to gain or keep international reputation

Several authors sustain that by signing BITs, States (especially developing ones) intend to demonstrate to foreign investors that their investments will have strong guarantees and protections. Through the BIT, the State is also showing a commitment that can be enforced

through an investment treaty, independently of the flaws or shortcomings of their domestic rule of law (Rose-Ackerman and Tobin, 2009, p. 131).

Then, it may be possible that the host States have this same incentive in preferring to defer to ICSID arbitration *in lieu* of exercising their rights in its domestic courts. If States have a cause of action emanating from the BITs and are seen as an equal acting party in the ICSID system, then it would be likely that the choice of *forum* on the part of the State would be a variable in statistical studies or surveys. This in turn, would determine which States are more committed to the BITs framework and in principle would provide more guarantees to the foreign investments in their countries. In sum, the preference of using ICSID rather than the State's domestic courts will improve the State's reputation as a convenient place to invest.

2.4. It is easier to enforce an ICSID award in foreign jurisdictions than a judgment from the domestic courts

According to Toral, Schultz, and Laborde, sometimes the State will prefer to file a claim before ICSID instead of its own domestic courts because it would be easier to enforce an ICSID award in foreign jurisdictions, rather than a judgment from the local courts (Toral and Schultz, 2009, p. 101). This idea is based on the Commitment that the ICSID Convention's Contracting States made under Article 54(1) (Laborde, 2010, p. 101); Moreover, this seems to become especially relevant when the investor's assets in the host country are insufficient to satisfy the amounts owed to the host State.

Although this theory maybe seems compelling, it is not as clear cut as it seems. Even though it's true that The Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments has not been widely adopted among States, we would have to determine if enforceability of the ICSID awards is more effective than reciprocal relationships and comity between States, which can be strong ways to facilitate the enforcement of domestic judgments in favor of the host State in foreign nations (especially among those States who are strong or have a lot of political allies).

2.5. When substantive rights under the BIT are better than contract rights

This last proposition is purely hypothetical, as it is based on an assumption that substantive rights for the host States under the BITs are recognized. It could be possible to conceive of a situation where the substantive right exists (i.e. the right of the host State to receive an investment in compliance with its laws), and it is stronger or more comprehensive than the substantive protections negotiated with the foreign investor in the investment contract. This may be the case for a small developing country that is negotiating an investment contract with one of the world's biggest companies regarding a multi-million dollar investment, and as a result the State got caught in a bad contract deal with the investor.

3. The autonomy of the requirement of compliance with the host State's laws, as described by the BITs and understood by ICSID case law

As anticipated in the sections above, the requirement that the investment comply with the host State's laws has been developed in the context of cases with objections to the Centre's jurisdiction. Specifically, this requirement has been formed as a part of a list of factors that an investment should (or must, according to some ICSID tribunals) fulfill in order to qualify as an "investment" in the terms of Article 25 of the ICSID Convention. As we know, only investments complying with this provision are entitled to the standards of protection outlined in the BITs.

The development of the requirement that the investor comply with the host State laws began with *Salini*. The arbitral tribunal in *Salini* ruled that a protected investment was to one that contributed to the development of the host State (ICSID, 2000, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ¶¶ 52, 57). Several cases followed *Salini*, expanding or re-thinking this reasoning, and therefore making slight modifications to this requirement and adding new ones in the same spirit. The most important of these cases for our purposes is *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic* (ICSID, 2006) in which the arbitral tribunal added two factors to the *Salini* test: that the investment be “made in accordance with the laws of the host State” (this element was considered by the *Salini* tribunal, but not added as a factor in the test), and “in good faith” (ICSID, 2006, *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ¶¶ 45, 49). All of these cases found that it was relevant to analyze every factor in these tests to determine if an investment was to be considered a protected one under the BITs (although the approaches to the tests varied among the tribunals).

Other arbitral tribunals went in the opposite direction of *Salini*, finding that the list of factors provided there and in subsequent cases were not dispositive in determining if the investment qualified as a protected one under the terms of Article 25. For these tribunals, the most important element to be considered in the definition of investment was the agreement of the parties, considering the deferential treatment given, among other sources, by the *travaux préparatoires* of the ICSID Convention to the party autonomy in this matter. Good examples of these cases are *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22 and *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10.

Even if both lines of cases do not give the same weight to the factors or requirements the investment has to fulfill, it seems every arbitral tribunal, when determining whether an investment is protected, recognizes the existence of these factors, and usually uses them (to one degree or another) in order to reach a decision. Thus, the requirement that an investment complies with the host State’s laws is, at least, a probative criterion in order to determine if an investment shall be protected by a BIT in any given dispute.

Now that we have briefly explained the development of the requirement that the investment be made in accordance with the host State’s law, it is pertinent to briefly describe its treatment in the ICSID system. Firstly, let’s try to define the nature of the requirement. For some authors and tribunals, the requirement is not a proper objection to the Centre’s jurisdiction, but rather an objection of admissibility of the claim. The particular relevance of this distinction is that objections of admissibility are usually considered to be issues pertaining to the merits of the dispute, and therefore have a substantive character, unlike objections to jurisdiction.

In a very clear piece, Andrew Newcombe argues that “admissibility can be a useful tool for approaching questions of investor misconduct.” He equates admissibility with the merits, and describes “investor misconduct” “(such as fraud, illegality and corruption)” (2010). Even more, he considered the fact that this criterion has been applied in several investment arbitrations, such as in *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*. From this view, it is possible to assume that the nature of the requirement of compliance with the host State’s laws is a substantive one. This element is relevant when the idea is to move this requirement from an objection to a substantive right, as will be shown below.

Secondly, it is important to describe the treatment of the requirement of compliance with the host State’s laws in terms of the consequences (as determined by arbitral tribunals) which result when the investment lacks such a requirement and is therefore unprotected. In other words, the issue is what happens with the investment when it does not comply with the host State’s laws. Ursula Kriebaum has categorized the tribunals’ decisions as follows:

Tribunals use three approaches: 1) Tribunals that denied jurisdiction have either held that there is no protected investment or that there is no consent to arbitrate. 2) In other cases they decided that there was an investment, but that it is not protected and hence dismissed the case on the merits. 3) In situations where the respondent successfully invoked violations of host State law as a justification for an interference, tribunals decided that no substantial violation had occurred (2010, s. n.).

The importance of these categorization lies above all in approach number three: as we can see, some arbitral tribunals have considered that this requirement justifies *ex-post* the host State's interventions in a given investment (commonly expropriations). The problem with this approach is what happens when the alleged violations are not successfully invoked by the State. As we will see below, this scenario, and the treatment of the requirement of compliance with the host State's laws as an objection or defense, in many cases, can force the host State to take unreasonable risks of incurring international liability.

Turning now to the main purpose of this section: to show that the compliance with the host State's law requirement is an autonomous one, being different from the other requirements an investment has to fulfill in order to be entitled to the protections of the BITs. The autonomy of this requirement is acknowledged by the BITs and by the ICSID arbitral tribunals in three ways: (a) the requirement of compliance with the host State's law is included in the definition of investment provision, but is not specified in the different forms that the investment can take; (b) the requirement is included in the so-called "in accordance with host State law" clauses (Kriebaum, 2010, p. 307); and (c) even in the absence of the element in the BITs, ICSID arbitral tribunals have found that the investment still has to fulfill this requirement. Let's review these three ways.

(a) BITs usually include the requirement that investors act in accordance with the host State's law within the definition of the term "investment." These kinds of clauses usually provide a general statement defining the term "investment" and listing the different modalities that such an investment might take. Several BITs have included the requirement of compliance with the host State's laws in this term. The Czech-Israel BIT, for example, defines investment as follows: "[t]he term 'investments' shall comprise any kind of assets invested in connection with economic activities by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter and shall include, in particular, though not exclusively:" (1997) Other BITs, such as the Germany-Philippines BIT (1998) and the Peru-Spain BIT (1994), relevant for *Republic of Peru v. Caraveli Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.* (ICSID, 2013), have followed a very similar definition, including the express requirement of accordance with the host State's laws.

The fact that the requirement of compliance with State laws is included in the definition provision of investments strongly suggests that this requirement is different from the other elements necessary for an investment to qualify as protected pursuant Article 25 of the ICSID Convention. In particular, this idea has been supported by ICSID case law.

In *Salini*, the tribunal faced with the question of determining the content of the requirement of compliance with the host State laws', held that:

The Tribunal cannot follow the Kingdom of Morocco in its view that paragraph 1 of Article 1 refers to the law of the host State for the definition of "investment". In focusing on "the categories of invested assets [...] in accordance with the laws and regulations of the aforementioned party," this provision refers to the validity of the investment and not

Re-thinking the requirement of making an investment in accordance with domestic laws

to its definition. More specifically, it seeks to prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal (ICSID, 2000, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ¶ 46).

The tribunal in *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador* (ICSID, 2003), shared this view. In this case the tribunal reasoned:

There are various forms by which States establish the “accordance with the laws of the host State clause.” Among the mechanisms used to include this limitation is to add it into the definition of *investment* itself, making it clear that for the purposes of that reciprocal protection agreement only those made in accordance with the laws of the host State will be deemed *investments*.

(b) The idea that the requirement of compliance with the host State’s laws is autonomous is even stronger when it is included in a specific, independent clause in the BITs, the so-called “in accordance with host State law” clause. This provision essentially establishes that the host States shall admit foreign investments only if they are made in accordance with its domestic laws. This means that if the investment is illegal in the eyes of the host state, it has the right not to accept it. This mechanism of including the requirement as its own clause is “[o]ne of the most commonly used,” and can coexist with the definition of investment that also contains the requirement (ICSID, 2003, *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, ¶ 185). As the Netherlands-Czech BIT puts it in its Article 2: “[e]ach Contracting Party shall in its territory promote investments by investors of the other Contracting Party and shall admit such investments in accordance with its provisions of law” (1992). A similar provision can be found, for example and among many others, in the Spain-El Salvador BIT (1996).

This view is also supported by case law. As we have seen, the *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador* (ICSID, 2003) tribunal considered that the requirement of accordance with the host state’s laws, can be included in both the definition of investment and in the specific article that deals with this requirement (in the provisions related to “Protection” or in the “Promotion and Admission” chapter of the BIT).

(c) Finally, the autonomy of the requirement is shown by the fact that some ICSID tribunals have found it to apply to foreign investments even if it is not included in the investment treaties. Tribunals have applied the requirement to determine if the investment qualifies as protected. This trend opens the door to finding that the protection favors the State and is different from the elements an investment must satisfy in order to enter into the realm of protection of the BITs.

In *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID, 2003), a case dealing with a foreign investment under the Energy Charter Treaty (ECT), the arbitral tribunal held that:

Unlike a number of Bilateral Investment Treaties, the ECT does not contain a provision requiring the conformity of the Investment with a particular law. This does not mean, however, that the protections provided for by the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic or international law.

The tribunal in *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic* followed this position in the following terms:

In the Tribunal's view, States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments made in violation of their laws. If a State, for example, restricts foreign investment in a sector of its economy and a foreign investor disregards such restriction, the investment concerned cannot be protected under the ICSID/BIT system. These are illegal investments according to the national law of the host State and cannot be protected through an ICSID arbitral process. And it is the Tribunal's view that this condition—the conformity of the establishment of the investment with the national laws—is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT.

Consequently, the BITs and the line of cases described support the contention that if the requirement of compliance with the host State's law is autonomous or independent, and of a substantive nature, it can arise as more than a mere objection of jurisdiction or admissibility. If the requirement is treated as a substantive right, there would be a cause of action for the host State. In the next section we will demonstrate how this thesis is also supported by the objectives and spirit of both the ICSID Convention and the BIT framework.

4. The objectives and spirit of both the ICSID Convention and the BITs are consistent with granting the host states a substantive right (and a cause of action)

As explained in the section above, the substantive right of the State to receive a foreign investment in accordance with its domestic law, and therefore a corresponding cause of action, should be considered a standard accorded for the benefit of the state in the BITs, as understood by ICSID case law. This understanding, as detailed below, is reinforced by the object and spirit of both the ICSID system and the BITs network.

Let's start with the developing documents of the ICSID system. From the reading of the constituent documents of both the World Bank and ICSID, it is easy to realize that, among the objectives of both institutions, the development of the States takes a central place. Indeed, Article 1 (Purposes) of the World Bank's Articles of Agreement establishes as a purpose of ensuring the "encouragement of the development of productive facilities and resources in less developed countries" (2012). This purpose has been acknowledged in the UNCTAD Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property, one of the cornerstones of the "specialized subject-matter jurisdiction" of ICSID (Escobar, 2003).

Then comes the famous preamble of the ICSID Convention, according to which the Contracting States considered "the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein. (2006)" As seen above, the preamble, and especially this phrase, are the sections that *Salini* and its following line of cases have used in order to establish the requirement that an investment must contribute to the development of the host State.

This idea also conforms with the objectives of the BITs, which seek to provide reciprocal benefits between the contracting parties arising from the promotion of foreign investments, and as a result, develop the States economically. Indeed, the UK-Indonesia BIT (1977), relevant in the *Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others* case (ICSID, 2007), stated in its preamble that the contracting states recognized "that the encouragement and reciprocal protection under international agreement of such investments will be conducive to the stimulation of individual business initiative and will increase prosperity in both States" (p. 1977).

Other BITs have followed the language of this treaty in a similar way, such as the Finland-Estonia BIT (1993), the Czech-Israel BIT (1997), and the Germany-Philippines

BIT (1998). All of these treaties seek the “prosperity” of both contracting states through foreign investments³.

Furthermore, the Netherlands–Czech BIT went even further in creating this principle with clear language, as it refers directly to the State’s “economic development”: “[r]ecognizing that agreement upon the treatment to be accorded to such investments will stimulate the flow of capital and technology and the economic development of the Contracting Parties and that fair and equitable treatment is desirable” (1992).

Now, it is clear that the BITs and the ICSID documents have some objectives in common and that a central role is given to ensuring benefits to the development, prosperity, or economy of the host States. Therefore, the substantive right of the State to receive an investment in accordance with its laws can be inferred from the premise that foreign investments should contribute to the development of the host States. It is simply unreasonable to think that an illegal investment can provide benefits or prosperity to a country.

In this regard, when analyzing the connection between these documents and the treatment of the requirement of compliance with the host’s law, the following conclusion is inevitable: it is difficult to imagine that both the framers of the ICSID Convention and the negotiating parties of the first generation of BITs thought of a system in which the host State won’t have any cause of action against the investor. Even worse, they probably did not think that this lack of protection to the host would leave the State with only one solution: to expropriate or intervene in the foreign investment when the investor engages in illegal activities.

This fallout, which as explained has been traditionally supported or at least tolerated by the ICSID case law, seems to be clearly against the objectives of the promotion of foreign investment and of the development of the State, as it produces instability and leaves the system useless in preventing these kinds of situations.

Additionally, if we look at the reciprocity promoted by the BITs, it seems that some “consideration” that has to be given to the State, in exchange of providing protection to the foreign investor (according to the BITs’ international standards): this “consideration” would be to receive an investment that at least complies with the laws of the host state; is the minimum assurance that the host State can have that the foreign investment would be a contribution to the country.

Finally, we have seen that the objection to jurisdiction based on the non-compliance of the foreign investment with the State’s law is considered to be an objection of admissibility, i.e. part of the merits discussion, and therefore a substantive nature. Consequently, it does not seem to be a problem with the nature of this objection when it comes to treating it as a substantive right.

³ The Finland-Estonia BIT states: “[r]ecognizing the need to protect investments by investors of both Parties and to stimulate the flow of capital and individual business initiative with a view to the economic prosperity of both Parties”. *Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Republic of Estonia for the Promotion and Protection of Investments*, Preamble (1993). The Czech-Israel BIT states: “[r]ecognizing that the reciprocal promotion and protection of investments on the basis of the present Agreement will be conducive to the stimulation of individual business initiative and will increase prosperity in both States. *Agreement between the Government of the Czech Republic and the Government of the State of Israel for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*, supra note 27, at Preamble. The Germany-Philippines BIT states: “[r]ecognizing that encouragement and protection of such investments will benefit the economic prosperity of both States”. *Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of Philippines for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, supra note 28, at Preamble (1998).

5. Conclusions

It seems feasible to consider the possibility that host States are entitled to bring claims arising out directly of a substantive right granted in the BITs. This could be beneficial for the entire ICSID system.

Under this approach, host States would be allowed to bring a claim under the BITs based on a right to receive an international investment in accordance with its domestic law. This arises both from the terms agreed upon by the Contracting Parties in investment treaties and the objectives of those instruments, as well as from the ICSID Convention. Compromising with this view could be very helpful to meet the ideal of the host States being more active as claimants in ICSID arbitrations, without making any changes to the BITs' designs, and could extend to violations in any area of the State's law that is connected with the investment.

As discussed in this piece, this thesis could be supported by the treatment that has given to the "in accordance with host State laws" requirement by a line of cases and BITs. In a nutshell, it is possible to argue that the understanding of this requirement as a one of admissibility, and the fact some BITs include a specific provision regarding investments' compliance with the laws of the host State, means implicitly this requirement has a substantive dimension, apart from its jurisdictional one.

Nevertheless, it is important to state two precautions: first, this article in no way pretends to suggest that host States could force foreign investors to make investments in the country, but to demand the legality of the investments that are already made or in progress, as agreed by the respective parties; second, the issues analyzed and proposed in this paper are subject to the interpretation of the practitioners in international investment arbitration, and adopting this idea would require a creative effort and a breakthrough with respect to how host State's rights have been understood until today.

Then, in order to allow the host States to exercise this right, the parties of investment treaties and of investment disputes, and especially the ICSID Secretariat and the ICSID tribunals should make this type of compromise.

As explained by authors, a participation of the host States as claimants will most likely fortify the ICSID system, giving all of the actors a sense of stability, equality and commitment to the ICSID tribunals' arbitral awards. Plus, it will contribute to the further promotion of foreign investments (Laborde, 2010, p. 120-122).

Of course, the exercise of this substantive right will have to be subject to certain limits that do not allow for its abuse by the host State. Those limits will need to be based on the earlier case law dealing with the requirement of comporting to the host State's law, when filed as an objection to jurisdiction.

Relatedly, the State should not be able to exercise this right if the host state itself has violated its own law. In other words, the State should be precluded from exercising its right with regards to a foreign investment if the claimed illegalities consist of the host State's own violations of its laws (Kriebaum, 2010, p. 310).

Additionally, the State should not be able to exercise this right if it makes changes to its domestic law after the investment was agreed or it has started, with the sole purpose of making that investment illegal, so the state can be excused from complying with its obligations. As explained by Guido Tawil, even if the foreign investor and the host State haven't signed a stabilization clause, "[a]ction taken through changes in the domestic law which is aimed at abrogating the contractual relationship or at establishing a framework under which the investor can no longer operate will not have to be accepted" (2003).

Bibliographic references

- Escobar, A. (2003). *UNCTAD Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property, module 2.5* 5. Geneva: United Nations.
- Kahale, G. (2014). III, *Keynote Speech during the Eight Annual Juris Investment Treaty Arbitration Conference*. Washington, D.C. <<https://www.curtis.com/siteFiles/Publications/8TH%20Annual%20Juris%20Investment%20Treaty%20Arbitration%20Conf.%20-%20March%2028%202014.pdf>>.
- Kriebaum, U. (2010). Chapter V: Investment Arbitration. Illegal Investments. In C. Klausegger, P. Klein, et al. (eds.). *Austrian Arbitration Yearbook 2010*. London: C.H. Beck, Stämpfli & Manz.
- Laborde, G. (2010). The Case for Host State Claims in Investment Arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, 97, 111-113. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idp008>
- Newcombe, A. (2010). The Question of Admissibility of Claims in Investment Treaty Arbitration. *Kluwer Arbitration Blog*. <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/02/03/the-question-of-admissibility-of-claims-in-investment-treaty-arbitration/>>.
- Rose-Ackerman, S. and Tobin, J. (2009). Do BITs Benefit Developing Countries? In C. A. Rogers and R. P. Alford (eds.). *The Future of Investment Arbitration* (pp. 131-143). Oxford: Oxford University Press.
- Tawil, G. (2003). *UNCTAD Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property, module 2.6* 16. Geneva: United Nations.
- Toral, M. and Schultz, T. (2009). The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations. In M. Waibel et al. eds, *The Backlash Against Investment Arbitration* (pp. 577-578). London: Wolters Kluwer.

Decisions

- ICSID (1978). *Gabon v. Société Serete S.A.*, ICSID Case No. ARB/76/1.
- (1998). *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*, ICSID Case No. ARB/98/8, Final Award (2001) <<https://icsid.worldbank.org>>.
- (2000). *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (2003), in *42 International Legal Materials* ¶¶ 52, 57.
- (2003). *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB 03/26, Award (English translation) ¶ 186 (2006) <<https://icsid.worldbank.org>>.
- (2003). *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB 03/24, Award ¶138 (2008) <<https://icsid.worldbank.org>>.
- (2005). *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award ¶¶ 310, 312-318 (2008) <<https://icsid.worldbank.org>>.
- (2005). *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment ¶¶ 71-80 (2009) <<https://icsid.worldbank.org>>.
- (2006). *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award ¶¶ 100-105, 134 (2009) <<https://icsid.worldbank.org>>.

- (2007). *Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal — others*, ICSID Case No. ARB/07/3, Award on Jurisdiction (2009) <<https://icsid.worldbank.org>>.
- (2008). *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*. ICSID Case No. ARB/08/5. Decision on Counterclaims (2017) <<https://icsid.worldbank.org>>.
- (2008). *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision on Environmental Counterclaim (2015) <<https://icsid.worldbank.org>>.
- (2011). *Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/11/9, Final Award (2013) <<https://icsid.worldbank.org>>.
- (2013). *Republic of Peru v. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.*, ICSID Case No. ARB/13/24, Procedural Order Acknowledging the Discontinuance of the Proceedings (2013) <<https://icsid.worldbank.org>>.

Legislation

- Government of the Czech Republic / Government of the State of Israel (1997). Agreement between the Government of the Czech Republic and the Government of the State of Israel for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments.
- Government of the Republic of Finland / Government of the Republic of Estonia (1993). Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Republic of Estonia for the Promotion and Protection of Investments, Preamble.
- Federal Republic of Germany / Republic of Philippines (1998). Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of Philippines for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Article 1.
- Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland / Government of the Republic of Indonesia (1977). Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Indonesia for the Promotion and Protection of Investments, Preamble.
- Republic of Peru / Kingdom of Spain (1994). Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the Republic of Peru and the Kingdom of Spain, Article 1.
- Kingdom of Spain / Republic of El Salvador (1996). Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of Spain and the Republic of El Salvador, Article 2.
- Kingdom of the Netherlands / Czech and Slovak Federal Republic (1992). Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, Article 2.
- ICSID (2012). International Bank for Reconstruction and Development, Articles of Agreement, Article I.
- (2006). International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Convention, Regulations and Rules 11.

El abuso del derecho en el arbitraje internacional de inversiones: Quien su derecho ejerce, ¿a nadie ofende?¹

Abuse of law in international investment arbitration:
The one who exercises his/her right, does it offend anyone?

CHRISTEL GAIBOR²

MACARENA BAHAMONDE³

Procuraduría General del Estado del Ecuador

Resumen

Recientemente, diferentes tribunales arbitrales internacionales han desechado reclamos de inversiones fundándose en la doctrina del abuso del derecho. Este artículo analiza la aplicación de la teoría del abuso del derecho en el contexto del Arbitraje Internacional de Inversiones como una forma de evitar reclamos infundados y abusivos.

Palabras clave

Inversión / Arbitraje Internacional / Abuso del Derecho / Abuso del Proceso / CIADI / Buena Fe.

Summary

Recently, many international arbitral tribunals have dismissed investment claims based on the abuse of rights doctrine. The practice of investment tribunals reveals different situations, which may be considered as an abuse of rights practice in the future. This article examines the importance of applying in International Investment Arbitration as a way of avoiding abusive submissions.

Keywords

Investment / International Arbitration / Abuse of Rights / Abuse of Process / ICSID / Good Faith.

1. Introducción

El aumento de arbitrajes de inversiones debido a la posibilidad de los inversionistas de acceder de forma directa a un arbitraje en contra un Estado ha generado gran controversia en los últimos años. Es impactante el incremento del número de arbitrajes de inversión iniciados en la última década. Sólo bajo el Convenio CIADI y su mecanismo complementario, hasta el 31 de diciembre de 2017 se registraron 650 casos. Desde la adopción del Convenio CIADI en 1966 hasta el 2006, se registraron 222 casos. Sólo en la última década se iniciaron 428 arbitrajes (CIADI, 2018, p. 7). Ello quiere decir que, en 40 años se elevó en un 34% la carga de casos en el CIADI y solamente en 10 años se registró llegó al 66%.

Esta estadística recoge también aquellos casos que han sido rechazados bajo el argumento de la existencia de un abuso del derecho – o un abuso del proceso como se lo

1 Recibido: 21/06/2018 – Aceptado: 01/10/2018

2 Subdirectora de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General del Estado de la República del Ecuador.

3 Abogada de Litigios de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General del Estado. Profesora adjunta de la Universidad San Francisco de Quito. Candidata a LLM en International Business Law por Queen Mary University of London. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito.



conoce en los sistemas *common law*. La aplicación de la doctrina del abuso del derecho evita que un derecho se desvíe de su objetivo. En el contexto del Arbitraje Internacional de Inversión, ciertos abusos del sistema de resolución de disputas de inversiones podrían evitarse mediante la aplicación de esta doctrina por parte de los tribunales arbitrales.

El siguiente análisis explica la doctrina del abuso del derecho en los sistemas jurídicos *civil law* y *common law*, se diferencia entre el abuso del derecho y el abuso del proceso, para posteriormente identificar su aplicación y reconocimiento en el Derecho Internacional Público. A la luz de la reciente práctica arbitral, se examina la necesidad de considerar esta doctrina en futuros casos de Arbitraje de Inversión.

2. La doctrina del abuso del derecho

El estudio de los límites del ejercicio de un derecho y el estudio del abuso del derecho abordan el mismo problema desde dos perspectivas distintas. En realidad, ambos cuestionan si el titular de un derecho subjetivo lo puede ejercitar sin limitación alguna (Ducci, 2005, p. 222). Se han planteado interrogantes respecto al ejercicio caprichoso de un derecho, así como interrogantes sobre el daño causado a un tercero que ello ocasiona, lo que ha tenido más relevancia. Las soluciones que se han dado a estas interrogantes toman distintas aproximaciones, sin embargo, coinciden en que “el uso irrestricto de un derecho, sin limitación alguna, no está involucrado en el contenido de un derecho subjetivo” (Ducci, 2005, p. 222).

De acuerdo con el criterio absolutista del derecho, la ley faculta al titular de un derecho subjetivo para ejercitar el contenido de su derecho de forma libre, discrecional, con cualquier objetivo y sin rendir cuenta por sus actos (Vodanovic, 2001, p. 192). Si del ejercicio del derecho se ocasionare un daño a un tercero, este no acarrearía responsabilidad para quien lo ocasionó, pues ejerció facultades permitidas por la ley y, consecuentemente, un acto no puede ser lícito e ilícito al mismo tiempo. Así surge el aforismo: “Quien su derecho ejerce, a nadie ofende” (Alessandri et al., 1998, p. 235).

La teoría del abuso del derecho, es la evidencia más clara de que la concepción absolutista del derecho ha quedado en el pasado. En su lugar, se dio paso a la relatividad de los derechos, idea que toma en consideración que los derechos se se ejercen al mismo tiempo que otros lo hacen, es decir, el derecho se realiza en un medio social. En este sentido, Enrique Cuentas Ormachea (1997, p. 465) ha manifestado que:

El derecho en ejercicio tiene una limitación objetiva y otra subjetiva. Objetiva, en cuanto no puede pasar de los límites que la ley señala; y, subjetiva, por cuanto debe perseguir con su ejercicio una finalidad social o económica compatible con la razón y el fundamento de la norma que garantiza ese derecho. Pues bien, el Abuso del Derecho se pone de manifiesto cuando no se respetan esos límites.

Esta doctrina ha sido reconocida en la legislación y jurisprudencia tanto en los sistemas legales de *civil law* como aquellos de tradición *common law*, e incluso, en el ámbito del Derecho Internacional Público. En este sentido, se ha diferenciado entre la doctrina del abuso del derecho y el abuso del proceso (*abuse of rights - abuse of process*), sin embargo, para el siguiente análisis no se distinguirá entre ambos conceptos⁴.

⁴ Se ha entendido al abuso del proceso como una aplicación directa de la doctrina del abuso del derecho. El abuso del proceso consiste en el uso de instrumentos o derecho procesales por una o más partes dentro de un procedimiento con fines ajenos para los que esos derechos fueron establecidos (Kolb, 2006, pp. 831-832)

2.1. El abuso del derecho en el *civil law* y en el *common law*

En los sistemas jurídicos de tradición *civil law* es posible identificar distintas aproximaciones para abordar la doctrina del abuso del derecho. Para determinar cuándo el ejercicio de un derecho se convierte en abusivo, las legislaciones han adoptado criterios objetivos y criterios subjetivos. Los criterios objetivos tienden a identificar situaciones de abuso en aquellos casos en los que el derecho no se ejerce de acuerdo con su función social o económica. Los criterios subjetivos vinculan la existencia de culpa o dolo en el acto del titular del derecho para verificar la existencia de un posible abuso del derecho, es decir, mediante la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual (Ducci, 2005, pp. 223-224).

El desarrollo de la doctrina del abuso del derecho se concentró principalmente en Francia por parte de varios juristas⁵ y a partir de las decisiones de las cortes que han interpretado los artículos 1382 y 1383 del Código Civil Francés de tal manera que se ha atribuido responsabilidad a quien ejerce de manera abusiva un derecho. Adicionalmente, el Código de Procedimiento Civil prescribe que una parte procesal puede ser responsable del abuso de sus derechos procesales⁶.

El Código Civil Alemán consagra la teoría del abuso del derecho de forma indirecta en la sección 226, que prescribe: “[t]he exercise of a right is not permitted if its only possible purpose consists in causing damage to another” (Código Civil Alemán, 1896). En este régimen, la finalidad de causar daño a otro conlleva la existencia de un acto ilícito que da lugar a una indemnización de acuerdo con la sección 826 del mismo cuerpo normativo⁷. Del mismo modo, el artículo 833 del Código Civil Italiano⁸ prohíbe el ejercicio del derecho de la propiedad que cause daño a otros.

Disposiciones similares se han incluido en distintos cuerpos normativos, por ejemplo, el artículo 2 del Código Civil de Suiza; artículo 1295(2) del Código Civil de Austria; artículo 7 del Código Civil de España; artículo 13(2) del Código Civil de Holanda; y, artículo 7 del Código Civil de Quebec.

La jurisprudencia y doctrina de los sistemas de tradición *civil law* identifican ciertos presupuestos necesarios para que sea posible alegar la existencia del abuso del derecho: (i) la ejecución de un hecho externa o aparentemente legal; (ii) la existencia de un daño; (iii) el daño no debe afectar a un derecho ajeno; y, (iv) el ejercicio del derecho debe ser contrario a su destino económico-social (Parraguez, 2015, pp. 216-218).

Por otra parte, los sistemas legales del *common law* no reconocen explícitamente la teoría del abuso del derecho. Como manifiesta Byers, en estos sistemas podría entenderse que se evidencian otros principios que han surgido a partir de la teoría del abuso del derecho, tal como el abuso del proceso (2002, p. 396). Esto implicaría examinar el concepto de abuso de proceso como una manifestación del abuso del derecho.

En Canadá, Australia, Estados Unidos y el Reino Unido se ha tratado al abuso del proceso como el uso incorrecto de las herramientas legales dentro de un proceso. En el Reino Unido, se define el abuso del proceso como el uso de un proceso judicial para otro propósito distinto al uso ordinario y propio de ese proceso (*Attorney General v. Baker*, 2000). En el

5 Ver Louis Josserand, (e1927); Georges Ripert (1929); Louis Josserand (1929); Georges Ripert (1926).

6 El Artículo 32.1 del Código de Procedimiento Civil de Francia prescribe: “Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d’un maximum de 3.000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés”.

7 “BGB. Section 826. Intentional damage contrary to public policy. A person who, in a manner contrary to public policy, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to make compensation for the damage”.

8 “Articolo 833. Atti d’emulazione. Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri”.

caso *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands*, Lord Diplock se ha referido al abuso del proceso como:

[T]he inherent power which any court of justice must possess to prevent misuse of its procedure in a way which, although not inconsistent with the literal application of its procedural rules, would nevertheless be manifestly unfair to a party to litigation before it, or would otherwise bring the administration of justice into disrepute among right-thinking people.

Con un análisis muy similar, en Australia se han identificado al menos tres categorías de abuso del proceso: (i) cuando se usa del procedimiento judicial para un propósito ilegítimo; (ii) cuando se usa el procedimiento judicial para oprimir a la otra parte procesal; y, (iii) cuando el uso del procedimiento desprestigia al sistema de administración de justicia (*Rogers v. The Queen*, 1994).

De esta manera se evidencia el reconocimiento de la doctrina del abuso del derecho en las legislaciones nacionales de distinta tradición jurídica, lo cual ciertamente ha influido en el reconocimiento de esta doctrina a nivel doméstico y a nivel internacional.

2.3. El abuso del derecho en el Derecho Internacional

Como resultado de la aceptación y del reconocimiento de la doctrina del abuso del derecho en los sistemas legales de distintos países, se ha aceptado que la teoría del abuso del derecho forma parte del Derecho Internacional, bien como un principio del derecho o como una norma consuetudinaria del derecho internacional (Byers, 2002, p. 397).

Los principios generales de derecho reconocidos por los Estados son una manifestación del Derecho Internacional. En efecto, estos han sido incluidos en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional Justicia. Maarten Bos considera que estos principios son un reconocimiento válido del elemento dinámico del Derecho Internacional y de la función creadora de los tribunales que lo administran (1977, p. 42). De tal manera, la importancia de la aplicación de estos principios reside en su influencia en el desarrollo constante del Derecho Internacional.

En distintos casos se ha hecho referencia al abuso del derecho por parte de la Corte Permanente de Justicia Internacional, la Corte Internacional de Justicia y el Órgano de Apelaciones de la OMC (De Brabandere, 2012, p. 11). Por ejemplo, en el caso de las zonas libres de Upper Savoy y el Distrito de Gex, la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció que, si un Estado intenta evadir sus obligaciones contractuales al adoptar medidas que tienen el mismo efecto que aquellas prohibidas por el tratado, ello resultaría en un abuso del derecho (*Francia v. Suiza*, 1932, p. 167).

Refiriéndose al abuso del proceso, Vaughan Lowe ha reconocido que este es común a la mayoría de sistemas legales y podría ser aplicado por un tribunal en cualquiera de ellos, incluso en el sistema legal internacional en ejercicio de la competencia del tribunal para regular su propio procedimiento (Gaffney, 2010, p. 517). Para precisar aún más, la prohibición del abuso del derecho puede definirse como un principio general del Derecho Internacional y del derecho doméstico (Zimmermann, 2006, p. 831). Al referirse al contenido de este principio, se señala:

It consists of the use of procedural instruments or rights by one or more parties for purposes which are alien to those for which the procedural rights were established,

especially for a fraudulent, procrastinatory, or frivolous purpose, for the purpose of causing harm or obtaining an illegitimate advantage, for the purpose of reducing or removing the effectiveness of some other available process or for the purpose of pure propaganda.

Es posible concluir entonces que, existe abuso del derecho cuando el titular de un derecho lo ejerce en contradicción con el objetivo que este persigue o contraviniendo la regla que lo otorga. Asimismo, podría existir un abuso del derecho cuando su ejercicio afecta el equilibrio de los intereses contrapuestos de forma que favorece de forma desproporcionada aquellos correspondientes al titular del derecho (Ascensio, 2014, p. 765). Ambas situaciones se resumen en una divergencia entre el ejercicio de un derecho y los objetivos generales de un sistema.

3. La aplicación de la doctrina del abuso del derecho en el Arbitraje Internacional de Inversiones

Siendo considerado un principio común a varios ordenamientos jurídicos y habiendo sido reconocido como parte del Derecho Internacional Público, la prohibición al abuso del derecho bien podría ser aplicada como un Principio del Derecho Internacional por parte de un tribunal arbitral sin perjuicio de la sede del arbitraje o del derecho sustantivo aplicable. Por lo tanto, no resultaría extraño que en un arbitraje de inversiones, el tribunal arbitral se base en el principio del abuso del derecho para impedir o sancionar una situación en la que un inversionista haya ejercido sus derechos procesales de manera que atente al proceso arbitral.

El primer caso de arbitraje de inversiones en el que se aplicó la doctrina del abuso del derecho fue en *Phoenix Action v. República Checa*⁹. República Checa alegó la inexistencia de una inversión y el abuso de la estructura corporativa por parte de Phoenix Action. En su laudo, el Tribunal Arbitral desechó la demanda al determinar que la parte actora había incurrido en un abuso de su derecho. Para llegar a su conclusión, analizó la inversión de Phoenix Action en República Checa a la luz de los criterios establecidos en el test Salini, pero agregó un criterio adicional al establecer que solo deben protegerse las inversiones que se realizan de acuerdo al principio internacional de buena fe y que no buscan abusar del sistema internacional de inversiones (*Phoenix Action Ltd. v. República Checa*, 2009, par. 113)¹⁰.

De acuerdo con el criterio esgrimido en la decisión del Tribunal, la supuesta inversión de Phoenix tuvo como objetivo transformar un litigio doméstico preexistente en una disputa internacional. Así, invocó la doctrina del abuso del derecho para justificar que la adquisición realizada por *Phoenix Action* no constituía una inversión. En realidad, la reorganización de la estructura corporativa dentro de la misma familia demostraba que el propósito fue poder llevar un reclamo doméstico ante la jurisdicción de un Tribunal de Arbitraje CIADI y ello constituye un abuso del derecho.

De manera acertada, el Tribunal concluyó que aceptar su competencia para decidir el reclamo, significaría que cualquier disputa nacional preexistente podría presentarse ante un tribunal arbitral de inversiones siempre que, se transfieran sus intereses económicos a una

9 Phoenix Action se constituyó en 2002 en Israel y poco después de su constitución adquirió participaciones en dos compañías checas. Las dos compañías checas pertenecían a familiares del constituyente de Phoenix Action y se encontraban en litigio con el Estado e la República Checa. Poco después de la adquisición de las participaciones, Phoenix Action inició un procedimiento arbitral en el CIADI en aplicación del Tratado de Inversiones entre República Checa e Israel.

10 El criterio de buena fe en el establecimiento de la inversión también se ha tomado en cuenta en otros casos. Ver *Inceysa v. El Salvador*. En este caso el Tribunal consideró como violación al principio de buena fe la conducta fraudulenta del inversionista al obtener una inversión bajo la legislación de El Salvador lo cual impedía que el Tribunal asuma competencia en aquel caso. Asimismo, determinó que, a su criterio, El Salvador no había consentido en someter, disputas sobre inversiones adquiridas de mala fe, a arbitraje de inversiones (*Inceysa v. El Salvador*, 2006, par. 238-239).

empresa extranjera para buscar protegerlos a través de un Tratado de Inversiones (*Phoenix Action Ltd. v. República Checa*, 2009, par. 144). Este tipo de transacciones, de no ser detectadas por un Tribunal Arbitral haría que su jurisdicción sea ilimitada.

En *Europe Cement Investment & Trade v. República de Turquía*, la demandada alegó que la demandante incurrió en un abuso del proceso al no haber demostrado que ha hecho una inversión en Turquía. En su laudo, el Tribunal decidió que no tenía competencia en el caso al concluir que no existía una inversión. El Tribunal afirmó que si un reclamo, como el de *Phoenix Action*, que se fundamenta en la compra de una inversión que tiene por objeto empezar un litigio constituye un abuso del proceso, un reclamo que se fundamenta en una falsa afirmación sobre la propiedad de una inversión también constituye un abuso del proceso (*Europe Cement Investment & Trade v. República de Turquía*, 2009, par. 146).

En estos casos los Tribunales concluyeron que los inversionistas habían incurrido en un abuso del proceso. Sin embargo, para hacer tal determinación, ninguno de ellos se refirió a la disposición de un tratado como la base legal para rechazar los reclamos por abuso del proceso. Resulta evidente que los Tribunales invocaron el Derecho Internacional al referirse al principio de buena fe y a la prohibición del abuso del derecho en relación con el Convenio CIADI o el respectivo Tratado de Inversión para declinar su jurisdicción, o bien, para rechazar cualquier reclamo.

Lo mencionado deja evidencia que la prohibición del abuso del derecho puede aplicarse en el Arbitraje Internacional de Inversiones como principio general del derecho. Su aplicación evita que los inversionistas adopten ciertas estrategias para tomar ventaja de su contraparte o para abusar del sistema de inversiones de forma ajena a los fines para los cuales ha sido creado. Estas estrategias pueden manifestarse de distintas maneras y sobre la base de varios casos, es posible agruparlas de esta manera: (i) mecanismos que aseguran la competencia del tribunal bajo un tratado de inversión, (ii) incremento de procedimientos arbitrales para aumentar las posibilidades de obtener un resultado favorable; y, (iii) mecanismos que buscan ganar un beneficio ajeno al objetivo del arbitraje internacional (Gaillard, 2017, p. 3).

3.1. Mecanismos que aseguran la competencia del tribunal bajo un tratado de inversión

La gran mayoría de tratados de inversiones definen “inversionista” e “inversión” de manera muy amplia. Asimismo, un gran número de tratados contemporáneos extienden su protección a inversiones indirectas realizadas por medio de una o más entidades corporativas. Con ello como antecedente, y tomando en consideración el costo relativamente bajo de incorporar una compañía subsidiaria en otro Estado, o de migrar una compañía a otro Estado, no sorprende que algunas compañías extiendan los límites de la protección que se les ofrece en caso de existir una controversia con el Estado receptor de la inversión. Esto sucede particularmente al intentar extender el significado de “inversionista” o “inversión” de modo tal que se cubra a sus operaciones, o bien al modificar sus operaciones para que estas quepan dentro de las definiciones.

El abuso del derecho ocurre cuando una compañía inversionista modifica su estructura corporativa con el objetivo de activar el mecanismo de solución de controversias ante una disputa con el Estado receptor de la inversión. No se impide a un inversionista prudente diseñar su estructura corporativa con el objeto de maximizar sus opciones de presentar sus reclamos en el ámbito internacional. Sin embargo, lo razonable es hacerlo antes o al momento de realizar su inversión y no una vez surgida una controversia. Asimismo, podría configurarse un abuso del derecho cuando el inversionista adquiere su inversión después de que la controversia ya existe con el Estado receptor. En ambos casos, reestructurando el

aparato corporativo o adquiriendo una inversión, si se lo hace después del momento específico de su inversión o de que surja una controversia, el Tribunal que conozca el reclamo carece de competencia *rationae temporis*.

Un claro ejemplo de este tipo de estrategias se evidencia en el caso de *Phoenix Action Ltd. v. República Checa* referido anteriormente. Como ya fue referido en su decisión, el Tribunal Arbitral concluyó que la inversión no fue hecha en cumplimiento del principio general de buena fe (*Phoenix Action Ltd. v. República Checa*, 2009, pár. 107) y que, además, se hizo la inversión con el único objetivo de llevar disputas domésticas dentro del marco de protección de un Tratado Internacional de Inversiones (pár. 142-143). Tomando ello en consideración, el Tribunal estableció que nadie puede abusar de los derechos garantizados por los Tratados Internacionales.

Asimismo, en el caso de *Pac Rim Cayman LLC v. República de El Salvador*, el Tribunal Arbitral halló que Pac Rim había cambiado su lugar de incorporación de las Islas Caymán a Estados Unidos con el propósito de tener acceso a las protecciones brindadas por el Acuerdo de Libre Comercio de Centroamérica (CAFTA por sus siglas en inglés – *Central America Free Trade Agreement*) (2012, pár. 2.41). A pesar de que El Salvador alegó que el cambio de domicilio de Pac Rim constituyó un abuso de las normas del CAFTA y del proceso de arbitraje internacional, el Tribunal inadmitió estas objeciones por haber considerado que la restructuración corporativa de Pac Rim ocurrió antes de que la disputa haya surgido o que esta haya tenido una alta probabilidad de ocurrir (2012, pár. 2.17). Sin embargo, el Tribunal consideró que la línea que divide un *treaty planning* legítimo y el abuso del derecho es aquel punto en el que una parte puede ver una disputa específico con grandes probabilidades de ocurrir y no como una “posible controversia” (pár. 2.17)¹¹.

Basta decir que una inversión que no se realizó con buena fe y que se hizo con el único propósito de iniciar un procedimiento arbitral amparado en un Tratado de Protección de Inversiones constituye un abuso del derecho. Asimismo, la constitución de una compañía poco antes de iniciar un arbitraje debe ser considerada como una estrategia inadmisibles por parte de un Tribunal ya que uno de sus deberes es prevenir aquel tipo de prácticas abusivas. De no hacerlo, el Sistema de Resolución de Disputas Inversionista – Estado pierde su objetivo y resultaría en una herramienta inútil para Estados y para Inversionistas.

3.2. Incremento de procedimientos arbitrales para aumentar las posibilidades de obtener un resultado favorable

Es lógico suponer que un inversionista con varias alternativas iniciará el procedimiento de resolución de disputas en dónde tenga más posibilidades de éxito. Ello en sí mismo no debe considerarse como un abuso del proceso, pues guarda conformidad con el acuerdo de someterse a arbitraje entre las partes. Sin embargo, puede considerarse que existe un abuso del derecho cuando un inversionista, quien cuenta con distintas alternativas para someter su disputa a arbitraje, inicia más de un procedimiento para resolver la misma disputa o disputas relacionadas con el fin de aumentar sus posibilidades de éxito (Gaillard, 2017, p. 6). En este supuesto, el demandado se ve perjudicado al estar obligado a defenderse ante múltiples tribunales arbitrales, además del incremento de costos y de tiempo en el procedimiento arbitral.

La estrategia de iniciar múltiples procedimientos deja en una posición muy difícil a los Estados frente a los inversionistas. Así procedió *OI European Group BV* al iniciar un arbitraje contra Venezuela. Al mismo tiempo, la compañía constituida en Venezuela presentó

¹¹ Véase también *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia* (2015).

sus reclamos, por los mismos hechos, conforme al Convenio CIADI y el Tratado de Inversión entre Venezuela y Holanda¹².

Otro ejemplo se evidencia en dos arbitrajes iniciados contra Egipto. En este caso se presentó un primer reclamo bajo el Tratado de Inversión entre Estados Unidos y Egipto y un segundo reclamo bajo el Tratado de Inversión Egipto y Polonia. El primer reclamo lo planteó *Ampal-American Israel Corporation*, compañía controlada por el Sr. Yosef Maiman, y el segundo reclamo lo presentó el Sr. Yosef Maiman y otras compañías pertenecientes a la misma cadena y controladas por el mismo Sr. Maiman. Ambos arbitrajes fueron iniciados por los mismos hechos, sin embargo, el primero se inició sobre la base del Convenio CIADI, mientras el segundo fue un arbitraje *Ad Hoc*¹³.

En el Arbitraje CIADI, el Tribunal señaló que, si bien la estrategia de la parte actora puede parecer abusiva, la existencia de arbitrajes paralelos no podría considerarse como un abuso del proceso *per se*. A criterio del Tribunal, la existencia de arbitrajes paralelos es lo que puede resultar de una situación fáctica en la que los reclamos se plantean ante dos tribunales de Arbitraje de Inversiones distintos respecto de la misma cadena de inversión (*Ampal-American Israel Corporation y otros c. Egipto*, 2016, pár. 331). Adicionalmente, el Tribunal CIADI sostuvo que, ya que el tribunal arbitral del caso UNCITRAL había asumido competencia sobre los reclamos, el abuso del proceso se había “cristalizado”. En lugar de rechazar los reclamos sobre los que el tribunal UNCITRAL ya había competencia, el tribunal CIADI dio la posibilidad a la parte demandante de subsanar el abuso del proceso al dar la elección a la actora de elegir en cuál procedimiento quisiera proseguir con sus reclamos (*Ampal-American Israel Corporation y otros v. Egipto*, 2016, pár. 334).

3.3. Mecanismos que buscan ganar un beneficio inconsistente con el objetivo del Arbitraje Internacional

El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos en el que las partes someten sus diferencias ante un tribunal arbitral (*Convención de Nueva York*, 1958, Art. II.1). No obstante, en ciertas ocasiones el arbitraje puede ser utilizado como una herramienta que busca generar un beneficio ajeno al de solucionar una disputa.

Puede suceder por ejemplo que un inversionista inicie un arbitraje y solicite medidas cautelares con el objeto de detener actuaciones o investigaciones del Estado receptor de la inversión. El arbitraje iniciado por *Rompetrol* en contra de Rumania es un ejemplo de esta situación. *Rompetrol* inició un arbitraje con el fin de evitar que Rumania termine investigaciones penales a los administradores de la compañía.

Por otra parte, el inicio de un procedimiento arbitral puede utilizarse como un mecanismo para ejercer presión en la otra parte, una “Espada de Damocles”. Durante la etapa de negociaciones, una parte puede presentar una notificación de arbitraje con la sola intención de presionar a la otra parte para llegar a un acuerdo. Este tipo de presión también puede existir cuando distintos accionistas inician múltiples arbitrajes respecto a la misma disputa con el fin de presionar al Estado receptor de la inversión.

4. Conclusiones

Existe reconocimiento general de la prohibición del abuso del derecho como un Principio General del Derecho. En consecuencia, un tribunal arbitral debe tener como uno de sus

12 Ver *OI European Group BV v. República Bolivariana de Venezuela* (2015); *Fábrica de Vidrios Los Andes, CA and Owens-Illinois de Venezuela, CA v. República Bolivariana de Venezuela* (2017).

13 Ver *Ampal-American Israel Corporation y otros v. Egipto* (2017); *Yosef Maiman, Merhav (Mnf) Ltd, Merhav Ampal Group Ltd, and Merhav Ampal Energy Holdings Limited Partnership v. Egipto* (2012).

deberes primordiales rechazar aquellas demandas que constituyan un abuso del derecho. Y, para que ese deber sea más evidente, los textos de los Acuerdos de Inversión deben contener reglas muy claras sobre las premisas que deben cumplirse para configurar este abuso, tanto desde el punto de vista adjetivo como sustantivo.

Los casos mencionados son la más clara demostración de que la doctrina del abuso del derecho es una herramienta clave para impedir que el Sistema de Resolución de Disputas de Inversiones sea “mal utilizado” por parte de inversionistas. Solamente con mecanismos de control como estos puede hablarse de una verdadera evolución del mecanismo de disputas inversionista-Estado que hoy en día genera tantas preocupaciones y críticas no solo de parte de los Estados, sino incluso de los inversionistas.

Referencias bibliográficas

- Alessandri, A. et al. (1998). *Tratado de derecho civil - Parte Preliminar y General*. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ascensio, H. (2014). Abuse of Process in International Investment Arbitration. *Chinese Journal of International Law*, 13, 763-785. doi:10.1093 /chinesejil/jmuO40
- Bos, M. (1977) The Recognized Manifestations of International Law. *German Yearbook of International Law*, 20, 9-76.
- Byers, M. (2002). Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age. *McGill Law Journal*, 47, 389-431. <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5574&context=faculty_scholarship>.
- Cuentas, E. (1997). El abuso del derecho. *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, 51, 463-484.
- CIADI (2018). *ICSID Caseload – Statistics*, 1-10. <[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(English).pdf)>.
- De Brabandere, E. (2012). “Good Faith”, “Abuse of Process” and the Initiation of Investment Treaty Claims. *Journal of International Dispute Settlement*, 3 (3), 1-28.
- Dong, A. X. (2015). Abuse of Process and Regulation in Commercial Arbitration – A Chinese Perspective. *Journal of Arbitration Studies*, 25 (3), 91-111. <<https://doi:10.16998/jas.2015.25.3.91>>.
- Ducci Claro, C. (2005). *Derecho civil. Parte general*. 4ta ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Gaffney, J. P. (2010). Abuse of Process in Investment Treaty Arbitration. *The Journal of World Investment & Trade*, 11 (4), 515-538. <<https://doi:10.1163/221190010x00239>>.
- Gaillard, E. (2017). Abuse of Process in International Arbitration. *ICSID Review*, 1-21. <<https://doi:10.1093/icsidreview/siw036>>.
- Gamabaro, A. (1995). The Abuse of Rights in the Civil Law Tradition. *European Review of Private Law*, 3, 561-570. <<https://doi:10.5040/9781472565570.ch-004>>.
- Harris, C. (1992). Abuse of the Arbitration Process-Delaying Tactics and Disruptions: A Respondent’s Guide. *Journal of International Arbitration*, 9 (2), 87-96.
- Josserand , L. (1927). *De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits*. París: Dalloz.
- Kolb. R. (2006). General Principles of Procedural Law, en A. Zimmermann et al. (eds). (2006) *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary* (pp. 831-908). Oxford: Oxford University Press

- Ripert, G. (1926). *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: L.G.D.J.
- (1929). *Abus ou relativité des droits – A propos de l'ouvrage de M. Josserand*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Schill, S. W. (2012). Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 11 (2), 281-323. <[https://doi:10.1163/157180312x640697](https://doi.org/10.1163/157180312x640697)>.
- Parraguez Ruiz, L. (2015) *Régimen jurídico de los bienes*. Quito: Ediciones Iuris dictio.
- Topcan, U. (2014). Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration. *ICSID Review*, 29 (3), 627-647. <[https://doi:10.1093/icsidreview/siu018](https://doi.org/10.1093/icsidreview/siu018)>.
- Vodanovic Haklicka, A. (2001). *Manual de derecho civil - Parte Preliminar y General*. 2nd ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur.
- Zimmermann, A., et al., (eds), (2006) *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

Legislación

- German Parliament (1896). German Civil Code BGB. *Federal Law Gazette I*, Alemania, 18 de agosto de 1896.
- Parlamento Italiano (1942). Código Civil Italia. Decreto Real N°262, Italia, 16 de marzo de 1942.

Jurisprudencia

- CIADI (2000). *Attorney General v. Baker*. Laudo del 7 de marzo de 2000.
- (2006). *Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo del 2 agosto de 2006.
- (2009). *Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. República de Turquía*, Laudo CIADI No. ARB. (AF)/06/2 del 17 septiembre de 2009.
- (2009). *Europe Cement Investment & Trade v. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB (AF)/07/2, Laudo del 13 agosto de 2009.
- (2009). *Phoenix Action Ltd. v. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo del 15 abril de 2009.
- (2011). *Ampal-American Israel Corporation y otros v. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/12/11.
- (2012). *Fábrica de Vidrios Los Andes, CA and Owens-Illinois de Venezuela, CA v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/21, Notificación de arbitraje del 10 agosto de 2012.
- (2012). *Pac Rim Cayman LLC v. República de El Salvador*, Caso CIADI No ARB/09/12, Decisión de Jurisdicción del 1 junio 2012.
- (2014). *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo del 9 octubre de 2014.
- (2015). *OI European Group BV v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo del 10 de marzo de 2015.
- Corte Permanente de Justicia Internacional (1932). *Francia v. Suiza*. (Ser. A/B) No. 46.
- England and Wales Court of Appeal (2017). *Michael Wilson & Partners Ltd v. Sinclair*. EWCA Civ 3. Sentencia del 7 de febrero de 2017.
- High Court of Australia (1994). *Rogers v. The Queen*, HCA 42. Sentencia del 28 de septiembre

de 1994.

ICSID (2013). *The Rompetrol Group NV v. Romania*, ICSID Case No ARB/06/3. Sentencia del 6 de mayo de 2013.

PCA (2012). *Yosef Maiman, Merhav (Mnf) Ltd, Merhav Ampal Group Ltd, and Merhav Ampal Energy Holdings Limited Partnership v. Egipto*, Caso PCA No. 2012-26, Laudo de 14 de julio de 2012.

— (2015). *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia*, Caso PCA No. 2012-12, Decisión de Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015.

United Kingdom House of Lords (1982). *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands A.C.* 529, 536; 3 W.L.R. 906. Sentencia del 19 de noviembre de 1982.

Iuris Dictio.

Revista de Derecho

Miscelánea

Nº 22, DIC. 2018

ISSN 2528-7834

E-ISSN 2528-7834

m

i

s

c

e

l

á

n

e

a

.

USFQ

Fifty Shades of Tolerance: Human Rights Argumentations concerning Family Models and Hate Speech

Cincuenta Sombras de Tolerancia: Argumentos sobre Derechos Humanos respecto de los Modelos de Familia y el Discurso de Odio

LÓRÁNT CSINK
Pázmány Péter Catholic University

Abstract

The protection of human rights is one of the main obligations a state has in order to fulfill its duties. Therefore, the right of freedom of expression shall be protected, especially because it relates directly to the defense of the democratic of a society. Although there are different points of view regarding an issue, especially same-sex marriage, the state is obligated to stay neutral towards public opinions. Consequently, public opinions might end up transforming into hate speech which creates an even larger confrontation within people and the state. This is why, the state must establish fair limits for human rights. Finally, it is essential to understand that promoting tolerance is the most important aspect to safeguard the rights of people to freely speak their minds in order to exercise their right of freedom of speech.

Keywords

Freedom of expression/Same-sex marriage/Hate speech/Protect minorities

Resumen

La protección de los derechos humanos es una de las principales obligaciones de un estado para que pueda satisfacer sus deberes. Es por esto que el derecho a la libertad de expresión debe ser protegido, especialmente porque se relaciona directamente con el amparo de la sociedad democrática. Tomando en cuenta que hay diferentes puntos de vista sobre un asunto, especialmente sobre el matrimonio de personas del mismo sexo, el estado está obligado a mantener una posición neutral. Por lo tanto, la opinión pública se puede transformar en discursos de odio que generan aún mayor confrontación entre las personas y el estado. Es por esto que el estado debe establecer los límites necesarios al ejercicio de los derechos humanos. Finalmente, es esencial entender que el promover la tolerancia es básico para salvaguardar el derecho de las personas a expresarse libremente para que así puedan ejercer sus derechos.

Palabras clave

Libertad de expresión/Matrimonio igualitario/Discurso de odio/Protección de minoría.

1. Introduction

“I do not agree with you on what you say but I fight for your right to say it”. Rumour has it that the quotation is from Voltaire, however there is no clear evidence to it. Whoever the author was, the sentence clearly highlights the difference between accepting a point of view and tolerating it. History is the mere battle of different ideologies and by now the original marketplace of ideas, as John Stuart Mill considered, has turned to the *battlefield of ideas*. In many aspects mainstream ideas intend to defeat concurring ones; i.e. they want them to be excluded from the marketplace.



The acceptance of different family models is one of the most slippery issues both in Latin America and in Europe, and the battle of traditional and non-traditional (including same-sex, single parented, patchwork, etc.) models reminds one to a war till *last man standing*. Lately, in Latin American countries (like Ecuador) supporters of traditional family models were treated as offenders of hate speech¹, and in some European countries (especially Russia) authorities are likely to disturb the LGBT Pride March².

Present essay argues why it is better to leave the battlefield and get back to the marketplace. First it analyses the content of freedom of expression and argues that there is a greater social need to protect minority opinions. Secondly, it considers the role of the state concerning freedom of expression; it deals with what neutrality means. Thirdly, it considers hate speech as a limit of freedom of expression both theoretically and via some European regulations. Fourthly, it analyses family models and makes human rights argumentations concerning same-sex marriage. Lastly, it makes conclusions and intends to introduce tolerance in a different approach.

2. Content of freedom of expression

Freedom of expression is the most basic political right as it ensures individuals to participate in public debates. It forms public opinions therefore it can be deemed as an essential criterion of democracy (Smuk, 2015, p. 89). Forming the public opinion links to popular sovereignty; people have the right to form the state they live in. Considering all above one may come to three conclusions.

First, the subject of freedom of expression is typically of political nature. It is not necessarily limited to political views; one can quote to this right if he or she is not allowed to publish a cookbook or his or her otherwise non-political statement is censored. Still, both historically and theologically, the rationale beyond the protection of freedom of expression is to ensure that all fields of society can be subjects of public debate. In this sense 'political' means all views that affect the society. The constitutional protection must reflect to the fact that political views are much more criticised than others, therefore a greater level of protection seems to be necessary.

Secondly, beside the individual aspects, freedom of expression is a guarantee for the whole political community to avoid dictatorship. If a political regime cannot be criticised either in everyday communication or by free press, the system receives no feedback on its activity. Democracies need a close connection to the people governed and freedom of expression is the strongest link in this relationship. Not coincidentally, absolutistic countries are likely to limit freedom of expression at the very beginning.

Thirdly, the constitutional content of freedom of expression is more than just *forming* a statement. The core of the freedom is not forming the words but to communicate them; to *share* the information with others. The constitutional protection must include both

¹ The most recent events in Ecuador occurred after the Government proposed a new law against the violence on women ("Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia de Género contra las Mujeres" [Organic Law for Preventing and Eradicating the Gender Violence against Women]). As the influence of the gender theory has been gaining more influence on policy issues, like education and health, those who are in favour of the traditional family models, organized a protest in October 2017 upon the call of clericals and civil organizations against the new laws that tackle social problems as gender issues. As a reaction to the protest, a group of LGBTQ activists launched an action of protection against the organisers based on the argument that the protest itself and some of its messages manifested hate speech. On first instance their petition was rejected (No.17240-2017-0009) but because of the appeal the case is still pending. For arguments in favour of the hate speech, see: Juan Pablo Alban (2017).

² *Alekseyev v Russia* (Council of Europe, 2010).

the free speech and to share the ideas with other people. Obviously, it would be a restriction of the right if your ideas are censored or you are fined because of what you have said. Yet it would be the same kind of restriction if you were allowed to say whatever you want but you were isolated from others. Freedom of expression is the freedom of communication and both the content (the expressed view) and the channel (the possibility of communication) must be ensured. Put together the three elements mentioned above freedom of expression can be defined as the free communication of mostly political view that is not only an individual right but the safeguard of democracy.

In constitutional terms the content of the speech hardly influences the constitutional protection; not the content but the fact of communication is the subject of the protection. Little does the constitutional law concern if my speech is popular or not, if it is a majority or a minority opinion. However, in reality minority opinions need a stronger protection than majority ones. If I support a football team in a stadium and my position is that our football team is the best in the world, I hardly have any negative consequence for exercising my freedom of expression. But if I state that the opponent team is better than ours, I can count on some encumbrance. In constitutional terms there is no difference between considering our team and the opponent team as better. In reality, there is a difference that law must also take into account.

Although the constitutional protection of mainstream and minority ideas is the same, the state has to pay a closer attention to the latter. However, it always changes which one is the mainstream and the minority position. Half a millennium ago, the mainstream position was that the earth is flat and does not move (Galilei must have had some experience on freedom of expression with his dissenting opinion). Hundred years ago, the mainstream position was that women did not have the right to vote. At present both statements are of non-sense. But you have no ground at all to consider that present mainstream ideas will not turn to minority ones in hundred or five-hundred years. Minority opinions must not be excluded from the public discourse; they need a stronger protection instead.

3. Freedom of expression and state neutrality

According to the famous provision of the First Amendment, “Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech”. The provision became so important in the US doctrine of political rights that it is often referred as the unamendable core of the Constitution of the United States (Albert, 2015, p. 14). Similarly, democratic states find it obvious not to involve into the freedom of expression and they abstain from any kind of censorship. It is the right of the people to formulate the public opinion which leads to state neutrality.

At first sight it seems obvious that only human beings may have human rights. However, certain rights are endowed to artificial persons, too. Enterprises, societies, NGOs, etc. may have the right to property, the right to enterprise or the free access to the judiciary. On the other hand, it is impossible to endow them with religious freedom, human dignity or privacy. By nature, such rights can only be exercised by human beings.

Although some artificial persons may have certain rights but the state as the sovereign does not have any constitutional right. Admittedly, states do have rights under civil law; they can conclude agreements, may launch judicial procedures or may employ people in the public administration. In this regard, there is no great difference between states and any other subjects of law. Yet in constitutional law terms, the state has only duties concerning human rights: duties to respect and protect such rights. In constitutional sense, the state does not have the freedom of expression and this is in parallel with the “Congress shall make no law” term of the First Amendment.

All this does not mean that the state has no stall in the marketplace of ideas. Even it does not have rights, the state does have legitimate aims (*Staatsziel* in the German doctrine) to formulate public opinion. Neutrality does not mean full passivity. Neither does it mean that states should be neglectful concerning public opinions. “Freedom of opinion can truly prevail if the state actively participates in organising pluralistic political discourse” (Smuk, 2015, p. 89). States have values and they are free to represent such values in public discourse. One can conclude that states freely have *priorities* but they cannot exclude all other views from the marketplace. They have to tolerate views other than their own. Consequently, content-based restrictions are presumptively unconstitutional (Stone, 2015, p. 125).

4. Where tolerance ends: hate speech

4.1. Restrictions for protecting individuals’ rights

Despite the high rank of freedom of expression, it is impossible to find all sayings as equal. The US Supreme Court formulated the concept of low value speech that roots in the decision of *Chaplinsky v. New Hampshire*, which declared that “there are certain well-defined and narrowly limited classes of speech [that] are no essential part of any exposition of ideas”. In the United States content-based limitation like hate speech is possible only if the speech constitutes a *clear and present danger* to other people.

Most European countries, having the sad memories of totalitarian regimes, are less confused to establish content-based restrictions. The rationale beyond that is that states are obliged to keep the democratic standards in public discourse and they are not about to tolerate views that are against democracy, rule of law, constitutionalism or human rights³. However, such a limitation must meet strict criteria. First, limitation must have a legitimate aim, then it must meet the necessity-proportionality test.

What is the legitimate aim, i.e. what can the possible grounds of the restriction be? There are two possible answers for the question. The most common ground for the restriction is the protection of human rights of others, especially human dignity. Hate speech is commonly persecuted because the expression offends other people. States have obligation to protect people’s dignity and if they find that someone is offended because of a specific feature (like race, sex, religion, sexual orientation, etc.) they must take the appropriate measures.

However, the way of protecting others’ rights from hate speech is not the same in all countries. Comparing some Central European regulations, the Czech, the Polish and the Hungarian, one may find interesting differences.

According to the Czech criminal code:

Whoever publically defames:

- a) any nation, its language, any race of ethnic group, or
- b) a group of people for their true or presupposed race, belonging to an ethnic group, nationality, political or religious beliefs or because they are truly or supposedly without religion, shall be sentenced to imprisonment for up to two years (2009).

According to the Polish criminal code: “Who publicly insults a group of people or individual because of their national, ethnic, racial, or religious affiliation or irreligious nature or for such

³ Of course, this does not mean that I do not have the right to express my view for instance to turn the country to a monarchy or to a presidential state. Constitutionalism in this sense does not mean the entire constitutional document but only the basic constitutional values.

reasons violates the physical inviolability of another person is punishable by imprisonment of up to 3 years” (1997).

The Hungarian criminal code states:

Any person who before the public at large incites hatred against: a) the Hungarian nation; b) any national, ethnic, racial or religious group; or c) certain societal groups, in particular on the grounds of disability, gender identity or sexual orientation; is guilty of a felony punishable by imprisonment not exceeding three years (2012).

In constitutional terms it is important where the borderline between personal integrity and freedom of expression is. In the Czech Republic *degrading or defaming* someone because of features mentioned above constitutes a criminal offense, it is not necessary for it to be (at least verbally) violent. On the contrary, Poland and Hungary draw the borderline elsewhere; it is punishable only if hate speech *incites* people. The constitutional protection concerning hate speech is close to the American ‘clear and present danger’ test. The Hungarian Constitutional Court examined the previous version of the criminal code (that also found defamation punishable) and pointed out:

But the unique historical circumstances give rise to another effect and it is precisely for this reason that a distinction must be made between incitement to hatred and the use of offensive or denigrating expressions. The term “public at large” – apart from meetings – practically means the press. With the freedom of the press having become a reality no-one speaking out publicly may invoke external compulsion, and with every line penned he gives himself and risks his entire moral credibility. Only through self-cleansing can a political culture and a soundly reacting public opinion emerge. Thus, one who uses abusive language stamps himself as such and in the eyes of the public he will become known as a “mudslinger”. Such abusive language must be answered by criticism. The prospect of a large amount of compensation is also part of this process. However, criminal sanctions must be applied in order to protect other rights and only when unavoidably necessary, and they should not be used to shape public opinion or the manner of political discourse, the latter approach being a paternalistic one (1992)

Due to the decision of the court, free expression can be restricted only if it constitutes a direct threat against others.

4.2. Restrictions for protecting public order

Despite the significant difference among the regulations, they are commonly restricting free expression because of the (direct or indirect) protection of other people. It is a different issue when there is no clear link between the restriction and anyone’s rights. In this latter case the reason for restriction is not the protection of rights but of public order. The most common restriction of free expression is Holocaust denial that is committed if someone denies that the massacre of mostly Jewish people during the World War ever happened or minimizes the importance of this historical fact. Nearly all European countries have such a regulation in their criminal codes.

In such a case not the individual but the ‘collective memory’ is protected (Belavusau, 2015, p. 535). The position of the legislators is perfectly understandable; they intend to exclude the possibility that such a genocide would ever happen and as there are fewer and

fewer people who personally witnessed the War, states do not let the memory fade away. Nonetheless, in such a situation the *historical fact* is protected by criminal law measures. After the criminalization of Holocaust denial, some countries extended the regulation to the criminalization of the denial of other genocides. While Holocaust is a unanimously condemned historical event among nations⁴, there are some other events that are more debated. For instance, the denial of the Armenian genocide (the massacre of around one million Armenians by the Ottomans in 1915)⁵ constitutes a criminal offence in several countries like in France, Switzerland, Slovakia and Greece (Belavusau, 2015, p. 541). On the contrary, Turkey persecutes people who state that the events of 1915 constituted genocide.

In Turkey, the public affirmation of the Armenian genocide is treated as a crime, on the premise that it is an insult to Turkish identity. In March, the writer Orhan Pamuk was fined about \$3,670 by a Turkish court for his statement in a Swiss newspaper that Turkey had killed 30,000 Kurds and one million Armenians (Sayare / Arsu, 2012).

What you can see is that in one country stating a fact and, in another country, denying the same fact is the ground for persecution. The restriction of free expression has an axiological character: it depends how the country relates to the statement. As the limit of free expression is a very political issue, it is a slippery field for constitutional law. “Memory laws have been central to the concept of *militant democracy*, which excludes incitement to hatred from constitutional protection of free speech for the sake of preservation of liberal democracy” (Belavusau, 2015, p. 541).

Criminal law, especially if it manifests in the restriction of a fundamental right, must never serve direct political reasons. Criminalization of people for having other views than the mainstream is everything but democratic. It is true that states have the obligation to preserve democracy and democratic standards and they also have the possibility to penalize activities that infringe such values. On the other hand, the more divisive the question, the greater need there is to formulate public debate. If the state is militant and refuses to allow free discussion on such topics, it results a tension between the opposing social groups. And, as the case of the Armenian genocide, it is possible that different approaches will be cemented to criminal procedures in different countries. States are wise to be self-restraint in criminalizing hate speech.

5. The acceptance of different family models

In the mid 20th century, at the time of the creation of the European Convention of Human Rights and many national constitutions, the acknowledgement of same-sex marriages did not emerge. Yet in the 21st century more and more countries allow same-sex couples to conclude marriage. Despite the trend, most of the countries do not open marriage for couples other than heterosexual⁶. It is an open question if the principles of democracy and equality need the acknowledgement of same sex marriage. There comes up two different argumentations: the human rights approach and the reference to social changes.

4 Admittedly, Holocaust denial can be observed in some governmental communication: in 2005 December Iranian president Ahmadinejad said that a “legend was fabricated” at Holocaust (Al Jazeera, 2005).

5 For historical details see Geoffrey Robertson (2015).

6 In Hungary the Constitutional Court pointed out in 1995 that the Constitution does not recognise same-sex marriage [15/1995. (III. 13.) CC]. The Basic Law of 2011 explicitly excludes the possibility of same-sex marriage, while registered partnership (ensuring nearly similar rights) is open for homosexual couples.

5.1. Human rights argumentations concerning same-sex partnership

The question arises if there are human rights that needs for the state to acknowledge same-sex marriage. It is noteworthy that heterosexual and homosexual couples have different positions, as heterosexuals do have the possibility to marry while homosexuals do not. This raises the question of discrimination. However, at the case of homosexual people, the practical problem is not the different criteria; on the contrary, the problem is that they are *subjects of the same criteria* as heterosexuals (they can only choose partner for marriage from the other sex).

In constitutional terms, it is a legitimate (but not the only legitimate) argumentation that finds the criterion of different sex discriminatory because it indirectly excludes certain people from the possibility of marriage. Practically, this was the argumentation of the US Supreme Court in *Obergefell v. Hodges* that legalised same-sex marriage in the whole territory of the United States⁷. On the other hand, the European Court of Human Rights did not accept such argumentation; it stated that concluding same-sex marriage is a “forming right” and national legislations have a margin of appreciation in the issue⁸. Both in Washington D.C. and in Strasbourg, the case was decided with one vote that shows how slippery the issue is.

The human rights argumentation on same-sex marriage concludes that people have the right to determine the elements of marriage and they fit them to their free will and conscious. If such an argumentation is accepted, then, due to equal dignity, this results not only same-sex marriage but other traditional elements of marriage can also be modified. For instance, polygamy could have been also introduced or it would have been also possible for people to conclude non-breakable marriage if their conscious excludes the possibility of divorce⁹.

5.2. Social argumentations on same-sex marriage

Introducing same-sex marriage can also be justified with the fact that the content of marriage has changed in the last decades and legal systems must follow such changes. Undoubtedly that there is a greater need to introduce same-sex marriage throughout Europe, there is no such need for introducing polygamy, therefore the differentiation can be justified. In this case, the acknowledgement of same-sex marriage is a *political decision*, no judicial organs but national legislators are to decide if they open marriage for same-sex couples. In all countries of Europe in which same-sex marriage is acknowledged, it was the decision of the parliament that decided in the issue. The question was also a political issue in Ireland and in Croatia that held referendums; people voted in favour in Ireland and against in Croatia. The French Conseil Constitutionnel (2010) explicitly declared that it is the competence of the parliament to decide.

5.3. Equality and different family models

One can hardly find a more debated issue than gender equality both on national and international level¹⁰. The academic problem is that equality has different aspects. *Political equality* means the equality in human rights, the equal possibilities in public and private

7 576 U.S. 2015

8 *Schalk and Kopf v. Austria* (Council of Europe, 2010)

9 This was the suggestion of Henri Mazeaud in 1945 in France but was not accepted by the legislation.

10 See the Gender Mainstreaming Policies from organizations across the UN system (by UN Women, the ILO or by the UNESCO); the Beijing Declaration and Platform for Action from 1995; the Action Plan for Gender Equality of the UNICEF for 2014-2017.

sector, etc. Since the second half of the 20th century, the political equality has been an undoubted feature of democracy¹¹. Arguing against the political equality of men and women would be severely non-democratic. People have the same rights and same dignity irrespective of their sex or sexual orientation.

On the other hand, *biological difference* is a medical fact. Men and women are built up differently, some parts of their body are different, etc. Law cannot and will not conceal such difference. László Sólyom, Chief Justice of the Hungarian Constitutional Court, reckoned in 1995 while giving the opinion of the court: “Equality between man and woman has a meaning, if we acknowledge the natural difference between man and woman, and equality is realized with respect to this” (1995). Law can, therefore, only acknowledge biological and sexual differences and attach legal consequences to them, but the existence of such differences is not constituted by law. This may seem to be evident but talking about inclusion of gender orientation on the identity card or changing it on birth certificates, represent a practical importance of this question. Identity and the plurality of the society is something that exists independently from whether the law acknowledges it or not. Law, for better or worse, is not a superpower, it has its limits, therefore its capacity to be a catalyst of change is rather limited. The issues of family life and personal identity are clearly one of those areas of law that needs to be handled with sophistication.

The most interesting question is to what extent biological difference influences social life, including family life. Some say that the influence is little; sex has no relevance in social and in family life, while some others find that different sexes could add different things to family life¹². Obviously, the question also has religious surroundings; the Catholic view clearly supports traditional family models¹³. Yet it is not only a religious but also a political-philosophic issue about which the academy should have its word. Such a debate is sociological and psychological, where the task of Constitutional Law is only to draw the conclusions of the debate made on the previous levels and acknowledge the results of this debate.

Law should not be the only battlefield for such polemic issues, as the family and personal identity. Law should rather coordinate social life, its individuals and communities so that they have the biggest chance and opportunity to live a good life. First, every society has to lead an honest and truthful debate about such core issues of human life, which must be protected and promoted by law, though, for instance, guaranteeing and exercising free speech.

6. Conclusions: different family models and hate speech

The present article is not about to determine sociological truth. It rather evaluates what the role of the state is in determining academic truth. In this sense, democratic states have to be neutral; pluralism excludes the possibility of accepting only one idea and criminalizing all other views. Indeed, states have an active role of protecting democratic values and human rights. For this purpose, they can only restrict free speech if it is necessary for the protection of anyone's rights but it is illegitimate if the state is intolerant and restricts public debate.

11 In many countries (e.g. Switzerland, Australia) women gained suffrage only in the 70s. In Hungary women received equality in citizenship only in 1957. During the years of socialism political equality did not prevail in Hungary; women had practically no access to political positions, even though the Marxist idea strongly emphasised equality. After the transition of 1989 the Constitution made efforts to achieve equality but it proved to be a long journey. Interestingly, the Hungarian Constitutional Court found regulations contrary to equality that were favourable for women, like more holidays and lower retirement age.

12 e.g. Kyle D. Pruett (1999), William Pollock (1998), John Attarian (2000).

13 Pope Francis's general audience on family can be read at Vatican (2015).

The social acceptance of traditional and non-traditional family models, including the acknowledgement of same-sex marriage and the relevance of sexes in family life is a very important public debate. Either way, states can have priorities even in this issue but they can exclude other possibilities only if their expression is offending or against democratic values, *but the mere fact of disagreement cannot be deemed as offending.*

Tolerance means the humble acknowledgement that there are several considerations; I may find one of them more convincing but I accept that others evaluate differently. Whoever promotes either traditional or non-traditional family models would gain with tolerant public debate instead of lethal combats in the battlefield of ideas.

Bibliographic references

- Albert, R. (2015). The Unamendable Core of the United States Constitution. In A. Koltay (ed.). *Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression* (14). Budapest: Wolters Kluwer.
- Al Jazeera (2005). Ahmadinejad: Holocaust a myth. <<https://www.aljazeera.com/archive/2005/12/200849154418141136.html>>
- Attarian, J. (2000). Let Boys Be Boys—Exploding Feminist Dogma, This Provocative Book Reveals How Educators Are Trying to Feminize Boys While Neglecting Their Academic and Moral Instruction. *The World and I*. < [https://www.thefreelibrary.com/Let+Boys+Be+Boys+-+Exploding+feminist+dogma%2C+this+provocative+bo](https://www.thefreelibrary.com/Let+Boys+Be+Boys+-+Exploding+feminist+dogma%2C+this+provocative+book...-a068927015) ok...-a068927015>
- Belavusau, U. (2015). Memory Laws and Freedom of Speech: Governance of History in European Law. In A. Koltay (ed.). *Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression* (535-541). Budapest: Wolters Kluwer.
- D. Pruett, K. (1999) *Fatherneed: Why Father Care is As Essential As Mother Care for Your Child*. New York: The Free Press. John Attarian: Let Boys Be Boys – Exploding Feminist Dogma. *The World and I*. 200. Oct 1
- Pollock, W. (1998). *Real Boys: Rescuing Out Sons from the Myths of Boyhood*. New York: Henry Holt and Company.
- Pope Francis (2015). Family - 28. The family spirit. *General Audience*. <[http://w2.vatican.va/content/francesco/en/audiences/2015/documents/papa-francesco_20151007_](http://w2.vatican.va/content/francesco/en/audiences/2015/documents/papa-francesco_20151007_udienza-generale.html) udiienza-generale.html>
- Robertson, G. (2015). *An Inconvenient Genocide: Who Now Remembers the Armenians?* London: Biteback Publishing.
- Sayare, S. / Arsu, S. (2012). Genocide Bill Angers Turks as It Passes in France. *The New York Times*. <<http://www.nytimes.com/2012/01/24/world/europe/french-senate-passes-genocide-bill-angering-turks.html>>
- Smuk, P. (2015). The Constitutional Guarantees of Democratic Political Discourses and their Regulation in Central Europe. In A. Koltay (ed.). *Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression* (89). Budapest: Wolters Kluwer.
- Stone, G.R. (2015). Free Speech in the 21st Century. In A. Koltay (ed.). *Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression* (125). Budapest: Wolters Kluwer.

Legislation

Congress of the United States of America (1787). Constitution of the United States of America. May 5, 1992.

Le Conseil constitutionne (2013). Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013.

Ministry of the Interior (2009). Criminal Code (Act No. 40/2009). January 8, 2009.

Parliament of Hungary (2012). Criminal Code (Act C of 2012). June 25, 2012.

Senate of the Republic of Poland (1997). The Penal Code (Act of 6 June 1997). June 6, 1997.

Sentences

Constitutional Court of Hungary (1992). 30/1992 (V. 26) CC. From May 18, 1992. Code 30/1992 (V. 26) CC.

Constitutional Court of Hungary (1995). 14/1995. (III. 13.) CC. From March 7, 1995. Code 14/1995. (III. 13.) CC.

Council of Europe: European Council of Human Rights (2010). *Alekseyev v. Russia*. From October 21, 2010. Application nos. 4916/07, 25924/08 and 14599/09.

Council of Europe: European Council of Human Rights (2010). *Schalk and Kopf v. Austria*. From 22 June 2010. Code Application No. 30141/04.

US Supreme Court (1942). *Chaplinsky v. New Hampshire*. 315 US 568.

La exclusión de la mujer campesina de dos regímenes de seguridad social: el Seguro Social Campesino y la Ley de Justicia Laboral¹

The exclusion of rural women in two social security schemes: Rural Social Security and the Labor Justice Law

MARÍA GRACIA NARANJO PONCE²
 Universidad San Francisco de Quito

Resumen

Las mujeres campesinas en Ecuador pertenecen a un grupo desaventajado al cual no se le garantizan todos los beneficios de un derecho tan básico como la seguridad social. El presente artículo analiza cómo la mujer campesina se encuentra en una delgada línea entre dos distintos regímenes especiales de seguridad social —el Seguro Social Campesino y aquel consagrado en la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar—, sin que ninguno de ellos otorgue beneficios completos, violando su derecho constitucional al acceso a la seguridad social. Se evidencia cómo en la mujer campesina confluyen dos formas de identidad —la de mujer y la de campesina— que la ponen en desventaja frente a otras mujeres y a la población ecuatoriana en general, y cómo desde la ley se incurre en discriminación. Se plantean posibles reformas a los dos regímenes mencionados y se analiza la problemática desde los ojos de la interseccionalidad.

Palabras clave

Seguridad social / Seguro social campesino / Jefes del hogar / Trabajo no remunerado / Amas de casa / Interseccionalidad.

Summary

Rural women in Ecuador are a disadvantaged group whose basic right to social security is not fully granted. This paper analyzes how rural women lie over a thin line between two different special social security regimes —the Rural Social Security System and the one enshrined in the Organic Law of Labor Justice and Recognition of Housework—, without any of them granting full benefits; which violate their constitutional right to access to social security. The aim of this paper is to show how over rural women converge two forms of identity that put them at a disadvantage vis-à-vis other women and the Ecuadorian population in general, and how the law has neglected to guarantee a right as basic as social security, incurring in discrimination. Therefore, possible reforms are proposed to the two regimes, and the situation of rural women is analyzed from the eyes of intersectionality.

Keywords

Social security / Rural social security / Householders / Unpaid work / Housewives / Intersectionality.

¹ Recibido: 15/07/2017 – Aceptado: 10/11/2017

² Abogada y Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad San Francisco de Quito. Asociada en Santos Burbano de Lara. Profesora adjunta en materias introductorias y de Derecho Civil en la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: mariagracionaranjo@gmail.com



1. Introducción

Los trabajadores campesinos, en general, han constituido un gran reto para el sistema de seguridad social ecuatoriano, pues el régimen obligatorio de seguridad social opera a favor de los trabajadores en relación de dependencia; y al ser los campesinos trabajadores independientes, no han sido beneficiarios de la protección del seguro social obligatorio. Sin embargo, las reformas legales que se han llevado a cabo en el Ecuador en las últimas tres décadas han logrado exitosamente implementar un sistema paralelo de seguridad social para los campesinos que trabajan de manera independiente.

Un problema similar era aquel de las mujeres que trabajan de manera autónoma o se dedican exclusivamente al trabajo del hogar, pues al igual que los campesinos, no se encuentran bajo relación de dependencia y por tanto no se les incluye en el régimen obligatorio de seguridad social. Las reformas recientes a la Ley de Seguridad Social, con la expedición de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar se han enfocado en proteger a las mujeres que se dedican a dichas actividades, y han logrado de manera efectiva solucionar el problema de su falta de acceso a la seguridad social, al otorgarles una afiliación por su condición de amas de casa.

Sin embargo, estas dos reformas no han podido hacer frente a la situación de las mujeres campesinas. Por un lado, el régimen del Seguro Social Campesino otorga beneficios completos exclusivamente al jefe del hogar —que como se mostrará más adelante, en la mayoría de casos es el hombre—; y, por otro, las reformas que buscan reconocer el trabajo de hogar no remunerado benefician exclusivamente a las mujeres que recaen bajo la definición de “amas de casa” dada por la misma ley, la cual describe actividades que no necesariamente concuerdan con aquellas desarrolladas por las mujeres campesinas. Consecuentemente, las mujeres campesinas continúan siendo uno de los pocos grupos propensos a no lograr beneficiarse de la seguridad social.

La primera sección de este artículo ofrece una breve descripción de la importancia y retos de la seguridad social en los países en vías de desarrollo; explica cómo funciona el sistema de seguridad social en el Ecuador y cuáles han sido las medidas tomadas para proteger a los grupos mencionados que históricamente se han visto excluidos del sistema. La segunda sección analiza la realidad de la mujer campesina trabajadora; y evidencia la necesidad de incluirlas en algún régimen que otorgue los beneficios completos de los cuales sí gozan los hombres campesinos y las mujeres en general. La tercera sección ofrece una explicación detallada de los cambios legales que deben ser realizados para abordar esta problemática.

2. Antecedentes

2.1. La importancia de la seguridad social

La seguridad social es una necesidad universal y un derecho humano fundamental, como ha sido reconocido por varias de las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Wouter Van Ginneken ha definido a la seguridad social como aquellos “beneficios que la sociedad provee a individuos y hogares —a través de medidas públicas y colectivas— para garantizarles un estándar mínimo de vida y protegerles de estándares bajos o decadentes, derivados de una

3 El Ecuador ha ratificado una serie de convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la materia, como el Convenio sobre la seguridad social No. 102 (norma mínima) (1952) y el Convenio sobre la igualdad de trato No. 118 (seguridad social) (1962).

serie de necesidades y riesgos básicos”⁴ (Van Ginneken, 2003, p. 11).

Dado que las personas no pueden contribuir con la sociedad y con su propio bienestar si no tienen la capacidad de satisfacer sus propias necesidades personales, la seguridad social se convierte en un mecanismo crucial para satisfacer las necesidades más básicas de las personas, y mejorar la condición social general de un país. Sin embargo, un gran reto al que se enfrentan los sistemas actuales de seguridad social es el hecho de que “más de la mitad de la población del mundo está excluida de cualquier tipo de protección de seguridad social”⁵ (Van Ginneken, 2003, p. 70), debido a que la afiliación a esta está vinculada a la existencia de una relación laboral, y un gran porcentaje de personas, especialmente en las economías en desarrollo, trabajan en la economía informal y se encuentran fuera de los esquemas de la seguridad social basada en el trabajo (Van Ginneken, 2003, p. 7).

En Latinoamérica, específicamente, es grande la cantidad de trabajadores que se encuentran en condiciones de trabajo por cuenta propia o empleo informal. En estos países, son las personas de escasos recursos y aquellas de zonas rurales, en particular, las que se enfrentan a esta exclusión. Como explica Johaness Jutting,

En áreas rurales, la mayor fuente de ingresos es la agricultura y las actividades relacionadas. Estas actividades son principalmente desarrolladas por trabajadores por cuenta propia. Adicionalmente, la temporalidad de los ciclos de producción implica que los ingresos sin inestables, mientras que la demanda de seguridad social es alta. Incluso cuando hay una alta demanda de afiliación, las personas de escasos recursos se enfrentan a serias limitaciones en su capacidad de pagar sus primas de forma regular (Jutting, 1999, p. 24)⁶.

Incluir a los campesinos que trabajan por cuenta propia en el sistema de seguridad social ha sido uno de los retos a los que se han enfrentado los gobiernos y legisladores y de los países en vías de desarrollo, especialmente en países Latinoamericanos en donde el sector agrícola y campesino juega un papel vital en la economía.

Paralelamente, los gobiernos se han enfrentado también al gran reto de incluir a las mujeres en estos sistemas. En los países en vías de desarrollo, la mayor parte de hogares son aún encabezados por hombres y un importante número de mujeres se dedican exclusivamente al trabajo de hogar.

Ecuador es uno de los países que ya ha logrado implementar reformas importantes en sus leyes de Seguridad Social, con el fin de garantizar el acceso a beneficios completos para estos dos grupos que históricamente se han encontrado al margen de lo que se conoce como la economía formal⁷, y, por tanto, han carecido de acceso a la seguridad social.

4 La traducción es propia. Texto original: “benefits that society provides to individuals and households —through public and collective measures— to guarantee them a minimum standard of living and to protect them against low or declining living standards arising out of a number of basis risks and needs”.

5 La traducción es propia. Texto original: “more than half of the world’s population is excluded from any type of statutory Social Security protection”.

6 La traducción es propia. Texto original: “In rural areas the main sources of income are agriculture and related activities. These activities are mainly carried out by self-employed small-holders. The seasonality of the production cycles implies that income is rather unstable and demand for insurance peak-loaded. Even where there is a high demand for insurance, poor people will face serious constraints on their ability to pay their premiums on a regular basis”.

7 En la economía formal se desarrollan aquellas actividades que están dentro del marco institucional que regula las actividades económicas. Por el contrario, la economía informal abarca “las acciones de los agentes económicos que no adhieren a las normas institucionales establecidas o a los que se niega su protección” (Feige, 1990, p. 990), o “todas las actividades generadoras de ingresos no reguladas por el Estado en entornos sociales en que sí están reguladas actividades similares” (Castells y Portes, 1989, p. 12). Siendo el régimen de seguridad social obligatorio un régimen que en el Ecuador opera exclusivamente a favor

2.2. La Seguridad Social en el Ecuador

La Seguridad Social en Ecuador es un derecho constitucional consagrado en los artículos 32 y 369 de la Carta Magna; que respectivamente prescriben que el derecho a la salud se vincula al ejercicio de otros derechos, como la seguridad social, y que todos los beneficios de la Seguridad Social serán ofrecidos a toda la población urbana y rural.

La seguridad social en el Ecuador está disponible para toda persona mayor de edad que manifieste su voluntad de acogerse a este régimen, mediante el pago de un aporte. El afiliado de manera voluntaria debe pagar los aportes fijados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social sobre los ingresos que realmente perciba (Ley de Seguridad Social, Arts. 151 y 152). Sin embargo, todos los ciudadanos trabajadores están obligados a ser parte del Seguro General Obligatorio, al cual acceden como consecuencia de la existencia de una relación de dependencia o situaciones que se le asemejan. Como lo especifica el Artículo 2 de la Ley de Seguridad Social,

[s]on sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular

- a. El trabajador en relación de dependencia;
- b. El trabajador autónomo;
- c. El profesional en libre ejercicio;
- d. El administrador o patrono de un negocio;
- e. El dueño de una empresa unipersonal;
- f. El menor trabajador independiente;
- g. *Las personas que realicen trabajo del hogar no remunerado*⁸; y,
- h. Las demás personas obligadas a la afiliación al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes o decretos especiales (El énfasis es mío).

La ley especifica una serie de principios rectores del Seguro General Obligatorio, tales como la solidaridad, la obligatoriedad, la universalidad, la equidad, la eficiencia y la subsidiariedad (Ley de Seguridad Social, Art. 1). Así, resulta evidente que el Seguro General Obligatorio tiene como objetivo precisamente el brindar protección y servicios a todos sus ciudadanos trabajadores, sin distinción alguna con base en condiciones de identidad, y determinando las prestaciones dadas de manera proporcional al esfuerzo realizado por los trabajadores. Este protegerá a las personas afiliadas en casos de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, vejez, muerte, e invalidez (que incluye discapacidad), cesantía y seguro de desempleo (Ley de Seguridad Social, Art. 3).

2.2.1. Seguridad Social para campesinos

Hace ya más de tres décadas⁹, el legislador ecuatoriano notó la necesidad de encontrar una forma efectiva de brindar protección social en las áreas rurales, específicamente campesinas, ya que los campesinos no se encontraban protegidos por el régimen de seguro social obligatorio, al no estar formalmente empleados, ni tenían la posibilidad de cubrir el monto de una afiliación

de trabajadores en relación de dependencia, este se enmarca bajo los supuestos de la economía formal; mientras que, por el contrario, el trabajo de las mujeres amas de casa y los campesinos que trabajan por cuenta propia recae bajo la definición de economía informal.

8 Inciso incluido tras la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo de Hogar.

9 En 1968 se implementó por primera vez el plan piloto de Seguro Social Campesino, sobre la base de la Resolución A-91 de 28 de agosto de 1968, del Instituto Nacional de Previsión (rector, entonces, del Seguro Social). En 1981 se expidió la primera Ley del Seguro Social Campesino (Ley 081), que reafirmó el contenido del Decreto Supremo No. 307 del 4 de abril de 1973. En la actualidad, el régimen está regulado dentro de la Ley de Seguridad Social.

voluntaria. Se decidió implementar un programa paralelo para los trabajadores campesinos, que permitió incluirlos en el sistema subsidiando sus aportaciones a la seguridad social. A este régimen se le conoce como el Seguro Social Campesino, y los trabajadores campesinos no solamente gozan del derecho de acceder al mismo, sino que también tienen la obligación de hacerlo. Según el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social,

[s]on sujetos obligados a solicitar la protección del régimen especial del Seguro Social Campesino, los trabajadores que se dedican a la pesca artesanal y el habitante rural que labora en el campo, por cuenta propia o de la comunidad a la que pertenece, que no recibe remuneraciones de un empleador público o privado y tampoco contrata a personas extrañas a la comunidad o a terceros para que realicen actividades económicas bajo su dependencia.

El seguro social campesino es gratuito para sus beneficiarios, pues como se indica en el artículo 5 de la misma ley, este se financia con aportaciones ajenas a los mismos¹⁰. La afiliación al seguro social campesino se hace a través de una ficha de afiliación familiar, lo que significa que tanto la solicitud como la afiliación la realizan de manera conjunta todos los miembros del hogar, y se los afilia como un solo núcleo familiar. Los beneficiarios de este sistema son “el jefe de familia, su cónyuge o conviviente con derecho, y sus hijos y familiares que viven bajo su dependencia, acreditados al momento de la afiliación o en algún otro momento anterior a la solicitud de prestación con una antelación no menor de tres (3) meses” (Ley de Seguridad Social, Art. 5). A todos los miembros de la familia se le ofrecen las prestaciones de salud, que incluyen maternidad; sin embargo, *solamente al jefe de familia se le protege contra las contingencias de vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad* (Ley de Seguridad Social, Art. 3; el énfasis es mío).

Esto quiere decir que solamente el jefe del hogar tiene derecho a los cinco beneficios que componen al sistema de seguridad social ecuatoriana —salud, contingencias de vejez, muerte, invalidez y discapacidad—, mientras que sus esposos/as o parejas puede acceder solamente a servicios de salud, mas no a protección frente a otras contingencias. Como se demostrará más adelante, la gran mayoría de hogares en las zonas rurales del Ecuador están encabezados por hombres.

2.2.2. Seguridad social para amas de casa

Otro grupo vulnerable y regularmente excluido de la seguridad social es aquel compuesto por mujeres desempleadas o que realizan trabajo no remunerado en el hogar. “En muchos países, es mayor la proporción de mujeres que trabajan en la economía informal, en cierto modo porque resulta más sencillo combinar el trabajo con las responsabilidades del hogar, y en otros casos por razones relacionadas, tales como la discriminación en la economía formal”¹¹ (Beattie, 2000, p. 132).

10 Los servicios de salud y las prestaciones del Seguro Social Campesino se financian, de acuerdo a la Ley de Seguridad Social, con los siguientes recursos:

- El aporte solidario sobre la materia gravada que pagarán los empleadores, los afiliados al Seguro General Obligatorio, con relación de dependencia o sin ella, y los afiliados voluntarios;
- La contribución obligatoria de los seguros públicos y privados que forman parte del Sistema Nacional de Seguridad Social;
- El aporte diferenciado de las familias protegidas por el Seguro Social Campesino;
- La contribución financiera obligatoria del Estado sobre la materia gravada de los afiliados con relación de dependencia al Seguro General Obligatorio; y,
- Las demás asignaciones que entregue la Función Ejecutiva para el financiamiento de las prestaciones solidarias de este Seguro, de conformidad con el Reglamento General de esta Ley.

11 La traducción es propia. Texto original: “In many countries a higher proportion of women work in the informal economy, to

Consciente de esta situación, el gobierno ecuatoriano propuso en 2014 el Proyecto de Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar, con el propósito de reconocer el trabajo que es realizado por las mujeres dentro de sus hogares, sin que este constituya una fuente formal de empleo. El propósito de esta ley fue introducir a las amas de casa en la lista de beneficiarios del seguro social obligatorio, que se encuentra en el artículo 9 de la Ley de Seguridad Social.

El legislador reconoció que a pesar de que las amas de casa se consideran como desempleadas, tienen sobre sus hombros una serie de responsabilidades y cargas que implican trabajo, y consecuentemente decidió que deben ser beneficiarias de la seguridad social y tener acceso a la tarifa subsidiada también. De acuerdo al artículo 66 de la ley, que modificó al artículo 9 de la Ley de Seguridad Social, “es persona que realiza trabajo no remunerado del hogar quien (i) desarrolla de manera exclusiva tareas de cuidado del hogar sin percibir remuneración o compensación económica alguna y, (ii) no desarrolla ninguna de las actividades contempladas en los literales anteriores” (Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, Art. 66). Los mencionados literales se refieren a los sujetos del seguro social obligatorio, es decir, los trabajadores en relación de dependencia, los trabajadores autónomos, los profesionales en libre ejercicio, los administradores de negocios, los dueños de empresas unipersonales, los menores trabajadores independientes, y los jubilados.

Esta reforma contiene una brillante iniciativa para proporcionar acceso a la Seguridad Social a miles de mujeres en todo el país. Sin embargo, ¿pueden todas las mujeres que realizan tareas domésticas afiliarse a este tipo de seguro? La respuesta, a primera vista, sería afirmativa, ya que ese es precisamente el objetivo de la ley. Sin embargo, ¿qué sucede con (i) las mujeres cuyas tareas domésticas son su actividad principal, pero no su única actividad? o, (ii) ¿aquellas que sí reciben compensación económica por actividades económicas habituales como lo es la agricultura? Las mujeres campesinas, desafortunadamente, se encasillan en ambos escenarios, por lo que difícilmente recibirían una afiliación bajo el régimen para amas de casa.

3. La mujer campesina

3.1. Mujeres campesinas: confluencia de dos grupos excluidos de los regímenes ordinarios

Muchas mujeres campesinas forman parte de los dos grupos que el legislador ha excluido históricamente de los regímenes ordinarios de seguridad social: los campesinos y las amas de casa. Sin embargo, a pesar de las medidas que han sido tomadas para beneficiar a ambos grupos, las mujeres campesinas siguen estando imposibilitadas de gozar de beneficios completos.

Por un lado, el gobierno otorga un sistema subsidiado tanto para amas de casa como para campesinos. Sin embargo, las mujeres campesinas no son consideradas como amas de casa bajo la definición que otorga de ley, pues dicha definición implica que la mujer se dedique de manera exclusiva a trabajo no remunerado del hogar, mientras que la mujer campesina por lo general no solamente carga la responsabilidad de realizar estas tareas, sino que también tienen una actividad económica adicional: la agricultura o la ganadería. La mujer campesina suele realizar también estas tareas, ya sea como parte del núcleo familiar o por cuenta propia, ya que la familia campesina suele requerir de ingresos adicionales para subsistir.

Por otro lado, el Seguro Social Campesino solamente otorga beneficios completos de seguridad social al jefe del hogar. El o la cónyuge y sus dependientes gozan de los beneficios de salud y maternidad, pero solamente al jefe de familia se le protege contra las contingencias de

some extent because there they can more easily combine work with family responsibilities, and to some extent for other reasons related, for example, to discrimination encountered in the formal economy”.

vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad (Ley de Seguridad Social, Art. 3). Si bien es cierto que el acceso a la salud es probablemente el beneficio más importante, la mujer campesina carece de alternativa alguna de acceder a la totalidad de derechos que derivan de la seguridad social, por (i) el hecho de ser dependiente y, (ii) estar excluidas de la definición de amas de casa.

Bajo este esquema, por tanto, la situación de la mujer campesina s en esta tabla comparativa de los beneficios otorgados a las mujeres campesinas bajo el Seguro Social Campesino y el sistema para amas de casa consagrado en la Ley Orgánica de Justicia Laboral y reconocimiento del Trabajo del Hogar:

Seguro Social Campesino	Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar
La mujer campesina que no sea jefe del hogar se beneficia solamente de las prestaciones de salud y maternidad, pues esta modalidad de afiliación familiar otorga beneficios completos exclusivamente al jefe del hogar.	La mujer campesina no puede ser beneficiaria de esta modalidad de seguridad social, pues no encaja en la definición de “ama de casa” dada por la ley, ya que es requisito fundamental el dedicarse de manera exclusiva a tareas de cuidado del hogar y no tener actividad económica alguna, que no es el caso de la mujer que se dedica a la agricultura, ganadería, etc.

Para poder entender las implicaciones de tener un sistema de seguridad social campesino que ofrezca la totalidad de beneficios solamente al jefe del hogar es importante notar la gran diferencia entre los porcentajes de hogares encabezados por mujeres y los hogares encabezados por hombres, especialmente en las áreas rurales. De esta manera, se resalta que son pocas las mujeres que encabezan hogares en las zonas rurales, donde se encuentran las áreas campesinas y los beneficiarios de dicha modalidad de seguridad social. Como se puede ver en la Figura 1, el 76,1% de hogares en áreas rurales es encabezado por el hombre.

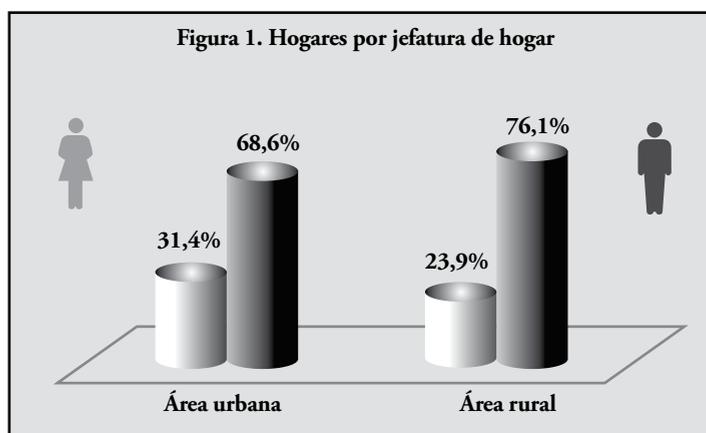
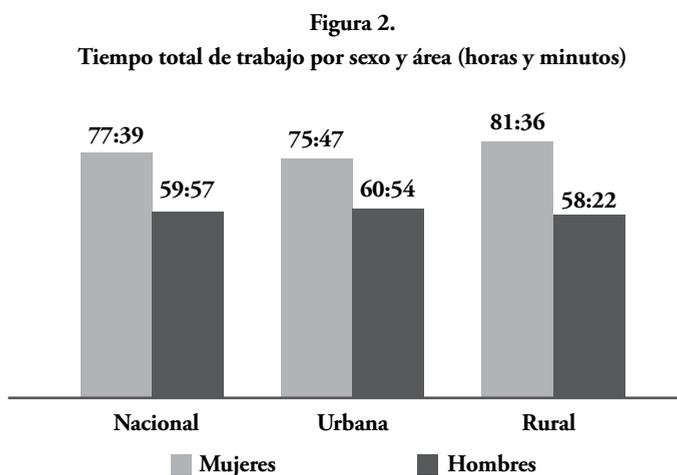


Figura 1. Gráfico comparativo, entre hombres y mujeres, de porcentajes por jefatura de hogar. Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2010).

Esto ocurre por varias razones; en muchos casos, las mujeres deben quedarse en el hogar para cuidar a sus hijos, lo que puede ser atribuido a que en las zonas rurales los sistemas de educación

no son siempre adecuados, o son de difícil acceso; o también al hecho de que en las zonas rurales el número de hijos por núcleo familiar suele ser más numeroso. La tasa de fertilidad de las mujeres rurales es de 2,7 en comparación con un 2,2 lo que implica que las mujeres campesinas son más propensas a requerir dedicar más tiempo al trabajo del hogar, lo cual les impide acceder a un ingreso mayor y por ende encabezar el núcleo familiar.

Es de vital importancia resaltar que el hecho de que las mujeres campesinas no encabecen sus hogares no implica que tengan una menor cantidad de trabajo. Como puede observarse en la Figura 2, de acuerdo al último Censo de Población y Vivienda realizado en el Ecuador, las mujeres en áreas rurales trabajan 81:36 horas por semana, lo que es 5:59 horas más de lo que trabajan las mujeres en áreas urbanas. Esto se debe en gran medida a las condiciones de los sectores campesinos; las cargas del trabajo del hogar y el tiempo que toma realizarlas son mayores, como consecuencia del acceso limitado a ciertos bienes y servicios básicos como el agua potable, la electricidad, etc. (Organización de las Naciones Unidas, 2008). En contraste, los hombres en las áreas rurales trabajan en 58:22 horas por semana, lo que significa que la mujer en el área rural trabaja en promedio 23:14 más horas que los hombres, y aun así, es beneficiaria de menos servicios de la seguridad social por no ser la jefa de su hogar (Consejo Nacional de Igualdad de Género, 2014).



Fuente: INEC - CDT Encuesta Específica del Uso del Tiempo 2012. Elaboración: CDT.

Figura 2. Gráfico comparativo del tiempo total de trabajo por sexo (hombre/mujer) y área (rural/urbana/nacional). Consejo Nacional de Igualdad de Género (2010).

Consecuentemente, como puede evidenciarse en la Figura 3, a nivel nacional los hombres ocupan un 13,9% de su tiempo realizando actividades no remuneradas, y 86,1% en actividades remuneradas. Por el contrario, las mujeres dedican 40,4% de su tiempo en actividades no remuneradas, y 59,6% en actividades remuneradas. Esta es una brecha significativa entre hombres y mujeres en términos de compensación por su trabajo, tanto en áreas urbanas como rurales.

Figura 3.
Distribución del tiempo del trabajo remunerado y no remunerado

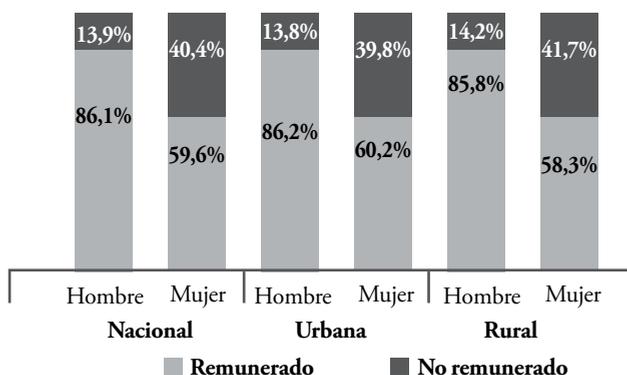


Figura 3. Gráfico comparativo la distribución del tiempo del trabajo remunerado y no remunerado, por sexo (hombre/mujer) y área (rural/urbana/nacional). Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2010).

De esta manera, se ha podido evidenciar cómo las mujeres campesinas pertenecen a aquel grupo de individuos que pasa la mayor cantidad de tiempo trabajando, ya sea en actividades remuneradas o no remuneradas, independientemente de su cantidad de trabajo. Es por esto que no garantizarles la totalidad de beneficios de la seguridad social es absolutamente discriminatorio, considerando que el Ecuador mantiene un sistema de seguridad social basado en el trabajo.

Es cierto que la legislación vigente sobre los regímenes de seguridad social no tiene por objeto discriminar a la mujer campesina, ni incurre en discriminación mediante un tratamiento diferenciado a las mismas. No obstante, la aplicación de los dos regímenes especiales vigentes sí produce discriminación y exclusión. El artículo 1 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) señala que la discriminación es “[...] toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer [...] de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (el énfasis es mío).

Adicionalmente, la propia Ley de Seguridad Social establece como principios rectores del seguro obligatorio a la universalidad, que implica garantizar igual de oportunidades a toda la población, y la equidad, que implica la entrega de prestaciones en proporción directa al esfuerzo de los contribuyentes y a la necesidad de amparo de los beneficiarios, en función del bien común (Ley de Seguridad Social, Art. 3).

Al no abordar adecuadamente la situación real de las mujeres campesinas desde la ley, el legislador ecuatoriano no solamente da un trato preferencial a otros sectores de la sociedad, sino que también viola sus propios principios constitucionales y compromisos internacionales. La Constitución de Ecuador especifica que todos los beneficios de la Seguridad Social serán ofrecidos a toda la población urbana y rural. Del mismo modo, la CEDAW, que fue ratificada por el Ecuador en el año 1979, especifica que todas las mujeres tienen “el derecho a la seguridad

social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar”. De conformidad con ambos documentos, todas las mujeres tienen derecho a todos los beneficios de la Seguridad Social, mientras que, en la realidad, las mujeres campesinas sólo tienen derecho a la mitad de los beneficios ofrecidos a los hombres en las zonas rurales, y a los hombres y mujeres de las zonas urbanas.

3.2. La situación actual de la ley

Después de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo de Hogar, se han promulgado dos resoluciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social que generan incertidumbre sobre la protección que se brinda en la actualidad a las mujeres campesinas, a la luz de los dos sistemas de seguridad social que han sido analizados en este artículo.

El 6 agosto de 2015 entró en vigencia el Reglamento de Afiliación de Personas que Realizan Trabajo no Remunerado. Este aclara cuáles son las prohibiciones específicas para afiliarse al sistema de seguridad social para amas de casa:

Art. 7.- Prohibiciones.- No podrán afiliarse bajo esta modalidad, las personas que se encuentren en los siguientes casos:

- a. Ser sujeto de protección del Seguro General Obligatorio;
- b. *Ser jefe de familia activo del Régimen Especial del Seguro Social Campesino;*
- c. Ser afiliado o jubilado del ISSFA, IESS o ISSPOL;
- d. Cuando reciba cualquier prestación económica de forma permanente de la Seguridad Social;
- e. *Cuando reciba remuneración y/o compensación económica alguna;*
- f. Cuando reciba una pensión asistencial para el adulto mayor, y;
- g. Cuando registra mora u obligaciones pendientes con el IESS (el énfasis es mío).

A la luz del artículo citado, solamente los jefes de familia activos del Régimen Especial del Seguro Social Campesino tienen el impedimento de afiliarse al régimen para amas de casa. Aquello representa un avance en la medida de que, a primera vista, las mujeres que no se encuentran registradas como jefas de familia —que serán, seguramente, la mayoría— sí podrían registrarse al sistema para amas de casa. No obstante, todavía se encuentra presente la más grande limitación: el no poder afiliarse a esta modalidad de seguridad social si se recibe algún tipo de remuneración o compensación económica; situación que ocurre en el caso de la mayoría de mujeres campesinas que se dedican a la agricultura o ganadería, y tienen algún tipo de ingreso como consecuencia de aquello.

De manera similar, el 15 de agosto de 2015 entró en vigencia el Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera. En su artículo 65 dispone que:

Art. 65.- Cobertura.- La persona que realiza trabajo no remunerado del hogar estará protegida contra las contingencias de vejez, muerte e invalidez que produzca incapacidad permanente total y absoluta, incluido auxilio de funerales y lo que determine la Ley de Seguridad Social.

El Ministerio de Salud Pública otorgará la atención de salud a este grupo de afiliados.

Las personas que registren extensión de cobertura o son miembros del grupo familiar del Seguro Social Campesino podrán afiliarse bajo esta modalidad y recibirán la prestación de salud a través de las Unidades Médicas del IESS (el énfasis es mío).

Son mujeres y son campesinas, y la confluencia de ambas formas de identidad son precisamente las que hacen que el tratamiento que debe dárseles frente a ciertos temas no sea el mismo que el de los hombres campesinos, o el del resto de mujeres.

Desde los ojos de la interseccionalidad, la cual plantea un “cambio de postura analítica con respecto al pensamiento dicotómico y binario que suele prevalecer acerca del poder” (Association for Women’s Rights in Development, 2004, p. 3), se hace más clara la necesidad de encontrar una forma de incluir a las mujeres campesinas en los regímenes en cuestión. El haber considerado a los campesinos como un todo, dentro del sistema de seguridad social campesina, es precisamente lo que genera que se descuide o ignore la situación de la mujer campesina en específico. De igual manera, el equiparar las condiciones de todas las mujeres que se dedican al trabajo de hogar bajo un mismo régimen, es lo que impide que la mujer campesina reciba protección bajo este sistema. El pensar desde la interseccionalidad evita que se pasen por alto estas cuestiones.

4. Posibles reformas inclusivas

Es de vital importancia comprender que la realidad de la mujer campesina es única y diferente a la de las mujeres en zonas urbanas, en el sentido de que la gran mayoría de mujeres campesinas que no se encuentran bajo relación de dependencia, no encajan con la categoría de amas de casa que ha sido dada por la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo de Hogar. De esta manera, las normas y las políticas públicas orientadas a solucionar la situación de la mujer campesina frente a la seguridad social, deben tomar en cuenta las características únicas y complejas de este grupo, sobre el cual confluyen dos formas particulares de identidad. Para ello, existen dos alternativas para modificar los regímenes existentes y garantizar a la mujer campesina el acceso a la totalidad de beneficios: por un lado, modificar la definición de la definición de amas de casa dada por la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo de Hogar; y por otro, modificación del actual sistema de afiliación al Seguro Social Campesino.

4.1. Modificación de la definición de amas de casa

Es de vital importancia que en la definición de amas de casa dada por la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo de Hogar sea modificada, eliminándose el requisito de no desarrollar ningún otro tipo de trabajo remunerado. El Proyecto de Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo de Hogar era aún más perjudicial para la mujer campesina, en el sentido de que la definición de ama de casa incluía también un requisito de que “no reciba ninguna prestación de seguridad social”, lo que generaba que la mujer campesina no tenga posibilidad alguna de optar por el régimen de seguridad social para las amas de casa, dado que formaban ya parte de un núcleo familiar de dentro del Sistema de Seguridad Social Campesina. No obstante, la definición actual tampoco es del todo beneficiosa, en el sentido de que, para la mujer campesina, que no siempre se dedica exclusivamente al trabajo del hogar, sino también a actividades agrícolas, ganaderas, etc., es prácticamente imposible probar que no tiene ninguna fuente de trabajo remunerado; requisito fundamental para afiliarse bajo el sistema de reconocimiento del trabajo de hogar.

4.2. Modificación del sistema de afiliación al Seguro Social Campesino

Otra alternativa sería el permitir que la afiliación al seguro social campesino no sea hecha de manera conjunta como núcleo familiar, sino que se permitan afiliaciones individuales a ambos cónyuges trabajadores, lo que generaría que los beneficios completos sean dados a todos

aquellos que son titulares, y los beneficios parciales a sus hijos o dependientes. Podrían también extenderse la totalidad de beneficios al cónyuge o conviviente, lo que generaría los mismos efectos que la propuesta anteriormente planteada. Sin embargo, bajo esta propuesta, la mujer no tiene acceso a una afiliación personal, y se mantiene un esquema patriarcal bajo el cual a la persona dependiente se le garantizan prestaciones por serlo, en lugar de por su condición de trabajador o trabajadora.

5. Conclusión

El estado ecuatoriano ha tomado ya una serie de importantes medidas para beneficiar a dos grupos que han sido históricamente excluidos de los sistemas de seguridad social: los campesinos y las amas de casa. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos y las medidas tomadas, existe todavía un grupo que se encuentra excluido de muchos de los beneficios de la seguridad social: las mujeres campesinas. Las mujeres campesinas representan la combinación de dos grupos que han sido históricamente excluidos de los sistemas comunes de seguridad social —los campesinos y las mujeres en general—, y todavía se enfrentan al reto más grande en términos de acceso a sus beneficios.

A lo largo de este artículo se ha demostrado que la mujer campesina forma parte de aquel grupo poblacional que ocupa la mayor cantidad de tiempo semanal trabajando, ya sea en actividades remuneradas o en actividades no remuneradas. De esta manera, no garantizarle acceso a la seguridad social no solamente les pone en una situación de vulnerabilidad dentro de la sociedad, sino que es discriminatorio, injusto e inconsistente con la propia legislación ecuatoriana y los compromisos internacionales que el Ecuador ha asumido.

Para poder solucionar la problemática a la que se enfrentan las mujeres campesinas con respecto a la seguridad social, es de vital importancia que se realicen análisis desde la perspectiva de la interseccionalidad, tomando en cuenta cómo confluyen en la mujer campesina dos formas muy particulares de identidad, y cómo a raíz de eso, este grupo tiene necesidades particulares.

Concretamente, el presente artículo propone dos posibles modificaciones a los regímenes existentes de seguridad social. Por un lado, convendría modificar la definición de la definición de amas de casa dada por la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo de Hogar, eliminando el requisito de no desarrollar ningún otro tipo de trabajo remunerado para poder afiliarse a dicha modalidad. Así, las mujeres campesinas que realizan algún tipo de trabajo en sus hogares y comunidades, sin mantener ningún tipo de relación de dependencia, podrían afiliarse. Por otro lado, sería conveniente modificar el actual sistema de afiliación al Seguro Social Campesino, a fin de otorgar afiliaciones individuales a todos los miembros trabajadores del núcleo familiar y permitir que todos reciban la totalidad de los beneficios del sistema.

Referencias bibliográficas

- Altmeyer, A.J. (1940). Social Security in Relation to Agriculture and Rural Areas. *Social Security Bulletin* 3, 3-15.
- Asamblea Nacional del Ecuador (2014). *Proyecto de Ley para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar*.
- Association for Women's Rights in Development (2004). Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. *Derechos de las mujeres y cambio económico* 9, 1-8.

- Barlarezo, S. (1984). *Mujer y transformaciones agrarias en la sierra ecuatoriana*. Quito: Corporación Editora Nacional, Instituto Nacional de Formación Obrera y Campesina.
- Beattie, R. (2000). Social protection for all: But how? *International Labour Review* 2(139), 129-148.
- Castells, M. y Alejandro P. (1989). World Underneath: The Origins, Dynamics, and Effects of the Informal Economy. En A. Portes, M. Castells y L. A. Benton (eds.). *The Informal Economy: Studies in Advanced and Less Developed Countries*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.
- Consejo Nacional de Igualdad de Género (2014). *Agenda Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género 2014-2017*. Quito.
- Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review* 43(6), 1241-1299.
- Estelle, J., Cox Edwards, A. y Wong, R. (2008). *The Gender Impact of Social Security Reform*. Chicago: University of Chicago Press.
- Feige, E. (1990). Defining and Estimating Underground and Informal Economies: The New Institutional Economics Approach. *World Development* 18(7), 989-1002.
- Gilbert, N. (2006). *Gender and Social Security Reform: What's Fair for Women?* New Brunswick, NJ: Transaction Publishers.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. *Mujeres y hombres del Ecuador en cifras III*. Quito.
- International Labour Organization. *International Labour Standards on Social Security*. <<http://ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/social-security/lang--en/index.htm>>
- Jütting, J.P. (1999). Strengthening Social Security Systems in Rural Areas of Developing Countries. *ZEF Discussion Papers on Development Policy* 9. Bonn: Center for Development Research.
- Molina, C. E. (2012). ¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España. *Investigaciones Feministas* 3, 203-222.
- Naranjo, L. (2011). *The role of women in Ecuadorian rural development: Women's contribution to household income in rural areas*. Rio de Janeiro: Wye City Group on Statistics on Rural Development and Agriculture Households Income.
- Organización de las Naciones Unidas (2008). *La Mujer Rural en un Mundo Cambiante: Oportunidades y Retos*. <[http://www.un.org/womenwatch/daw/public/w2000/Rural%20Women%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/public/w2000/Rural%20Women%20(Spanish).pdf)>.
- Phillips, L. (1985). Gender, Class and "Development" in Rural Coastal Ecuador. *The Helen Kellogg Institute for International Studies, Working Paper 50*. Notre Dame: University of Notre Dame.
- Robert, S. (1972). *Social Security in Agriculture and Rural Areas*. Geneva: International Labour Office.
- Swanson, K. (2015). *Begging as a Path to Progress: Indigenous Women and Children and the Struggle for Ecuador's Urban Spaces*. Athens: University of Georgia Press.
- Van Ginneken, W. (2003). Extending Social Security: Policies for Developing Countries. *ESS Paper No 13*. Geneva: International Labour Office.

Legislación

Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1979). *Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)*.

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

Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 20 de noviembre de 2014.

Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Registro Oficial Suplemento No. 483 de 20 de abril de 2015.

Gráficos

Consejo Nacional de Igualdad de Género (2014). *Agenda Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género 2014-2017*. Quito: Consejo Nacional de Igualdad de Género.

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2010). *Mujeres y hombres del Ecuador en cifras III*. Quito: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

¿Camino al altar?: El matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹

Walking to the Altar? Equal Marriage in International Human Rights Law

CARLOS J. ZELADA²
 Universidad del Pacífico

Resumen

Este texto plantea que, en las dos últimas décadas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido un freno para el reconocimiento del matrimonio igualitario en el plano supranacional. Para el autor, los casos sobre la materia resueltos por instancias como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habrían sido presentados por miembros del colectivo LGBTI en momentos poco estratégicos, lo que ha generado un entramado jurisprudencial negativo que sólo recién ha comenzado a revertirse.

Palabras clave

Matrimonio igualitario / Litigio estratégico / Discriminación / Orientación sexual / Sexualidad.

Summary

This text states that, in these last two decades, International Human Rights Law has been a brake for the recognition of equal marriage at the supranational level. For the author, cases on the matter, decided by organisms such as the Human Rights Committee, the Inter-American Commission on Human Rights or the European Court of Human Rights, were presented by members of LGBTI groups at a non-strategic time, which has generated a negative jurisprudential framework that just now has begun to be reversed.

Keywords

Equal marriage / Strategic litigation / Discrimination / Sexual orientation / Sexuality.

1 Recibido: 31/07/2018 – Aceptado: 11/10/2018

2 Este texto es el resultado de un proyecto auspiciado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP). Quisiera agradecer el valioso aporte de Martín Gallardo, Carolina Neyra Sevilla, Elvis Ojeda Huerta y Diego Quesada, hoy egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, en la búsqueda y análisis de la información que ha servido de base para esta presentación. También quisiera reconocer los comentarios y críticas que Clara Burbano Herrera, Camila Gianella, Diego Ocampo, Oscar Parra, Sabrina Ragone y Lorena Sander realizaron a las diferentes formulaciones preliminares que tuvo este texto a lo largo del tiempo y sus espacios. Los errores que encuentre aquí, *querido lector*, son por supuesto, de mi exclusiva responsabilidad.



Para Goncho

Tú nunca entenderás lo que te quiero
porque duermes en mí y estás dormido.
Yo te oculto llorando, perseguido
por una voz de penetrante acero.

Federico García Lorca
"El amor duerme en el pecho del poeta"

1. Introducción

Querido lector: El interés del Derecho por regular la sexualidad no es nada novedoso. Sólo ocurre que no nos damos cuenta. Desde siempre, lo jurídico ha sido el entusiasta aliado de la Religión y la Medicina en la búsqueda del control social del desenfreno de aquellas expresiones “no virtuosas” de la sexualidad (Brundage, 2000, pp. 21-28). Parece, sin embargo, que vivimos el advenimiento de una época distinta: una en la que las disidencias del deseo comienzan a escribir algunas páginas de legitimidad en el plano jurídico.

Distintos factores parecen haber contribuido al arribo de este momento. Uno de ellos habría sido el enfoque que desde los derechos humanos se ha dado al *advocacy* y al litigio estratégico de casos relacionados con diversidad sexual. Hoy, tribunales domésticos e internacionales, así como agencias del Ejecutivo y parlamentos son cada vez más propensos a explicitar lo sexualmente distinto como parte de las realidades que lo jurídico debe reconocer. En particular, las últimas dos décadas nos han regalado un marco temporal en el cual activistas LGBTI han logrado posicionar la problemática de la orientación homosexual y en cierto modo, *lo marica* (Falconí Trávez, 2018, p. 12) en el entorno del Derecho Internacional, y más específicamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)³.

Al inicio, la meta de un sector importante de tal activismo era lograr la derogación de las normas penales de sodomía que criminalizaban la homosexualidad. Para ello pusieron a prueba los sistemas jurídicos domésticos y supranacionales en diferentes ocasiones hasta obtener un *corpus* uniforme de criterios que reconociera como insostenible tal prohibición en la medida que vulneraba el derecho fundamental a la privacidad —y, en última instancia, la libertad— de los individuos⁴.

Este movimiento jurídico ha sido, en mi opinión, uno que en esencia ha ido *de arriba hacia abajo*. Es decir, del Derecho Internacional hacia los planos domésticos. Una vez logrado el consenso argumentativo en el plano supranacional, la modificación de las normas internas y la generación de políticas públicas que despenalizaban la homosexualidad no resistiría mayor discusión argumentativa —al menos en lo jurídico⁵.

3 Esta observación no es ociosa pues cuando se explora la literatura jurídica en torno a los otros ejes de las sexualidades no hegemónicas (como la intersexualidad, la identidad de género trans* o las expresiones de género no binarias), el desbalance bibliográfico y de producción de decisiones judiciales es bastante marcado (Zelada y Neyra, 2017). De alguna manera, estos otros ejes son invisibles entre los invisibles.

4 Al respecto, conviene examinar la histórica decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Dudgeon*, el dictamen del Comité de Derechos Humanos en *Toonen*, y la reciente sentencia de la Corte Interamericana en el asunto *Flor Freire*.

5 Sin embargo, si bien ésta es ya una batalla ganada en el plano jurídico, no hay que olvidar que la homosexualidad continúa siendo perseguida en varios países a través del delito de sodomía.

Pero las estrategias jurídicas de nuestros días han puesto la mira en la “normalización” jurídica de las conductas afectivas estables del mundo homosexual (Pierceson et al., 2013), buscando así una *reconstrucción* (y no la *deconstrucción*) del edificio regulatorio de la sexualidad. La batalla legal que hoy se juega es una que busca el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como familia en la fórmula matrimonial (o en alguna institución análoga) (Díez, 2015) y su acceso a derechos patrimoniales, pensionarios y de asistencia en salud⁶. Hemos transitado así de un paradigma de liberación en el espacio íntimo (vida privada) a otro de expresión abierta que apuesta por una nueva regulación del espacio público (libre desarrollo de la personalidad) donde las asimetrías en la protección de derechos podrían finalmente superarse (Gallo et. al., 2014, p. 2).

¿Y cómo ha respondido el DIDH a estas nuevas demandas? Este movimiento del Derecho, en contraste con el anterior, parece ir más bien en sentido inverso, *de abajo hacia arriba*. Es decir, del plano doméstico hacia la arena internacional. Así, el DIDH habría esperado primero la generación de consensos en el plano interno antes de realizar alguna afirmación a favor de la protección del afecto *marica* estable desde lo supranacional⁷.

Este trabajo se enfoca en esta última tendencia y reseña los casos más relevantes vinculados al matrimonio igualitario (y formulaciones alternativas) presentados ante el Comité de Derechos Humanos (CDH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para proponer que, durante un largo período, el DIDH no ha sido el mejor aliado de estas cuestiones. Mi hipótesis plantea que los casos resueltos por estas instancias fueron presentados en momentos terriblemente inoportunos, lo que generó un entramado jurisprudencial negativo que sólo ha empezado a revertirse en los años más recientes gracias a una muy intensa labor de los colectivos locales y regionales en el plano interno.

Para formular estas ideas me he beneficiado de investigaciones como las de por Rossenberg (2008) y Keck (2014), escépticos del valor del “litigio estratégico” como detonante del cambio social en la vía doméstica, intentando llevar sus cuestionamientos a la arena internacional. Veinte años después de los primeros casos en instancias supranacionales, ¿está finalmente listo el DIDH para el reconocimiento del matrimonio igualitario?

De otro lado, al escribir este texto decidí adrede hablar del matrimonio como altar.

⁶ Es importante señalar que, si bien la reivindicación por el matrimonio igualitario es la demanda más visible del colectivo homosexual, no todos los activistas LGBTI están de acuerdo con su priorización. Tal como Gimeno y Barrientos (2009, p. 20) destacan:

“Existe, por el contrario, un importante sector del activismo español, pero también del de América Latina y de otras regiones del mundo, que se ha mostrado reiteradamente en desacuerdo, no ya con esta conquista, sino más bien con que, como reivindicación, ésta sea prioritaria. La acusación más frecuente que se hace a esta reivindicación es que se trata de una demanda que proviene del ala institucionalizada del movimiento LGBTI, que es conservadora y ajena a los verdaderos intereses de los gays y lesbianas. Demanda que rompería, además, con el planteamiento que ha considerado siempre al matrimonio más como una institución a combatir que como una posible reivindicación política a exigir desde sectores sociales que pretender transformar la sociedad. Éste es un viejo debate que tarde o temprano termina alcanzando a todos los movimientos sociales: escoger entre reformas parciales, postura defendida por sectores más institucionalizados, o cambios estructurales o ‘revolucionarios’, defendidos por los sectores más radicales o ‘antisistema’. De otro lado, la oposición al matrimonio desde el feminismo —que ha sumado ideas provenientes del anarquismo y el socialismo— ha sido muy importante y de esperar, puesto que dicha institución ha constituido un pilar fundamental en la opresión de las mujeres. También desde sectores libertarios ha habido una fuerte oposición al matrimonio entendiendo éste como yugo y una protección innecesaria al sentimiento verdadero”.

⁷ Prueba de ello sería, por ejemplo, el advenimiento (y hasta ahora suprema fortaleza) de la llamada “doctrina del margen de apreciación” en el sistema europeo de derechos humanos.

Como espacio, el altar está relacionado con la ceremonia religiosa del matrimonio y tiene una carga simbólica importante en torno al compromiso, la solemnidad y hasta el misticismo: todas características que no suelen vincularse al afecto homosexual, al cariño *marica*. Quisiera, por ello, *querido lector*, que transite por estas páginas que explícitamente intentan convencerle del sentido socialmente no previsto (*sanamente pervertido*, diría en otro contexto) de dicho lugar.

He dividido esta presentación en cuatro etapas. Luego de esta introducción, en la segunda parte realizo un recuento de los Estados que han legalizado el matrimonio igualitario en la totalidad (o en casi la totalidad) de sus territorios hasta julio de 2018, indagando en los procesos internos que llevaron a dicho reconocimiento. En la tercera sección se describen algunos de los casos más relevantes resueltos en tribunales e instancias decisorias internacionales en torno a esta temática, en especial aquéllos presentados ante el CDH, la CIDH y el TEDH⁸. El texto culmina con algunas reflexiones sobre el futuro del reconocimiento del matrimonio igualitario en el plano del DIDH.

Esta reflexión se vuelve particularmente relevante dada la reciente Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, cuyo inesperado planteamiento, creo yo podría cambiar, obviamente con bastante drama, la que hasta ahora ha sido una tímida reflexión del DIDH en torno al matrimonio igualitario.

2. La línea temporal del matrimonio igualitario

Finalizado el siglo XX, no existía Estado en el mundo que reconociese legislativamente o jurisdiccionalmente el matrimonio igualitario. Para entonces, había más bien un reducido número de Estados y territorios que reconocían algunos de los derechos y beneficios “conyugales” a las parejas homosexuales a través de fórmulas jurídicas alternativas, pero siempre con un cuidado extremo de no utilizar el término “matrimonio” para la definición de tales instituciones. En poco más de una década, el panorama comenzaría a dibujar un horizonte distinto.

A julio de 2018 son 26 los Estados que permiten el matrimonio igualitario en la totalidad de sus territorios⁹. Divido esta línea de tiempo que va de 1989 al día de hoy en tres grandes momentos:

- (a) Un primer ciclo que va de 1989 a 1999, donde no existe regulación doméstica alguna a favor del matrimonio igualitario, pero en el que los Estados comienzan a optar por fórmulas de protección no matrimonial para las parejas homosexuales.
- (b) Un segundo período que va de los años 2000 al 2011, en el que si bien ya existen algunas normas y decisiones judiciales a favor del matrimonio igualitario en el plano interno, los Estados todavía prefieren apostar por figuras no matrimoniales de tutela de las uniones homosexuales.
- (c) Un tercer momento que va del 2012 hasta hoy, en el que los Estados vienen aprobando el matrimonio igualitario como mecanismo preferente de protección de los derechos de las parejas homosexuales.

8 Salvo referencias muy tangenciales, esta investigación no incluye las decisiones sobre dicha temática en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas.

9 En esta lista incluyo al Reino Unido, el cual, en estricto, no cumple con esta condición para el caso de Irlanda del Norte, que ha preferido mantener la formulación matrimonial heterosexual. De este número se excluye además a Estonia que, si bien aprobó por vía legislativa el matrimonio igualitario en marzo de 2015, lo excluyó meses después a través de un referéndum.

Año de aprobación	Matrimonio	Institución no matrimonial
1989	-	Dinamarca
1990	-	-
1991	-	-
1992	-	-
1993	-	Noruega
Año de aprobación	Matrimonio	Institución no matrimonial
1994	-	Israel Suecia
1995	-	-
1996	-	Hungría Islandia
1997	-	Países Bajos
1998	-	-
1999	-	Bélgica Canadá Francia

Figura 1: Cuadro del primer ciclo (1989-1999)

En el primer período (1989-1999), no existe tribunal doméstico (mucho menos internacional) que se pronuncie positivamente frente al matrimonio igualitario. Aquí la protección del afecto *marica* se materializa principalmente a través de medidas legislativas no conyugales que crean regímenes particulares para las parejas homosexuales (marcos catalogados por lo general en la doctrina como *registered partnerships* o *civil unions*)¹⁰. En otros casos se permite el acceso a instituciones heterosexuales preexistentes como el régimen de *cohabitation*.

El momento clave de esta etapa ocurre en 1989, cuando Dinamarca se convierte en el primer Estado del mundo en aprobar legislativamente un régimen de protección particular para las parejas homosexuales (*registreret partnerskab*)¹¹. Le siguieron Noruega (*registreret partnerskab*, 1993)¹², Israel (*unregistered cohabitation*, 1994)¹³, Suecia (*registreret partnerskab*, 1994)¹⁴, Hungría (*élettársi kapcsolat*, 1996)¹⁵, Islandia (*staðfest samvist*, 1996)¹⁶, Países Bajos

10 Este primer ciclo puede retrotraerse también algunos años antes, a 1979, cuando los Países Bajos aprobó ampliar el régimen especial conocido en inglés como *informal cohabitation* a favor de las parejas homosexuales, aunque para entonces éste se encontraba estrictamente limitado a cuestiones de alquiler de vivienda.

11 Este régimen fue derogado en 2012 cuando el matrimonio igualitario entró en vigencia en Dinamarca. Desde ese año ya no se permite la celebración de *registreret partnerskab*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho status o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

12 Este régimen fue derogado en el año 2009 cuando el matrimonio igualitario entró en vigencia en Noruega. Desde ese año ya no se permite la celebración de *registreret partnerskab*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho status o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

13 Éste es el único caso del período donde el reconocimiento se produce por la vía judicial.

14 Este régimen entró en vigencia en 1995, pero fue derogado en el año 2009 cuando el matrimonio igualitario entró en vigencia en Suecia. Desde ese año ya no se permite la celebración de *registreret partnerskab*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho status o solicitar pasar a la fórmula matrimonial. En paralelo, desde 1988 se encuentra vigente el régimen de *cohabitation* que permite que parejas, al margen de su orientación sexual, puedan disfrutar del reconocimiento jurídico de su relación ante el Estado.

15 Hungría amplió la cobertura de esta figura a las parejas del mismo sexo desde 1996. En paralelo, desde el año 2009 se encuentra vigente el régimen de *bejegyzett élettársi kapcsolat*, pero restringido a las parejas homosexuales. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

16 Este régimen fue derogado en el año 2010 cuando el matrimonio igualitario entró en vigencia en Islandia. Desde ese año

(*geregistreerd partnerschap*, 1997)¹⁷, Bélgica (*cohabitation légale*, 1999)¹⁸, Canadá (*common-law relationships*, 1999)¹⁹ y Francia (*pacte civil de solidarité (PACS)*, 1999)²⁰.

Salvo el caso de Israel, durante este período el ámbito de protección es estricta y limitadamente eurocéntrico²¹.

Año de aprobación	Matrimonio	Institución no matrimonial
2000	Países Bajos	Alemania
2001	-	Finlandia Portugal
2002	-	-
2003	Bélgica	Austria
2004	-	Luxemburgo Nueva Zelanda Reino Unido
2005	Canadá España	Andorra Eslovenia Suiza
2006	Sudáfrica	República Checa
2007	-	Colombia Uruguay
2008	Noruega	Australia Ecuador
2009	Suecia	-
2010	Argentina Islandia Portugal	Irlanda
2011	-	Brasil Liechtenstein

Figura 2: Cuadro del segundo ciclo (2000-2011)

Durante el segundo ciclo (2001-2011), la protección de las relaciones afectivas de las parejas del mismo sexo sigue siendo eurocéntrica, pero comienza a extenderse muy limitadamente

ya no se permite la celebración de *stadfest samvist*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho *status* o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

17 Este régimen entró en vigencia en 1998. Los *geregistreerd partnerschap* son una institución alternativa al matrimonio, actualmente vigente, abierta tanto a parejas heterosexuales como homosexuales. Adicionalmente, como ya se precisó en el pie de página 10, desde 1979 se reconoce la posibilidad de que las parejas, al margen de su orientación sexual, puedan participar del régimen de *informal cohabitation*.

18 Este régimen entró en vigencia en el año 2000. La *cohabitation légale* es una institución alternativa al matrimonio abierta, desde su creación, tanto a parejas heterosexuales como homosexuales.

19 Desde 1999, a raíz de una decisión de la Corte Suprema de Canadá, este régimen no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. Desde 2013, se encuentra además vigente en paralelo con el matrimonio igualitario.

20 Este régimen, desde su creación, no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. Se encuentra además vigente en paralelo con el matrimonio igualitario. Desde el año 2003, se encuentra además vigente en paralelo con el matrimonio igualitario.

21 Entre las jurisdicciones territoriales con fórmulas no matrimoniales del primer período tenemos: Groenlandia (*registretet partnerskab*, 1996), Cataluña (*unión estable de pareja*, 1998) y Aragón (unión civil, 1999).

Brasil (*união estável*, 2011)³⁸ y Liechtenstein (*lebenspartnerschaftsgesetz*, 2011)³⁹. Si observa con atención, *querido lector*, las instituciones no matrimoniales de este período son aprobadas por los Estados a través de fórmulas que mezclan lo legislativo, lo jurisdiccional y hasta la consulta popular⁴⁰.

Un momento clave para este ciclo ocurre en el año 2001, cuando los Países Bajos se convierte en el primer Estado en aprobar (legislativamente) el matrimonio igualitario en el mundo. Bélgica (2003), Canadá (2005)⁴¹, España (2005)⁴², Sudáfrica (2006)⁴³, Noruega (2009)⁴⁴, Suecia (2009)⁴⁵, Argentina (2010), Islandia (2010) y Portugal (2010)⁴⁶ aprueban también el matrimonio igualitario en el mismo ciclo, con lo que ya son diez los Estados que cuentan con fórmulas conyugales para las parejas homosexuales en la totalidad de sus territorios.

Debe tomarse en cuenta que, para este ciclo, Canadá y Sudáfrica son los únicos países de la lista que obtienen la aprobación del matrimonio igualitario por vía jurisdiccional. Los demás Estados del período lo realizaron mediante la vía legislativa.

Año de aprobación	Matrimonio	Institución no matrimonial
2012	Dinamarca	-
2013	Brasil Francia Nueva Zelanda Reino Unido (Inglaterra y Gales) Uruguay	Costa Rica

38 Este régimen fue aprobado por el Tribunal Supremo Federal de Brasil extendiendo los derechos y obligaciones del matrimonio heterosexual a las parejas del mismo sexo. Cabe señalar que en 2013 el matrimonio igualitario entró en vigencia en Brasil. Desde ese año los miembros de una *união estável* pueden solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

39 Este régimen sólo se aplica a las parejas del mismo sexo. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

40 Algunas jurisdicciones territoriales con fórmulas no matrimoniales del período son: Vermont (*civil union*, 2000), Buenos Aires y Río Negro (unión civil, 2002), Ciudad de México (unión civil, 2006) y Coahuila (unión civil, 2007).

41 En 2003, la decisión en el caso *Halpern* reconoció el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio en Ontario. Otros casos en diferentes jurisdicciones del territorio canadiense siguieron la misma línea hasta que, en 2004, la Corte Suprema Federal en *Re Same-Sex Marriage* interpretó que sólo el gobierno federal podía modificar con alcance general la definición del matrimonio. La iniciativa que llevaría al *Civil Marriage Act* fue finalmente presentada por el gobierno federal en 2005.

42 La Ley No. 13/2005, que modificó el Código Civil para permitir el matrimonio igualitario en España, fue cuestionada —sin éxito— por grupos anti derechos en 2012 ante el Tribunal Constitucional español.

43 Sudáfrica fue el primer Estado en prohibir en su Constitución la discriminación por orientación sexual (1996). En *Minister of Home Affairs v. Fourie* (2005), el Tribunal Constitucional de Sudáfrica estableció que la denegación del matrimonio a las parejas del mismo sexo constituía una medida discriminatoria. El Tribunal Constitucional otorgó entonces al Parlamento un plazo de 12 meses para adaptar la legislación civil sobre la materia. A partir del *Civil Union Act (Act No. 17 of 2006)*, las parejas —sin importar su sexo— pueden optar por registrarse como matrimonio o como unión civil.

44 En 2009, desde la entrada en vigor de la norma que permite el matrimonio igualitario, ya no se permite la celebración de *registered partnerships*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho *status* o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

45 En 2009, desde la entrada en vigor de la norma que permite el matrimonio igualitario, ya no se permite la celebración de *registered partnerships*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho *status* o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

46 La norma que permite el matrimonio igualitario fue inicialmente aprobada por la Asamblea de la República para luego enviarse al Tribunal Constitucional, el cual ratificó su constitucionalidad. En 2009, el mismo tribunal había señalado que si bien la Constitución no prohibía el matrimonio igualitario, ésta no generaba obligación alguna de legislar sobre dicha materia.

2014	Finlandia Luxemburgo Reino Unido (Escocia)	Croacia Estonia Malta
2015	Estados Unidos Irlanda México	Chile Chipre
2016	Colombia	Italia
2017	Alemania Australia Austria Malta	

Figura 3: Cuadro del tercer ciclo (2012 – a la fecha)

Pero es en el tercer momento (2012 hasta hoy) donde recién se muestra la prevalencia de la fórmula matrimonial. A los diez países de la etapa anterior se suman 16 nuevos Estados: Dinamarca en 2012; Brasil, Francia, Uruguay, Nueva Zelanda, Inglaterra, Gales y Uruguay en 2013; Finlandia⁴⁷, Luxemburgo y Escocia en 2014⁴⁸; Estados Unidos, Irlanda y México⁴⁹ en 2015⁵⁰; Colombia en 2016⁵¹; y Alemania, Australia, Austria⁵² y Malta en 2017: con lo que la lista más actualizada del matrimonio igualitario llega a 26 Estados⁵³.

Un dato clave para este período es que en cada ciclo anual desde 2012 al menos un nuevo Estado se suma a la lista de países que apuestan por el matrimonio igualitario. Otro aspecto que importa destacar es que cinco de estos 16 Estados han aprobado la medida por vía jurisdiccional (Austria, Brasil, Colombia, Estados Unidos y México) y que Irlanda es el primer Estado de la línea de tiempo en aprobar el matrimonio igualitario mediante referéndum⁵⁴.

47 En realidad, la legislación sobre matrimonio igualitario en Finlandia entró en vigor en 2017.

48 Salvo para el caso de Irlanda del Norte.

49 El caso mexicano presenta algunas particularidades que vale la pena explicar. En México, cada entidad federativa posee un Código Civil que regula el matrimonio. A julio de 2018, sólo los códigos de Quintana Roo, Coahuila y Ciudad de México cuentan con condiciones legislativas explícitas para la celebración de matrimonios igualitarios. Cuando en junio de 2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que las leyes estatales que restringen el matrimonio a la fórmula heterosexual eran inconstitucionales, se abrió una ventana jurídica para celebrar matrimonios igualitarios en todo el país. Sin embargo, debido a la falta de alineación de las demás legislaturas estatales, algunas autoridades todavía niegan a las parejas *maricas* la posibilidad del matrimonio igualitario. ¿La salida? Tramitar un recurso de amparo que suele resolverse a su favor con rapidez. Esto, aunque positivo en el fondo, crea una innecesaria barrera de acceso para el disfrute de dicho derecho.

50 Groenlandia también aprobó el matrimonio igualitario en 2015.

51 Originalmente, en una decisión de 2011 (sentencia C-577/2011), la Corte Constitucional de Colombia otorgó un plazo de dos años al Parlamento para que apruebe la legislación conducente al matrimonio igualitario. Vencido el plazo, sin embargo, el Congreso no aprobó la norma. Fue recién con la sentencia SU-214/16 de la Corte Constitucional que el asunto del matrimonio igualitario quedó finalmente superado.

52 Tal como se detalla en el pie de página 24, Austria aprobó jurisdiccionalmente el matrimonio igualitario y, si el Parlamento no legisla en plazo oportuno, podrá sumarse a esta lista en el año 2019.

53 No coloco a Taiwán en la lista dada la vieja disputa que existe en el Derecho Internacional en torno al reconocimiento de dicho territorio como un verdadero Estado. En mayo de 2017, la Corte Constitucional de Taiwán estableció que las parejas del mismo sexo tienen un derecho fundamental a contraer matrimonio, otorgándole dos años al Parlamento para modificar la legislación local en dicho sentido. Por otro lado, en julio de este año, dos parejas en Cuenca, invocando la OC-24/17 de la Corte IDH, han exigido al Poder Judicial ecuatoriano su derecho a acceder al matrimonio igualitario.

54 Como ya señalé, Estonia aprobó el matrimonio igualitario por vía legislativa en marzo de 2015, pero la medida fue derogada vía referéndum en diciembre del mismo año.

Las fórmulas no conyugales continuaron siendo aprobadas en paralelo durante esta etapa (siempre por vía legislativa) pero con menor fuerza que en el ciclo anterior. Al grupo previo de fórmulas no conyugales se sumaron: Costa Rica (unión civil, 2013)⁵⁵, Croacia (*životno partnerstvo*, 2014)⁵⁶, Estonia (*kooselulepingu*, 2014)⁵⁷, Malta (*unjonijiet civili*, 2014)⁵⁸, Chile (unión civil, 2015)⁵⁹, Chipre (*civil cohabitation*, 2015)⁶⁰ e Italia (*unione civile*, 2016)⁶¹.

Otro dato importante, *querido lector*: No quisiera que pase desapercibido el hecho de que los 26 Estados que han aprobado el matrimonio igualitario a lo largo de esta línea de tiempo han transitado previa o paralelamente por fórmulas no conyugales. *Todavía nadie ha saltado con garrocha al altar*. Como señala Ragone (2014, p. 243), el “Derecho comparado demuestra así que el *paradigma heterosexual no es absoluto*, constituyéndose éste sólo como una de las posibles declinaciones de la vida matrimonial y, más en general, familiar”.

Con esta línea de tiempo en mente, veamos ahora cómo se ha comportado el DIDH cuando se le ha invitado a caminar hacia el altar del matrimonio igualitario.

3. ¿Camino al altar?: El matrimonio igualitario en el DIDH

En estricto, sólo tres veces se le ha preguntado directamente al DIDH en torno a la viabilidad del matrimonio igualitario en el marco de los tratados sobre derechos humanos.

Tratado	Sistema de protección	Órgano/s de supervisión	Artículo
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Universal	Comité de Derechos Humanos	23.2: Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales	Regional europeo	Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y antes, también la Comisión Europea de Derechos Humanos)	12: A partir de la edad núbil, el hombre y a mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

55 Este caso es *sui generis* pues las uniones civiles fueron previstas, al parecer de manera involuntaria, en la Ley No. 8261 (Ley General de la Persona Joven). No existe un desarrollo normativo explícito particular sobre esta materia.

56 Este régimen sólo se aplica a parejas del mismo sexo. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

57 Este régimen entró en vigor en 2016 y no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

58 Este régimen no distingue entre parejas heterosexuales y del mismo sexo. Cabe señalar que desde 2017 el matrimonio igualitario entró en vigencia en Malta. Desde ese año los miembros de un *unjonijiet civili* pueden solicitar pasar a la fórmula matrimonial. Por otro lado, también desde 2017, cualquier pareja puede acogerse al régimen de *koabitazzjoni*.

59 Este régimen no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

60 Este régimen no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

61 Este régimen sólo se aplica a parejas del mismo sexo. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

<p>Convención Americana sobre Derechos Humanos</p>	<p>Regional interamericano</p>	<p>Comisión Interamericana de Derechos Humanos Corte Interamericana de Derechos Humanos</p>	<p>17.2: Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.</p>
---	--------------------------------	---	--

Figura 4: Cuadro sobre el matrimonio en los tratados sobre derechos humanos

La primera vez fue en el período 1998-2002 ante el CDH, órgano de supervisión de las Naciones Unidas que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El segundo encuentro se produjo entre 2004 y 2010, frente al TEDH, la instancia regional encargada de supervisar el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo) en el marco del Consejo de Europa. Finalmente, el DIDH se enfrentaría nuevamente a la cuestión en el período 2007-2016, también ante el TEDH.

3.1. *Atracción fatal*: El romance inicial con el DIDH

3.1.1. *Joslin y otras*

Hacia noviembre de 1998, luego de la despenalización de la sodomía desde el DIDH, los entusiastas del litigio estratégico vieron en el PIDCP una posible salida frente a la denegación de licencias matrimoniales ocurrida contra Juliet Joslin, Jennifer Rowan, Margaret Pearl y Lindsay Zelf en Nueva Zelanda.

La pregunta que las dos parejas de mujeres planteaban al CDH era la siguiente: cuando el segundo párrafo del artículo 23 del PIDCP habla del “derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio”, ¿alcanza también a las parejas del mismo sexo que desean casarse?⁶² De acuerdo con las demandantes:

5.4. [...] las parejas homosexuales tienen una expectativa legítima, derivada de la disposición de los Pactos sobre la igualdad, que el Estado Parte persigue activamente la adopción de medidas legislativas que fomenten el reconocimiento de las relaciones homosexuales mediante una legislación apropiada. [...] Las autoras declaran que el Gobierno va a

62 El argumento central de las denunciadas sostenía la violación conjunta de los artículos 23.2 y 2.1 del PIDCP. Es interesante destacar que, de acuerdo con las demandantes, la legislación matrimonial vigente en Nueva Zelanda —al incluir sólo las uniones entre heterosexuales— discriminaba en virtud del sexo, en cuyo ámbito, señalaban: “3.8. [...] está incluida la orientación sexual”. El concepto de orientación sexual como conducta sospechosa, independiente del sexo y del género, se desarrollaría todavía con posterioridad en el DIDH. Para entonces resultaba conveniente argumentar la orientación sexual como un componente del sexo, categoría considerada por el CDH como claramente sospechosa desde su dictamen en el caso *Toonen* (1994).

presentar en el Parlamento un proyecto de ley de unión civil, en el que se ofrece una alternativa al matrimonio para el reconocimiento legal de la relación. *Pero ese proyecto de ley sería insuficiente y perpetuaría la desigualdad, pues probablemente no ofrecería todos los incidentes jurídicos del matrimonio.* Las autoras también afirman que las otras mejoras legislativas de las parejas homosexuales previstas para el futuro [...] son demasiado escasas y en general insatisfactorias (el resaltado es mío).

Bajo este escenario, el 17 julio de 2002, el CDH daba la primera respuesta del DIDH a la pregunta del matrimonio igualitario. No fue un buen inicio: el CDH no encontró que Nueva Zelanda hubiera vulnerado precepto alguno del PIDCP⁶³. En opinión del comité:

8.2 El párrafo 2 del artículo 23 del Pacto es la única disposición sustantiva en que se define un derecho, utilizando el término “hombre y mujer”, en lugar de “todo ser humano”, “todos”, o “todas las personas”. *El uso del término “hombre y mujer” en lugar de los términos generales utilizados en otros lugares de la parte III del Pacto, se ha entendido consistente y uniformemente en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse* (el resaltado es mío).

La interpretación dada por el CDH se ajustó a cuestionables parámetros de interpretación literal e histórica que dejaron un sinsabor de insuficiencia para las litigantes. El CDH hizo así un claro eco de los argumentos del Estado durante el procedimiento:

4.3. El argumento fundamental del Estado Parte es que el texto del párrafo 2 del artículo 23 del Pacto claramente prevé una definición del matrimonio como la unión de parejas de uno y otro sexo. En su sentido ordinario las palabras “contraer matrimonio” se refieren a parejas de uno y otro sexo. Es significativo que en el párrafo 2 del artículo 23 figure el único derecho sustantivo protegido por el Pacto en que se alude específicamente al sexo, con la expresión “del hombre y de la mujer”, mientras que en todos los demás derechos se prescinde de consideraciones basadas en el sexo. Esta lectura contextual se ve reforzada por el uso de las palabras “contrayentes” y “esposos”, que designan a las partes de sexo opuesto que contraen matrimonio, en los párrafos 3 y 4 del artículo 23. *El consenso universal en la práctica de los Estados respalda este punto de vista: ningún Estado Parte prevé el matrimonio homosexual; y ninguno ha entendido que el Pacto sí lo prevea, por lo que nunca se han formulado reservas a ese respecto* (el resaltado es mío).

¿Pero qué venía ocurriendo en los Estados al momento de la formulación de la pregunta de las demandantes y de la respuesta del comité? Si recordamos la línea de tiempo de la sección anterior, *Joslin* se decide en el período 1998-2002, cuando sólo un Estado contaba con legislación favorable al matrimonio igualitario (Países Bajos, desde 2001), y en el que se denota una marcada prevalencia del formato no matrimonial como fórmula doméstica para el reconocimiento de derechos. Si algo marcó la respuesta en *Joslin* fue la poca comodidad que el Derecho Internacional todavía experimentaba para el reconocimiento de un derecho humano al matrimonio más inclusivo.

63 En su comunicación inicial al CDH, las solicitantes alegaron vulneraciones de los artículos 16, 17 y 2.1, 23.1 y 2.1, y 26 del PIDCP.

Y si bien el comité es bastante escueto en su argumentación, también deja notar que no existía todavía un consenso que le permita afirmar que la denegación de una licencia matrimonial para una pareja homosexual fuera —en sí misma— una forma de discriminación desde la orientación sexual. Así, en la única opinión separada al dictamen principal, dos de los miembros del comité señalarían que el artículo 23.2 del PIDCP: “no limita en modo alguno la libertad de los Estados, [...] de reconocer, en forma de matrimonio o en otra forma comparable, el compañerismo entre dos hombres o entre dos mujeres”.

En otras palabras, el comité nos dice que, para el año 2002, el matrimonio igualitario no es tema de incumbencia del DIDH, y que cada Estado tiene el derecho de regular el reconocimiento del afecto *marica* de la manera que mejor le parezca.

3.1.2. Pérez Meza

En paralelo a *Joslin*, allá en julio de 1999, José Alberto Pérez Meza presentaba a la CIDH una petición en la que señalaba que las autoridades judiciales del Paraguay le habían negado la posibilidad de reconocer como “matrimonio aparente” (es decir, como una unión de hecho) la relación que habría mantenido durante 20 años con su compañero fallecido (CIDH, 2001). De acuerdo con Pérez Meza, la negativa del Estado configuraba una violación del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)⁶⁴. La CIDH añade que el peticionario había afirmado también que: “habría sido víctima en reiteradas oportunidades de expresiones de discriminación por su *elección sexual*”⁶⁵ (el resaltado es mío).

La petición fue declarada inadmisibile el 10 de octubre de 2001, por lo que nunca se pudo examinar el fondo del asunto. Sin embargo, resulta interesante revisar lo poco que dice la CIDH en torno a las uniones entre personas del mismo sexo en su escueto informe:

Respecto del proceso de reconocimiento [...], queda claro que la legislación paraguaya contempla este supuesto de matrimonio aparente o unión de hecho sólo entre un varón y una mujer, y así lo expresa el artículo 51 de la Carta Magna: “Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley”. Asimismo, el Código Civil del Paraguay en su artículo 140 inciso (g) prohíbe expresamente el matrimonio de personas del mismo sexo. De esta forma surge claramente que la situación que el peticionario invoca (matrimonio entre personas del mismo sexo) no está prevista por la legislación interna paraguaya y por lo tanto carece de tutela jurídica a los fines de su reconocimiento como pareja del causante. De las constancias del expediente surge que los jueces rechazaron su demanda por falta de previsión legal de esa circunstancia [...]. La Comisión resalta que en ningún momento el peticionario ha argumentado ante las autoridades judiciales paraguayas ni ante la Comisión Interamericana que dichas disposiciones legales sean discriminatorias. La Comisión observa que de los diversos escritos del expediente no surge que el peticionario haya atacado dichas leyes mediante los recursos internos correspondientes. Tampoco el peticionario ha cuestionado procesalmente ante la justicia paraguaya o ante la CIDH la aplicación de las leyes paraguayas como discriminatorias

64 El artículo 27 de la Convención Americana establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

65 No puedo dejar de notar la selección de palabras (“elección sexual”) que aquí realiza la CIDH para describir la situación del peticionario.

de las parejas homosexuales en las distintas instancias de las que fue parte. Por lo tanto, la Comisión debe declarar la inadmisibilidad de la petición por falta de agotamiento de los recursos internos.

Sorprende esta decisión de la CIDH en la que se percibe una extraña urgencia para descartar a toda costa la posibilidad de responder a la pregunta de la afectividad *marica* en un examen de fondo. El mensaje que deja el órgano es además terrible: a falta de legislación expresa que proteja domésticamente a las parejas homosexuales, no es posible que el sistema brinde algún tipo de tutela en el plano internacional. Para la CIDH:

[...] la petición es INADMISIBLE por cuanto los hechos alegados respecto de los procesos de reconocimiento de sociedad de hecho del peticionario con el causante *son manifestamente infundados* de acuerdo a lo establecido en [...] la Convención Americana, debido a que a la Comisión no le corresponde resolver como cuarta instancia (el resaltado es mío).

No abundaré sobre la serie de argumentos que pueden presentarse aquí (en anacronía) para rebatir la tesis de esta CIDH del año 2001⁶⁶. Esta respuesta se anticipa temporalmente a *Joslin*, pero de una peor manera: los afectos *maricas* no son un asunto de preocupación para el sistema interamericano. Menos mal, *querido lector*, que la CIDH piensa hoy bastante diferente.

3.1.3. *Goodwin*

Tampoco puedo dejar de mencionar que días antes del dictamen en *Joslin* se produjo un momento —indirectamente— clave para el matrimonio igualitario, esta vez en el marco del sistema europeo. La sentencia del TEDH en *Goodwin* (2008), que no se centra en la pregunta del matrimonio igualitario, termina realizando una serie de afirmaciones decisivas para la consideración jurídica de las uniones entre personas del mismo sexo en el sistema regional europeo⁶⁷.

Christine Goodwin era una mujer transexual que en 1995 presentó una demanda contra el Reino Unido ante la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos, alegando una serie de vulneraciones en el marco del reconocimiento de su identidad de género femenina. El caso llega al TEDH en 1999, que emite sentencia el 11 de julio 2002, seis días antes del dictamen en *Joslin*. La decisión, si bien resultó positiva para el reconocimiento de los derechos de las personas trans*, también implicó una limitación para la causa del matrimonio igualitario.

La sentencia en *Goodwin* inicia en buenos términos, pues el TEDH afirma que, cuando estén involucradas personas trans*, el artículo 12 del Convenio Europeo no debe interpretarse más a partir de criterios estáticos:

100. Es cierto que la primera oración se refiere en términos expresos al derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio. *El tribunal no está persuadido que a la fecha*

66 Aunque no se detalla el sentido individual de los votos de los comisionados o los términos de la discusión interna en torno a esta inadmisibilidad, es importante tomar en cuenta la composición de la CIDH para entonces. Firmaron este informe, al parecer unánimemente: Claudio Grossman, Juan Méndez, Marta Altolaguirre, Hélio Bicudo, Robert K. Goldman, Peter Laurie y Julio Prado Vallejo.

67 En la solicitud original ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, la denunciante alegó la vulneración de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 12 (derecho a contraer matrimonio), 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (prohibición de la discriminación) del Convenio Europeo.

de este caso pueda todavía asumirse que estos términos deban referirse sólo a una determinación del género basada puramente en criterios biológicos [...]. Han ocurrido importantes cambios sociales en la institución matrimonial desde la adopción del Convenio Europeo. Dramáticos cambios se han producido también en el campo de la transexualidad gracias al desarrollo médico y científico. El tribunal ya ha señalado en esta decisión que en virtud [...] del Convenio, una prueba de factores biológicos congruentes ya no puede ser utilizada para negar el reconocimiento jurídico del género de un transexual post operatorio⁶⁸ (el resaltado es mío).

Sin embargo, en espejo con lo que días después se diría en *Joslin*, el TEDH decide restringir el alcance del derecho a contraer matrimonio a la fórmula heterosexual. En efecto, el tribunal encontraría vulnerado el artículo 12 del Convenio Europeo sólo en la medida que Christine Goodwin deseara contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto:

101. Por lo tanto, el tribunal considera que, en este caso, la asignación del sexo al registro de nacimiento existente en la legislación interna constituye una limitación que perjudica la esencia misma del derecho a contraer matrimonio. En ese sentido, es falso que las personas transexuales post operatorias no hayan sido privadas de su derecho a contraer matrimonio cuando, de acuerdo con la legislación, deberían poder casarse con una persona de su sexo opuesto. La demandante en este caso vive como una mujer, se encuentra en una relación con un hombre y sólo desea casarse con un hombre. *Ella no tiene posibilidad de hacerlo. En la visión de este tribunal, ella podría, por tanto, denunciar que la esencia de su derecho a contraer matrimonio ha sido vulnerada⁶⁹ (el resaltado es mío).*

Al igual que en *Joslin*, el marco temporal de resolución de *Pérez Meza* (1999-2001) y *Goodwin* (1995-2002) en el plano internacional coincide con un período en el que los derechos nacionales apenas ensayaban sus primeras apuestas legislativas no matrimoniales para el reconocimiento de derechos de las parejas homosexuales. Y aunque la intención de la pregunta fue buena, su *timing* no pudo ser peor.

3.2. Una serie de eventos desafortunados: El mundo post *Joslin*

Marcados por las respuestas iniciales en el sistema universal y en los sistemas regionales interamericano y europeo, los casos que se litigaron posteriormente no volvieron a preguntar más de manera directa al DIDH por el matrimonio igualitario en un período importante de tiempo.

Pero el litigio internacional continuó. Las parejas del mismo sexo buscaron revertir estas decisiones, pero esta vez desde los “contornos” del matrimonio. Así, comenzaron a articular demandas en el DIDH (a) que desagregaban los “derechos” al interior del matrimonio (patrimonio, pensiones, asistencia en salud), o (b) que hacían visible el impacto negativo que la legislación heterocisnormativa ocasionaba en su proyecto de familia.

Como veremos en los próximos párrafos, para ello utilizaron formulaciones jurídicas más clásicas a partir de derechos como la privacidad y la vida familiar mirados siempre desde el lente del principio de prohibición de la discriminación.

68 Traducción personal del inglés

69 Traducción personal del inglés.

3.2.1. En el Comité de Derechos Humanos

En el ámbito del CDH, fueron dos las ocasiones en las que se ensayaron nuevas estrategias desde los márgenes del matrimonio igualitario: *Young*⁷⁰ y *X*⁷¹. No es el propósito de este texto explorar a profundidad tales dictámenes, pero un hecho relevante en ambos casos es que se trata de solicitudes vinculadas a derechos pensionarios presentadas por el compañero sobreviviente de una unión entre personas del mismo sexo estable en países donde no existía —para la fecha de los hechos— cobertura jurídica alguna disponible.

El principal argumento esgrimido por las víctimas afirmaba que cuando los Estados conceden un beneficio patrimonial a las parejas —como el pensionario— no pueden concederlo creando diferencias a partir de la orientación sexual de sus contrayentes. Todo lo anterior al margen de si en dicho Estado se regula o no alguna fórmula de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. En ambos dictámenes, el comité llega a la conclusión de que los Estados han vulnerado el artículo 26 del PIDCP⁷². Para el CDH es claro que la prohibición general de la discriminación es una cláusula abierta que incluye también la orientación sexual como factor sospechoso. De esta forma, el artículo 26 del PIDCP quedaba vulnerado por ambos Estados toda vez que en el marco del procedimiento ante el comité ninguno pudo brindar alguna justificación objetiva o imperiosa que justificara que el beneficio pensionario de las normas internas debía alcanzar sólo a las parejas heterosexuales. Se configuraba así un supuesto de discriminación a causa de la orientación sexual de los solicitantes⁷³.

Resulta interesante cruzar las fechas de los dictámenes de estos casos con lo que venía ocurriendo en el ámbito interno para el matrimonio igualitario, en especial para *X*. Si bien para el año 2007 el terreno no era todavía óptimo para repreguntar *Joslin*, es el mismo CDH el que reconoce las posibilidades que ofrece el PIDCP para las parejas no heterosexuales desde un marco argumentativo que, fundamentado en el artículo 26, evitaría repreguntar por el alcance del siempre complicado artículo 23.2.

3.2.2. En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Querido lector: Llegamos de nuevo al escenario europeo. Es aquí que el DIDH se enfrenta por segunda y tercera ocasión a la pregunta del *status* jurídico del matrimonio igualitario. La frecuencia de demandas es aquí bastante mayor, lo que ha permitido que el TEDH se explye, como ningún otro sistema, acerca de la ruta *marica* hacia el altar.

Las sentencias en cuestión son siete: (a) *Schalk y Kopf*, (b) *Vallianatos y otros*, (c) *Hämäläinen*, (d) *Oliari y otros*, (e) *Chapin y Charpentier*, (f) *Orlandi y otros*, y (g) *Ratzenböck y Seydl*. La pregunta directa sobre el matrimonio igualitario se llevará a cabo en *Schalk y Kopf* y luego en *Chapin y Charpentier*. Los otros casos, sin embargo, no son menos relevantes.

70 La comunicación fue presentada al CDH el 29 de junio de 1999, y el dictamen fue emitido el 6 de agosto de 2003.

71 La comunicación fue presentada al CDH el 13 de junio de 2001, y el dictamen fue emitido el 30 de marzo 2007.

72 El artículo 26 del PIDCP dispone que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

73 Puede compararse este razonamiento con lo que señalará el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a los derechos pensionarios de las parejas del mismo sexo en la sentencia de 10 de mayo de 2011 en el caso *C-147/08 (Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg)*.

3.2.2.1. *Schalk y Kopf*

Agotada la discusión en el sistema universal con *Joslin*, ¿ofrecería el TEDH una respuesta más esperanzadora?

Horst Michael Schalk y Johan Franz Kopf eran una pareja de nacionales austriacos que en el año 2002 presentó una solicitud al Registro Civil local con el objetivo de contraer matrimonio. El pedido fue llevado hasta el Tribunal Constitucional austriaco, que reiteró la negativa de la autoridad administrativa. Al estilo de lo ocurrido en *Joslin*, el 5 de agosto de 2004, Schalk y Kopf presentaron una demanda contra Austria ante el TEDH alegando la vulneración del artículo 12 así como del artículo 14 (prohibición de la discriminación)⁷⁴ en conjunción con el artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar)⁷⁵ del Convenio Europeo. La sentencia se hace pública el 24 de junio de 2010, apenas unos meses luego de que Austria adoptara legislación no matrimonial a favor de las parejas del mismo sexo. Para el TEDH, el Estado no había vulnerado el tratado en ninguno de los supuestos señalados por los demandantes.

¿Pero qué dijo el TEDH en estricto en relación con el artículo 12 del Convenio Europeo? El tribunal inicia su razonamiento afirmando que, si bien el derecho a contraer matrimonio otorga un importante margen de apreciación a cada Estado, éste nunca debe llegar a desnaturalizar su contenido esencial. ¿Cuál es entonces el núcleo duro del derecho a contraer matrimonio? El TEDH ensaya la siguiente respuesta, hacienda eco del comité en *Joslin*:

55. Los demandantes argumentan que el texto no implicaría necesariamente que un hombre sólo pudiera casarse con una mujer o viceversa. El tribunal observa que, visto aisladamente, el texto del artículo 12 podría ser interpretado como uno que no excluye el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres. Sin embargo, en contraste, todos los otros artículos sustantivos del Convenio otorgan derechos y libertades a “toda persona” o establecen que “nadie” deberá ser sujeto a ciertas formas prohibidas de tratamiento. La elección del fraseo del artículo 12 debe ser entonces considerada como deliberada. Más aun, se debe tomar en consideración al contexto histórico en el que el Convenio fue adoptado. *En la década de 1950, el matrimonio era claramente entendido en el sentido tradicional de ser una unión entre parejas de diferente sexo.*

58. [...], como se dijo en el caso [...] *Goodwin* [...], *la institución del matrimonio ha experimentado importantes cambios sociales desde la adopción del Convenio, pero el tribunal observa que no existe un consenso europeo alrededor del matrimonio igualitario. En este momento, no más que seis de los cuarenta y siete Estados del Convenio permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo.*

61. [...] el tribunal no considerará más que el derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 12 deba ser en todas circunstancias limitado a dos personas de sexo opuesto.

74 El artículo 14 del Convenio Europeo señala que: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

75 El artículo 8 del Convenio Europeo dice lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

En consecuencia, no cabe afirmar que el artículo 12 no sea aplicable a la demanda de los solicitantes. *Sin embargo, tal como se encuentran las cosas hoy, la pregunta acerca de si el matrimonio igualitario debe ser o no permitido queda en manos de la regulación legislativa interna de los Estados Contratantes*⁷⁶ (el resaltado es mío).

El TEDH nos muestra aquí un DIDH tímido, que pese a mostrar un deseo de salir de un esquema interpretativo literal e histórico, está atrapado en las redes de la falta de consenso doméstico.

¿Qué nos podemos llevar de positivo de estos párrafos? Que al menos el TEDH abre la puerta de la interpretación para que —algún día— el matrimonio igualitario calce en el contenido esencial del artículo 12 del Convenio Europeo. O que, en todo caso, admite que ni siquiera la interpretación más conservadora de la cláusula alcanzaría para prohibir el matrimonio igualitario. Al menos, se mejora en algo lo dicho por el CDH en *Joslin*.

Quizás uno de los aportes menos apreciados de esta sentencia es lo dicho por el tribunal respecto a la supuesta vulneración de los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo. El TEDH reafirma que el artículo 14 es una cláusula complementaria de las demás disposiciones sustantivas del tratado —al estilo del artículo 1.1 de la Convención Americana— para luego destacar que lo que se discute en *Schalk y Kopf* no es la posibilidad de encuadrar la relación de la pareja en el marco de la “privacidad” (cuestión que para el tribunal es afirmativamente obvia) sino más bien si ésta encaja en realidad en el concepto de “vida familiar”. Para el TEDH, aquí sí se ha alcanzado el consenso al que todavía no se había arribado para la cuestión matrimonial:

91. El tribunal reitera su jurisprudencia establecida en torno a las parejas del sexo opuesto, es tanto que la noción de la familia bajo esta disposición no se encuentra confinada a las relaciones basadas en el matrimonio y que puede abarcar otros lazos “familiares” *de facto* donde las parejas vivan juntas fuera de un vínculo matrimonial [...].

92. En contraste, la jurisprudencia del tribunal ha aceptado que la relación emocional y sexual entre una pareja del mismo sexo constituye “vida privada”, pero no ha afirmado que constituya “vida familiar”, por ejemplo cuando existe una relación larga y estable entre dos individuos que cohabiten. Para llegar a esa conclusión, el tribunal observaba que a pesar de la creciente tendencia hacia al reconocimiento legislativo y judicial de parejas *de facto* estables del mismo sexo en los Estados europeos, dada la poca existencia de consenso entre los Estados contratantes sobre el tema, ésta era un área en la cual se contaba con un amplio margen de apreciación [...].

76 Traducción personal del inglés:

55. *The applicants argued that the wording did not necessarily imply that a man could only marry a woman and vice versa. The Court observes that, looked at in isolation, the wording of Article 12 might be interpreted so as not to exclude the marriage between two men or two women. However, in contrast, all other substantive Articles of the Convention grant rights and freedoms to “everyone” or state that “no one” is to be subjected to certain types of prohibited treatment. The choice of wording in Article 12 must thus be regarded as deliberate. Moreover, regard must be had to the historical context in which the Convention was adopted. In the 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex.*

58. [...], as it noted in [...] *Goodwin* [...], *the institution of marriage has undergone major social changes since the adoption of the Convention, the Court notes that there is no European consensus regarding same-sex marriage. At present no more than six out of forty-seven Convention States allow same-sex marriage.*

61. [...] *therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants’ complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State.*

93. El tribunal nota que desde el año 2001 [...] ha ocurrido una rápida evolución de las actitudes sociales en torno a las parejas del mismo sexo en varios Estados miembros. Desde entonces, un número considerable de Estados miembros ha otorgado reconocimiento legal a tales parejas [...]. Algunas disposiciones normativas de la Unión Europea también reflejan una tendencia inclusiva de las parejas del mismo sexo como parte de la noción de “familia”.

94. En vista de esta evolución, el tribunal considera equivocado mantener la postura que afirma que, en contraste con una pareja heterosexual, una del mismo sexo no pueda gozar de “vida familiar” para efectos del Artículo 8. *En consecuencia, la relación de los solicitantes, una pareja del mismo sexo que cohabita, también es parte de la noción de “vida familiar”, tal como ocurre con las relaciones de personas de sexo diferente en la misma situación*⁷⁷ (el resaltado es mío).

No obstante lo anterior, el TEDH afirmarí­a que la obligaci3n de aprobar el matrimonio igualitario no emana —todavía— de esta combinaci3n de art­culos y que la aprobaci3n (tardía) de un r­gimen alternativo no conyugal en Austria para las parejas del mismo sexo tampoco podr­a representar una vulneraci3n del Convenio Europeo. En palabras del tribunal:

105. [...] todavía no existe una mayoría de Estados otorgando reconocimiento jur­dico a las parejas del mismo sexo. Entonces, esta cuesti3n debe ser todavía considerada como una de derechos en evoluci3n, carente de consenso, y en la que los Estados deben disfrutar de un margen de apreciaci3n al momento de llevar a cabo cambios legislativos [...] ⁷⁸.

El fantasma del consenso reaparece como requisito del impulso que el DIDH necesita para el establecimiento de un r­gimen matrimonial m­as inclusivo. Para terminar de desanimar a los m­as entusiastas, líneas m­as adelante el TEDH afirmarí­a que incluso si los Estados proveyeran a las parejas del mismo sexo de un r­gimen alternativo al matrimonio, tampoco existiría una obligaci3n convencional de conferir al mismo de la totalidad de derechos emanados del r­gimen conyugal: en ese campo tampoco existe el añorado consenso⁷⁹. Diría el TEDH que:

108. [...], los demandantes parecen creer que si un Estado decide otorgar a las parejas del mismo sexo alguna alternativa jur­dica de reconocimiento, ésta debe poseer un *status* —inclusive bajo un nombre distinto— correspondiente al matrimonio en todos y cada uno de sus aspectos. El tribunal no está convencido de ese argumento. Al contrario, considera que los Estados disfrutan de cierto margen de apreciaci3n en cuanto al *status* exacto que debe otorgarse a tales alternativas jur­dicas de reconocimiento⁸⁰.

El DIDH arroja en este segundo encuentro con el matrimonio igualitario muchas pistas de lo que aspira lograr en el futuro. Si se mira lo ocurrido en el período 2002-2010, sin duda hay una *lege ferenda* que vislumbra un camino hacia el altar: un DIDH emergente pero todavía tímido, que va a esperar primero a que se articulen desde abajo las condiciones del consenso.

77 Traducci3n personal del ingl­es.

78 Traducci3n personal del ingl­es.

79 El r­gimen alternativo en Austria excluía a las parejas contrayentes de la adopci3n y la inseminaci3n artificial.

80 Traducci3n personal del ingl­es.

Finalizada la primera década del siglo XXI —y marcados por *Joslin* y *Schalk y Kopf*, los seis casos siguientes del TEDH presentan nuevos ángulos argumentativos acerca de la pregunta en torno al matrimonio igualitario—.

3.2.2.2. *Vallianatos y otros*

Vallianatos y otros conjugó dos demandas presentadas al TEDH en mayo de 2009 luego de que Grecia aprobara un régimen de unión civil que sólo alcanzaba a las parejas heterosexuales. Los demandantes alegaban ante el tribunal que dicha norma vulneraba los artículos 14 y 8 de la Convención Europea en conjunto, al estilo de *Schalk y Kopf*.

De acuerdo con los demandantes, si se creaba un régimen alternativo al matrimonio, el Estado no podía dejar de lado a las parejas del mismo sexo en la medida que éstas no tenían a su alcance medio alguno para la protección de sus uniones estables en el país. En el proceso ante el TEDH, Grecia había señalado que este régimen tenía como fin:

82. [...] fortalecer el *status* legal de los niños nacidos fuera del matrimonio y facilitar que los padres puedan criar a sus hijos sin tener la obligación de casarse. Este aspecto, se argumentó, distingue a los miembros de las parejas heterosexuales de las homosexuales, en la medida que estas últimas no pueden tener hijos biológicos entre sí⁸¹.

El tribunal publicó su sentencia el 7 de noviembre de 2013, y es en su respuesta a estos argumentos donde se comienza a esbozar un interesante avance respecto a lo decidido años apenas tres años atrás en *Schalk y Kopf*. De acuerdo con el TEDH,

85. Cuando el margen de apreciación entregado a los Estados es estrecho, como por ejemplo, cuando existe un trato diferenciado con base en el sexo o la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no exige sólo que la medida de intervención utilizada sea idónea para alcanzar el fin señalado. *El Estado también debe mostrar que, para lograr dicho objetivo, es necesario excluir a algunas categorías de personas —en este caso aquéllas viviendo en una relación homosexual— del alcance de la disposición en cuestión [...]. De acuerdo con la jurisprudencia ya mencionada, en este punto la carga de la prueba corresponde al Gobierno demandado.* Por lo tanto, en el presente caso, el Gobierno griego deberá demostrar que era necesario, para alcanzar los fines legítimos invocados, excluir a las parejas del mismo sexo del régimen de uniones civiles de acuerdo con lo establecido por la Ley no. 3719/2008⁸² (el resaltado es mío).

En otras palabras, cuando el criterio diferenciador de la legislación es la orientación sexual, el margen de apreciación se reduce, y es el Estado el que debe demostrar que tiene una motivación imperiosa que justifique la exclusión. Grecia no logró acreditar poseer tal motivación⁸³. El tribunal encuentra así que el Estado había vulnerado los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo en perjuicio de los demandantes:

91. [...] aunque no existe todavía consenso entre los sistemas legales de los Estados miembros del Consejo de Europa, actualmente está emergiendo una tendencia para aprobar

81 Traducción personal del inglés.

82 Traducción personal del inglés.

83 En el caso, el TEDH llega a poner en tela de juicio inclusive que el fin último de la legislación sobre unión civil haya sido en realidad proteger el interés superior de los niños concebidos fuera del matrimonio.

legislativamente el reconocimiento de las parejas del mismo sexo. Nueve Estados miembros ya permiten el matrimonio igualitario. Adicionalmente, diecisiete Estados miembros contaban con alguna forma de protección para las parejas homosexuales. En cuanto al tema específico planteado en el presente caso [...], el tribunal considera que la tendencia emergente en los sistemas jurídicos de los Estados miembros es clara: de los diecinueve Estados que autorizan alguna forma de reconocimiento afectivo distinta al matrimonio, Lituania y Grecia son los únicos en reservarlo exclusivamente para parejas heterosexuales [...]. *En otras palabras, salvo esas dos excepciones, cuando los Estados miembros del Consejo de Europa optan por aprobar legislación que introduzca una nueva figura como alternativa al matrimonio para parejas que no están casadas, siempre incluyen en su alcance a las parejas del mismo sexo [...]*⁸⁴ (el resaltado es mío).

¿Qué nos podemos llevar de esta decisión? Lo primero es que el TEDH aquí pasa de los “consensos” a las “tendencias” para justificar que, en los Estados donde no existen fórmulas jurídicas de reconocimiento de las parejas homosexuales, no pueden crearse regímenes no conyugales que excluyan a las parejas del mismo sexo.

Asimismo, quedaba finalmente establecido que, tal como ocurrió para el sistema universal con *Young* y *X*, en el sistema europeo la orientación sexual como criterio diferenciador de la legislación siempre pondría en *off-side* al Estado: de ahora en adelante se le exigirá que explicita la motivación última que justifique sus diferencias de trato. Si el argumento funcionó en el marco de las instituciones no matrimoniales, ¿podría funcionar para el matrimonio?

3.2.2.3. *Hämäläinen*

Heli Maarit Hannele nació en 1963 y fue registrada por las autoridades finlandesas bajo el género masculino. *Hämäläinen* contrajo matrimonio con su esposa en 1996 y juntos tuvieron un hijo en el año 2002. Desde el 2006, sin embargo, ella decidió hacer visible su identidad de género trans*, y como parte de su transición, se sometió a una cirugía genital en el 2009.

En Finlandia el matrimonio era para entonces una institución exclusivamente heterosexual. Y en el año 2002, el Estado había creado un régimen especial para las parejas homosexuales denominado *registered partnership*. *Hämäläinen* es un caso que ofrece particulares interrogantes a partir de esta propuesta legislativa.

¿Qué ocurre cuando en un matrimonio hasta entonces heterosexual uno de los cónyuges revela que es una persona trans* y se somete a una cirugía genital? Más aún, ¿qué sucede si las esposas rechazan la figura del *registered partnership* y exigen al Estado ser reconocidas como un matrimonio a pesar de las limitaciones legislativas? Y un detalle adicional, ¿qué ocurre si el requisito para el reconocimiento jurídico de la identidad trans* de una de las partes está condicionado a que su cónyuge consienta previamente en transformar su unión en un *registered partnership*? Tales eran los dilemas de *Hämäläinen* en julio de 2009, cuando presentaba una demanda contra Finlandia ante el TEDH alegando que el Estado vulneraba los artículos 8 y 12, así como la conjunción de los artículos 14, 8 y 12 del Convenio Europeo en su perjuicio.

El tribunal emitió su respuesta definitiva el 16 de julio de 2014 e identificó que en el caso existía un conflicto entre el interés privado de *Hämäläinen* para obtener el reconocimiento de su identidad trans* en sus documentos y el interés del Estado en preservar la institución matrimonial en su fórmula heterosexual. Frente a esta tensión el TEDH afirmarí que:

⁸⁴ Traducción personal del inglés.

38. [...], de acuerdo con la jurisprudencia de este tribunal, *el Artículo 12 de la Convención no impone una obligación a los Estados contratantes de otorgar acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo*. Tampoco el Artículo 8, una disposición con un propósito y alcance más general, puede ser interpretado en tal sentido. El tribunal también ha sostenido que la regulación de los efectos del cambio de género en el contexto del matrimonio se encuentra dentro del margen de apreciación del Estado contratante⁸⁵ (el resaltado es mío).

Si bien el TEDH reconoce más adelante que,

68. [...] al entregar cierto margen de apreciación a los Estados en este campo, el tribunal ha señalado también que los Estados tienen el deber, de acuerdo con su obligación positiva bajo el Artículo 8, de reconocer el género de las personas transexuales post operatorias a través, entre otras, de la posibilidad de actualizar su estado civil en sus documentos [...]⁸⁶.

También diría que:

74. [...] no puede afirmarse que exista un consenso europeo que permita el matrimonio igualitario. En los Estados que no permiten el matrimonio igualitario tampoco existe consenso que señale cómo proceder con el reconocimiento de la identidad de género en caso de un matrimonio pre existente. La mayoría de Estados no cuentan con legislación que permita el reconocimiento de la identidad de género. Además de Finlandia, tal legislación existiría sólo en otros seis Estados. Las excepciones concedidas para los casos de personas transexuales casadas se presentan en menos Estados. Por lo tanto, no es cierto que la situación en los Estados miembros del Consejo de Europa haya cambiado significativamente desde que este tribunal emitiera sus sentencias más recientes acerca de estas cuestiones⁸⁷.

El tan anhelado consenso, motor de los cambios del TEDH en materia de sexualidad, vuelve a aparecer. Para el tribunal, Finlandia no ha vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo ni tampoco ha violado el derecho de la solicitante al no reconocer su *status* afectivo actual como el que corresponde a un matrimonio:

75. Frente a la ausencia de un consenso europeo y tomando en cuenta que este caso plantea sin duda cuestiones de sensibilidad moral o ética, *el tribunal considera que el margen de apreciación para el Estado demandado debe ser amplio [...]. Este margen debe en principio extenderse tanto a la decisión del Estado de promulgar o no legislación acerca del reconocimiento de la identidad de género de las personas transexuales post operatorias, [...] como a las reglas que deben aprobarse para alcanzar un balance entre el interés público y privado*.

87. *Si bien es lamentable que la demandante deba enfrentar inconvenientes a diario por tener un documento de identidad con datos incorrectos, el tribunal considera que la demandante tiene a la mano la posibilidad de revertir tal situación: su matrimonio puede convertirse, en cualquier momento, ex lege, en un registered partnership, siempre que cuente con el consentimiento de su esposa. Si no obtuviera dicho consentimiento, la posibilidad del*

85 Traducción personal del inglés.

86 Traducción personal del inglés.

87 Traducción personal del inglés.

divorcio, como en cualquier otro matrimonio, siempre se encuentra disponible. Bajo la perspectiva de este tribunal, no es desproporcionado exigir, como precondition al reconocimiento legal de un género adquirido, que el matrimonio de la demandante sea convertido en un *registered partnership* en la medida que es una opción adecuada, casi idéntica al matrimonio, y que proporciona protección jurídica a las parejas del mismo sexo⁸⁸ (el resaltado el mío).

El consenso reaparece, esta vez, para justificar que los Estados no tienen obligación convencional alguna de regular en un determinado sentido el *status* de los matrimonios heterosexuales celebrados por personas trans* que luego se someten a una cirugía genital. Si bien *Hämäläinen* demanda un pronunciamiento sobre el alcance del artículo 12 del Convenio Europeo en este contexto, el tribunal decide no examinar la cuestión señalando que su razonamiento en torno al artículo 8 del tratado resultaba suficiente⁸⁹.

¿Qué habría ocurrido si en Finlandia no hubiese estado disponible la posibilidad del *registered partnership*? ¿Hubiera el TEDH decidido en el mismo sentido?

3.2.2.4. *Oliari* y otros

¿Existe ya en el ámbito europeo una obligación positiva para los Estados de proveer alguna forma de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo? Ésta era la pregunta central en *Oliari*, un caso decidido por el TEDH, esta vez en torno a la protección jurídica de las uniones civiles.

La Constitución italiana no define el matrimonio, sino que remite su definición al Código Civil, que alcanzaba sólo a las parejas heterosexuales. *Oliari* se origina en dos demandas presentadas por parejas del mismo sexo en marzo y junio de 2011 al TEDH. Los solicitantes señalaban que la legislación italiana no les ofrecía forma alguna de protección —matrimonial o no matrimonial—, y que ello derivaba en una forma de discriminación por orientación sexual a la luz de los artículos 14, 8 y 12 del Convenio Europeo.

El TEDH presentó su respuesta al asunto el 21 de octubre de 2015, dando un interesante giro a las cuestiones hasta entonces consultadas sobre la regulación matrimonial y no matrimonial de las parejas homosexuales en el ámbito regional europeo. La sentencia, sin embargo, sólo se enfocó en la posible vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo, evitando comentar algo en torno al alcance del artículo 12.

Es interesante apuntar que, antes de brindar su respuesta de fondo, el TEDH realizó un detallado recuento de la situación del matrimonio igualitario y de las uniones no matrimoniales en el Consejo de Europa:

55. A la fecha, veinticuatro de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa ya han promulgado legislación que permite el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como matrimonio o como alguna forma de unión civil o *registered partnership*⁹⁰.

En buena parte de la decisión, el TEDH se dedica a sugerir la posible existencia de obligaciones convencionales positivas para los Estados que permitan asegurar la vida privada y familiar de las parejas del mismo sexo, especialmente en contextos donde no existen herramientas

88 Traducción personal del inglés.

89 El TEDH rechaza, además —muy escuetamente—, el argumento de que haya ocurrido una vulneración del artículo 14 en conjunción con los artículos 8 y 12 del Convenio Europeo.

90 Traducción personal del inglés.

jurídicas específicas para proteger tales relaciones. En palabras del tribunal:

174. [...] a falta de matrimonio, las parejas del mismo sexo como los demandantes tienen un particular interés en acceder a una unión civil o *registered partnership*, puesto que sería la manera más apropiada para que su relación sea reconocida legamente, además de brindarles una garantía relevante de protección —en la forma de derechos esenciales claves para toda pareja en una relación estable y comprometida— que no les genere innecesarios impedimentos. En realidad, el tribunal ya ha sostenido que estas fórmulas civiles tienen un valor intrínseco para quienes se encuentran en la posición de los demandantes, al margen de los efectos legales, restrictivos o extensivos, que éstas produzcan [...]. Este tipo de reconocimiento brindaría un mayor sentido de legitimidad para las parejas del mismo sexo⁹¹.

Para el tribunal, este caso se distingue claramente de *Schalk y Kopf* donde la cuestión en debate es si la legislación no matrimonial aprobada por Austria debía o no contener el mismo tipo de derechos que el matrimonio. Allí, dada la falta de consenso existente en la manera cómo debía implementarse un régimen suplementario de protección no conyugal, los Estados disfrutarían entonces de un amplio margen de apreciación.

La situación en *Oliari* sería en realidad más parecida a la del caso *Vallianatos*, en la medida que las parejas denunciantes no disponen de marco alguno de protección disponible para sus derechos en Italia. Para el tribunal, la situación de estos demandantes implica además un aspecto vinculado a la existencia e identidad misma de los individuos involucrados, lo que reduciría el margen de apreciación del Estado⁹².

El tribunal apunta además que, en años previos, la Corte Constitucional italiana ya había señalado en varias oportunidades al Parlamento nacional la necesidad de aprobar un marco legislativo de protección para las parejas del mismo sexo, pero que el Congreso no había respondido a tales llamados. Para reforzar la gravedad de esta omisión, el TEDH señala que las encuestas de opinión que le fueron entregadas indicaban que la población italiana se mostraba a favor de la creación de un régimen de protección en dicho sentido. En otras palabras, para el TEDH, Italia ya era tierra fértil para el reconocimiento jurídico de las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo.

Terminado todo ese preámbulo, el TEDH le deja, *querido lector*, el párrafo que declara la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo por parte de Italia:

185. En conclusión, dado que el Estado italiano no ha señalado que exista un interés comunitario predominante contra el cual ponderar los cruciales intereses de los solicitantes ya identificados, y a la luz de las conclusiones de las cortes domésticas sobre el asunto que permanecieron desatendidas, *el tribunal encuentra que el Gobierno italiano ha sobrepasado su margen de apreciación y que no ha cumplido con sus obligaciones positivas para asegurar que los demandantes cuenten con un marco legislativo específico que proporcione reconocimiento y protección para las uniones del mismo sexo*⁹³ (el resaltado el mío).

91 Traducción personal del inglés.

92 De hecho, en el párrafo 177 de la sentencia, el TEDH rechaza el argumento de que el asunto estuviera vinculado a una temática ética o moral “sensible” que permita utilizar un margen de apreciación más amplio.

93 Traducción personal del inglés.

¿Qué implica esta afirmación? ¿cuáles son estas obligaciones positivas? El TEDH no desarrolla ese contenido. Lo que más sorprende es que en la parte resolutive de la sentencia el tribunal tampoco ordena enmienda legislativa alguna al Estado italiano en favor de los denunciantes. En mi opinión, el párrafo 185 sería una suerte de *obiter dictum* que espera ser utilizado en una próxima oportunidad por nuevos litigantes en un mejor contexto.

En el ámbito europeo, queda claro que existiría la posibilidad de reivindicar en el futuro, en el marco del artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo, que los Estados deben contar con alguna forma de reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales. Todo ello, claro está, cuando la única fórmula de reconocimiento de la afectividad existente y disponible sea el matrimonio heterosexual. Bajo esas circunstancias, el margen de apreciación de los Estados estaría virtualmente superado.

El margen de apreciación de los Estados sí resultaría todavía muy generoso para definir el alcance de estas obligaciones positivas en el contexto de las fórmulas no matrimoniales. Dadas las cicatrices producidas por *Joslin* y *Schalk y Kopf*, no podría todavía sostenerse (lo que se confirmará en *Chapin y Charpentier*) que los Estados tengan —al menos en Europa— obligación alguna de regular igualitariamente el matrimonio.

3.2.2.5. *Chapin y Charpentier*

Querido lector: Hemos llegado a la tercera ocasión en la que el DIDH es cuestionado acerca del matrimonio igualitario. ¿Cambiarán en algo las respuestas previas del TEDH?

El 5 de junio de 2004, cuando el matrimonio igualitario era todavía una lejana posibilidad en Francia, Stéphane Chapin y Bertrand Charpentier celebraban su matrimonio civil ante un funcionario de la municipalidad de Bègles que acogió su pedido. Enterado de lo ocurrido, la Procuraduría de la República presentaba una demanda ante el Poder Judicial ese mismo mes con el fin de anular el matrimonio recientemente contraído. El proceso culminaría en la vía interna en marzo de 2007, confirmando en diversas instancias la solicitud de anulación.

El 6 de septiembre de 2007, Chapin y Charpentier presentaron una demanda ante el TEDH invocando la vulneración conjunta de los artículos 12 con 8 así como 14 y 8 del Convenio Europeo. Por tercera vez el DIDH tendría la oportunidad de contestar directamente la temida pregunta en torno a la convencionalidad del matrimonio igualitario. En un inusual y largo proceso para los estándares europeos, el TEDH emitiría su sentencia recién el 9 de junio de 2016.

¿Cuál fue el razonamiento del tribunal en el caso? A pesar de encontrarse en un *momentum* europeo mucho más favorable para el matrimonio igualitario, el TEDH declaró que la anulación de las nupcias no vulneraba en nada el Convenio Europeo.

Llama la atención que, a diferencia de los casos previos, en esta decisión el tribunal no hace referencia explícita al número de Estados que, al momento de la discusión en los tribunales domésticos franceses, reconocían el matrimonio igualitario en el Consejo de Europa. Para el TEDH, era bastante claro que,

48. [...] en virtud de los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo, los Estados continúan siendo libres para establecer un acceso exclusivo de las parejas heterosexuales al matrimonio [...] ⁹⁴.

94 Traducción personal del francés.

Contrastado con *Vallianatos y Oliari*, en *Chapin y Charpentier* el TEDH deja constancia de un hecho diferente: en 2004, cuando ocurren los hechos, el Estado ya ofrecía a las parejas del mismo sexo la posibilidad de acceder al *pacte civil de solidarité* (PACS):

49. Cuando suceden los hechos, el Derecho francés no permitía el matrimonio de los demandantes. Sin embargo, ellos podían celebrar un *pacte civil de solidarité*, previsto en el artículo 515-1 del Código Civil, y que confería a sus contrayentes varios derechos y obligaciones en materia tributaria, patrimonial y social.

50. En este caso, la situación se distingue claramente de otras donde el tribunal declaró la violación conjunta de los artículos 8 y 14. En el caso *Vallianatos*, ya citado, la ley griega sólo permitía que el pacto de vida en común se celebre entre parejas heterosexuales. En el caso *Oliari y otros*, el derecho italiano no proveía ningún otro mecanismo para el reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo⁹⁵.

Para el TEDH el margen de apreciación de los Estados será estrecho siempre y cuando no exista en el país regulación alguna que reconozca las uniones entre parejas del mismo sexo. Caso contrario, de existir algún tipo de régimen jurídico que reconozca *status* civil a dichas parejas, los Estados se beneficiarán todavía de un amplio margen de apreciación en el Convenio Europeo.

Para el año 2016, el matrimonio civil heterocisnormativo permanecía intocable. Tampoco en este tercer intento se logra que el DIDH ceda en algo para afirmar que los Estados tendrían una obligación positiva de regular el matrimonio igualitario.

3.2.2.5. *Orlandi y otros*

¿Y qué podría decir el TEDH en cuanto al reconocimiento de una serie de matrimonios igualitarios celebrados válidamente en otro país? Ésta fue la pregunta formulada por seis parejas que habían contraído nupcias en Canadá, Estados Unidos y Países Bajos, y que entre abril y septiembre de 2012 denunciaron a Italia ante el TEDH por no haber reconocido sus uniones. Para las parejas demandantes, el Estado había vulnerado los artículos 8, 12 y 14 del Convenio Europeo pues al momento de los hechos no existía fórmula jurídica alguna en Italia para el reconocimiento para sus uniones.

Al igual que en *Chapin y Charpentier*, en este caso el tribunal decidió que la negativa de las autoridades italianas no violaba en modo alguno el Convenio Europeo. A diferencia del caso anterior, sin embargo, aquí el TEDH sí consideró oportuno realizar un recuento de los Estados que contaban con marcos jurídicos de reconocimiento de las parejas del mismo sexo. En su decisión del 14 de diciembre de 2017, el TEDH afirma así que:

204. En cuanto al reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, el tribunal toma nota que, desde su decisión en *Schalk y Kopf*, el movimiento continúa desarrollándose con velocidad en Europa. Es más, cuando se emite la sentencia del caso *Oliari y otros*, ya existía una pequeña mayoría de Estados miembros del Consejo de Europa (veinticuatro de cuarenta y siete) que ya habían legislado en favor de dicho reconocimiento y relevante protección. Este rápido desarrollo también se verifica globalmente, con una particular mención de Estados en las Américas y Australasia, mostrándose así un movimiento

95 Traducción personal del francés.

internacional continuo hacia su reconocimiento jurídico [...]. A la fecha, veintisiete de cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa ya han aprobado legislación que permite el reconocimiento de las relaciones entre parejas del mismo sexo (sea como matrimonio, unión civil o *registered partnership*)⁹⁶.

Empero, el TEDH sorprende utilizando una nueva cifra: el número de países que reconocen los matrimonios igualitarios contraídos en otros países. Para el tribunal, este sería el nuevo criterio a tomarse en cuenta:

205. Pero lo mismo no puede señalarse acerca del reconocimiento de los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero, pues allí no existe un consenso para Europa. Fuera de los Estados miembros del Consejo de Europa donde el matrimonio igualitario es permitido, la información de Derecho Comparado puesta a disposición del tribunal (limitada a los veintisiete Estados donde el matrimonio igualitario no estaba para entonces permitido) mostró que sólo tres de esos otros veintisiete Estados permitían que dichos matrimonios sean reconocidos, a pesar de la ausencia del matrimonio igualitario (a esta fecha o para entonces) en sus normas domésticas [...]. *Por lo tanto, esta falta de consenso confirma que los Estados deben por principio tener un amplio margen de apreciación acerca de la decisión de reconocer dichos matrimonios como matrimonios contraídos en el extranjero*⁹⁷ (el resaltado es mío).

El consenso estatal reaparece nuevamente en un forzado giro argumentativo del tribunal que entrega un amplio margen de apreciación a los Estados, esta vez, para el reconocimiento de los matrimonios igualitarios de sus ciudadanos celebrados en otros Estados.

El tribunal también se valió de un nuevo y creo peligroso criterio el cual, aunque implícito en casos anteriores, fue utilizado por primera vez aquí de manera abierta: la legitimidad democrática o participación popular⁹⁸. En vista de la inexistencia de una obligación convencional que regule el matrimonio, el TEDH consideró incluir este criterio para reforzar aquellas situaciones en las que se solicita el reconocimiento de una institución celebrada en un Estado distinto. Para el TEDH, esto encontraría fundamento en la esencia democrática del matrimonio que como institución de interés público debe siempre someterse al escrutinio legislativo:

207. En cuanto a los intereses del Estado y de la comunidad en general para no registrar dichos matrimonios, el tribunal puede aceptar el argumento que señala que a efectos de prevenir el caos, Italia puede disuadir a sus nacionales de acudir a otros Estados para acceder a instituciones particulares no aceptadas domésticamente (como el matrimonio igualitario) y que el Estado no tiene la obligación de reconocer desde una perspectiva convencional. *En efecto, las negativas en el presente caso son el resultado de una decisión legislativa para no permitir el matrimonio igualitario –una decisión que no es condenable bajo el Convenio. Por lo tanto, el tribunal encuentra que también es un interés legítimo del Estado el asegurar el respeto de sus prerrogativas legislativas de modo que las decisiones de los gobiernos elegidos democráticamente no sean burladas*⁹⁹ (el resaltado es mío).

96 Traducción personal del inglés.

97 Traducción personal del inglés.

98 Este criterio es presentado como uno de los “factores externos” de la doctrina del margen de apreciación (Legg, 2012, pp. 69-101).

99 Traducción personal del inglés.

En efecto, para el tribunal los demandantes no podían sostener que se les ha privado de un derecho que nunca les fue concedido. En un sarcástico párrafo parece además instarles a continuar con su proyecto de vida matrimonial fuera del territorio italiano:

208. El tribunal toma nota de que el rechazo al reconocimiento del matrimonio de los demandantes no los privó de ningún derecho reconocido previamente en Italia (en caso hubiera alguno), *y que los solicitantes siempre podrían beneficiarse, en el territorio del Estado en el que contrajeron matrimonio, de cualquier derecho u obligación adquirida a través de dicho matrimonio*¹⁰⁰ (el resaltado es mío).

3.2.2.6. *Ratzenböck y Seydl*

El caso más reciente de la saga afectiva europea tiene como protagonista a una pareja heterosexual que solicitaba el reconocimiento de su relación de hecho bajo el marco del *registered partnership*, una institución no matrimonial que en Austria sólo estaba disponible para las personas del mismo sexo. Para Ratzenböck y Seydl, el *registered partnership* les brindaba un marco jurídico de mayor flexibilidad que el matrimonio. En marzo de 2010, el pedido de la pareja fue rechazado en el municipio local debido a que los contrayentes no cumplían con el requisito esencial de ser una pareja del mismo sexo. Las autoridades judiciales confirmaron la decisión en todas sus instancias.

Frente a ello, el 11 de mayo de 2012, la pareja plantearía una demanda ante el TEDH alegando la vulneración conjunta de los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo pues habrían sido discriminados por su orientación heterosexual.

¿Ahora que el supuesto era el inverso (heterosexuales aparentemente discriminados por la homonormatividad de una institución), el tribunal razonaría distinto? La sentencia del TEDH, que se hizo definitiva el 9 de abril de 2018, determinaría, al igual que en *Oliari*, *Chapin y Charpentier* y *Orlandi*, que el Estado no habría vulnerado derecho alguno de los demandantes:

40. El tribunal observa que la exclusión de las parejas heterosexuales del *registered partnership* debe ser examinada a la luz del marco general vigente para el reconocimiento jurídico de las relaciones afectivas. El *registered partnership* fue introducido como una alternativa al matrimonio con el fin de que las parejas del mismo sexo, que permanecen excluidas del matrimonio, tengan disponible una institución sustancialmente similar que les reconozca legalmente [...]. De hecho, el *Registered Partnership Act* [...] buscaba contrapesar la exclusión que las parejas del mismo sexo sufrieron en términos del acceso al reconocimiento legal de sus relaciones antes del año 2010. En el caso de *Schalk y Kopf* el tribunal señaló que el *Registered Partnership Act* otorgaba a los demandantes, una pareja del mismo sexo, la posibilidad de obtener un *status* jurídico igual o similar al matrimonio en varios aspectos. El tribunal concluyó allí que no existía indicación alguna de que el Estado demandado hubiera excedido su margen de apreciación al diseñar los derechos y obligaciones en el marco tal institución [...]. Así, el matrimonio y el *registered partnership* son esencialmente complementarios para el Derecho austriaco.

100 Traducción personal del inglés.

41. Los demandantes, como pareja heterosexual, tienen acceso al matrimonio. Esto satisface —contrariamente a lo que sucedía con las parejas del mismo sexo antes de la entrada en vigor del *Registered Partnership Act*— su principal necesidad de reconocimiento jurídico. [...] Su oposición al matrimonio se basa en su particular perspectiva de que un *registered partnership* es una institución más moderna y sencilla. Sin embargo, no han demostrado que se hayan visto específicamente afectados por alguna diferencia jurídica a partir de tales instituciones.

42. Dicho esto, el tribunal considera que los demandantes, siendo una pareja heterosexual que tiene acceso al matrimonio civil (pero no al *registered partnership*), no se encuentran en una situación mínima o comparablemente similar a la de las parejas del mismo sexo que, bajo la legislación actual, no pueden casarse y requieren del *registered partnership* como un medio alternativo para reconocer jurídicamente su relación. Por lo tanto, no hay violación alguna del Artículo 14 visto en conjunto con el Artículo 8 del Convenio¹⁰¹ (el resaltado es mío).

Para el tribunal, la realidad (y el privilegio) en el reconocimiento jurídico de las parejas heterosexuales no resulta comparable con la vivencia cotidiana de una pareja del mismo sexo. Para el TEDH, es evidente que el matrimonio concede mayores derechos, siendo así una institución de mayor valor. Todo lo otro simplemente compensa porque “lamentablemente, no se puede hacer por ahora más”.

La mera existencia de alguna institución alternativa parecería blindar siempre a cualquier Estado europeo frente a los cuestionamientos de su política regulatoria de los afectos.

No quisiera terminar este comentario sobre *Ratzenböck y Seydl* sin hacer mención al voto disidente de los jueces Tsotsoria y Grozev, que realizaron la crítica siguiente:

Nosotros encontramos este análisis poco convincente. En nuestra perspectiva, el análisis que hace el tribunal del Artículo 14 confunde dos aspectos distintos que terminan vaciando de contenido la protección proporcionada por tal disposición. El análisis del tribunal se niega comparar a las parejas homosexuales y heterosexuales como una realidad social; por el contrario, las considera como grupos creados por la legislación, la misma que puede decidir tratarles de manera diferente porque simplemente le considera conveniente. Las parejas homosexuales y heterosexuales no son grupos de individuos creados a partir de decisiones regulatorias. Al contrario, son grupos sociales que existen al margen de ellas y, lo que es más importante, son colectivos respecto a los que el tribunal ya ha reconocido que “se encuentran en principio en una situación relativamente similar o comparable en cuanto a su necesidad de reconocimiento legal y de protección de sus relaciones”.

El tribunal ha sostenido previamente que la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio es compatible con el Convenio porque ésta se encuentra justificada, y no porque las parejas homosexuales no se encuentren en una situación análoga a las heterosexuales. Como ya fue mencionado, en *Schalk y Kopf* el tribunal estableció explícitamente que estos dos grupos se encontraban en una situación análoga. Luego de realizar esta conclusión, el tribunal analizó si la negativa de acceso al matrimonio se encontraba justificada para sostener que, por razones de historia y tradición, lo estaba. El mismo enfoque, en nuestra perspectiva, debió seguirse en este caso. *Lo decidido perpetúa un enfoque similar al de la*

101 Traducción personal del inglés.

doctrina de “separados pero iguales”, una visión que no encuentra justificación alguna en el Convenio o en la jurisprudencia de este tribunal. Estamos ante una opción riesgosa, [...] que inevitablemente corre el riesgo de asentar estereotipos sobre la “diferencia” natural entre las relaciones heterosexuales y homosexuales¹⁰² (el resaltado es mío).

Como veremos en la siguiente sección, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-24/17 adoptará este razonamiento para ir más allá y afirmar que negar el acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio no es otra cosa que simple discriminación.

4. Una nueva esperanza: Las posibilidades del sistema interamericano

Querido lector: Tengo que hacerle una confesión. Cuando este texto fue originalmente concebido, allá a inicios de 2016, todavía no era sabido que Costa Rica presentaría a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva en torno al reconocimiento jurídico del patrimonio de las parejas del mismo sexo.

Para entonces, me preguntaba si frente a los inconvenientes del DIDH con el matrimonio igualitario, el sistema interamericano podría darnos una respuesta más auspiciosa que la de sus pares¹⁰³. Creía además que la Convención Americana ofrecía una avenida de solución que, de ser bien calibrada, tendría la capacidad de borrar los efectos de algunas de las decisiones de los sistemas vecinos.

Éste era mi argumento. Si bien la Convención Americana no hace referencia explícita a la orientación sexual, su artículo 17.2, referido al derecho a contraer matrimonio, contiene una particular redacción en su parte final, ausente en los textos de sus pares:

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (el resaltado es mío).

El principio en cuestión, contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana¹⁰⁴, ha sido interpretado por la Corte IDH en la sentencia *Atala Riffo y niñas*¹⁰⁵ del modo siguiente:

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, [...] la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual (el resaltado es mío).

102 Traducción personal del inglés.

103 Total, si consideramos que en estricto *Pérez Meza* es una situación de inadmisibilidad, podría decirse que antes de la Opinión Consultiva OC-24/17, ni la CIDH ni la Corte IDH habían emitido pronunciamiento de fondo alguno en torno al matrimonio igualitario.

104 El artículo 1.1 de la Convención Americana dispone que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

105 Esta misma interpretación ha sido reiterada en los tres casos contenciosos posteriores de la Corte IDH que han abordado cuestiones sobre la orientación homosexual: *Duque Vs. Colombia, Flor Freire Vs. Ecuador y Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*.

Estaba convencido de que, a partir de esta interpretación, en el ámbito de la Convención Americana las normas internas sobre el matrimonio siempre estarían limitadas por este principio. ¿Era la ausencia de reconocimiento jurídico (matrimonial o no) de las parejas del mismo sexo en un Estado una violación de este principio? ¿Tienen los Estados la obligación positiva de regular el matrimonio de acuerdo con estas pautas? Para mí, las posibilidades de respuesta bajo el marco interamericano mostraban, al menos teóricamente, un mejor augurio.

A esto se sumaba que en *Atala Riffo* la Corte Interamericana también realizaba un frontal rechazo a la doctrina del margen de apreciación en esta región:

92. [...] la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.

Parecía así que era oportuno hacerle la pregunta al sistema interamericano. Total, ya estábamos en el tercer ciclo del matrimonio igualitario, donde el número de Estados que reconoce el afecto *marica* sigue creciendo. Hoy, cualquier decisión de la CIDH o la Corte IDH sería mejor que la inadmisibilidad en *Pérez Meza*, que ocurrió cuando la línea de tiempo a favor del matrimonio igualitario era inexistente.

Pero faltaba que llegara un caso contencioso para demostrarlo. De pronto, cortando la ruta con garrocha, llegaba la Opinión Consultiva OC-24/17. En la solicitud, presentada por Costa Rica en mayo de 2016, se preguntaba al tribunal acerca de “la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”¹⁰⁶.

Sin hacer explícita la existencia de una obligación convencional inmediatamente exigible alrededor del matrimonio igualitario¹⁰⁷, el tribunal respondería al Estado señalando que:

182. [...], con respecto al artículo 17.2 de la Convención, la Corte considera que si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, *esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia*. Para esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección

106 La otra cuestión consultada se refería a “la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”.

107 De hecho, la Corte IDH reconoció que:

226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.

227. De cualquier manera, los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo, por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.

convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana.

191. [...] [el tribunal] no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. *No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención.*

198. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales. Como fue constatado por este Tribunal, las implicaciones del reconocimiento de este vínculo familiar permean otros derechos como los derechos civiles y políticos, económicos, o sociales así como otros internacionalmente reconocidos. Asimismo, la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales (el resaltado es mío).

En ese sentido, señala la Corte IDH que:

220. Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un *test* estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional.

Y que, por lo tanto,

224. [...] *crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia [...] estigmatizante.* Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos, pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo.

228. [...] *Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.* Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo [...] (el resaltado es mío).

Con estas afirmaciones, la Corte IDH se distanciaba kilométricamente de los sistemas universal y europeo para afirmar a viva voz lo que sus pares no se habían atrevido: que la creación de instituciones no matrimoniales sólo para parejas del mismo sexo constituye un acto discriminatorio por orientación sexual. Que, si hay matrimonio, éste siempre debe ser igualitario. Y que no cabe margen de apreciación alguno que justifique la intangibilidad de las instituciones afectivas.

¿Cuáles serán las ondas expansivas de esta decisión? La Opinión Consultiva OC-24/17 coloca indudablemente al sistema interamericano en la delantera del reconocimiento jurídico internacional de las sexualidades no hegemónicas. Pero, ¿tendrá esta decisión la capacidad de impactar a los vecinos? ¿Se dejará persuadir el TEDH con este planteamiento para desechar por fin la doctrina del margen de apreciación? ¿Se animará el CDH a revertir *Joslin* en algún nuevo caso?

Hablando del sistema europeo, en *Orlandi* el TEDH (2017) ya ha afirmado que la doctrina del margen de apreciación encuentra un límite cuando el derecho invocado se relaciona con “facetas de la existencia e identidad del individuo”. Esta formulación ha sido aplicada con éxito en el caso *Goodwin* para afirmar que el reconocimiento jurídico de las identidades trans* no puede entregarse más a la discrecionalidad de los Estados. ¿Se animará el TEDH a aplicar este razonamiento en algún caso próximo que involucre la pregunta sobre el matrimonio igualitario? O lo que sería mejor, ¿utilizará la Opinión Consultiva OC-24/17 en su respuesta?

Esta decisión plantea también un reto de implementación a nivel de los Estados de esta región, pues a diferencia de las sentencias en los casos contenciosos, las opiniones consultivas carecen de un proceso formal de supervisión de cumplimiento. Tocaré que la Corte IDH apele a la buena fe de los Estados para que la Opinión Consultiva OC-24/17, vía control de convencionalidad, también sea aplicada espontáneamente por nuestros funcionarios estatales. Se hace vital entonces incidir en la ruta *de abajo hacia arriba* para que esta decisión no se convierta en una pieza de exhibición de museo.

Lo cierto es que el próximo caso contencioso sobre matrimonio igualitario que llegue al sistema interamericano tendrá un camino casi asegurado hacia el altar. Yo conozco al menos la petición de una pareja contra Ecuador, que duerme ya durante varios años el sueño de los justos en la sección de registro de la CIDH. Lamentablemente, la ruta procesal interamericana no es expedita, por lo que podrían pasar algunos años hasta que la opinión consultiva sea aplicada a un caso concreto en la vía internacional.

Por último, creo que las decisiones en *Joslin* y *Schalk y Kopf*, que causaron tanto daño en el camino *marica* hacia el altar, podrían ser finalmente revertidas si los sistemas universal y europeo deciden aplicar la propuesta argumentativa de la Opinión Consultiva OC-24/17. ¿Será el sistema interamericano el gran referente de sus pares para *dis-locar* de una vez la *heteromirada* del *cis-tema*¹⁰⁸ del Derecho Internacional Público? Qué duda cabe que hoy vivimos en un mejor momento para el matrimonio igualitario en el mundo. Pero desconfíe, *querido lector*. A veces el Derecho puede ser nuestro aliado menos confiable.

108 Cuando digo *cis-tema* me refiero al régimen que, como estructura de normalización de las identidades, es creado por la cisgeneridad.

Y ya no comparé distancias,
no existían nombres ni medidas
y la única belleza fue la imposible de tocar,
de contemplar, de retener
porque el deseo no se puede nombrar,
solo padecer.

Violeta Barrientos Silva
"Las imposibles orquídeas"

Referencias bibliográficas

- Barrientos, S. (1992). *El innombrable cuerpo del deseo*. Lima: Intermezzo tropical.
- Brundage, J. (2000). *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa Medieval*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Díez, J. (2015). *The Politics of Gay Marriage in Latin America. Argentina, Chile and Mexico*. New York: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9781316162804>
- Falconí Trávez, D. (ed.) (2018). *Inflexión Marica. Escrituras del descalabro gay en América Latina*. Barcelona: Egales.
- Gallo, D. et. al. (2014). *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*. Berlín: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-642-35434-2>
- García Lorca, F. (2005). *Sonetos del amor oscuro*. Madrid: Altera.
- Gimeno, B. y Barrientos, V. (2009). La institución matrimonial después del matrimonio homosexual. *Íconos* (35), 19-30. <https://doi.org/10.17141/iconos.35.2009.379>
- Keck, T. (2014). *Judicial Politics in Polarized Times*. Chicago: University of Chicago Press. <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226182551.001.0001>
- Legg, A. (2012). *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199650453.001.0001>
- Pierceson, J. et. al. (2013). *Same-Sex Marriage in Latin America: Promise and Resistance*. Maryland: Lexington Books.
- Ragone, S. (2013). El matrimonio homosexual en Europa, entre Derecho Político y Derecho Jurisprudencial. Reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia comparada. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, 16 (1), 241-261.
- Rosenberg, G. N. (2008). *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change*. 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press. <https://doi.org/10.2307/2075854>
- Zelada, C. J. y Neyra Sevilla, C. (2017). Trans*legalidades: Estudio preliminar de expedientes sobre reconocimiento de las identidades trans* en el Perú. *Ius et Veritas* (55), 90-111. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201703.006>

Sentencias

- Corte IDH / Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Caso Atala Riffó y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

- (2016a). *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.
- (2016b). *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.
- (2018). *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

Observaciones, Resoluciones, Recomendaciones, Informes y Opiniones Consultivas

- CIDH / Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001). Informe No. 96/01 (Inadmisibilidad). Petición 19-99: José Alberto Pérez Meza (Paraguay), 10 de octubre de 2001.
- Corte IDH / Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- OHCHR / Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1994). *Nicholas Toonen v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).
- (2002). *Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/902/1999 (2002).
 - (2003). *Edward Young v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003).
 - (2007). *X v. Colombia*, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007).
- TEDH / Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1981). *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45.
- (2003). *Karner v. Austria*, no. 40016/98, ECHR 2003-IX.
 - (2008). *Goodwin v. the United Kingdom*, no. 65723/01, 22 January 2008.
 - (2010). *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010.
 - (2013). *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, ECHR 2013.
 - (2014). *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, ECHR 2014.
 - (2015). *Oliari and Others v. Italy*, nos. 18766/11 and 36030/11, 21 July 2015.
 - (2016). *Chapin and Charpentier v. France*, no. 40183/07, 9 June 2016.
 - (2017a). *Orlandi and Others v. Italy*, nos. 26431/12 and 3 others, 14 December 2017.
 - (2017b). *Ratzenböck and Seydl v. Austria*, no. 28475/12, 26 October 2017.

El concepto de Causa del Contrato en el Código Civil de Bello: la experiencia ecuatoriana¹

The concept of *Causa* of the Contract in Bello's Civil Code:
 the Ecuadorian experience

OSCAR A. DEL BRUTTO²
 Universidad Espíritu Santo

Resumen

La causa es un requisito para la eficacia de los contratos en el Código Civil de Bello. Uno de los debates doctrinales en torno a la causa se refiere a su concepto. Mientras algunos autores consideran que el Código Civil de Bello se refiere a la causa final, esto es, a un fin inmediato y determinado por la naturaleza del contrato, otros autores opinan que se refiere a la causa impulsiva, esto es, a las razones subjetivas que motivaron a los contratantes. En este artículo se sostiene que el Código Civil de Bello se refiere a la causa impulsiva. Las sentencias de la Corte de Casación del Ecuador son consistentes con esta posición, pues en la mayoría de casos en los que se ha referido a la causa para determinar la validez de un contrato, la Corte ha empleado el concepto de causa impulsiva. Esta preferencia legal y jurisprudencial por la causa impulsiva supone un mayor nivel de control judicial a los contratos y un mayor grado de restricción a la autonomía de la voluntad.

Palabras clave

Código Civil de Andrés Bello / Causa / Causa lícita / Causa ilícita.

Summary

Causa is a requirement for the validity of contracts under Bello's Civil Code. One of the doctrinal debates surrounding *causa* refers to its very concept. While some authors believe that Bello's Civil Code refers to *final causa*, this is, an immediate purpose determined by the contract's nature, other authors believe that it refers to *impulsive causa*, this is, the subjective motives that motivated the parties to contract. This paper argues that Bello's Civil Code refers to *impulsive causa*. Judgments of Ecuadorian Cassation Court are consistent with this position, because in most cases in which the court has referred to *causa* in order to determine the validity of a contract, it has applied the concept of *impulsive causa*. This legal and jurisprudential choice for *impulsive causa* means a greater level of judicial control on contracts and a greater degree of restrictions to the autonomy of the will.

Keywords

Andrés Bello's Civil Code / Causa / Lawful causa / Illicit causa.

1 Recibido: 08/05/2018 – Aceptado: 21/09/2018

2 Profesor de Obligaciones y de Derecho Corporativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Espíritu Santo. Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil y Master en Leyes (LL.M.) por la Escuela de Leyes de la Universidad de Pennsylvania. Correo electrónico: odelbruttoa@uees.edu.ec



1. Introducción: El Problema del Concepto de Causa del Contrato

El Código Civil de Andrés Bello³ establece que un contrato debe tener una causa lícita para ser válido (Art. 1453 Código Civil del Ecuador [C.C.]). Si un contrato tiene una causa ilícita, el Código Civil lo sanciona con nulidad absoluta (Art. 1698 C.C.). Esto significa que un juez, de oficio o a petición de parte interesada que no sea la que celebró o ejecutó el contrato conociendo o debiendo conocer la ilicitud, puede ordenar que se desconozcan los efectos del contrato (Arts. 1699, 1704 y 1706 C.C.). Así, la causa es un tema especialmente importante en el Código Civil de Bello, porque supone una de las líneas que separa a los contratos que tienen protección legal de los simples acuerdos cuyos efectos pueden ser desconocidos por un juez.

La causa del contrato es uno de los temas más oscuros y polémicos en el Derecho Civil (Diez-Picazo, 2007). En torno a este tema se han desarrollado algunos debates doctrinarios, uno de los cuales se refiere al propio concepto legal de causa del contrato⁴. Para el caso del Código Civil de Bello, este debate se ha centrado en los conceptos de *causa final* y *causa impulsiva*⁵. Algunos autores sostienen que el Código Civil de Bello se refiere a la causa final (Claro Solar, 2013; Vodanovic, 1998; Alessandri Besa, 2008). Para estos autores, el Código Civil entiende por causa del contrato el fin inmediato y directo de los contratantes que está determinado por el tipo de contrato que se celebra. Otros autores creen que el Código Civil se refiere a la causa impulsiva (Ospina y Ospina, 2014; López Santamaría, 1980). Para estos autores, el Código Civil de Bello entiende por causa del contrato la razón subjetiva que llevó a las partes a contratar.

El debate sobre el concepto de causa determina qué debe entenderse por causa lícita. Se trata de un debate que no es sólo teórico, sino que tiene importantes aplicaciones prácticas. Un ejemplo ilustrará el punto. Supongamos que Casio celebra un contrato de venta de cuchillo con Bruto. Bruto paga un precio y Casio entrega un cuchillo. Los partidarios de la causa final dirán que la causa de Bruto es recibir un cuchillo y que la causa de Casio es recibir dinero, porque esos son los fines inmediatos y directos de los contratantes, y en todo contrato de venta la causa del comprador es recibir una cosa y la del vendedor es recibir un

3 El jurista venezolano-chileno Andrés Bello fue el principal redactor del Código Civil de Chile, que entró en vigencia en ese país en 1857. Voy a referirme a este cuerpo legal como "Código Civil", "Código de Bello", "Código Civil de Bello" o "Código Civil de Andrés Bello", indistintamente. El Código de Bello tuvo una importante influencia en la codificación civil de los países latinoamericanos. Fue prácticamente copiado por El Salvador, donde entró en vigencia en 1859; por Ecuador, donde entró en vigencia en 1861; y por Colombia, donde entró en vigencia en todo el territorio en 1887. Este trabajo centra su atención en la versión ecuatoriana del Código Civil de Bello. Aunque el contenido de los artículos mencionados en este trabajo es prácticamente igual en Chile, El Salvador y Colombia, la numeración de los artículos cambia y, por referirme a la experiencia ecuatoriana, en este trabajo utilizaré la enumeración del Código Civil del Ecuador.

4 Con respecto a la causa del contrato se debate el concepto de la palabra (Ospina y Ospina, 2014), el origen histórico de la figura (Guzmán Brito, 2001), la conveniencia de que la ley establezca la causa como requisito de validez de los contratos (Lorenz, 1919), las diferencias y similitudes de la causa con la doctrina anglosajona de la *consideration* (López Santamaría, 1980), y la posibilidad de que la causa del contrato sea reemplazada por otras figuras jurídicas (Caballero y Ortega, 2014). Por supuesto, referirse a cada uno de estos debates supondría un trabajo mucho más extenso. Aquí me limitaré al debate en torno al concepto de causa del contrato.

5 Existen otras teorías, además de la teoría de la causa final y de la causa impulsiva, que explican el concepto de causa del contrato. Una especialmente relevante es la *Teoría de la Causa Función Económico-Social* desarrollada por el profesor italiano Emilio Betri (2008), por su impacto en la literatura civilista europea (De Castro y Bravo, 1985; Diez-Picazo, 2007; Galgano, 1992). Sin embargo, los principales comentaristas del Código Civil de Andrés Bello han centrado el debate entre la causa final y la causa impulsiva, y han considerado que esas otras teorías son ajenas al Código Civil de Bello. En este sentido puede verse: Luis Claro Solar (2013), Antonio Vodanovic (1998), Arturo Alessandri Besa (2008) y Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta (2014).

precio. Por su parte, los partidarios de la causa impulsiva se preguntarán cuál fue la razón subjetiva de los contratantes, si querían que Bruto adquiriera el cuchillo para cortar la torta de cumpleaños o para cortar la yugular de César. Así, el contrato entre Casio y Bruto sería válido si por causa se entiende causa final, pero sería nulo por causa ilícita si por causa se entiende la causa impulsiva de cortar la yugular de César.

El ejemplo de la venta del cuchillo entre Bruto y Casio también hace evidente que en la elección entre causa final y causa impulsiva subyace una tensión entre discrecionalidad judicial, entendida como la libertad que tiene un juez para elegir entre diferentes opciones (Lifante, 2002), y autonomía de la voluntad, entendida como la facultad de realizar un contrato en la forma y con la extensión que las partes consideren convenientes (Hernández y Cosme, 2012). El concepto de causa final es restringido. Bajo el concepto de causa final del contrato, los jueces no pueden entrar a investigar las intenciones de los contratantes y esto supone, correlativamente, que la autonomía de la voluntad de las partes contractuales tiene un mayor campo de acción. Por el contrario, bajo el concepto de causa impulsiva, los jueces tienen la facultad de investigar los motivos subjetivos que llevaron a las partes a contratar, por lo que el campo de acción de la autonomía de la voluntad se limita, al existir un mayor margen para que un contrato sea declarado nulo.

¿Qué entiende el Código Civil de Andrés Bello por causa del contrato? ¿Se refiere a la causa final o a la causa impulsiva? En este artículo se va a sostener que hay buenas razones para concluir que el Código Civil de Bello se refiere a la causa impulsiva y no a la causa final. En la primera parte se hará un análisis de doctrina sobre los conceptos de causa final y de causa impulsiva, y se darán los argumentos para concluir que el Código Civil de Bello se refiere a la causa impulsiva. En la segunda parte se hará un análisis jurisprudencial de las sentencias en las que la Corte de Casación del Ecuador se ha referido a la causa del contrato, y se mostrará que, en la mayoría de los casos, la Corte se refiere a la causa impulsiva.

2. El Concepto de Causa en el Código Civil de Bello

2.1. Teoría Clásica o de la Causa Final

Aunque los orígenes del concepto de causa del contrato pueden rastrearse hasta Aristóteles⁶, lo que hoy se conoce como Teoría Clásica de la Causa fue elaborada en el siglo XVII por el francés Jean Domat. Para Domat (1884), la causa de la obligación es el propósito directo e inmediato que persigue el deudor al obligarse y que se encuentra determinado por el tipo de contrato que se celebra. Domat distingue entre contratos sinalagmáticos, aquellos en donde las dos partes se obligan a realizar una prestación; contratos reales, aquellos que se perfeccionan

⁶ Aristóteles distinguió cuatro conceptos de causa: *causa material*, que es aquello de lo que el ser está hecho; *causa formal*, que es el modelo de lo hecho; *causa eficiente*, que es el agente que produce el ser; y, *causa final*, que es el fin u objetivo hacia al cual el ser se dirige (Metafísica). Los conceptos aristotélicos de causa eficiente y causa final empezaron a aplicarse al Derecho (Vázquez, 2008). Aunque el Derecho Romano no elaboró una teoría de la causa de los contratos (Lorenz, 1919), los juristas romanos distinguían entre contratos nominados y pactos desnudos. Mientras los contratos nominados siempre otorgaban acción, los pactos desnudos sólo otorgaban acción si una de las partes había cumplido una prestación (*do ut des, do ut facias, facio ut des y facio ut facias*). Los juristas medievales encontraron en los contratos una aplicación de la causa eficiente, pues los contratos creaban las obligaciones contractuales; y, en el cumplimiento de la prestación en los pactos desnudos una aplicación de la causa final, porque el cumplimiento de la prestación se dirigía a obtener una contraprestación. Con el Iusnaturalismo y el Derecho Canónico se consagró el consensualismo, en virtud del cual el solo consentimiento es razón suficiente para que un contrato genere acción, y la distinción entre contratos nominados y pactos desnudos quedó superada. Es en este contexto que elabora su teoría el francés Jean Domat. Un magistral estudio sobre la evolución del concepto de causa en el derecho continental puede encontrarse en Guzmán Brito, 2001.

por la entrega de la cosa; y, contratos gratuitos, aquellos en donde una parte realiza una prestación a favor de otra sin recibir nada a cambio. En los contratos sinalagmáticos la causa de la obligación de una parte es la obligación de la contraparte; en los contratos reales, la causa es la entrega de la cosa; y, en los contratos gratuitos, la causa es la mera liberalidad. El francés Robert Pothier siguió la teoría de la causa de Domat, refiriéndose no a la causa de la obligación sino a la causa del contrato (Pothier, 2007) y, así, quedó consagrada en el Código Civil de Napoleón (Guzmán, 2001). Los autores conocen a esta teoría como la Teoría de la Causa Final (Claro Solar, 2013; Vodanovic, 1998; Ospina y Ospina, 2014).

Dos ideas pueden servir para resumir la Teoría de la Causa Final (Larroumet, 1999). La primera es que la causa es siempre la misma para un mismo tipo de contrato. Sabemos cuál es la causa examinando el tipo de contrato. En todos los contratos de venta, por ejemplo, la causa del vendedor es recibir el precio y la del comprador es recibir la cosa. La segunda es que la causa del contrato se diferencia de los móviles subjetivos que llevaron a las partes a contratar. La causa está dentro y no fuera del contrato. En la venta, por ejemplo, la causa del comprador es siempre recibir la cosa. Y punto. No es relevante saber si el comprador adquiere la cosa para usarla, revenderla o para perjudicar a un tercero.

Según el Código Civil de Bello, la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público (Art. 1483 C.C.). Siguiendo con la lógica de la Teoría de la Causa Final, para determinar cuándo la causa es ilícita debe observarse el tipo de contrato que se celebra. Si se celebra un contrato sinalagmático, habrá causa ilícita cuando la contraprestación de una parte consista en una cosa o en un hecho prohibido por la ley o contrario al orden público o a las buenas costumbres. Así, por ejemplo, habría causa ilícita en el contrato en que una persona se compromete a pagar un precio a cambio de que la otra persona asesine a un tercero. Si se celebra un contrato real, habrá causa ilícita cuando la cosa que se dé sea prohibida por la ley o contraria al orden público o a las buenas costumbres. Así, por ejemplo, si una persona da una cantidad determinada de una sustancia psicotrópica cuya comercialización está prohibida por ley, con cargo a que se le restituya igual especie y cantidad, habrá un contrato de mutuo con causa ilícita. Finalmente, siguiendo la teoría de la causa final, en los contratos gratuitos no podrá haber causa ilícita porque el ánimo liberal, en sí mismo, no puede calificarse de ilícito. Si la causa de donar es, simplemente, el ánimo liberal, la donación no puede tener causa ilícita.

2.2. Teoría de la Causa Impulsiva

Para la Teoría de la Causa Impulsiva⁷, la causa del contrato consiste en los móviles que llevaron a las partes a contratar (Ospina y Ospina, 2014). Se trata de razones subjetivas que los contratantes tuvieron como propósito principal para realizar el contrato. En un contrato de venta de inmueble, por ejemplo, la causa no sería simplemente recibir un inmueble para el comprador y recibir una cantidad de dinero para el vendedor, sino la razón que llevó al vendedor a vender y al comprador a comprar. Bajo la Teoría de la Causa Impulsiva, la causa se refiere a los propósitos subjetivos de las partes: si el vendedor vendió porque quería recibir dinero para comprar otro inmueble, o si vendió porque quería que la cosa vendida salga de su patrimonio y no pueda pasar a uno de sus herederos.

⁷ Hay autores que se refieren a la Teoría de la Causa Impulsiva como *Teoría de la Causa Ocasional* (Claro Solar, 2013). Se trata simplemente de un problema de terminología, que no afecta el significado. En este trabajo se utiliza la expresión “causa impulsiva” porque es la que, en su mayoría, adoptan los autores (Vodanovic, 1998; Alessandri, 2008; Vázquez, 2014; Ospina y Ospina, 2014).

Los autores están de acuerdo en que para que los móviles subjetivos que llevaron a contratar sean considerados como causa del contrato se requiere que sean conocidos por ambas partes del contrato (Ospina y Ospina, 2014)⁸. El móvil secreto, esto es, aquel que la contraparte no sabe ni puede saber, no forma parte de la causa. En el contrato de venta en que vendedor y comprador saben que el contrato se realiza para que el vendedor distraiga un bien de su patrimonio con el fin de burlar a sus herederos, la causa del contrato va a ser el perjuicio a los herederos. Pero si el comprador no sabe que el vendedor sólo contrata para perjudicar a sus herederos, el perjuicio a los herederos del vendedor no será la causa del contrato.

El Código Civil de Bello entiende que la causa es ilícita cuando es prohibida por la ley o es contraria a las buenas costumbres o al orden público (Art. 1483 C.C.). Para la Teoría de la Causa Impulsiva, entonces, hay causa ilícita cuando el motivo que llevó a las partes a contratar es el de procurar un resultado prohibido por la ley o contrario a las buenas costumbres o al orden público, siempre que ese motivo sea conocido por las dos partes contratantes. En un contrato de venta, por ejemplo, el juez deberá averiguar cuál fue el motivo que llevó a las partes a celebrar el contrato. Si las partes realizaron el contrato para procurar el beneficio económico de obtener un bien y recibir un precio, el contrato tiene causa lícita. Nada hay contrario a la ley o a las buenas costumbres o al orden público en eso. Pero si las partes buscaron defraudar los intereses de un tercero, utilizar una cosa para dañar a un tercero o cualquier otro resultado que la ley prohíbe o que contraviene las buenas costumbres o el orden público, el juez podrá declarar la nulidad del contrato por causa ilícita.

2.3. El Código Civil de Andrés Bello sigue la teoría de la Causa Impulsiva

El Código Civil dice que “[s]e entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato” (Art. 1483 C.C.). La palabra *motivo* utilizada por la ley podría entenderse como el fin inmediato y directo al que se refiere la Teoría de la Causa Final, o podría entenderse como el móvil subjetivo al que se refiere la Teoría de la Causa Impulsiva. En efecto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, motivo es lo “que mueve o tiene eficacia o virtud para mover.” Es tan legítimo decir, siguiendo el concepto de causa final, que lo que mueve a una parte a celebrar un contrato sinalagmático es la contraprestación de la otra parte, a los reales la entrega de una cosa y a los gratuitos el ánimo liberal, como decir, siguiendo el concepto de causa impulsiva, que lo que mueve a la celebración de un contrato es la razón subjetiva de los contratantes.

Ante la ambigüedad de la ley, el Código Civil de Bello establece reglas de interpretación (Art. 18 C.C.). El Código Civil señala que para interpretar expresiones ambiguas de la ley “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía” (Art. 18-4 C.C.). El contexto en el que se establece la causa lícita como requisito de validez de un contrato sirve para ilustrar el concepto de causa del contrato en el Código Civil de Bello. En efecto, del contexto en que el Código Civil establece la causa lícita como requisito de validez de los contratos se desprende que el Código Civil se refiere a la causa impulsiva y no a la causa final.

⁸ Se puede llegar a la conclusión de que los motivos deben ser conocidos de las dos partes del contrato haciendo una interpretación analógica de la segunda parte del artículo 1470 del Código Civil. Este artículo se refiere al error como vicio del consentimiento, y señala que el error sobre una calidad accidental de la cosa vicia el consentimiento “cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.” (C.C. Art. 1470). Este error es, en realidad, un error sobre la causa del contrato (Ospina & Ospina, 2014) y, si para el error en la causa se pide que las dos partes sepan cuál era la causa, lo mismo debe pedirse para la ilicitud de la causa.

Aparte de la causa lícita, el Código Civil establece que, para ser válido, todo contrato debe ser realizado por personas capaces, con consentimiento libre de vicios y con un objeto lícito (Art. 1461 C.C.). Así, causa lícita y objeto lícito son, en el Código Civil de Bello, dos requisitos independientes para la validez de un contrato. Si se interpreta que el Código Civil se refiere a la causa final, la separación entre objeto lícito y causa lícita como requisitos independientes carecería de sentido. Esto se ve claramente en caso de ilicitud. Para la Teoría de la Causa Final hay causa ilícita cuando la contraprestación es ilícita en el caso de los contratos sinalagmáticos, o cuando lo que se entrega es ilícito en el caso de los contratos reales. Pero estos son, en realidad, casos de objeto ilícito. El objeto del contrato es la prestación, esto es, la cosa que se da, el hecho o la abstención a la que alguien se obliga (Vodanovic, 1998). En una venta de inmueble, por ejemplo, el objeto es, de un lado, el inmueble que el vendedor se obliga a entregar y, de otro lado, el dinero que el comprador se obliga a dar. Si se vende un inmueble cuya venta está prohibida porque, por ejemplo, tiene una prohibición judicial de enajenar, lo que ocurre es que hay objeto ilícito (Art. 1480 C.C.). La ilicitud está en la cosa que se da, en el objeto, y no es necesario acudir a la causa ilícita para anular el contrato.

La causa impulsiva, por el contrario, vuelve lógica la distinción que hace el Código Civil de Bello entre objeto y causa. Si la causa se refiere a los móviles subjetivos que están fuera del contrato, se pueden imaginar casos que tengan objeto lícito pero causa ilícita. Así, por ejemplo, pensemos en la venta de un inmueble que no está embargado ni tiene limitación legal o judicial para enajenarse, pero que las partes han celebrado con el único propósito de perjudicar a un tercero. En este caso, siguiendo la Teoría de la Causa Impulsiva, hay objeto lícito, pero causa ilícita. Y, así, la diferencia que establece el Código Civil entre objeto lícito y causa ilícita cobra sentido. Entender por causa del contrato la causa final, llevaría al absurdo de que el Código Civil estableció dos requisitos diferentes, el objeto ilícito y la causa ilícita, para regular exactamente el mismo supuesto de hecho.

Es interesante anotar como los propios partidarios de la Teoría de la Causa Final reconocen que, siguiendo la Teoría de la Causa Final, los casos de causa ilícita prácticamente no existirían en el Código Civil de Bello. Con respecto a este punto, Antonio Vodanovic, un partidario de que el Código Civil de Bello se refiere a la causa final, señala:

Si reconocemos que el Código Civil entiende por causa la que la doctrina llama final, que es constante, abstracta e igual para cada tipo de acto o contrato, tendremos que concluir que los móviles individuales y concretos no deben ser considerados, aunque sean contrarios al orden público, la ley o las buenas costumbres; y si la causa final no presenta estos caracteres, el acto será válido. Y los actos o contratos que por causa (final) ilícita podrán ser anulados en el hecho casi no existirán (1998, p. 295).

3. La Causa en la Jurisprudencia Ecuatoriana

3.1. Casos de Causa del Contrato en la Corte de Casación del Ecuador

La Corte de Casación del Ecuador, primero llamada *Corte Suprema de Justicia* y, en virtud de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, ahora llamada *Corte Nacional de Justicia*, se ha pronunciado sobre la causa ilícita de los contratos. Una búsqueda avanzada de jurisprudencia en el buscador LEXIS para Ecuador con las palabras claves “causa”, “causa ilícita” y “contrato” arrojó como resultado 155 sentencias de casación en donde se utilizaron esas palabras. De las 155 sentencias, 26 eran repetidas, es decir, habían sido publicadas en la Gaceta Judicial y en el Registro Oficial por lo que constaban dos veces en el buscador. De las 129 sentencias

3.2 Simulación y Causa Impulsiva

Un primer grupo de casos en los que la Corte se refiere a la causa del contrato son casos de simulación contractual. La simulación no está definida en el Código Civil de Bello. Los autores entienden por simulación contractual un acuerdo entre dos o más personas para fingir un contrato bajo el entendido de que ese acuerdo o no surtirá ningún efecto, en cuyo caso se habla de simulación absoluta, o surtirá efectos distintos de los declarados, en cuyo caso se habla de simulación relativa (Abeliuk, 2001; Ospina y Ospina 2014). Si, por ejemplo, las partes de una venta saben que no se va a realizar entrega del precio ni de la cosa, habrá simulación absoluta; y, si las partes de la venta dicen que venden a un precio, pero saben que venden a otro, habrá simulación relativa.

En *Avilés v. Avilés* (C.S.J. 22 de enero de 2001, Gaceta Judicial Serie XVIII No. 5), la Corte Suprema de Justicia conoció un caso de simulación contractual. Dos cónyuges habían adquirido un inmueble que, en aplicación de las reglas que regulan la sociedad conyugal en el Ecuador, pasó a formar parte de los activos de la sociedad conyugal. A la muerte del marido, la viuda celebró ‘un contrato de venta de acciones de los gananciales de la sociedad conyugal’ sobre el inmueble a favor de dos hijos del matrimonio. Aunque el contrato se realizó por escritura pública, nunca hubo pago de precio. Los actores, que eran hijos del marido fallecido, pero no de la mujer vendedora, demandaron la nulidad del contrato alegando que el contrato se había realizado con la única intención de evitar que ellos se hagan dueños de la parte que les correspondía heredar. La Corte Suprema llegó a la conclusión de que el contrato entre madre e hijos era simulado. La Corte explicó que la simulación no era, en sí misma, una causal de nulidad, pero añadió que, si en el contrato simulado faltaba un requisito de validez, el contrato sería nulo por la falta de ese requisito. Para el caso, la Corte concluyó que había nulidad porque el contrato simulado tenía causa ilícita debido a que la intención de los contratantes era utilizar la venta como un medio para perjudicar a los otros herederos haciendo que el bien salga de la masa hereditaria. Dijo la Corte que “[l]a simulación, en sí misma, puede ser lícita o ilícita [...] siendo la segunda la que se celebra con la intención positiva de perjudicar a terceros, [y] adolece de causa ilícita” (p. 1308). Con respecto a la determinación de que en el caso había causa ilícita, la Corte dijo que “En este caso aparece claramente la intención positiva de perjudicar a los otros potenciales herederos, al haberse realizado el contrato de compraventa simulado [...] a favor de dos de los hijos, en perjuicio de los sucesores de los otros” (p. 1308).

El precedente sentado en *Avilés* es que un contrato simulado tiene causa ilícita cuando las partes han contratado con la intención de perjudicar los derechos de un tercero. En *Avilés* hay una aplicación de la teoría de la causa impulsiva. La Corte entendió que un contrato puede anularse si el móvil subjetivo para contratar es ilícito y ese móvil ha sido conocido por las dos partes. La Corte anuló un contrato cuyas prestaciones aisladamente consideradas eran lícitas, pero que tenía por propósito violar la ley sobre las asignaciones hereditarias. De los quince casos estudiados, en seis se aplicó, con algunas variantes menores, el precedente sentado en *Avilés*⁹.

⁹ Aplicando un razonamiento similar al aplicado en *Avilés*, la Corte Suprema de Justicia anuló un contrato simulado por causa ilícita en *Cáceres v. Delgado*, (C.S.J. 27 de octubre de 2006. Expediente de Casación 372, R.O. 14, 1 de febrero de 2008). Además, la Corte recurrió al mismo razonamiento de *Avilés* para decidir en *Banco del Austro v. Villegas et al.* (C.S.J. 17 de julio de 2006. Expediente 270, R. O. 92 del 28 de Mayo del 2007); *Layedra v Fuenmayor* (C.S.J. 9 de abril de 2007. Gaceta Judicial, Serie 5, No. 18); *Sarmiento v. Maldonado* (C.S.J. 28 de mayo de 2008. Expediente de Casación 154, R.O. 224, 29 de junio de 2010); y, *Buendía v. Córdoba* (C.S.J. 27 de mayo de 2009. Expediente de Casación 223, R.O. 165, 5 de julio de 2011).

3.3 Venta de Cosa Ajena y Causa Ilícita

Según el Código Civil de Andrés Bello la venta de cosa ajena es válida sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño (Art. 1754 C.C.). El contrato de venta de cosa ajena hace nacer obligaciones entre los contratantes, pero es inoponible para el verdadero dueño de la cosa vendida (Gómez, 2008). Así, por ejemplo, si el vendedor vende un carro que no le pertenece, la regla es que el contrato no puede declararse nulo por el solo motivo de que el vendedor no es dueño de la cosa vendida, aunque el contrato no es vinculante para el dueño de la cosa. Esto último quiere decir que el verdadero dueño no está obligado a entregar el carro y que si, por cualquier razón, el comprador llega a entrar en posesión del carro, el dueño puede intentar una acción reivindicatoria para recuperarlo, sin necesidad de solicitar, primero, la nulidad del contrato.

En *Escudero et al. v. Guambaña et al.* (C.S.J. 28 de julio de 2003, Gaceta Judicial Serie XVII No. 13), la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la validez de un contrato de venta de cosa ajena. Los actores demostraron ser dueños de un inmueble sobre el que los demandados, la parte vendedora y la parte compradora, habían realizado un contrato de venta. Los verdaderos dueños del inmueble no solicitaron la reivindicación sino la nulidad del contrato por “objeto ilícito y causa ilícita” sobre la base de que el contrato “tenía como finalidad el perjudicar en su derecho de dominio a los verdaderos dueños” (p. 4129). Se probó en juicio que los demandados sabían que el inmueble no pertenecía al vendedor y que celebraron el contrato con la intención de despojar de su derecho de dominio al verdadero dueño. Para resolver el caso, la Corte empezó por reconocer que existe la regla según la cual la venta de una cosa ajena es válida, pero reconoció también que no se trataba de una regla absoluta: “en ciertos casos sí lo es y en otros no” (p. 4129). Según la Corte, cuando la parte compradora y la parte vendedora saben que la cosa que se está vendiendo es de un tercero y realizan el contrato con la intención de perjudicar los derechos de ese tercero, la venta tiene causa ilícita y debe declararse la nulidad absoluta del contrato. La Corte sentenció el caso diciendo que “por no buscarse el fin lícito que procura alcanzar toda compraventa, sino metas contrarias al ordenamiento jurídico, desvirtuando de esta manera la función económica y social que cumplen las compraventas [...] se halla configurada causa ilícita” (p. 4129), y anuló el contrato¹⁰.

El precedente sentado en *Escudero* es que la venta de cosa ajena es nula por causa ilícita cuando vendedor y comprador saben que la cosa vendida no es de propiedad del vendedor y se conciertan para perjudicar los derechos del verdadero dueño de la cosa. En *Escudero*, al igual que en *Avilés*, hay una aplicación de la teoría de la causa impulsiva. La Corte entiende que un contrato puede anularse si el móvil subjetivo para contratar es ilícito y ha sido conocido por las dos partes. La Corte recalca que no hay nada ilícito *per se* en vender una cosa ajena, pero que, si las partes realizan el contrato con la intención de perjudicar al verdadero dueño, entonces el contrato tiene causa ilícita y debe anularse. De los quince casos estudiados, siete aplicaron, con alguna que otra variante, el precedente sentado en *Escudero*¹¹.

10 La terminología utilizada por la Corte Suprema de Justicia no es del todo feliz. La Corte describe lo que nosotros entendemos por causa impulsiva y después dice que hay quienes se refieren a eso como “causa del contrato” mientras que hay otros que utilizan el término “objeto del contrato.” No sé de ningún autor que defina el objeto del contrato como la intención subjetiva de los contratantes y me parece una confusión de conceptos, por lo que me limito a seguir la primera sugerencia de la Corte de utilizar la palabra “causa”.

11 El precedente sentado en *Escudero* se aplicó por la Corte Suprema de Justicia para anular un contrato en *Narvéz et al. v. Barros et al.* (C.S.J. 27 de octubre de 2006, Expediente de Casación 373, R.O. 14 del 1 de febrero de 2008); y, por la Corte Nacional de Justicia en *Cevallos v. Franco et al.* (Corte Nacional de Justicia [C.N.J.] 4 de mayo de 2010, Expediente de Casación 258, R.O. 70 del 19 de noviembre de 2013). La doctrina *Escudero* también se aplicó en *Súarez v. Coloma y el Municipio de El Triunfo* (C.S.J. 1 de octubre de 2004, Expediente de Casación 228, R.O. 39 del 15 de julio de 2005); *Automotores del Azuay v.*

3.4. Causa Final en los Fallos de Casación

En seis casos la Corte de Casación ecuatoriana utilizó la Teoría de la Causa Impulsiva para anular contratos simulados por causa ilícita y en siete casos la utilizó para anular contratos de venta de una cosa ajena por causa ilícita. Así, en trece de los quince casos estudiados, la Corte utilizó el concepto de causa impulsiva para resolver sobre la validez de un contrato por causa ilícita. Veamos qué ocurrió en los dos casos restantes.

En *León v. Quizhpe et al.* (C.N.J. 26 de marzo de 2012, Gaceta Judicial Serie XVIII No. 11), el actor reclamaba el pago de un préstamo de dinero, y los demandados se excepcionaron pidiendo la nulidad del contrato por causa ilícita y alegaron que el dinero prestado sirvió para pagar los servicios de una mujer que se dedicaba al tráfico ilegal de personas. No se pudo probar en juicio si el prestamista sabía el uso que se le iba a dar al dinero prestado. Según la Corte Nacional de Justicia, la obligación de pagar dinero no fue probada y, por eso, desechó la demanda sin pronunciarse sobre la excepción de nulidad del contrato por causa ilícita. Sin embargo, en primera y segunda instancia sí hubo un pronunciamiento al respecto de la licitud de causa del préstamo de dinero. El juez de primera instancia sostuvo que no había causa ilícita pues “prestar dinero como se reitera no es un delito; y no es responsable el prestamista del uso que se dé al dinero prestado.” Y, en igual sentido, el tribunal de apelación concluyó que no había causa ilícita porque “la causa es la razón inmediata, directa y esencial del contrato” y que el hecho de que el dinero prestado haya sido utilizado para pagar una actividad ilícita “en nada influye en la validez del contrato al que se le pretende objetar por ilicitud de causa”.

En *Andrade v. Saltos* (C.S.J. 6 de septiembre de 2004, Expediente de Casación 200, R.O. 532 del 25 de febrero de 2005) la Corte Suprema de Justicia definió a la causa del contrato en los términos de la causa final. En el caso, el actor pedía indemnización por incumplimiento de un contrato de arrendamiento. El demandado, sin mayor argumento, se excepcionó diciendo que el contrato era nulo por causa ilícita. Con respecto a esta alegación, la Corte Suprema de Justicia dijo que “para la doctrina clásica, recogida por nuestro Código Civil, la causa de la obligación de cada una de las partes es la contraprestación de la otra” y concluyó que no había causa ilícita porque, “en el contrato de arrendamiento la causa para que el arrendatario contraiga obligaciones serían las contraprestaciones del arrendador”.

Estos casos parecen ser una desviación de la aplicación de la Teoría de la Causa Impulsiva. Pero la desviación es más aparente que real. En *León*, no fue la Corte Nacional la que utilizó el concepto de causa de la Teoría de la Causa Final sino los jueces de instancia y, aun así, la aplicación de la Teoría de la Causa Final no parece clara porque no se demostró que los motivos ilícitos eran comunes a las dos partes contratantes. En *Andrade*, la Corte se refiere expresamente a la Teoría de la Causa Final y se sostiene que el Código Civil sigue la Teoría de la Causa Final. Sin embargo, no se trata de un caso en donde el principal punto jurídico a decidirse era el de la causa del contrato, sino que lo que en realidad se discutió fue la indemnización por incumplimiento de un contrato. No parece que haya habido un esfuerzo argumentativo importante de las partes sobre la causa del contrato de arrendamiento.

3.5. El Concepto de Causa en la Jurisprudencia Ecuatoriana

Hay una predilección de la Corte de Casación ecuatoriana por la Teoría de la Causa Impulsiva por sobre la Teoría de la Causa Final. De los quince casos estudiados, trece utilizaron la Teoría

Vélez y Monsalve (C.S.J. 31 de marzo de 2008, Expediente de Casación 80, R.O. 46 del 14 de octubre de 2009); *Pacheco v. San Lucas* (C.N.J. 16 de mayo de 2011, Expediente 332, R.O. 394, 14 de Febrero del 2013); y, *Berzuetueta v. Cedillo et al.* (C.N.J. 19 de julio de 2011, Expediente de Casación 393, R.O. 170 del 19 de julio de 2011).

de la Causa Impulsiva. En todos los casos en los que la Corte de Casación anuló un contrato por causa ilícita, lo hizo utilizando el concepto de causa de la Teoría de la Causa Impulsiva. Sólo en dos de los quince casos, la Corte parece aceptar la Teoría de la Causa final. Si algo, estos dos casos son excepciones que confirman la regla.

Aunque el concepto de causa impulsiva ha sido utilizado por la Corte de Casación ecuatoriana para resolver casos de simulación contractual y de venta de bienes ajenos, nada obsta a que el concepto pueda servir para anular otro tipo de contratos. Los autores se refieren a casos en donde podría aplicarse la Teoría de la Causa Impulsiva para anular contratos por causa ilícita: contratos de arrendamiento de inmuebles con el propósito de instalar casas de tolerancia, donación de bienes con el propósito de remunerar relaciones de concubinato, préstamo de dinero con el propósito de incentivar el juego y la apuesta (Claro Solar, 2013; Ospina y Ospina, 2014). Pero, por supuesto, la lista no termina ahí. Los supuestos en los que, en base a la Teoría de la Causa Impulsiva, un juez podría anular un contrato, son infinitos. Podría pensarse, por ejemplo, en acuerdos de accionistas de una compañía para conformar una mayoría y diluir a un accionista minoritario o en la venta de un artefacto para un vehículo cuya única función es permitir burlar los controles de límite de velocidad. Cada vez que un juez considere que las partes celebraron un contrato para conseguir un resultado prohibido por la ley o contrario al orden público o a las buenas costumbres, habría causa ilícita y el contrato podría ser anulado.

La aplicación de la Teoría de la Causa Impulsiva por parte de los jueces es un tema especialmente delicado, porque la causa, así entendida, otorga un gran campo de acción a los jueces para limitar la autonomía de la voluntad (De Castro y Bravo, 1985). En efecto, tomando en cuenta que la causa ilícita se define como la prohibida por la ley o contraria al orden público o a las buenas costumbres, y considerando que los términos *orden público* y *buenas costumbres* son esencialmente amplios y vagos (Alessandri, 2008), los jueces tienen una amplia discrecionalidad para anular los contratos al investigar los móviles subjetivos que motivaron el contrato. Hasta qué punto este enorme poder judicial es beneficioso o representa una amenaza para la seguridad jurídica, la justicia contributiva o la eficiencia económica, debe ser objeto de otro trabajo.

4. Conclusiones

- a. Existe un debate doctrinal con respecto al concepto de causa del contrato en el Código Civil de Bello. Hay quienes opinan que el Código Civil se refiere a causa final, y otros a causa impulsiva.
- b. El Código Civil de Bello se refiere a la causa impulsiva y no a la causa final. Entender la causa del contrato como causa final conduce al absurdo de suponer que objeto ilícito y causa ilícita son lo mismo.
- c. La Corte de Casación del Ecuador, primero Corte Suprema de Justicia y, luego, Corte Nacional de Justicia, ha seguido el criterio de causa impulsiva. La Corte ha anulado casos de simulación contractual y de venta de cosa ajena con el argumento que el fin común de los contratantes es causar un perjuicio prohibido por la ley.
- d. La adopción del concepto de causa impulsiva por sobre el de causa final otorga un amplio poder a los jueces para anular contratos cuando consideren que la intención de los contratantes es prohibida por la ley o contraria al orden público o a las buenas costumbres.

Referencias bibliográficas

- Abeliuk, R. (2001). *Las Obligaciones*. Santiago: Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri Besa, A. (2008). *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Aristóteles (1970). *Metafísica*. Madrid: Editorial Gredos.
- Betti, E. (2008). *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: España. Editorial Comares.
- Caballero N. y Ortega J. (2014). La teoría de la causa en la jurisprudencia comparada: ¿Instrumento de protección de la coherencia contractual vigente o en vía de extinción? Breve recuento histórico de la teoría de la causa y perspectivas a futuro. *Revista de Derecho Privado*, 1 (52) 4-33. <https://doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.21>
- Claro Solar, L. (2013). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De las Obligaciones I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- De Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Volumen primero. Introducción, Teoría del contrato*. Madrid: Civitas.
- Domat, J. (1844). *Las leyes civiles en su orden natural*. Barcelona: Imprenta de José Taulo.
- Galgano, F. (1992). *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, C. (2008). *De los principales contratos*. Bogotá: Editorial Temis.
- Guzmán Brito, A. (2001). Causa del Contrato y Causa de la Obligación en la dogmática de los Juristas Romanos, Medievales y Modernos y en la Codificación Europea y Americana. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1 (23) 209-367. <https://doi.org/10.4067/s0716-54552001002300006>
- Hernández K. y Cosme D. (2012). *Autonomía de la voluntad. La sede contractual*. Saarbrücken: Editorial Académica Española.
- Larroumet, C. (1999). *Teoría general del contrato*. Bogotá: Editorial Temis.
- López Santamaría, J. (1980). Causa y “consideración” en los contratos. *RDJ Doctrina*, 68 (2), 71-81.
- Lifante, I. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Doxa*.1 (25), 413-439. <https://doi.org/10.14198/doxa2002.25.12>
- Lorenz, E. (1919). Causa and Consideration in the Law of Contracts. *Yale Law Journal*. 28 (7), 621-646. <https://doi.org/10.2307/786772>
- Vázquez, A. (2008). El cur debetur: ¿Elemento esencial del contrato? *Opinión Jurídica*, 7 (14)115-130.
- Ospina, G., y Ospina, E. (2014). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Editorial Temis.
- Pothier, J. (2007). *Las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Vodanovic, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia, Tercera sala de lo civil y mercantil, 22 de enero de 2001, Gaceta Judicial Serie XVIII No. 5.
- Corte Suprema de Justicia, Primera sala de lo civil y mercantil, 28 de julio de 2003, Gaceta Judicial Serie XVII No. 13.

- Corte Suprema de Justicia, Primera sala de lo civil y mercantil, 6 de septiembre de 2004, Expediente de Casación 200, R.O. 532 del 25 de febrero de 2005.
- Corte Suprema de Justicia, Primera sala de lo civil y mercantil, 1 de octubre de 2004, Expediente de Casación 228, R.O. 39 del 15 de julio de 2005
- Corte Suprema de Justicia 17 de julio de 2006. Expediente 270, R. O. 92 del 28 de Mayo del 2007.
- Corte Suprema de Justicia, Tercera sala de lo civil y mercantil, 27 de octubre de 2006. Expediente de Casación 372, R.O. 14, 1 de febrero de 2008.
- Corte Suprema de Justicia, Tercera sala de lo civil y mercantil, 27 de octubre de 2006, Expediente de Casación 373, R.O. 14 del 1 de febrero de 2008.
- Corte Suprema de Justicia, Tercera sala de lo civil y mercantil 9 de abril de 2007. Gaceta Judicial, Serie 5, No. 18.
- Corte Suprema de Justicia, Segunda sala de lo civil y mercantil, 31 de marzo de 2008, Expediente de Casación 80, R.O. 46 del 14 de octubre de 2009.
- Corte Suprema de Justicia, Segunda sala de lo civil y mercantil, 28 de mayo de 2008. Expediente de Casación 154, R.O. 224, 29 de junio de 2010.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo civil, mercantil y familia, 27 de mayo de 2009. Expediente de Casación 223, R.O. 165, 5 de julio de 2011.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo civil, mercantil y familia, 4 de mayo de 2010, Expediente de Casación 258, R.O. 70 del 19 de noviembre de 2013.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo civil, mercantil y familia, 16 de mayo de 2011, Expediente 332, R.O. 394, 14 de Febrero del 2013.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo civil, mercantil y familia, 19 de julio de 2011, Expediente de Casación 393, R.O. 170 del 19 de julio de 2011.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo civil, mercantil y familia, 26 de marzo de 2012, Gaceta Judicial Serie XVIII No. 11.

Leyes

Congreso Nacional de la República del Ecuador. (2005), *Código Civil del Ecuador*, Registro Oficial Suplemento 46. Ecuador, 24 de junio de 2005.

Online privacy regulation in a decentralized, unbounded context: Internet Governance and multi-stake-holder initiatives as regulatory mechanisms¹

La regulación de la privacidad en Internet en un contexto descentralizado y no consolidado: la gobernanza de Internet y las iniciativas de múltiples partes interesadas como mecanismos reguladores

HUGO FERNANDO AGUIAR LOZANO²
Pérez, Bustamante & Ponce

Summary

The present paper analyzes the right to privacy in the context of the Internet. The multi-stakeholder initiatives are an alternative that has already provided a regulatory structure on various aspects of the Internet, be it security, free flow of information or online privacy. Although there are elements that make it not a total solution, this paper analyzes some reasons why online privacy should be regulated by mechanisms of Internet Governance and by entities that do not respond only to governments or only to private firms. In this work, a general look at this alternative is given, without neglecting other approaches that should be applied to the topic of online privacy.

Keywords

Internet Governance/ Right to Privacy/ Online Privacy/ Regulation.

Resumen

El presente artículo analiza el derecho a la privacidad en el contexto del Internet. Las iniciativas de múltiples partes interesadas son una alternativa que ya ha proporcionado una estructura regulatoria en varios aspectos de Internet, ya sea la seguridad, el flujo libre de información o la privacidad en línea. Aunque hay elementos que hacen que no sea una solución total, este artículo analiza algunas razones por las cuales la privacidad en línea debe ser regulada por mecanismos de Gobernanza de Internet y por entidades que no responden solo a los gobiernos o solo a empresas privadas. En este trabajo, se da una mirada general a esta alternativa, sin descuidar los otros enfoques que se deben dar al tema de la privacidad en línea.

Palabras clave

Gobernanza de Internet/ Derecho a la Privacidad/ Privacidad en línea / Regulación.

1. Introduction

The concept of the term “privacy” is complex because it depends on many conditions of all kinds. From the regulatory point of view, and particularly from the legal perspective, it is important to circumscribe the right to privacy as a consideration of rights that must be protected.

There are many ways in which you can try to solve all the problems that arise in

¹Recibido: 06/03/2018 – Aceptado: 11/09/2018

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, mejor egresado de su promoción y graduado de la Escuela de Derecho de Harvard University, además posee varios títulos de posgrado. Tiene experiencia en distintas áreas del Derecho. Ha ejercido cargos diversos en instituciones públicas y privadas. Actualmente es abogado de la firma Pérez, Bustamante & Ponce. Es catedrático universitario y autor de libros y artículos jurídicos.



relation to the right to online privacy. The concept of privacy within a more complex and interconnected context implies the search for solutions from several edges. The natural response to regulation is the one that supposes that governments should legislate or regulate the specific cases or that courts or other organizations of control should fix the limits on the handling of the personal data. On the other hand, a market response is expected in which a self-regulation is required and is driven by market incentives in the conditions set by the industry.

Finally, there is a solution that involves the very structure of the Internet, since this is a decentralized scheme; it is assumed that the setting of standards must be done in an open, transparent and representative manner. The multi-stake-holder initiatives are an alternative that has already provided a regulatory structure on various aspects of the Internet, be it security, free flow of information or online privacy. Although there are elements that make it not a total solution, this paper analyzes some reasons why online privacy should be regulated by mechanisms of Internet Governance and entities that do not respond only to governments or only to private firms. In this work, a general look at this alternative is given, without neglecting other approaches that should be given to the topic of online privacy.

2. First things first. What is privacy?

Privacy is a difficult term to define because there are different perspectives from where you can see it. Each discipline, whether law, psychology, sociology, or philosophy has its own definition and its own values overlaying the concept. What is clear is that the term private could first be understood in contraposition with the term public and in this sense the right to privacy is a reaction to the general idea that there should be a free flow of information. “Privacy has an image problem [...] Regardless of the forum in which it is debated; it is cast as old-fashioned at best and downright harmful at worst —antiprogressive, overly costly, and inimical to the welfare of the body politic” (Cohen, 2013, p. 1904). It is interesting to understand the values that support the concept of privacy, because in general when privacy is balanced against national security, efficiency and entrepreneurship, privacy never wins. With technology advancing so fast and relentlessly, privacy is in permanent opposition to the progress of knowledge (Cohen, 2013).

It is very difficult to have a consensus in a single definition of the term “privacy”, basically because its value depends on the cultural or historical background that every society has for it. That is why its protection comes from law and society in different spectrums. For instance, some may think that privacy is protected incidentally when other interests or rights are protected, for instance, rights to property and bodily security (DeCew, 2015).

When it comes to the American Constitution, in *Roe v. Wade*, Justice Douglas couldn't define the right to privacy, when he pronounced the famous adjective of “penumbral right emanating from the Constitution” (US Supreme Court, 1973). In general, one could understand the Court's intention to define the right to privacy as the right to protect one's individual interest in independence, especially when it comes to making important and personal decisions about one's family, life and lifestyle (DeCew, 2015).

“Privacy is a concept in disarray. Nobody can articulate what it means” (Solove, 2006, p. 70). Because of this conceptualization it is difficult to have a concrete regulation or adjudication on privacy. Besides this specific difficulty, in today's world called the “information age” privacy problems have been amplified in size and in magnitude. For the purposes of this paper this article will not try to dissect the concept of privacy, but it would begin from the base of understanding privacy in contrast with a specific society. Then, sociology could be a useful tool to explain that privacy is a reflex concept or a created need. “Privacy is the relief from a range of kinds of social friction” (Solove, 2006, p. 484).

In a very general way, we can see privacy as an umbrella term. It seems interesting how Solove tries to create taxonomy of privacy in the sense that there should be at least various groups of situations where privacy related issues could be categorized and then studied and, in the long term, some policy recommendations could be done to solve those issues. In his proposed taxonomy, Solove presents four groups of harmful activities that directly affect privacy. “(1) Information collection, (2) information processing, (3) information dissemination, and (4) invasion” (2006, p. 488). We part from the idea that an individual is in risk when other individual, businesses or the government can inflict harm through an activity. The harm is measured after the infliction of a particular activity that by itself is not good or bad.

As we can see, the activities that affect privacy are “not necessarily socially undesirable or worthy of sanction or prohibition” (2006, p. 559), and that is precisely what makes privacy so difficult to handle. This paper considers the concept of the role privacy in relation to the legal system which understands privacy as “a form of protection against certain harmful or problematic activities” (2006, p. 559). In the context of a comparative online privacy methodology this conception will be important when applied to specific scenarios such as big data or the Internet of Things, particularly when understood under the activities of surveillance, data collection and data processing.

3. The complexity of the battleground

Information, knowledge, and information-rich goods and tools play a significant role in today's economic opportunity and human development, but they play a more interesting one when we want to protect people's privacy as well. It seems that since information in general has gained more value in our society, privacy as well is regarded as more valuable for the dangers of being affected by innovation. When we talk about online privacy we must contemplate the complete picture and how privacy works in the online setting (Benkler, 2006, p. 13).

The Internet opened a myriad of opportunities that could not have been envisioned before and currently, we live in a society where it is almost impossible to escape from digital technology. “While the networked information economy cannot solve global hunger and disease, its emergence does open reasonably well-defined new avenues for addressing and constructing some of the basic requirements of justice and human development” (p. 13) Nevertheless, the emergence of networked information economy has brought some other concerns as well, and one of those are: privacy and security. In fact, “digital privacy has been a hot topic since the Internet became a popular medium in the mid-1990s. Never before has as much information about average citizens been so easily accessible to so many” (Palfrey and Gasser, 2008, p. 53).

The Internet could be conceived as a complex electronic communications network or a network of networks which connects computer networks and organizational computer facilities around the world (Rouse, 2016). One particular concern is how to ensure governance over new technologies, or how to shape, regulate, and control their use. Whereas the industrial revolution generated large-scale technologies whose control required centralized decision-making by national authorities, “the information revolution has produced global technologies whose control resides largely in the hands of individuals. The obstacles to governing such technologies are tremendous” (RAND Corporation, 2000).

Vint Cerf, one of the creators of Arpanet, the precursor of today's Internet, when asked by Esquire magazine: “Will we shoot virtually at each other over the Internet?”, he responded: “Probably not. On the other hand, there may be wars fought *about* the Internet?” (Esquire, 2008). Certainly, at this point of history, some countries' leaders are raising their voices of concern over the Internet control and regulation.

Former Brazilian president Rouseff, in the year 2013 took the podium at the UN's General Assembly to call on other countries "to disconnect from US Internet hegemony and develop their own sovereign Internet and governance structures" (Meinrath, 2013). In fact, the misbehavior of American's National Security Agency caused other countries to want to fight back stewardship of the web away from the US³. But Rouseff's move raised concerns about the probability of a powerful backlash against an open Internet, "one that would transform if from global commons to a fractured patchwork severely limited by the political boundaries on a map" (2013). "It is the end of the Internet" (Grassegger, 2014) was the headline of one of the prominent Swiss newspaper. As a response to this trend, Tim Berners, another father of the Internet, called for a "re-decentralization" of the Internet. "I want a Web that's open, works internationally, works as well as possible, and is not nation-based" (Maurer and Morgus, 2014).

4. Multi-stake-holder initiatives and online privacy

There's a growing concern over the "balkanization" of the Internet and the emergence of "splinternets"⁴. The explanation of the term "Internet balkanization" is a modern metaphor for the geopolitical process that took place in the Balkan Peninsula in the context of the Ottoman Empire, leading to the fragmentation of the region in smaller non-cooperative states (Alves, 2014, p. 1). Two possible threats to the Internet, caused by this balkanization, are: structural censorship and the loss of net neutrality. This means that the Internet might break apart along nation-state or commercial boundaries. Some people believe that this might be a technical matter; however, politics play a key role.

We must remember that Edward Snowden's revelations about the United States spying on various world leaders and its own citizens, was the reason for voices trying to introduce the idea of Internet's balkanization in the public domain. In any case, by now, states are passing national laws requiring data pertaining to their citizens to be stored locally instead of shipped around the Internet. There is a trend in raising barriers to the free flow of information based on privacy and cybersecurity issues (London School of Economics, 2014).

One question is if we can have both privacy and security in the Internet time or not. The big challenge is how to ensure privacy protection while assuring national security. It seems impossible to be secure without giving up some privacy. "There's also the increasing complexity of cross-border terrorism and asymmetric war, and the full-on return of interstate strategic conflict. Thus, keeping distinctions between domestic and international does not work anymore" (Kaspersen, 2015).

Government agencies can collect every bit of information that we produce as individuals, what is known as our digital footprint, metadata, online habits and digital history. That works too for businesses and it appears to be a partnership between governments and businesses to collect, processes and analyze all that data. For instance, there is this fear of having smart TVs recording our private conversations. US consumer rights organization the Electronic Privacy Information Center (Epic) accused Samsung of breaking federal privacy laws including the Electronic Communications Privacy Act and the Children's Online Privacy Protection Act, which both concern the collection and disclosure of electronic communications (Gibbs, 2015).

3 "Rouseff's plan to create walled-off, national Intranets followed reports that the United States has been surveilling Rouseff's email, intercepting internal government communications, and spying on the country's national oil company, so it was somewhat understandable" (Meinrath, 2013).

4 "Networks that are walled off from the rest of the Web" (Maurer y Morgus, 2014).

In this scenario, the first question that comes to mind is: do we need a global internet legal framework that protects the open and unrestricted Internet while not compromising the right to privacy? The first reaction could be a no, but the answer is not a simple one. Internet governance is much more complicated because the Internet is not administered by a centralized authority. Internet Governance presents quite a challenge as the Internet simply does not care about traditional borders. We also, should be aware that authoritarian regimes are wary of losing their grip on power due to the Internet, and they desperately are seeking to regain it by imposing new rules and regulations (Schaake, 2016).

“When we think of the Internet, we likely imagine a sprawling network of computers circling the globe, blasting information to each other 24 hours a day” (Love, 2013). The Internet is a “living” thing. Unlike inventions such as the lightbulb, the Internet does not have a single inventor; instead it has evolved over time (A&E Television Networks, 2016). In 1974 we had the Arpanet and it has evolved to what we have today. The Internet has changed the way we work, socialize, create and share information. Additionally, the Internet is transforming the way we organize the flow of ideas and things.

“The change brought about by the networked information environment is deep. It is structural. It goes to the very foundations of how liberal markets and liberal democracies have coevolved for almost two centuries” (Benkler, 2006, p. 1). On the other hand,

as the world becomes more digital, the importance of understanding threats in cyberspace cannot be overstated. The common response from decision-makers has been to enact legislation and institute regulations, but these efforts have been largely reactive and uninformed, evidenced by their failure to mitigate the evolution of cyber threats (Kaspersen, 2015).

From 2006 until 2011 the Internet accounted for 21 percent of the GDP growth in mature economies (Manyka and Roxburgh, 2011, p. 1). According to a Pew Research Center survey, by the year 2014, 87% of American adults used the Internet up from 14% in 1995 (A&E Television Networks, 2016). The World Bank estimates that, worldwide, 44 people out of 100 are using the Internet while back in 1995 just one out of 100 people worldwide used the Internet (2016). We are beginning to experience the real transformations the Internet has brought about, and we still expect many technological innovations to emerge. However, we must also think of the threats to Internet access and must look for implementing principles of freedom of expression and the free flow of ideas over the Internet (Nye, 2014, p. 4). As Leslie Daigle, the first woman to become selected to lead the Internet Architecture Board puts it: “The biggest challenges are things that tear the Internet into islands: internationalization, middle boxes, and the advent of small devices. It is about stripping down and getting back to the basics” (Marsan, 2015).

We must acknowledge that the Internet is the first modern communications technology that expands its reach by decentralizing the capital structure of production and distribution of information, culture and knowledge. This characteristic of the Internet means that “much of the physical capital that embeds most of the intelligence in the network is widely diffused and owned by end users” (Benkler, 2006, p. 30).

In this context, the Internet has a peculiar governance structure. This comes from its own nature, which is a decentralized, distributed network that is based in voluntarist, non-coercive, non-hierarchical and open design. The Internet is complex and therefore its governance is not entirely clear. Internet Governance as far as we know is “the application by governments, the private sector and civil society of principles, norms, rules, procedures and programs that shape the evolution and use of the Internet” (WGIG, 2005, p. 4).

One of the first models of governance of the Internet is known as the Internet Engineering Task Force —IETF—, which was designed so there is no top node, with no formal accreditation, with a lack of formal power, however it proved to be successful in guiding the behavior of internet users and setting standards or norms for action (Benkler, 2013, p. 217). In words of Benkler, “it is interesting that this model governed a public good, the Internet, that is the most important new global infrastructure” (p. 218). We must acknowledge that the current multi-stakeholder initiative —MSI— is the most flexible governance model to balance interests and settle disputes. There is much potential on MSIs that could be catalyzed if there are enough resources to start a global campaign directed to build capacity and institutionalize MSI⁵.

On the other hand, we should also keep in mind what Joseph Nye argues when he says that even though the Internet has been portrayed as the end of government controls “in practice, governments and geographical jurisdictions have been playing major roles in cyber governance right from the start” (Nye, 2014, p. 5). For instance, governments control copyright and intellectual property laws, privacy laws, and they determine national spectrum allocation within the framework negotiated at the International Telecommunications Union—ITU—.

Recognizing the key role of all stakeholders in Internet Governance, i.e., governments, the private sector and civil society, as well as intergovernmental and international organizations is essential, in order to improve the criteria of the MSIs for transparency, accountability, legitimacy, multilateralism and the need to address all public policy issues in a voluntary, consensus decision-making model. In Laura DeNardis’ words: “a question such as ‘Who should control the Internet, the United Nations or some other organization?’ makes no sense whatsoever. The appropriate question involves determining what the most effective form of governance is, in each specific context” (Nye, 2014, p. 7).

We must be clear about Internet’s governance structure. On one hand, access to the Internet has so far been relatively open and unrestricted. On the other hand, organically, a governing system has developed in which business, organizations, governments and users all play their part. It is basically a MSI and it seems to give a decision power and influence of all stakeholders. We also must say that multilateral organizations are pushing back in trying to become important arenas in the Internet Governance. This attempt has failed so far. For instance, at the UN level the Internet Governance Forum, which co-exists with the ITU, has been the forum for the proposition of the balkanization of the Internet but this attempt has been unsuccessful. On the other hand, the right to privacy has brought up more attention from the United Nations General Assembly specifically related to the pervasive impact that surveillance and interception of communications have on human rights. “The General Assembly affirmed that the rights held by people offline must also be protected online” (The Human Rights Council, 2018, p. 18).

China, Russia, Brazil, India, and Turkey, and even some countries in the European Union among other countries have tried to set an agenda in order to gain control over the Internet with poor results. However, authoritarian regimes such as China and Russia are gaining ground by influencing developing countries to vote in favor of their proposals that

⁵ MSI could be defined as a form of governance, a structure that brings stakeholders together to participate in the dialogue, decision making, and implementation of solutions to common problems goals. In other words, “we can identify these multi-stakeholder initiatives as initiatives governing social and/or environmental standards of production that have participants from both business and societal interest groups as members and governance structures allowing for an equal possibility of input among the different partners in steering the initiative” (Fransen, 2012, p. 166).

aim for a centralized control of the Internet. They have framed their agenda as a fight on cybercrime; therefore, they propose to regulate information services. It is in these forums that governments and businesses are waging an ongoing battle to regain influence and power online (Schaake, 2016).

Additionally, net neutrality concerns are into play. Simply put, net neutrality means that Internet Service Providers —ISPs— cannot discriminate online and create pay-to-play fast lanes (Freepress, 2016). This is more a pushback of ISPs that seeks to profit from their monopolistic power over the Internet backbone structure. ISPs want to transfer costs to end-users. Net neutrality keeps Internet open and free and if ISPs are allowed to discriminate online, the whole concept of the Internet will change and could bring unexpected consequences in terms of affecting user's rights online. For instance, startups could end up paying massive amounts of money when their service suddenly becomes a success. As we have seen so far attempts from Comcast to charge Netflix a different rate because of the increasing success of their video streaming service has been stopped by the US Government due to the intense pressure applied by other big information companies such as Google and Amazon (Lynley, 2018).

We must add the importance of the economic and social benefits that the Internet has brought has been possible, in great account, because of the lack of an Internet bureaucracy and a strict regulatory framework. The vision of the Internet as a major source of innovation and creativity is best preserved by keeping the Internet open and by protecting its users (Schaake, 2016).

The idea that the Internet democratizes is not new, however the strength of its democratizing power has been recently noticed by authoritarian regimes who are struggling to stop innovations and information free flow. Let us remember, for instance the relatively simple first-generation claims about the liberating effects of the Internet, expressed in the US Supreme Court's celebration of its potential to make everyone a pamphleteer, and later came under a variety of criticisms and attacks. There is no doubt that "the emergence of a networked information economy as an alternative to mass media, improves the political public sphere" (Benkler, 2006, p.10). And because of this same reason "no benevolent historical force will inexorably lead this technological-economic moment to develop toward an open, diverse, liberal equilibrium" (p. 22).

In order to keep the Internet open and unrestricted for all of its users worldwide it is imperative to prevent governments from taking the initiative to restrict the Internet or from creating normative barriers. We must foment and build capacity in the multi-stakeholder initiatives. Additionally, active participation of Internet's users around the globe is essential and should be promoted. Users should feel that they have a voice and can influence to keep the internet open (p. 29).

It is clear that governments and corporations opposing the free and open Internet have framed their stance as a reaction to cybersecurity. They claim that the US government is taking over the Internet and therefore they instill fear on other countries. They have noticed that having a "common enemy" is the easiest way to channel all the efforts to regulate the Internet. By using fear, they have framed the Internet as a dangerous, powerful and uncontrolled tool. The supporters of the balkanization of the Internet are managing to influence countries by telling them that the Internet is a means that destabilizes institutions and creates risks in government structures and even in market structures. They have used the Snowden's disclosures as a trampoline to spread their ideas. They have managed to frame "the Snowden effect" so as to

increase public concern about information security and privacy. They have framed the idea that not just governments, but tech companies as well are “spying” everyone. The Snowden leaks ignited a crisis of confidence and conscience throughout public opinion (Gunaratna, 2016).

During the 1970s and early 1980s some European countries raised some concerns about “data sovereignty”, the reason was that the United States’ hegemony was already emerging in cross-border data services. There was a growing fear of increasing quantities of sensitive personal data about their nationals being stored in a foreign country.

Since then, a key stated objective of almost all international initiatives to promote harmonization of data privacy rules has been to facilitate the free movement of personal data between states that make a commitment to enforce certain, more or less, basic, data protection principles (Kruner, 2015, p.1).

Strong privacy protection is critical to ensuring that the Internet fulfills its social and economic potential. Therefore, privacy rules should be based on globally recognized principles, such as the OECD privacy guidelines, and governments should work to achieve global interoperability by extending mutual recognition of laws that achieve the same objectives [...] Privacy rules should also consider the fundamental rights of others in society including rights to freedom of speech, freedom of the press, and an open and transparent government (OECD). Everyone has a right to the protection of personal data and private life on the Internet and other ICTs -information and communications technologies-. Users should be protected against the unlawful storage, abuse or unauthorized disclosure of personal data, and against the intrusion of their privacy (UNESCO). Efforts should be made, in conjunction with all stakeholders, to create arrangements and procedures between national law enforcement agencies consistent with the appropriate protection of privacy, personal data and other human rights (WSIS) (Cooper, 2013, p. 90).

The Obama Administration released, in 2012, a White Paper denominated “Consumer Data Privacy in a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Economy”. This paper has a proposal on a Consumer Privacy Bill of Rights which introduces some of the fair information principles with the idea of helping shape a future federal law. The idea of the Obama Administration was to establish high standards but to delegate this practice to multi-stakeholder negotiations, but specifically to market-driven responses to privacy. “Internet technical standard setting bodies are one possible vehicle for multistakeholder activities to address privacy concerns under the Administration’s initiative” (Dorty and Mulligan, 2013, p. 136).

“Proponents of multistakeholder processes, including the US government, suggest that this mode of policymaking benefits from important advantages, including an opportunity to coopt industry experts, move swiftly to conclusion, and garner industry support” (Tene and Hughes, 2014, p. 438). For example, the World Wide Web Consortium (W3C) proposed what they called the “Do Not Track (DNT) standard”. In fact, the Tracking Protection Working Group looks forward to improving users’ privacy and user control by controlling user’s mechanisms to be able to express their preferences related to Web tracking and for blocking or allowing Web Tracking systems (World Wide Web Consortium, 2013). This standard proposal was controversial because it represented a “black or white” approach or an “on-off” approach to data collection and privacy.

On the other hand, some concerns came about self-regulating attempts by the industry itself. Some argued that this approach was an easy way-out to formal regulation.

In general, we can see various cases where self-regulation failed in the area of privacy. For instance, according to a study performed to 361 consumer-oriented commercial Web sites by the Georgetown Internet Privacy Policy it reaches the conclusion that self-regulatory regime for consumer privacy online has yet to emerge (Mary and Culnan, 2000). But in fact, there is a complex relationship between markets and privacy, as well as the relationship between government and privacy. One big problem related to privacy is information asymmetry between people and both government and the industry. From an economic perspective privacy is “overrated, inefficient, and perhaps even immoral [...] Privacy hides information and in so doing compromises market optimization” (Calo, 2015, p. 652).

However, one can assume that privacy is not always inefficient and that there is a market for privacy hence arguing that privacy is the new business model. “Trust is a new type of capital. The personal data of users has from the dawn of the internet era been the heaviest currency in the digital media business model, easy to quantify and to transform into a profitable trade” (Lapenta, 2013). This perspective sees at privacy not just as a legal obligation but as business innovation opportunity. As people get savvier and more aware of the importance of security of their personal data, there will be a push for business to comply with people expectations. As an example of this approach, Apple sees privacy as a competitive advantage over Google, because for Apple their “core revenue stream is not tied to monetizing data” (Balkan, 2015). Even though people’s concern over privacy can create market-based solutions and bring new business models, it probably will be marginal and will depend on people’s capacity to outweigh their preferences between the price they pay for a service or product versus the value they give to their personal data. A Pew Research Center study found that “most Americans see privacy issues in commercial settings as contingent and context-dependent” (Rainie and Duggan, 2016).

Policy-making is a mined field; more so in the realm of privacy regulation. Whether in the United States or Europe the debate over privacy regulation goes beyond its merits, format and contents of privacy legislation. Perhaps the only area of coincidence is that privacy law requires a reform. Even the most basic concepts have not been settled. For instance, “personally identifiable information, the most basic building block of an information privacy framework, remains one of the most contentious concepts in privacy, igniting frequent disputes between engineers and lawyers involving science, philosophy, and a healthy dosage of political spin” (Tene and Hughes, 2014, p. 441). Therefore, it is unlikely to create a consensus in privacy regulation in the next years. Technological innovation is advancing faster than regulation or policy-making processes. In today’s world of big data evolution and interconnected smart devices gathering information in every possible location a government only-solution or a private sector only-solution seem inviable.

“A multi-stake-holder approach to privacy responds to a perceived weakness of the traditional ‘command-and-control’ regulation over the internet” (Doty and Mulligan, 2013, p. 139). Hence, in order to face the internet’s policy issues on the global stage, civil society organizations have an important role to play. There are potential risks related to rights and freedoms that come from governments or the industry. Therefore, a stronger MSI system must be implemented to guarantee transparency in decision-making and in regulation of standards at least in some areas. Legitimacy is another aspect that can be guaranteed through a MSI. In fact an MSI is not the solution to all issues generated by privacy concerns over the internet, at least is a great alternative that goes beyond borders and does not depend directly to specific countries’ sporadic political state of affairs.

5. Conclusions

It is evident that at present, many things that were considered private are no longer so. All our activities as well as our everyday communications leave traces of information through devices or networks. This information can be collected, monitored, processed and analyzed in many ways. There is still a lack of awareness about the exposure we face in our daily activities. But it is not only the problem of the raw data that we leave but, in the inferences, and the manipulation that we can be object on the part of the corporations or governments. This misuse that can be given to our information remains one of the most dangerous aspects to be corrected. The vulnerability of being exposed to any kind of personal injury is a direct effect of the lack of adequate regulation.

Regulation and policy in relation to online privacy cannot be generated spontaneously, but it must be delineated by the different forces in every society or under each cultural lens. The future flow of ideas generated by the conflicts of interest of the various groups involved in this complex scenario will delineate the global shape of online privacy. The truth is that we cannot escape a reality, and we are not fully prepared to face all the technological changes that are coming. Human behavior is still very sensitive to uncertainty. While the real effects of the threats to privacy in our society or in our psychology are deciphered, the financial or monetary cost will be the spearhead to generate the necessary checks and balances in the regulatory framework that will allow the free flow of information with the greater confidentiality possible and above all respecting the private and sensitive data. “To be effective, privacy policy should protect real people –who are naïve, uncertain, and vulnerable- and should be sufficiently flexible to evolve with the emerging unpredictable complexities of the information age” (Aquisti and Brandimarte, 2015, p. 514).

“Bringing privacy concerns into the design of technical standards and ultimately products that rely on them, offers an opportunity to quell the struggle, or at the very least understand and contain it” (Dotty and Mulligan, 2013, p. 180). This kind of approaches could have their base at the multi-stake-holder initiatives that form the Internet Governance and respond to the structure of a highly networked society. Spaces created to deal with privacy concerns, such as the W3C, can generate the necessary technical expertise to face the modern privacy needs. Even though all these attempts should be tested in real life situations, and further study should still be performed, MSIs are another road to regulate, set standards and generate the necessary regulation to comply with the basic principles of online privacy.

Bibliographic references

- Alves, S. (2014). Internet Governance: The Internet Balkanization Fragmentation. Draft *20th ITS Biennial Conference*, 1-15.
- Aquisti, A. and Brandimarte, L. (2015). Privacy and human behavior in the age of information. *Science*, 30, 509-514.
- Benkler, Y. (2013). Practical Anarchism: Peer Mutualism, Market Power, and the Fallible State. *Politics and Society*, 41 (2), 213-215.
- Benkler, Y. (2006). *The Wealth of Networks*. New Haven and London: Yale University Press.
- Calo, R. (2015). Privacy and Markets: A Love Story. *Notre Dame Law Review*, 91, 649-690.
- Cohen, J. (2013). What Privacy is for. *Harvard Law Review*, 126, 649-690.
- Cooper, M. (2013). Why growing up is hard to do: institutional challenges for internet governance in the “quarter-life crisis” of the digital revolution. *Journal on Telecommunications & High Technology Law* 11 (1), 45-113.

- DeCew, J. (2015). Privacy. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/privacy/>>.
- Dotty, N. and Mulligan, D. (2013). Internet Multistakeholder processes and Techno-Policy Standards: Initial Reflections on Privacy at the World Wide Web Consortium. *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 11 (1), 135-184.
- Fransen, L. (2012, January). Multi-Stakeholder Governance and Voluntary Programme Interactions: Legitimation Politics in the Institutional Design of Corporate Social Responsibility. *Socio-Economic Review*, 10 (1) (1), 163-192.
- Kruner, C., Cate, F., Millard, C. and Svantesson, D. (2015). Editorial: Internet Balkanization gathers pace: is privacy the real driver? *International Data Privacy Law* 5 (1), 1-2.
- Lapenta G. H. (2013). Background paper, Privacy as Innovation III. < https://www.intgovforum.org/cms/wks2015/uploads/proposal_background_paper/background_paper_Privacy_as_Innovation_III.pdf >
- Manyka, J. and Roxburgh, C. (2001). *The great transformer: The impact of the Internet on economic growth and prosperity*. San Francisco: McKinsey Global Institute.
- Mary, C. and Culnan, M. J. (2000). Protecting Privacy Online: Is Self-Regulation Working? *Journal of Public Policy & Marketing*, 19 (1), 20-26.
- Nye, J. S. (2014). The Regime Complex for Managing Global Cyber Activities (pp. 4-20). *Global Commission on the Internet Governance*. London: CIGI.
- Palfrey, J. and Gasser, U. (2008). *Born digital: understanding the first generation of digital natives*. New York: Basic Books.
- Rainie, L. and Duggan, M. (2016). Privacy and Information Sharing. *Pew Research Center* (Dec.), 1-45.
- Solove, D. J. (2006). A Taxonomy of Privacy. *University of Pennsylvania Law Review*, 154, 477-570.
- Tene, O. and Hughes, T. (2014). The Promise and Shortcomings of Privacy Multistakeholder Policymaking: a Case Study. *Maine Law Review*, 437-465.
- The Human Rights Council. (2018). *Report of the Special Rapporteur on the right to privacy*. <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/.../a_hrc_37_62_en.docx>
- The London School of Economics and Political Science (2014). Unfield Field: The “Splinternet”. *Media Policy Project Blog*. <<http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2013/11/18/unified-field-the-splinternet/>>
- The World Bank Group. (2016). Internet users per 100 people. *The World Bank Indicators*. <<http://data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.P2>>
- WGIG. (2005). *Report of the Working Group on Internet Governance*. Chateau de Bossey. <<https://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>>
- World Wide Web Consortium (2013). Tracking Protection Working Group. *W3C*. <<https://www.w3.org/2011/tracking-protection/>>

Articles and News

- A&E Television Networks. (2016). The Invention of the Internet. *History*. <http://www.history.com/topics/inventions/invention-of-the-internet>
- Balkan, A. (2015). Apple vs Google on privacy: a tale of absolute competitive advantage. <https://ar.al/notes/apple-vs-google-on-privacy-a-tale-of-absolute-competitive-advantage/>
- Esquire. (2008). Vint Cerf: What I've Learned. *Esquire Entertainment Interviews*. <http://www.esquire.com/entertainment/interviews/a4451/vint-cerf-0508/>

- Freepress. (2016). Net Neutrality: What you need to know now, *Free Press Action Fund*. <<http://www.savetheinternet.com/net-neutrality-what-you-need-know-now>>
- Gibbs, S. (2015). Samsung's voice-recording smart TVs breach privacy law, campaigners claim. *The Guardian*. <<https://www.theguardian.com/technology/2015/feb/27/samsung-voice-recording-smart-tv-breach-privacy-law-campaigners-claim>>
- Grassegger, H. (2014, February 9). States are emerging from the Web. *NZZ Mediengruppe*. <<http://www.nzz.ch/nzzas/nzz-am-sonntag/das-ende-des-internets-1.18239023>>
- Gunaratna, S. (2016). The Snowden effect: Silicon Valley vs. the government. *CBS NEWS*. <<http://www.cbsnews.com/news/the-snowden-leaks-effect-its-now-silicon-valley-vs-the-government-privacy/>>
- Hasselbalch Lapenta, G. (2013). Privacy is the new business model. *Mediamocracy*. <<https://mediamocracy.files.wordpress.com/2013/08/download-the-article-in-pdf-here.pdf>>
- Kaspersen, A. (2015, July 21). Can you have both security and privacy in the internet age? *World Economic Forum Global Governance*. <<https://www.weforum.org/agenda/2015/07/can-you-have-both-security-and-privacy-in-the-internet-age/>>
- Love, D. (2013, June 29). Business Insider. *Tech Insider*. <<http://www.businessinsider.com/10-crazy-facts-from-internet-history-2013-6>>
- Lynley, M. (2018, April 13). *Techcrunch*. <<https://techcrunch.com/2018/04/13/comcast-will-start-bundling-netflix-into-its-cable-subscriptions/>>
- Marsan, C. (2015). "New IAB chair fears Internet balkanization", *Network World*. <<http://web.archive.org/web/20080404025305/>>
- Maurer, T. and Morgus, R. (2014, February 19). *Slate*. Retrieved December 3, 2016, from Stop Calling Decentralization for the Internet "Balkanization". <http://www.slate.com/blogs/future_tense/2014/02/19/stop_calling_decentralization_of_the_internet_balkanization.html>
- Meinrath, S. (2013, October 11). The Future of the Internet: Balkanization and Borders. *Time*. <http://ideas.time.com/2013/10/11/thefutureoftheinternetbalkanizationandborders/>
- Pew Research Center (2016). Number, Facts and Trends Shaping your World. <<http://www.pewinternet.org/data-trend/internet-use/internet-use-over-time/>>
- RAND Corporation. (2000). Where Will the Information Revolution Lead? *Transcendental Destination*. <<http://www.rand.org/pubs/periodicals/rand-review/issues/rr-12-00/transcendental.html>>
- Rouse, M. (2016). Internet technologies. *Tech Target*. <<http://searchwindevelopment.techtarget.com/definition/Internet>>
- Schaake, M. (2016). The World Post. *The Huffington Post*. <http://www.huffingtonpost.com/marietje-schaake/stop-balkanizing-the-internet_b_1661164.html>

Sentences

U.S Supreme Court (1973). *Roe v Wade* 410 US 113. Jan. 22, 1973.

La necesidad de incorporar al agente encubierto cibernético en la Legislación Ecuatoriana¹

The importance of incorporating the undercover agent in the Ecuadorian Legislation

GLADIS PROAÑO REYES²
Universidad San Francisco de Quito

Resumen

Pactar con la práctica de actos criminales para descubrir un delito será motivo de análisis, por lo que los principios básicos de legalidad, especialidad, subsidiariedad, proporcionalidad, control jurisdiccional y seguridad jurídica deberán probarse cuando sea necesario la infiltración de un agente encubierto en organizaciones delictivas que utilizan el ciberespacio. La tecnología está desplazando al agente encubierto en persona; los medios tecnológicos permiten de manera invisible allanar y estar presente en el lugar de los hechos, escanear, describir, escuchar y recoger información entre otras actividades rebasando los límites geográficos y las fronteras, ante delitos globalizados que requiere de la cooperación internacional y la asistencia mutua entre países para combatir en el ciberespacio en los que debe intervenir el agente encubierto cibernético.

Palabras clave

Agente encubierto / Agente encubierto cibernético / Medios tecnológicos / Delincuencia organizada / Delitos cibernéticos.

Summary

Settling criminal acts to uncover another crime shall be reason for investigation. In these circumstances, the basic principles of law, specialty, subsidies, proportion, jurisdictional control and legal security will need to be justified before infiltrating an undercover agent in an organized crime entity that uses cyberspace. Technology is replacing the participation of undercover agents, as technical devices allow an invisible way to observe and be present, scan, describe, listen and collect information from a potential crime scene, regardless of geographical limits and borders. This is particularly important when global crimes require international cooperation and mutual assistance between countries to deal with cyberspace that need the intervention of a cyber undercover agent.

Keywords

Undercover agent / Cyber undercover agent / Technical devices / Organized crime / Cybercrime.

1 Recibido: 06/06/2018 – Aceptado: 26/09/2018

2 Doctora en Jurisprudencia, Magíster en Derecho Penal y Criminología y Ph.D en Educación. Profesora de la Universidad San Francisco de Quito y posgrado de la Universidad Andina Simón Bolívar. Capacitadora Internacional en temas de Delincuencia Organizada Transnacional. Correo electrónico: proanoreyes@yahoo.com



1. Introducción

La tecnología ha estado ligada al desarrollo de la humanidad, debemos anotar, siguiendo a Castells (2006), que la sociedad actual de espacios virtuales y cibernéticos, que él denomina “sociedad red”, se diferencia de los anteriores desarrollos históricos de las tecnologías de la información y la comunicación (como la imprenta, el telégrafo o el teléfono no digital) por tres características fundamentales de las tecnologías que forman el núcleo del sistema: a) su capacidad autoexpansiva de procesamiento y de comunicación en términos de volumen, complejidad y velocidad; b) su capacidad de recombinar basada en la digitalización y en la comunicación recurrente; y c) su flexibilidad de distribución mediante redes interactivas y digitalizadas.

En esta sociedad red, las posibilidades de que sean cometidos delitos de variada naturaleza son prácticamente infinitas, sin fronteras y sin concepciones de jurisdicción y competencia delimitadas por la Constitución y la legislación procesal de cada país. Las medidas y operaciones que son requeridas para contener estos delitos en el ciberespacio deben trascender la regulación tradicional.

La figura del agente encubierto lejos de estar siendo desplazada por la tecnología, se asiste de ella para lograr los fines de su acción, sin poner en riesgo su integridad personal, pudiendo llegar al lugar, escuchar, mirar, identificar a los sospechosos, examinar, conseguir y llevarse indicios que le sirvan como elementos de convicción en un proceso penal de formas antes no conocidas.

Claro está, siempre persistirán los problemas y las dudas sobre la legalidad en la obtención de estas informaciones, sobre todo por tratarse de un medio extraordinario y excepcional, en el que haciendo uso de artimañas tales como la suplantación de identidad y la interceptación de las comunicaciones se busca colocar ante la justicia personas sospechosas de la comisión de algún ciberdelito.

2. Consideraciones Generales

2.1. Las Técnicas Especiales de Investigación

Las Técnicas Especiales de Investigación se encuentran determinadas en la sección tercera del libro segundo del Código Orgánico Integral Penal (COIP), vigente en el Ecuador desde el 10 de agosto de 2014. Así se ubican disposiciones que posibilitan: la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos (artículos 476 y ss), y las operaciones investigativas con agentes encubiertos e informantes (artículos 483 y ss). Si bien las Técnicas Especiales de Investigación no se encuentran definidas en el COIP, la fórmula empleada en la norma asemeja la contenida en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Como su nombre indica, las Técnicas de Investigación Especiales, son “especiales” en la medida de que su utilización puede causar lesiones o agravios a derechos fundamentales de los ciudadanos, de allí que, su empleo debe ser considerado igualmente de manera “especial” o, a tenor de la norma penal “de manera excepcional³” y cuando se encuentre ampliamente justificada su autorización.

3 COIP, artículo 483.- “Operaciones encubiertas.- En el curso de las investigaciones de manera excepcional, bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía, se podrá planificar y ejecutar con el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, una operación encubierta y autorizar a sus agentes para involucrarse o introducirse en organizaciones o agrupaciones delictuales ocultando su identidad oficial, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación.

El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal o civil por aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, caso contrario será sancionado de conformidad con las normas jurídicas pertinentes” (Énfasis mío).

En el catálogo descrito de las Técnicas de Investigación Especiales, los agentes encubiertos tienen un lugar de honor en cuanto a su estudio, ya que la cantidad de derechos que se encuentran vulnerados en estas operaciones, solo es justificable con el número de presuntos delitos que serían detectados y delincuentes aprehendidos.

2.2. Acerca del Agente Encubierto y diferencias con otras figuras

En el Ecuador el agente encubierto es un servidor policial o de la fiscalía de quien se conoce su récord personal y profesional.

El agente infiltrado, nombre dado por Molina Pérez:

Es un funcionario de la Policía que tiene por misión actuar, dentro de la clandestinidad, en un determinado ambiente criminal para reprimir y prevenir acciones delictivas, y para descubrir a quienes integran la organización criminal, con las tareas y funciones que les vienen atribuidos por la Ley (Molina Pérez, 2009, p. 155).

El agente encubierto, infiltrado o clandestino, se involucra de manera directa con la organización delictual, a descubrir toda la información que sea posible, sobre personas involucradas (activas y pasivas), así como la posible infracción a cometer o que ha sido cometida.

Por su parte, el informante es cualquier persona que provee a la fiscalía o al personal del Sistema Especializado Integral de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sobre los antecedentes acerca de la preparación o comisión de una infracción o de quienes han participado en ella. En ambas figuras la identidad de estas personas se encuentra protegida y su revelación constituye delito tipificado y sancionado en el COIP (artículo 273).

La doctrina extranjera se refiere al confidente, entendido como:

Aquel sujeto que transmite información a quienes están encargados de una investigación penal y que, a cambio de ella, obtiene ciertas ventajas. Puede estar dentro de una organización, o fuera de ella, pero no provoca delitos no está infiltrado con el fin de investigar (Molina Pérez, 2009).

La actividad de los agentes encubiertos, como se recoge en la legislación ecuatoriana, se centra principalmente en la recolección de información y de elementos de convicción haciendo uso de una identidad ficticia, no se plantea que el agente pueda ser provocador de situaciones delictivas, la doctrina consultada (Molina Pérez, 2009) anota que podrá instarlas, convirtiéndose en agente provocador.

3. Los actuales escenarios del crimen y sus implicaciones en la actividad de los Agentes Encubiertos

3.1. El Cibercrimen y su atención en Ecuador

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia, también conocido como Convenio de Budapest del año 2001⁴, si bien inicialmente fue aprobado por el Consejo de Europa, en la actualidad

4 Dentro de los antecedentes de este Convenio, el autor Juan Pablo Albán Alencastro cita “los esfuerzos realizados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos en Europa (OCDE) desde 1983, cuando emprendió un estudio sobre la posibilidad de aplicar y armonizar en el plano internacional las leyes penales, a fin de luchar contra el problema del uso indebido de los programas de computación; todo este esfuerzo concluyó con la publicación, en 1986, del informe

cuenta con la suscripción y ratificación de más de 56 países incluyendo no europeos, en la búsqueda de cooperación para la lucha contra delitos informáticos, que son cometidos en un ambiente intangible; no en un mundo de átomos y de células, sino digital, conocido como ciberespacio (Goodman, 2003, p. 8).

Siguiendo al profesor Albán Alencastro, entre los aspectos más notables del Convenio de Budapest se encuentran:

- (a) la promoción de la armonización del derecho penal sustantivo de los Estados miembros en materia de delitos cibernéticos, así como la identificación de ciertas infracciones particularmente graves que deberían merecer atención prioritaria: lo cual se evidencia con la incorporación de un capítulo dedicado a la terminología; y otro capítulo relativo a la tipificación de los delitos: delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos; delitos informáticos propiamente dicho; delitos relacionados con el contenido: donde se ubica la pornografía infantil; delitos con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines; y otras formas de responsabilidad y de sanción (tentativa y complicidad y la responsabilidad de las personas jurídicas);
- (b) la propuesta de parámetros procesales mínimos para la investigación y sanción de tales conductas, así se consagran disposiciones sobre: ámbitos de aplicación de las disposiciones de procedimientos; condiciones y salvaguardas; conservación rápida, registro, confiscación y obtención en tiempo real de datos informáticos almacenados; orden de presentación;
- (c) la creación de mecanismos de cooperación a nivel europeo para el combate a la ciberdelincuencia. Se enlistan los siguientes principios: generales de la cooperación internacional, relativos a la extradición, referentes a la asistencia mutua; información espontánea; así como el establecimiento de procedimientos concernientes a las solicitudes de asistencia mutua en ausencia de acuerdos internacionales aplicables; confidencialidad y restricciones de uso.

Si bien el Ecuador no es parte de este convenio, no significa que esta materia no haya sido tratada, y cada vez con mayor importancia y nivel investigativo. Así, en octubre del año 2008, se desarrolló el evento “Cibercriminalidad en Ecuador”⁵, el cual tuvo por objeto analizar los delitos más frecuentes en América Latina cometidos por vías informáticas, así como las principales violaciones a la propiedad intelectual, delitos en comercio electrónico, firmas y mensajes de datos, pornografía infantil, entre otros.

Ahora bien, el COIP no regula con especial tratamiento esta materia, a decir de la doctrina consultada:

titulado “Delitos de Informática” que examina el marco jurídico entonces vigente en diversos países europeos, marco que potencialmente podía ser utilizado para enfrentar esta forma de criminalidad, así como una serie de propuestas mínimas de reforma y ampliación a partir de ejemplos de uso indebido de sistemas informáticos que los países podrían prohibir mediante el derecho penal, por ejemplo, el fraude y la falsificación informática, la alteración de datos, el acceso no autorizado, la interceptación y la reproducción no autorizada de programas y aplicaciones. También el Consejo de Europa desde 1963 a través de su Legal Advisory Board y desde 1997 con el Plan de Acción adoptado por los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa con ocasión de su Segunda Cumbre (Estrasburgo, 10 y 11 de octubre de 1997), empezó a desarrollar una estrategia para buscar respuestas comunes ante la proliferación de las nuevas tecnologías de la información. Tales esfuerzos llegaron a un consenso, en abril de 2000, y se publicó el “Proyecto de Convención sobre el Delito Cibernético” (Albán Alencastro, 2016, pp. 26-27).

⁵ Para información sobre el mismo, consultar:

<<http://www.coberturadigital.com/2008/10/28/cibercriminalidad-en-ecuador-encuentro-de-delitos-informaticos/>>.

En todo caso, lo que el legislador ecuatoriano ha hecho frente al fenómeno de la cibercriminalidad es identificar ciertas conductas que podrían cometerse empleando medios informáticos y solo excepcionalmente se ha ocupado de tutelar directamente la integridad, disponibilidad y/o accesibilidad de los sistemas informáticos y los datos alojados en ellos. También resulta notable que solo en un tipo penal se hace una alusión directa al Internet⁶ (Albán Alencastro, 2016, p. 33).

Estos temas del diario acontecer del país y del mundo deben ser trabajados con rigor y es menester su constante revisión dada la “inseguridad informática, utilizada como estrategia táctica y estratégica por el crimen organizado”, lo cual se presenta como un problema que puede alcanzar inmensurables aspectos o ámbitos, pero que claro está, afecta a todos los que utilizamos (no importa para qué) los medios informáticos para comunicarnos y muy especialmente los que tienen acceso a Internet⁷.

INTERPOL⁸ en la lucha contra los ciberdelincuentes apoya con soporte operacional e investigativo, inteligencia cibernética y análisis, forense digital, innovación e investigación. Ecuador, como miembro activo desde más de cincuenta años, debe recurrir a las oportunidades tecnológicas que ofrece ese Organismo internacional para enfrentar las ciberamenazas que afectan principalmente niños, niñas y adolescentes quienes ante la ausencia de afecto terrenal acuden al ciberespacio y en redes oscuras encuentran respuestas que en muchos casos les encaminan e instigan a la muerte.

EUROPOL⁹ junto al EC3¹⁰ se han aliado a Interpol para enfrentar los desafíos de perseguir a las actividades ilegales en línea; la IOCTA¹¹ en su informe 2017 destaca algunos éxitos operativos en la lucha contra los ciberdelitos, como la eliminación de los mayores mercados Darknet, AlphaBay, Hansa y el desmantelamiento de la red Avalancha en la que participaron 40 países, recomendando que ante la creciente amenaza de la ciberdelincuencia se requiere una legislación específica que permita la presencia de la ley y la acción en un entorno en línea. La falta de una legislación adaptada está causando pérdida de pistas de investigación y la capacidad de procesar eficazmente la actividad criminal en línea, concluye; precisamente esa advertencia debe apuntar a contar con una legislación universal.

De allí que, más recientemente, el 24 de octubre del 2017 en Quito, los integrantes del Programa de Lucha Contra el Crimen Organizado Transnacional —PACcTO—¹², se

6 COIP, artículo 230.- “Intercepción ilegal de datos.- Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años: [...]”

2. La persona que diseñe, desarrollo, venda, ejecute, programe o envíe mensajes, certificados de seguridad o páginas electrónicas, enlaces o ventanas emergentes o modifique el sistema de resolución de nombres de dominio de un servicio financiero o pago electrónico u otro sitio personal o de confianza, de tal manera que induzca a una persona a ingresar a una dirección o sitio de internet diferente a la que quiere acceder [...]”

7 “Si bien Internet y la web han abierto la puerta a nuevas experiencias de redes sociales, amigos y contactos profesionales, también es una ‘inmensa’ base de datos nuestros que utilizando las herramientas adecuadas y alguna señal particular, es capaz de establecer datos privados o tan personales que se piensa están resguardados en sitios donde tenemos registradas fotos, documentos, entre otros elementos” (Cano, 2007, p. 176).

8 La Organización Internacional de Policía Criminal es la mayor organización de policía internacional, con 192 países miembros, por lo cual es una de las organizaciones internacionales más grandes del mundo, tan sólo por detrás de las Naciones Unidas.

9 La Oficina Europea de Policía es el órgano encargado de facilitar las operaciones de lucha contra la delincuencia en el seno de la Unión Europea.

10 Centro Europeo de Cibercrimen creado el 11 de enero de 2011.

11 Evaluación de la Amenaza del Crimen Organizado, en sus siglas en inglés IOCTA.

12 Programa financiado por la Unión Europea, que reúne a países como: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, con la participación activa de la Comunidad de Policías de América —AMERIPOL—, Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional —IberRed—, Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica —GAFILAT—, Organización

reunieron precisamente para tratar sobre el delito de pornografía infantil e identificar las falencias normativas presentes en los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, como es la prescripción del delito de abuso sexual a menores de edad, (que en el caso particular del Ecuador se decidió a través de un referéndum el 4 de febrero de 2018 en el que se determinó su imprescriptibilidad).

La obtención de indicios y elementos de convicción para combatir los delitos sexuales es una urgente preocupación expresada por los delegados de los países, debido a que rebasa a cualquier actuación policial y del agente encubierto físico-humano para perseguir a pedófilos y pederastas que ya no delinquen en terreno real, sino que se ha convertido en un internauta utilizando Internet y por ende se han trasladado a un ciberespacio.

La preocupación surge porque la fijación del lugar en el que se comete el acto delictivo no coincide con el que se produce el resultado, siendo éste múltiple, debido a que de manera inidentificable los consumidores internautas se multiplican en diferentes países y territorios en los que puede materializarse; es ahí, donde la jurisdicción y la competencia se convierten en motivo de análisis, ya que cada ámbito de acción delictual, desconoce los límites territoriales planteados y organizados en la Constitución¹³, en el COIP¹⁴ e incluso en el Reglamento para la Implementación y Funcionamiento del Sistema de Vigilancia Técnica Electrónica¹⁵.

Velasco San Martín (2012) realiza un profundo estudio pragmático de la problemática de la jurisdicción y competencia frente a los delitos cometidos a través de sistemas de cómputo e Internet, refiriéndose a Latinoamérica, orienta a que todos los países utilicen un mismo lenguaje legislativo para armonizar sus procedimientos con miras a combatir los delitos aéreos.

Dado el auge de la ciberdelincuencia y otros delitos relacionados con evidencia electrónica, la incertidumbre sobre la jurisdicción, hace necesaria y de manera excepcional,

Internacional de Policía Criminal —INTERPOL—, el Mercado Común del Sur —MERCOSUR—, el Sistema de la Integración Centroamericana —SICA— y la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos —AIAMP—.

13 Artículo 4.- “El territorio del Ecuador constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales. Este territorio comprende el espacio continental y marítimo, las islas adyacentes, el mar territorial, el Archipiélago de Galápagos, el suelo, la plataforma submarina, el subsuelo y el espacio suprayacente continental, insular y marítimo. Sus límites son los determinados por los tratados vigentes. El territorio del Ecuador es inalienable, irreductible e inviolable. Nadie atentará contra la unidad territorial ni fomentará la secesión. La capital del Ecuador es Quito. El Estado ecuatoriano ejercerá derechos sobre los segmentos correspondientes de la órbita sincrónica geostacionaria, los espacios marítimos y la Antártida”.

Artículo 242.- “El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales. Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales”.

14 Artículo 14.- “Ámbito espacial de aplicación. -Las normas de este Código se aplicarán a: 1. Toda infracción cometida dentro del territorio nacional. 2. Las infracciones cometidas fuera del territorio ecuatoriano, en los siguientes casos: a) Cuando la infracción produzca efectos en el Ecuador o en los lugares sometidos a su jurisdicción. b) Cuando la infracción penal es cometida en el extranjero, contra una o varias personas ecuatorianas y no ha sido juzgada en el país donde se la cometió. c) Cuando la infracción penal es cometida por las o los servidores públicos mientras desempeñan sus funciones o gestiones oficiales. d) Cuando la infracción penal afecta bienes jurídicos protegidos por el Derecho Internacional, a través de instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, siempre que no se haya iniciado su juzgamiento en otra jurisdicción. e) Cuando las infracciones constituyen graves violaciones a los derechos humanos, de acuerdo con las reglas procesales establecidas en este Código. 3. Las infracciones cometidas a bordo de naves o aeronaves militares o mercantes de bandera o matrícula ecuatoriana. 4. “Las infracciones cometidas por las o los servidores de las Fuerzas Armadas en el extranjero, sobre la base del principio de reciprocidad”.

15 Resolución del Consejo Directivo de la Policía Judicial N° 001-2012-CDPJ; especial referencia al artículo 2.- “Para la consecución de este reglamento, se crea el Sistema de Vigilancia Técnica Electrónica, SVT-E, que tendrá su sede en la capital de la República del Ecuador y tendrá su ámbito de ejecución a nivel nacional. Estará adscrita a la Dirección Nacional de la Policía Judicial e Investigaciones bajo el control de la Fiscalía y demás organismos de fiscalización” (énfasis mío).

la interacción entre Operarios del sistema de justicia de distintos países para realizar las investigaciones pertinentes para disminuir estos hechos delictivos, siempre en un marco de respeto de derechos humanos (Gilles Bélanger, 2017).

Es por esto que se requiere la intervención del agente encubierto para recabar información ya no como un ser humano que opera en una circunscripción judicial determinada, limitada territorialmente. En el ciberespacio, donde opera la delincuencia globalizada que organiza y ejecuta este tipo de crímenes se precisará ampliar la concepción y la esfera de acción de esta figura¹⁶.

3.2. La Actuación del Agente Encubierto Cibernético

La intervención de un agente encubierto que ya no se encuentra limitado a una circunscripción territorial, sino que pasa a ser un agente encubierto cibernético, digital, *online*, o informático, ejecuta la operación encubierta en un espacio cibernético o virtual, caracterizado por ser ilimitado, exuberante y acéntrico. Sus actuaciones en este entorno de algoritmos y claves alfanuméricas, no colocan su vida en peligro o en riesgo físico por la latente posibilidad de ser identificado, sino que tendrá una identidad virtual, que se nutre el anonimato propicio de Internet.

El agente encubierto en Internet es “encubierto en perfiles falsos”, ya que como anota Bueno de Mata (2011), la función de este agente consistiría en la ocultación de la verdadera identidad policial, “con el fin de establecer una relación de confianza que permita al agente integrarse durante un periodo de tiempo prolongado en el mundo en el que los “ciberdelinquentes” actúan con la finalidad primordial, igualmente oculta, de obtener la información necesaria para desenmascarar a los supuestos criminales”. Siendo una clara posibilidad para perseguir al ciberdelito y lograr detener aquellos perpetradores de delitos como el *grooming*¹⁷, *ciberbullyng*¹⁸ y el *morphing*¹⁹, entre otros.

16 “La inexistencia de fronteras reales es una de las características intrínsecas de Internet, que ofrece innumerables ventajas y como no podía ser de otro modo, inconvenientes para la persecución de actividades delictivas. En primer lugar, para iniciar cualquier política criminal, hay que conocer cuál va ser el terreno de actuación. [...] Pero además, y dado que a la Red se puede acceder desde cualquier parte del mundo prácticamente al instante, el siguiente problema relacionado con la interdependencia geográfica de Internet lo encontramos en la dificultad de perseguir un ilícito de estas características. Quiérase decir que un sujeto puede cometer un delito contra otro situado a miles de kilómetros del primero, mientras que la información está en otro lugar diferente de éstos. La situación puede llegar a producir una verdadera impunidad, si no se articulan los remedios adecuados” (Díaz Gómez, 2010, pp. 173-174).

17 “El grooming —traducción de la palabra “acicalamiento” en inglés— se define como la captación y manipulación de menores de edad en línea con fines sexuales. Es el proceso por el cual un adulto trata de ganarse la confianza de un niño, niña o adolescente haciéndose pasar por otro menor mediante el uso de servicios y aplicaciones en Internet —salas de chat, redes sociales, juegos en línea y servicios de mensajería instantánea, entre otros—. El proceso no es nuevo, es la técnica que utilizan los pedófilos para minar o socavar moral o psicológicamente al niño con el objetivo de controlarlo emocionalmente” (Sain, 2018).

18 “El ciberacoso es entendido como el daño repetido e intencionado ocasionado a través de medios electrónicos como teléfonos móviles o internet, realizado por un grupo o individuo contra el que la víctima no puede defenderse por sí misma. Debido a los diferentes formatos tecnológicos, los “ciberacosadores” (adultos o menores), muchas veces anónimos (forma indirecta de acoso), realizan amenazas, vejaciones, fotografías intimidantes, hostigamientos, y/o menosprecios hacia sus compañeros/as de pupitre a través de diferentes mecanismos con base tecnológica (p.e., envían fotos, vídeos o mensajes de texto —sms— a través de sus teléfonos móviles, o a través de los ordenadores personales, etc.)” (Félix-Mateo y otros, 2010, pp. 47-48).

19 El morphing es un efecto especial utilizado para modificar el rostro de las personas hasta transforma en el de otras. Este efecto que ha sido utilizado en el cine, por ejemplo, se usa para trucar imágenes de pornografía adulta o incluso, imágenes no pornográficas, en escenas de explotación sexual infantil. La Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, la Fiscalía General de España se refiere al morphing, como “la llamada pseudo pornografía infantil (también denominada morphing) no se utiliza realmente al menor o incapaz sino que se abusa de su imagen o voz manipulándola con artificios técnicos. [...] En todo caso, para poder considerar penalmente trascendente este tipo de material, será necesario, como en el caso de la pornografía virtual, que sea realista, que trate de aproximarse a la realidad, quedando

Si tan invisible es el delincuente cibernético que comete cualquiera de esos delitos, más invisible debe ser el agente encubierto en este escenario virtual, debe ser universal, para prevenir y combatir el crimen por lo tanto no puede estar identificado. El autor español Federico Bueno de Mata (2011), sobre el agente encubierto en la era digital dice:

Una figura que si la trasladamos a Internet, debe obligatoriamente cambiar sus características y su *modus operandi* para adaptarlo a los entornos virtuales, pero sin hacer que pierda su esencia. Una esencia polémica y muy debatida basada en el engaño y con la que se trataría de utilizar técnicas usadas para delinquir como técnicas a su vez de investigación o combate de este tipo de delincuencia (Bueno de Mata, 2011).

Si bien, las reformas legales son importantes a fin de que aquellos delitos descubiertos a través de un agente encubierto cibernético no queden impunes con el argumento de que para combatir la expansión de delitos en el espacio virtual en los que se pueden encontrar huellas digitales obtenidas sólo a través de mecanismos tecnológicos y no se pueda emplear la figura del agente encubierto. Herramientas cibernéticas como el agente encubierto en Internet, deben ser utilizadas por la fiscalía y la policía ya que los delitos son cibernéticos, y su entorno requiere de métodos específicos para la investigación criminal²⁰.

Tradicionalmente, se apunta que el libre acceso a los sitios en Internet ha facilitado la comisión de delitos tales como la pornografía infantil. No obstante, en la actualidad el uso de estos portales webs ha sido reducido, dado el constante monitoreo o patrullaje informático que realizan de forman conjunta cuerpos de seguridad y prevención de delitos.

En la constante lucha contra este flagelo se han utilizado mecanismos técnicos y tecnológicos con *softwares* o programas *RoundUp*, *Gridcopo Ephex*, para la geolocalización de las IPs que ayuden a identificar estas redes de intercambio de archivos perniciosos. Aunque se mantiene el intercambio de este material pornográfico a través de redes *peer to peer*²¹, ya que solo se requiere acceder a la *Deep Web*²² para estar fuera del alcance de la justicia. En este

excluidos del concepto de pornografía infantil los materiales que por su tosquedad revelen su condición de montaje” (Fiscalía General, 2015).

20 En este mismo sentido, citaremos la opinión de Bueno de Mata (2011), acerca de la figura del agente encubierto como una solución acertada en la lucha contra estas conductas criminales llevadas a cabo en Internet por estos criminales. “Depositando la fe en el buen hacer de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, estamos seguro que en un tiempo no muy tardío se podrá lograr la justicia en el mundo del ciberespacio” (Bueno de Mata, 2011, p. 306).

21 “Las redes peer-to-peer (de igual a igual, de persona a persona), también conocidas como P2P, son plataformas que permiten el intercambio de archivos entre miles de usuarios conectados a Internet. A través de un programa informático específico de P2P, cada vez que el usuario accede a la red, comparte una carpeta de archivos con el resto de internautas conectados simultáneamente a una plataforma virtual, al mismo tiempo que puede acceder a los archivos compartidos por los demás internautas” (CEDRO, 2009, p. 22).

22 “Se conoce como Deep Web (también denominado Invisible Web, Hidden Web o Dark Web) o Internet profundo o invisible a todo el contenido que no forma parte del Internet superficial, es decir, de las páginas indexadas por las redes de los motores de búsqueda de la red. Esto se debe a las limitaciones que tienen las redes para acceder a todos los sitios web por distintos motivos. La Deep Web son los lugares en Internet donde los motores de búsqueda no pueden indexar: donde Google, Yahoo, Bing, etcétera no llega ni llegará. Por lo tanto, son “oscuros” y de acceso muy limitado. [...] En el Internet profundo está alojado más del 80 por ciento del contenido real de Internet, se encuentra información clasificada, incluso páginas de carácter delictivo” (López-Barberá Martín, 2014, p. 96) El material consultado indica que no toda interacción en la Deep Web es de carácter delictual, puesto que se puede “encontrar con lo que llamaríamos “la parte buena” y el buen uso [...] no deja de ser una herramienta al igual que la web normal) sino que depende del uso que se haga de ella y a qué niveles se acceda y para qué fin. - Nivel 0: Web común (buscadores tipo Google, Yahoo...). - Nivel 1: Encontraríamos bases de datos, información probada, direcciones... - Nivel 2: Aquí empezariamos a hablar de páginas de carácter ilegal donde se encuentra pornografía o resultados de búsqueda bloqueada por otros servidores. - Nivel 3: Uso necesario de proxy. En este nivel se encuentran temas peligrosos que ya se encuadran dentro del cibercrimen. Desde pornografía infantil, grupos de intercambio de este tipo de materiales, virus... - Nivel 4: Los denominados ‘onion’. Necesidad

sentido, se apunta que la persecución de las infracciones cometidas a través de estas redes y en esos niveles de la Web no resulta fácil:

Se trata de actos llevados a cabo en una plataforma virtual a la que están conectados millones de usuarios, con el añadido de que los ficheros no se encuentran en un sitio web responsable de un servidor, sino que están dispersos en los ordenadores particulares de los usuarios interconectados a través de un determinado programa (CEDRO, 2009, p. 22).

En estos escenarios surge la necesidad de instrumentar la actuación del agente encubierto cibernético, quien deberá utilizar anzuelos o trampas con la finalidad de pescar o atrapar a los delincuentes cibernéticos, estos instrumentos van más allá de las mentiras y engaños que habitualmente emplea el agente para infiltrarse, ya que en el circuito ciberdelictivo descrito, deberá aparentar ser un usuario poseedor de contenido relativo a pornografía infantil, cuyo intercambio le permitiría ganarse la confianza de los internautas pornógrafos o pedófilos “verdaderos”²³.

Resulta idóneo apuntar como ejemplo la modificación realizada en 2015 a la Ley española de Enjuiciamiento Criminal (BOE N^o 239, de 6 de octubre de 2015) a las facultades del agente encubierto, al tratarse de actuaciones informáticas contra pornografía infantil podrá:

- a) operar en el tráfico social, de los canales de comunicación cerrados, bajo una identidad ficticia, que esconda su condición de miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; b) intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su cometido; c) analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos (Carou García, 2018, p. 28).

Como vemos se trata de un conjunto de actuaciones que podrá desplegar el agente para lograr hacerse del compañerismo y la camaradería de otros usuarios de estas redes delictivas con el fin de lograr su desmantelamiento y aprehensión, actuaciones que deberán estar precedidas por la autorización judicial, toda vez que estarían siendo vulnerados derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones, por mencionar alguno.

3.3. Elementos para la reforma legislativa

A los fines de asegurar una efectiva incorporación de la figura del agente encubierto cibernético en nuestro ordenamiento jurídico, planteamos dos elementos a considerar en la posible modificación legal.

El primer elemento corresponde al ámbito espacial donde se pueden realizar estas operaciones encubiertas, ya que como hemos anotado se trata de delitos que trascienden las fronteras y los límites nacionales, verificándose en la profundidad de la Web, que podría involucrar varios países. Si bien, es imposible que en el ordenamiento interno ecuatoriano se establezca la posibilidad de que los agentes policiales actúen por sí mismos en otro país, de

de utilizar Tor. Aquí se encuentra pornografía de cualquier tipo, asesinatos reales, imágenes de secuestros y torturas, tráfico de órganos, intercambio de divisas, hackers, documentos de anonymous (mediante Tor han organizado ataques masivos a todo tipo de organizaciones), tráfico de armas, intercambio de drogas, contratación de asesinos a sueldo, prostitutas, contactos de terrorismo y un largo etcétera que constituye el más largo mercado negro que se haya visto hasta ahora” (López-Barberá Martín, 2014, p. 97).
23 “El agente infiltrado opera en la Red bajo una identidad falsa, lo cual le permite adentrarse en los grupos cerrados de pedófilos, generando para ello una relación de confianza con alguno o algunos de sus miembros, que serán los que le proporcionen la indispensable invitación para formar parte de esas comunidades virtuales delictivas” (Carou García, 2018, p. 27).

la revisión realizada, nada impide que Ecuador se haga parte del Convenio de Budapest y/u de otros tratados que propugnan la cooperación y colaboración internacional en la puesta en marcha de operaciones encubiertas en Internet, donde intervienen cuerpos de seguridad de distintos países, lo cual conduce a una persecución internacional de estos delitos.

El segundo elemento se refiere a las facultades que se le deben dar al agente encubierto cibernético, que tal como ha sido referido por la doctrina, requerirá de ampliación de las formas tradicionales. A este respecto se requerirá modificar el contenido de los artículos 480 y 482 y del numeral 3 del artículo 484 del COIP referente al allanamiento y su procedimiento y a las reglas de las operaciones encubiertas, donde se establece que en ningún caso se permitirá al agente encubierto, impulsar delitos que no sean de iniciativa previa de los investigados. Esta modificación atenderá a la descrita necesidad de ganarse la confianza a través del intercambio de información en estas redes delictivas virtuales.

Las reformas descritas son importantes a fin de combatir la diversidad de delitos cibernéticos, los cuales son de imposible persecución en el limitado ámbito territorial de nuestro país, y donde las facultades para realizar operaciones encubiertas son también limitantes para los agentes.

4. Conclusiones

a. La urgente necesidad de generar cambios en los modelos de organización nacional e internacional por la proliferación de crímenes ocurridos en el ciberespacio, va dejando atrás aquella jurisdicción territorial que limita su efectiva persecución, a los fines de tener coherencia entre la lucha y lo que se desea lograr.

b. Alertar que en delitos tan atroces cometidos en el medio informático como los que tienen niños y niñas como víctimas, se constituyen temas de interés global, donde habría lugar a incorporar una excepción a la territorialidad, que de la mano de la cooperación internacional y la asistencia mutua en las investigaciones, aun entre países que no cuentan con tratados o acuerdos, toda vez que Internet no tiene fronteras ni conoce de jurisdicciones, permitan el intercambio continuo de información, así como a través de herramientas tecnológicas específicas, el monitorio constante de posibles sospechosos, a los fines de mitigar estos crímenes. Tal como apunta Sabrina B. Lamperti:

La cooperación oportuna y eficaz entre los países es fundamental para garantizar el éxito de una investigación porque, a diferencia de la investigación tradicional, es muy corto el tiempo de que dispone un investigador de delitos cibernéticos (Lamperti, 2014).

c. La existencia del Convenio de Budapest no hace invulnerable el ciberespacio ya que siempre surgirán novedosas situaciones que requerirán apelar a los principios de la cooperación internacional teniendo presente que en el ciberespacio a la hora de cometer delitos y de contrarrestarlos no hay límites territoriales o fronteras, los datos que se encuentran en las nubes de información son un claro ejemplo del tipo de problemas que surgen y para los cuales debemos estar cada vez más preparados.

d. Esa preparación pasa por ajustar operadores y funcionarios de justicia entre los que se encuentra el agente encubierto, al escenario virtual, donde su actuación no se puede limitar a un espacio finito, ya que el ciberespacio es infinito y las posibilidades de que las organizaciones criminales cometan actos contrarios a la ley socialmente reprobables, son igualmente infinitas.

Referencias bibliográficas

- Albán, J. P. (2016). ¿Punir o no punir, esa es la cuestión! (el derecho penal ecuatoriano y la sociedad de la información). En *Regulación de Internet y derechos digitales en Ecuador*. Quito: Editorial USFQ.
- Bueno de Mata, F. (2011). El Agente Encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia. En *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*. A Coruña, 2 y 3 de junio.
- Cano, J. (2007). Informáticos forenses: los criminalistas informáticos en la Sociedad de la Información. *Revista Derecho y Tecnología, Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas*, 9.
- Carou, S. (2018). El Agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en Internet. El Guardián al otro lado del espejo. *Cuadernos de la Guardia Civil*, 56, 23-40.
- Castell, M. (2006). *La sociedad red: una visión global*. Madrid: Alianza Editorial.
- CEDRO-Centro Español de Derechos Reprográficos (2009). Redes de intercambio de archivos P2P. *Boletín Informativo*, 68, 22-23. Recuperado de: <http://www.cedro.org/docs/lecturas/bolequees68.pdf?Status=Master>
- Díaz Gómez, A. (2010). *El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest*. REDUR 8, 169-203.
- Félix-Mateo, V. et.al. (2010) El ciberacoso en la enseñanza obligatoria. *Aula Abierta*, 38 (1), 47-58.
- Gilles, P. (2017). Derechos Humanos y el Derecho Penal en el Ciberespacio. *Rev. secr. Trib. perm. Revis*, 5 (10), 274-286. <https://doi.org/10.16890/rstpr.a5.n10.p274>
- Goodman M. (2003). *Cibercriminalidad*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, Serie “Conferencias magistrales” 7: México.
- Sain, G. (2018). Hacia una nueva ley de grooming. *Página 12*, 28 de marzo. Recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/104365-hacia-una-nueva-ley-de-grooming>
- Lamperti, S. (2014). *Problemáticas en torno a la investigación de los delitos informáticos*. Congreso Iberoamericano de Investigadores y Docentes de Derecho e Informática CIDDI Universidad FASTA Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática, Sede: Mar del Plata. Recuperado de: <https://www.researchgate.net/publication/324064192>
- López-Barberá, A. (2014). “Deep Web” o Internet profundo. *Seguritecnia*, 407, 96-97. Recuperado de: <http://www.seguritecnia.es/revistas/seg/407/files/assets/basic-html/index.html#1>
- Molina, T. (2009). Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines (y II). *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLII, 153-174.
- Riquert, M. (2017). *Delincuencia Informática: estándares internacionales para su tipificación y límites para su persecución*. Recuperado de: <http://iccs.com.br/delincuencia-informatica-estandares-internacionales-pa>

Legislación

Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, 10 de Febrero de 2014.

Observaciones, Resoluciones, Recomendaciones, Informes y Opiniones Consultivas

Comisión de la Verdad. (2010). *Informe de la Comisión de la Verdad Ecuador 2010*. Recuperado de: <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/1312>

Fiscalía General del Estado español. (2015). *Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015*. Recuperado de: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_2_15_pornografia_infantil.pdf?idFile=24b87ad2-9488-488a-ab0a-15d88e3048ed

Nº 18, DIC. 2018
ISSN 1390-6402

Iuris Dictio.

Entrevistas

Entrevistas.

Entrevista a Shelley Cavalieri¹. La propiedad como derecho de las mujeres y los sistemas sanitario y migratorio en los Estados Unidos

Interview with Shelley Cavalieri. Property as a women's rights
and the health and immigration systems in the United States

JOSSELYN JESSENIA ESPINOZA BAUTISTA

Resumen

Entrevista realizada en la ciudad de Quito el 1 de octubre de 2018 a la profesora e investigadora Shelley Cavalieri, ganadora de la beca Fullbright para desarrollar su proyecto en Ecuador. En esta entrevista se discute sobre su trabajo de investigación, el cual plantea la propiedad como mecanismo de defensa y garantía de los derechos de las mujeres y su vinculación jurídica con los estudios de la Teoría Legal Feminista. Asimismo, de manera general, se reflexiona alrededor de temas de relevancia jurídica tales como la trata de personas y la descriminalización del trabajo sexual, y los sistemas sanitario y migratorio de Estados Unidos.

Palabras clave

Investigación / Derechos de las mujeres / Propiedad / Teoría legal feminista / Descriminalización trabajo sexual / Sistema sanitario / Sistema migratorio / Shelley Cavalieri.

Abstract

This interview with professor and researcher Shelley Cavalieri, winner of the Fullbright scholarship, took place in the city of Quito, on October 1, 2018. In this discussion, we examine Professor Cavalieri's research work, which is an investigation that raises the property as defense mechanism and guarantee of women's rights. In addition, an analysis of the legal connection of her research work with the studies of the Feminist Legal Theory is developed. Likewise, we also reflect on issues of legal relevance such as human trafficking, the decriminalization of sexual labor, health and immigration systems in the United States.

Keywords

Research / Women's Rights / Property / Feminist Legal Theory/ Decriminalization Sexual Work / Health System / Migratory System / Shelley Cavalieri.

¹ Cavalieri recibió su doctorado en Jurisprudencia en Boalt Hall, Universidad de California, Berkeley; donde, además, fue jefa editorial de la California Law Review. Trabajó como secretaria del juez Thelton E. Henderson (Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California); y, de la jueza Martha Craig Daughtrey (Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos). Antes de unirse a la Universidad de Toledo fue profesora visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de West Virginia, donde enseñó Propiedad, investigación y escritura jurídica y Derecho comparado. Además, co-dirigió la Clínica de Derecho de Inmigración de la Universidad de West Virginia, en donde enseñó a los estudiantes a representar a solicitantes de asilo, personas buscando beneficios de inmigración y personas en proceso de deportación.



J.E. Ha sido la ganadora de la beca Fullbright para desarrollar una investigación en el campo de la defensa de vivienda para mujeres, por lo que este año académico estará en Quito realizando su trabajo investigativo. ¿Qué es lo que le motivó a realizar su investigación en el Sur?

S.C. Hay algunos motivos muy prácticos. Una teórica feminista dice que es más fácil preguntar fuera de su cultura que en su propia cultura. Como soy completamente extranjera aquí cuando hablo de los derechos de las personas, por ejemplo, yo no tengo reparos de hablar de la pobreza.

Además, mi español no es perfecto; yo hablo español como una niña de cinco años, con un corazón bueno, pero con grandes faltas gramaticales. Si yo hablara español como hablo inglés las puertas se me podrían cerrar porque la gente pensaría que yo soy una persona con muchos privilegios. Al salir de mi cultura tengo más oportunidades de aprender porque cuando entro en una comunidad empobrecida de Estados Unidos soy de afuera; aquí también está claro que soy de afuera, pero soy de tan afuera que hay posibilidad de una mayor comunicación.

Otro motivo para mi investigación es que Ecuador es un país muy interesante. Yo trabajaba antes en Guatemala, un país con un PIB tan bajo que no tiene los recursos del Estado para hacer trabajos como este. Aquí, se vive en una situación estable [...] en la que hay suficientes recursos para ayudar a la gente, si se la quiere ayudar. También, la situación en Ecuador es interesante en materia de propiedad por motivos del terremoto que ocurrió hace algunos años.

Tengo que decir que muchos académicos centrados en el feminismo me habían dicho que Ecuador tiene una historia feminista importante, que las mujeres de aquí tienen fuerza y que han estado luchando desde años. Aunque debo decir que en este momento el feminismo y los movimientos sociales feministas son mucho más fuertes que cuando yo apliqué hace catorce meses para la beca Fullbright. Ahora, por decir, el movimiento *Me too* en los Estados Unidos también está aquí y se está hablando mucho más de los abusos de las mujeres. Cuando yo apliqué no vi esta fuerza de los movimientos que hoy sí veo.

Quiero decir que lo que estoy aprendiendo aquí en Ecuador se aplica también en mi país, los Estados Unidos. Tengo la idea de que la lucha del feminismo es una lucha internacional y que también la lucha por los derechos humanos es internacional. Yo no pienso que en mi país tenemos razón y que los otros países cometen errores. Pienso que en este continente, América del Sur, ustedes tienen ideas mucho más avanzadas respecto a los derechos humanos. En mi país los derechos humanos no controlan la ley y aunque algunas cortes los adoptan otras no. Aquí los derechos humanos sí controlan la ley. Aquí existen luchas muy complejas, pero los derechos humanos no están vencidos. En suma, siento que aquí los derechos humanos tienen un éxito que no existe en mi país.

Mi idea es que el feminismo del Norte tiene algo que aprender de lo que las feministas hacen aquí, y que la situación aquí tiene lecciones muy valiosas para contribuir en el campo de derechos humanos, el feminismo legal y los movimientos sociales. Creo que es un lugar increíble para pensar estas ideas.

J.E. Sus investigaciones respecto al derecho de la propiedad resultan fundamentales en un mundo inequitativo como el que vivimos. ¿Podría comentarnos sobre la importancia de pensar la propiedad desde una perspectiva crítica en la contemporaneidad?

S.C. La realidad es que estamos viviendo un momento con una gran división de pobreza y

Feminista, sobre todo aquella más inicial?

S.C. En el feminismo legal pensamos en generaciones de feministas. En los Estados Unidos la primera generación fue de las mujeres luchando por el voto. Más o menos cuarenta años después la lucha terminó con el derecho a votar. Las mujeres iniciaron un movimiento social para cambiar las leyes. Esto se llama normalmente feminismo liberal y parte de la idea que mujeres y hombres son iguales. Hoy en día no es una idea muy radical, pero el cambiar las leyes para postular que hombres y mujeres deberían tener el derecho a ganar el mismo dinero por el mismo trabajo era una idea que hace cincuenta años era radical. Actualmente, no pensamos que sea radical, pero todavía estamos discriminadas en los pagos; entonces, en realidad, sigue siendo más o menos radical. Después, vino la teoría del modelo de dominación que parte de la idea que las mujeres están definidas por su victimización. También hay otro movimiento, por los años ochenta, que se llama feminismo cultural; no es un movimiento sobre la cultura, sino que, en suma, dice que las mujeres tienen mejores capacidades que los hombres. No pienso que esa sea la realidad. En resumen estos son los movimientos hasta entonces.

En los años noventa aparece un movimiento con el que estoy de acuerdo. Se llama feminismo de agencia. La posibilidad es que las mujeres tienen capacidades para desarrollar sus estrategias, es decir que no son sólo víctimas y que no tienen capacidades mejores que los hombres. Las ideas que estoy desarrollando como profesora son sobre esta posibilidad; de que también luchando dentro del patriarcado las mujeres pueden pensar qué es lo mejor para ellas. No tanto sobre lo que es bueno, sino sobre lo que es mejor.

Esta es una realidad: las mujeres viviendo vidas difíciles escogen opciones que tal vez no son buenas, pero son las mejores opciones que tienen. Mi trabajo es usar el derecho y las leyes para ampliar estas opciones pues es lo que la ley puede hacer por las mujeres, ampliar sus opciones. No quiero una mujer en Nigeria² diciendo: *yo no tengo opción aquí, voy a migrar a Italia para trabajar como prostituta*. Quiero que los gobiernos, nacionales, locales e internacionales trabajen para ampliar a las mujeres de opciones que las mujeres tienen. Esta es la idea más grande y la conexión entre propiedad y feminismo: que el uso de una casa es de dar más opciones. Esa idea es la que me conecta con mis madres del movimiento de feminismo legal.

J.E.:Cómo respondería a ciertas voces que a lo largo de las Américas insisten en llamar a la teoría de género como ideología de género para desacreditar sus avances académicos?

S.C. Las personas que piensan que el feminismo es solo una ideología no saben que la ley que existe es producto de una ideología patriarcal. Que la ley es fundada por hombres sirviendo a hombres y solo a hombres, lo cual ha eternizado unas normas machistas. Si estas personas dicen que el feminismo, la posibilidad de integrar a las mujeres en la ley, es una ideología necesitan ellos aceptar primero que la ley tal como existe hoy es también parte de una ideología patriarcal.

Este es el problema: que estas personas piensan que la ley que existe hoy proviene de una ideología neutral, de una ideología que no tiene género. Cuando esta gente dice que desde el feminismo tenemos una ideología no están examinando sus propios motivos: el mantener una ideología, el patriarcado.

La ley fundada y escrita solamente por hombres era un proyecto de hombres.

² Véase la pregunta y la respuesta 6 de esta entrevista.

Cuando las mujeres son parte del trabajo de ampliar la ley para incluir a todos y todas, se crea una ley más completa. El género no es una ideología sino una fuerte crítica hacia la ley que existe y que está descubriendo también las posibilidades del futuro, donde la ley debería incluir a todas y todos.

La cosa más importante de todo esto es darse cuenta que [el feminismo] no busca robarles a los hombres su vida, sino darles una vida más grande a todos y todas. El machismo limita a los hombres también, no solo a las mujeres.

J.E. Trabajó con personas que fueron objeto de trata tanto en el extranjero como en Estados Unidos, ¿qué fue lo que más le impactó de su trabajo con estas personas?

S.C. Cuando yo trabajaba con estas mujeres víctimas de trata resultaba muy difícil explicar por qué ellas, mis clientas, que venían de Nigeria, fueron a Italia sabiendo el trabajo que iban a hacer. Lo que sucede es que no había nada que ellas pudieran hacer en Nigeria. Era una vida con pocas opciones y ellas desarrollaron una estrategia de trabajar como prostitutas para sobrevivir y apoyar a sus familias.

Fue muy difícil darse cuenta de que algo tan feo pudiera ser una estrategia, pero era la verdad de sus vidas. Cuando yo conocía un ciudadano que quería ayudar a mi trabajo y quería donar dinero para que mis clientas volvieran a Nigeria y yo les ofrecía esa ayuda diciendo, *¿quieres regresar a tu casa?* ellas respondían: *¿por qué querría regresar a mi casa, donde no hay nada esperándome, donde no puedo ayudar a mi familia, donde no puedo ganar suficiente, donde no hay trabajo, donde no hay nada?*

Hubo un impacto profesional y un impacto personal con esto que comento. El impacto profesional es lo que ya describí. En mi parte personal fue el trabajo más difícil de mi vida. Trabajar con mujeres cada día de la semana, quienes estaban en crisis, pero que habían escogido esta crisis fue horrible. Los hombres violaron, abusaron e hicieron cosas tan feas a estas mujeres... son casi veinte años desde que hice este trabajo y aun así tengo historias escritas en mi corazón para toda la vida.

Antes yo pensaba que iba a trabajar con víctimas en un campo de servicios legales y sociales, pero me di cuenta de que tuve una idea incorrecta. Que cuando intervenimos en este punto tan tardío de la vida de las mujeres no hay mucho que podamos cambiar.

Lo que me interesa más hoy en día es hacer una intervención bastante más previa en la vida de las mujeres. Cuando mis clientas estaban vendiendo sus actos sexuales no había mucho que pudiéramos hacer para cambiar sus vidas porque, por ejemplo, ellas no tenían más capacidades para hacer otros trabajos. No estaban educadas, no hablaban italiano ni tampoco inglés. Tal vez fueron a la escuela pocos años, recibieron educaciones malas o ni siquiera recibieron educación. No tenían otras opciones y mi ayuda tampoco ofrecía muchas opciones.

Entonces me di cuenta de que la cosa más importante era de identificar puntos de intervención más tempranos en la vida de las mujeres. Esta idea cambió cómo yo pienso en el mundo, cambió mi forma de ser madre con mis hijas. Yo, hoy en día, estoy siempre pensando cómo podemos dar más capacidades a las mujeres.

En mi trabajo de campo, que daba los mismos servicios jurídicos cada día, nada cambio para ellas ni tampoco para la sociedad. Los hombres hoy todavía quieren comprar actos sexuales porque vivimos en un mundo donde las mujeres no tienen agencia sexual y no pueden escoger vivir con sus parejas, esposo, novios, prometidos, muchachos ni con cualquier otra persona. Las mujeres que quieren vivir una vida sexual para hacerlo necesitan mantener

una fuerte vergüenza. Una de las cosas que necesitamos cambiar es lo que pensamos sobre las relaciones sexuales; que no es algo de vergüenza, es algo biológico y normal que necesita hacerse con responsabilidad.

En ese entonces, antes de hacer este trabajo, no me había dado cuenta de estas ideas. En particular en Italia, en donde la gran parte de la gente es muy católica, no practicante necesariamente, pero con una cultura marcada de catolicismo. Allí hay mujeres quienes juegan la parte de la virgen y otras con la parte de la *puta*. Esta división es muy fuerte. Los hombres no se casan con las *putas*, pero quieren los actos sexuales de las *putas* aunque quieran casarse con vírgenes. Las mujeres venden actos sexuales porque los hombres quieren actos sexuales que no pueden recibir en esta cultura. Este es un problema radical basado en actos de machismo.

J.E. Esta es una problemática compleja sobre la que, sin embargo, le debo preguntar. ¿Cree que debería legalizarse la prostitución?

S.C. Hay una diferencia entre legalizar y criminalizar. Creo que necesitamos descriminalizar el acto en el que una mujer vende actos sexuales, pero criminalizar el acto de compra de actos sexuales. Necesitamos darnos cuenta que las mujeres que venden actos sexuales hacen un trabajo. Es un trabajo y ellas son trabajadoras sexuales, palabra que prefiero usar antes que *prostitutas*, porque *prostitutas* significa normalmente que las mujeres no tienen agencia sexual; y cuando ellas hacen este trabajo es por falta de opciones. No podemos criminalizar la realidad de vivir sin opciones y lo que necesitamos criminalizar son los actos que los hombres hacen sobre las mujeres.

En algunos lugares hay algo que en inglés se llama *John School*, que es una escuela para los hombres que compran actos sexuales. Es una escuela para mostrarles a ellos todas las cosas feas que pasan en las vidas de las mujeres y, ojalá, darles cierto miedo para bajar el número de hombres buscando a estas mujeres y, por tanto, el nivel de demanda en la sociedad por este tipo de trabajo.

Legalizar el trabajo sexual es como aceptar que hemos perdido y que el patriarcado ha vencido. Cuántos menos hombres busquen estos actos las mujeres van a tener más motivos para aceptar otras opciones. Si como sociedad podemos crear otras opciones, opciones reales, y al mismo momento bajar la demanda, esto cambiará cómo las mujeres piensan sus opciones porque luego el trabajo sexual será menos atractivo.

Estas son ideas en general, no conozco la situación de aquí, no es algo que he estudiado todavía. No estoy bien informada sobre cómo esta lucha se está desarrollando aquí. Mi idea de descriminalización es una idea que, en general, he visto en muchos lugares en el mundo, pero no sé mucho sobre ese tema aquí.

J.E. En el West Virginia University College of La, estuvo trabajando junto con estudiantes en materia de migración. ¿Cuál fue su experiencia en este espacio?, ¿cuáles son los mayores obstáculos jurídicos que enfrentan los migrantes en Estados Unidos?

S.C. La realidad es que hay muchísima gente trabajando en los Estados Unidos desde hace años, para quienes no hay un camino para legalizarse en su estatus migratorio. Tenemos categorías legales que dicen que si se ha hecho una entrada ilegal o que, en muchas situaciones, si la persona se quedó después de la expiración de su visa y perdió su estatus, no hay una ruta legal para legalizarse. El problema en los Estados Unidos ahora es que hay gente trabajando y

contribuyendo a mi país, sin ruta legal para establecerse legalmente.

Mi país acepta el trabajo y las contribuciones [de migrantes], pero no da estatus de ciudadano a esta gente; y, debido a que tenemos esta frontera con México, la mayor parte de esta gente es latina. Creo que mi país y el gobierno de mi país acepta esta situación por dos motivos: uno es que esta gente, con falta de opciones, acepta pagos bajos porque no tienen otra opción; otro, es por el racismo que dice que la gente latina puede hacer trabajos que en inglés se conoce como las tres des [3D's] *dirty, dangerous and degrading*; o sea, sucios, peligrosos y degradantes. Tenemos una idea de que esta gente acepta su mala situación.

No acepto estas ideas. No acepto que la gente necesite ganar menos. No acepto que las ideas del racismo digan que hay un tipo de gente que puede hacer los trabajos que los estadounidenses no quieren. Necesito decir que soy de una familia de migrantes, que mis abuelos vinieron de Italia a los Estados Unidos. Yo fui a trabajar en Italia con migrantes, [fui] al país de donde salieron mis abuelos. Cuando estuve trabajando en Italia tuve la oportunidad de visitar los pueblos de los cuáles mis abuelos salieron. Conocí a la prima de mi abuela y ella es ahora una mujer de ochenta años viviendo en un pueblo rural, en el campo, donde la única cosa que hay es una fábrica que hace queso.

Tengo una empatía muy fuerte con los motivos de la gente que sale de sus países para buscar más opciones por sus niños. Yo he recibido los beneficios de la lucha de mis abuelos y si no apoyara a los migrantes sería una hipócrita. Creo que en mi país mucha gente ha olvidado sus raíces porque, a menos que sea indígena de los Estados Unidos, sus raíces son de migrantes. Incluso, hay la posibilidad de que las personas con raíces de África, me refiero a los que fueron capturados y traídos como esclavos, quienes no escogieron venir a los Estados Unidos, tengan más derecho de decir *no queremos compartir* [con el resto de la población de los Estados Unidos].

Debo decir, que tampoco estoy de acuerdo con Donald Trump que ha dicho, por ejemplo, que las personas de México son violadores; no es la verdad y no es mi experiencia con ellos. Tampoco es la realidad en la ley: no hay más violadores mexicanos que estadounidenses. Eso es algo importante que se debe decir.

J.E. Nos puede comentar sobre sus investigaciones respecto al sistema sanitario estadounidense. ¿Cómo se garantiza el derecho de acceso a la salud en este país?

S.C. Este es uno de los campos en el cual mi país no está tan avanzado como aquí. Estamos en esta lucha sobre lo que llamamos *Obamacare*, la posibilidad de que el gobierno pueda dar seguro de salud a la gente que no tiene o dar este seguro a un precio barato. Tenemos una idea muy fuerte en los Estados Unidos, que es la autonomía de las personas. Hay mucha gente en mi país que cree que si no tienes seguro de salud es culpa tuya y tal vez vas a trabajar más por falta de esta garantía de acceso a salud. Esto yo creo es uno de los problemas más fuertes en mi país porque, regresando a nuestra conversación sobre recursos, la gente necesita su salud. Sin salud la gente no puede desarrollarse. Que tengamos un sistema donde no se garantiza el acceso, yo creo que es un acto criminal. Desde [los] derechos humanos no hemos aceptado el derecho de salud como una responsabilidad del gobierno hacia la gente. Lo que aceptamos es que las personas necesiten tener acceso. En mi país el marco está abierto y la gente puede comprar lo que quiere, pero este es un acceso vacío. En mi país este es un problema.

No tengo para nada la idea de que mi país es muy bueno y el Ecuador un desastre. Nuestro sistema de migración, nuestro sistema de salud, nuestro sexismo, machismo... todo esto continúa en mi país. Cuando digo que estoy aquí sin la idea de venir a darles soluciones

es porque en mi país necesitamos soluciones también.

J.E. En este sentido, en el Ecuador, como en varios países de la región, existe un sistema de salud pública que, no obstante, no tiene la rapidez e incluso la calidad que el sistema privado. ¿Perjudica la salud privada a la pública?

S.C. El problema es que la obligación del Estado para garantizar el derecho de salud debe realizarse gradualmente. Esto significa que no necesitamos garantizar a toda la gente una unidad muy alta de salud, sino que necesitamos garantizar tal vez vacunas o atención [a pacientes] en emergencia. Para mejorar la situación que describiste se necesita una inversión de mucho dinero para cambiar esa realidad.

A esto se suma que la gente con más dinero puede salir del sistema sanitario y por ende no hay suficiente presión para mejorar la realidad. Si la mayor parte de la gente con más recursos puede salir del sistema público, el sistema no tiene motivo de cambiar porque la gente que tiene más fuerza en el sistema no está en el sistema.

No tenemos [en los Estados Unidos] un sistema público al cual toda la gente tenga acceso. *Obamacare* era un acceso para más gente; pero, para recibir el acceso al sistema público, una persona necesitaba tener una discapacidad, ser una mujer con niños pequeños o una persona ganando un salario bajo. Para mucha gente que llamamos *the working poor*, personas que trabajaban, pero no ganaban mucho, no tenían acceso a este sistema.

Lo que ustedes tienen aquí no es perfecto; pero en los Estados Unidos, antes de *Obamacare*, no había derecho, no había un sistema público. Esta es una crisis de justicia. Entonces, está claro que cuando describes un sistema donde la gente no tiene suficiente acceso y no hay todos los recursos que se necesitan, hay un sistema pero es un problema. En mi país, con nuestro *GDP* [siglas que corresponden al PIB], todavía no tenemos un sistema al cual toda la gente tiene acceso.

Entrevista a Jorge Galán. La novela *Noviembre* reabre la posibilidad de justicia en El Salvador Interview with Jorge Galán. *November* the novel that reopens the possibility of justice in El Salvador

ABIGAIL QUEVEDO Y AURA CHIRIBOGA
Universidad San Francisco de Quito

Resumen

Entrevista realizada al escritor salvadoreño Jorge Galán en Quito en el mes de junio del 2018 con motivo de su intervención en el “Congreso Internacional Libertad de Expresión: diálogos y reflexiones desde el derecho y la literatura”. En este diálogo se descubren los pensamientos del autor sobre su más reciente novela, *Noviembre*, una gran fotografía de El Salvador en uno de sus períodos más violentos e inciertos, los años 80. La novela profundiza en el famoso caso del asesinato de los jesuitas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA). De hecho, la novela resuelve un caso que el sistema judicial salvadoreño dejó en la impunidad. Al tenor de este texto literario, esta conversación reflexiona sobre otras cuestiones: el impacto de la novela, el proceso de escritura, el encuentro entre la literatura y el derecho, la impunidad como forma de injusticia y el poder del testimonio como única manera de dar voz a aquellos que fueron acallados.

Palabras clave

Derecho y Literatura / Historia política de El Salvador / Escritura de Centroamérica / Novela testimonial / Testimonio / Justicia.

Summary

This interview with Salvadorian writer and keynote speaker, Jorge Galán, took place within the context of the International Conference “Libertad de Expresión: diálogos y reflexiones desde el derecho y la literatura”, held in Quito, in June 2018. In this dialogue the author’s thoughts are explored through his most recent novel, *November*, a significant picture of El Salvador in one of its most violent and uncertain periods of time, the 80’s. The novel reflects on a famous case: the assassination of José Simeón Cañas (UCA), a member of the Jesuit congregation of the Universidad Centroamericana. In fact, this literary text solves a crime that the Salvadoran judicial system left in impunity. The interview also reflects on the impact of the novel, the writing process, the encounter between literature and law, impunity as a form of injustice, and the power of testimony as the only way to give voice to those who have been silenced.

Keywords

Law and Literature / Political history from El Salvador / Literature from Central America / Realistic novel / Testimony.



A.Q. ¿Por qué decidió escribir la novela Noviembre?

J.G. A mí me parecía que [la de la novela] era una historia que era importante para mi país y que a la vez era una historia que se estaba olvidando. Una historia que se estaba perdiendo porque salvo en la universidad donde habían sido asesinados estos jesuitas, que hacía una conmemoración todos los noviembrs, era un tema que ya nadie mencionaba. De hecho, ninguno de los periódicos de El Salvador escribía sobre este tema. Algún periódico digital había sacado algo por ahí, un artículo. Además, los únicos dos libros que hablaban sobre este tema eran de dos autores norteamericanos, de hecho, de dos mujeres norteamericanas... pero no eran novelas sino textos con datos. Entonces a mí me pareció que era importante contarla.

A.Q. En general, ¿cómo define su escritura?

J.G. ¿A qué te referís con definir?

A.Q. La forma en la que ve su escritura. Por ejemplo, ¿en qué piensa cuando escribe?, ¿piensa cómo un poeta o como un novelista?

J.G. Depende de lo que escriba. Al principio me era un poco difícil... cuando escribía historias. Al menos en la primera historia que escribí me costó mucho separar la escritura y tendía a escribir con un lenguaje en exceso poético. Ya luego te das cuenta de que esa no es la manera porque una novela es una novela y tiene sus propias maneras, su propio ritmo, su propio fraseo... así que traté de separar la escritura. Para mí es importante la estructura: qué es lo que voy a contar de la historia y de qué manera. Ya teniendo eso, porque soy muy metódico para eso, luego escribo con más libertad. Pero bueno ya luego todo esta controlado a priori.

A.C. Como escritor, ¿cuál ha sido uno de los obstáculos más grandes al escribir y relatar hechos que lo han marcado en su vida?

J.G. He escrito algunas novelas históricas, por ejemplo *La habitación al fondo de la casa*. Esta es una novela que escribí hace algún tiempo y que trata sobre hechos en El Salvador que son de principios del siglo XX, o sea, que no tienen nada que ver conmigo pero que sí me interesan, que sí me importan. A ver... El Salvador en este momento es uno de los países más peligrosos del mundo, un país hecho pedazos. Y he tratado, a través de ciertos libros, [de] responderme a mí mismo cómo llegamos hasta aquí, cómo nos convertimos en esta sombra. Es algo que me importa contar, algo de lo que me importa hablar y también algo de lo que me importa escribir y que a través de una serie de textos muestran cómo ese país ha ido de lo que era, un pequeño paraíso al inicio de los siglos pasados, a convertirse en la sombra que es ahora. Esto último fue algo que me interesó mucho.

A.Q. Hace un momento habló acerca de las dos escritoras norteamericanas que escribieron sobre el asesinato de los jesuitas. ¿Por qué la necesidad de escribir una novela, de ficcionalizar un suceso tan importante?

J.G. Porque quería hacer un rescate. Aunque la novela se ha publicado en España, en México, en Colombia, en realidad esa novela la escribí para la gente de mi país. Para contarles a la

gente de veinte, de veintitrés, de veinticinco años qué es lo que había sucedido entonces porque, aunque parezca extraño, aunque parezca una mentira, esa gente sabe del hecho pero no sabe cómo sucedió, quiénes fueron los asesinos o por qué ocurrió. Es como, no sé, decir que un volcán explotó hace cuatrocientos años. Vos sabes que explotó, pero no sabes quiénes vivían ahí o qué se perdió. Con la novela busqué ir hacia ese detalle que hace que la historia signifique algo.

A.Q. ¿Escribir una novela como Noviembre puede entenderse como un acto de justicia, una forma de hacer justicia, una manera de protesta?

J.G. Mira, de alguna manera se ha convertido en eso porque al decir quiénes fueron los asesinos, al tener sus nombres, fue como realizar un juicio con la historia. Aunque debo decir que mi pretensión no fue esa en ningún momento. Mi pretensión era simplemente contar lo que sucedió y rescatarlo. Nada más.

A.Q. En esta novela hay muchos testimonios importantes. Como escritor, ¿cómo reconstruyó esos testimonios dentro de una novela?

J.G. Mira, para mí era muy importante no contar toda la historia, sino contar a los protagonistas, a los que habían estado ahí en ese momento, tanto de un lado como de otro. Es decir, saber tanto de los jesuitas como del expresidente [Cristiani]. Por eso, en la mayoría de las veces, lo que todos ellos me dijeron yo lo escribía literalmente, sin cambiar nada, porque para mí era muy importante que ellos expresaran, respecto de algún suceso, su propia versión de las cosas. Así que en ese sentido no hay ficción sino más bien un testimonio de los protagonistas. El escritor pasa a ser una especie de maestro de ceremonias o de director de orquesta que da paso a las distintas voces.

A.C. Al momento de transcribir estos testimonios que están dentro de la novela, ¿cuál fue una dificultad que usted encontró para no volver ficción lo que era realidad?

J.G. Esta novela no es una ficción porque esta basada en una realidad. O sea, es una ficción, pero al mismo tiempo no lo es. Yo tenía la necesidad de mostrar un contexto, es decir en qué momento de la historia habían sucedido esos hechos, basados en una ofensiva militar y todo aquello. Entonces, para recrear ese momento, para mostrar la ansiedad con la que se vivía, por ejemplo escribí, en la segunda parte de la novela, la historia de unos niños, de un niño principalmente que está esperando a su tía y que no llega. El hecho, me refiero al hecho de la ofensiva, fue real. Además, los otros hechos como ese, el que una tía que no apareciera porque era una guerrillera, se daban constantemente. Yo conocí varios casos así. Por ello es que la novela está basada en hechos reales, pero ese personaje [el niño] es una invención. Más allá de eso, nada de la novela es ficción, todo es real. Incluso no sé si recuerdan que en la novela hay una parte de Monseñor Romero que está en la casa de su hermana. Incluso eso es real porque daba la casualidad de que yo de niño vivía a cinco casas de la hermana de ese hombre y él solía llegar a verla. Así que incluso un hecho como ese, aunque parezca intrascendente, está basado en algo real.

A.Q. Como escritor y también como ciudadano proveniente de un país que vive una violencia tan intensa como la de El Salvador, ¿le fue difícil escuchar esos testimonios?

J.G. Sí, algunos sí. Y algunas cosas que no están ahí [en la novela] también fueron muy difíciles de escuchar. A veces hay personas que están tan acostumbradas a hacer cosas terribles que no se dan cuenta de lo que hacen... de pronto, yo escuchaba testimonios absolutamente espantosos... [se para la grabación a pedido de Jorge Galán para continuar hablando sobre el tema de manera privada porque contiene información que no puede ser divulgada].

*A.Q. ¿Es exacta la descripción de la muerte de Monseñor Romero? ¿Es así como sucedió el asesinato? ¿Existe hasta ahora impunidad en ese caso?*¹

J.G. Él estaba ofreciendo una misa. Puede buscarse en internet la grabación, el audio de la misa. En el momento de la elevación, él está así en la consagración [Jorge Galán simula la posición de Monseñor Romero al momento de la presentación de la hostia consagrada] y un francotirador le dispara, pegándole justo en el corazón. Este suceso fue un acto muy simbólico. El día anterior él había pedido que cesara la represión y que dejaran de matar gente. Al día siguiente van y lo matan.

A.Q. En la novela hay testimonios muy importantes. ¿Estos testimonios influyeron en el caso de los mártires de la UCA?

J.G. Hay uno: el del ex presidente [Cristiani]. Él nunca había dado un testimonio incriminatorio ni ningún testimonio de ningún tipo. Por alguna razón, que sinceramente no conozco, el tipo aceptó participar conmigo, aceptó hablar conmigo... y bueno me dijo lo que más o menos ya se sabía. Me dijo que habían sido miembros del Estado Mayor los asesinos. Agregó algún nombre al relato, pero sobre todo aceptó el suceso. Y aceptó el haber estado ahí en la reunión del Estado Mayor en el momento de los asesinatos. Él antes dijo que no sabía nada pero bueno... Por esa grabación [de su testimonio usado en la novela] el juez que lleva el caso, que es un caso de *lesa humanidad*, me citó y tuve que ir a la Audiencia [Nacional] en Madrid, y allí tuve que dar mi testimonio como investigador y entregar las grabaciones. Obviamente, cuando escribís un libro no te imaginas que vas a terminar en un juicio y bueno... fue complicado.

A.Q. ¿Cree que ya se está haciendo justicia?

J.G. No, porque el juez hizo un pedido de extradición a diecisiete militares y de los diecisiete solo uno fue extraditado a España. Este uno no fue extraditado por el gobierno de El Salvador, sino por el gobierno de Estados Unidos, porque estaba preso allí, acusado por crímenes migratorios y una jueza de Massachusetts lo envió a Madrid. El gobierno de El Salvador se negó a entregar a los acusados. A día de hoy no... de hecho, la Corte Suprema de El Salvador dijo que no daría a lugar ese pedido y que la orden dada por el juez a la INTERPOL carecía de efecto en El Salvador. Por eso los militares no pueden salir del país porque si van al extranjero sí podrían capturarlos. En El Salvador están protegidos por el propio gobierno que, además, es un gobierno de izquierda.

1 N. del E.: el 14 de octubre de 2018, en medio de la edición de este artículo, Monseñor Romero fue canonizado, cuestión que ha sido tomada como un suceso histórico importante que reconoce el legado de la Teología de la Liberación en América Latina, así como un acto relevante que llama a pensar, una vez más, en la impunidad de este caso.

A.Q. ¿Eso no quedó en paz una vez que se realizaron los Acuerdos, después de la guerra civil?

J.G. Lo que pasa es que es un crimen de lesa humanidad y sobre esa clase de crímenes pues no hay amnistía. Además, no solo que está la masacre de los jesuitas, están otras masacres en El Salvador. En realidad, hay una cosa con la historia de El Salvador. Si vos revisás la historia del siglo XX, la primera gran masacre sucede en 1932, cuando en cuatro días asesinan a cerca de treinta mil campesinos. El gobierno mandó al ejército a aplazar una rebelión. Esa gente tenía piedras y machetes y el ejército tenía lo que tenía, y eso fue una matazón espantosa. Luego, en los años 70 más masacres ocurrieron. En el entierro de Monseñor Romero, por ejemplo, había francotiradores en los edificios que comenzaron a disparar a la gente. Está en las imágenes. En otra masacre, la de Sumpul los soldados les dijeron a los campesinos que venían los guerrilleros asesinando gente. Los llevaron hacia el río y cuando la gente llegó de ambos lados del río hubo soldados que hicieron un fuego cruzado y mataron a toda una población. Igualmente, en la masacre de El Mozote, hubo cientos de personas muertas. La de los jesuitas igual, la de Monseñor Romero igual. Pero de todos esos crímenes, no hay ni un solo culpable, ni uno solo. Todos los crímenes están impunes.

A.Q. ¿No cree que en un conflicto tan grande como el que vive El Salvador sirvieron de algo los Acuerdos de Paz?

J.G. Acabaron la guerra y fue muy bueno acabar la guerra. El problema es que... cómo decirte... fue como alguien que tiene la mano engangrenada y le cortan la mano, pero le dejan el muñón a la intemperie y con el tiempo el muñón se infecta porque no se lo cuidaron, no le pusieron medicina, no lo vendaron. O sea, acabar con la guerra, firmar la paz, fue acabar con la mano, la mano enferma, pero el muñón lo dejaron así. Y eso sucedió en El Salvador, acabaron con la guerra, pero no acabaron con lo que había generado la guerra. ¿Qué pasó? Pues veinte años después, veintiocho años, treinta años después si en la guerra había diecisiete muertos al día, ahora hay veinticuatro muertos al día. Hemos llegado a tener hasta cincuenta y un muertos al día.

A.Q. ¿Pero estas muertes tienen que ver con grupos disidentes del gobierno o la violencia generalizada?

J.G. Con la violencia general: pandillas, narcotráfico... o sea, somos una sociedad enferma, totalmente enferma y no se hace nada... No podés a una herida de bala ponerle una vendita, porque, a lo mejor, deja salir sangre, pero por dentro, porque la bala sigue ahí, va a terminar matándote y es lo que sucede en el país.

A.C. Con respecto al impacto que ha tenido la novela, más que nada en El Salvador, ¿cuál ha sido la reacción en la sociedad civil y, especialmente, en las personas de veinte años de edad que eran, de lo que nos ha comentado, más o menos los lectores implícitos a los que la novela estaba dirigida? ¿Piensa que ha habido alguna reacción para pensar que Noviembre no ha sido una historia más, sino que se ha adentrado más en la sociedad?

J.G. Al principio hubo renuencia en vender el libro. Las librerías no querían comercializarlo, pero, poco a poco, la verdad es que el libro se ha ido vendiendo sorprendentemente bien. En realidad el libro ha tenido muchos lectores en El Salvador y eso es algo que pensé que no

podía pasar. Siempre tuve la ilusión de que eso ocurriera, pero pensé que no iba a ser posible. Sin embargo, además de haber tenido muchos lectores ha provocado muchas reacciones. La gente ha tomado esa historia y la traído al presente y eso creo que era realmente el objetivo del libro. Al menos lo era para mí.

A.Q. A tenor de la pregunta anterior, ¿cree que las personas empiezan a ver la justicia como algo necesario, al menos en casos de lesa humanidad como del que se habla en la novela? ¿Cree usted que tienen más consciencia las personas de esto gracias al texto?

J.G. No sabría decir eso, es decir, si crea ese tipo de consciencia. A lo mejor sí, porque te relacionas con un tema y quizás tomas consciencia de ello. A ver, en un país como El Salvador la gente busca sobrevivir para escapar de esa violencia. Y eso causa casi siempre una distracción y, por tanto, si estas distraído, si no estás pendiente de ciertas cosas es muy fácil olvidar. Creo que con esta clase de casos ha pasado eso también. No solo es que las instituciones quisieron que se olvidaran [los sucesos] al no ser partícipes [de las investigaciones], sino que las personas también estuvieron distraídas con su supervivencia. Quizá sí, este libro ha servido para que se tome consciencia de ello.

A.Q. ¿Se ha dado el debate público en universidades de El Salvador, así como ocurrió en la Universidad San Francisco de Quito?

J.G. Los debates han ocurrido mucho más en otras partes y muy poco de las universidades de San Salvador. Las veces que he dialogado en El Salvador, mis intervenciones han sido sobre todo por Skype porque no he estado viviendo allí. Pero hay una cosa que se debe constatar: en El Salvador, por increíble que parezca, las universidades, que son muchas, no tienen carreras de literatura. Entonces no hay un espacio propicio para esos debates.

A.Q. ¿Usted estudió Literatura?

J.G. Sí, pero cuando yo estudié en la UCA había la carrera de literatura. Ahora la literatura o la sociología no existen en la UCA. Y las revistas de literatura y todo ese aparataje pues no existe más. Yo todavía estaba estudiando cuando cerraron esta carrera así que eso sucedió así... cuando mataron a los jesuitas esa también fue una manera de callar a las voces y fue una herida bastante grande para todo el país.

A.Q. ¿En ese entonces había censura?

J.G. Había una clase de censura que te impedía escribir sobre cualquier cosa. Por ejemplo, yo recibí muchas amenazas [por escribir *Noviembre*] y no crean que el mío fue un caso aislado. Los periodistas están en una situación muy complicada en El Salvador. Es algo que pasa cotidianamente si uno escribe sobre ciertos temas. Hubo en 1980 un periodista que escribió un artículo sobre un enfrentamiento en un pueblo y sobre cómo ese pueblo había sido ganado por la guerrilla. Alguien que lo había conocido le dijo: *si publicas eso te van a matar*, porque publicar que la guerrilla había tenido una victoria era más o menos como ponerse de parte de ellos. En realidad, él no tenía esa intención, pero era tan cerrado todo lo que sucedía en esa época que lo mataron al día siguiente. Él publicó un día la noticia y al día siguiente lo mataron... lo acribillaron. Entonces él podía publicarlo, pero la libertad de expresión tenía

un precio: *bueno, publícalo, pero te matamos*. ¿Qué conlleva eso? A que luego, pues, nadie escriba sobre ciertos sucesos. ¿Cómo se explican que un hecho tan importante como lo que cuenta mi novela, no haya sido escrito por ningún salvadoreño en veinticinco años? Ningún historiador salvadoreño, ningún novelista salvadoreño... nada. No había absolutamente nada al respecto. Cuando yo estaba escribiendo *Noviembre*, la gente me decía: *¿cómo vas a escribir sobre eso? Te vas a meter en problemas*. La razón es esa: que te condiciona al miedo de lo que pueda suceder. La libertad de expresión es esa.

A.C. Tomando en cuenta lo que narra la novela, ¿cómo fue su experiencia personal en esa época en El Salvador?

J.G. Cuando a mí me preguntas sobre la guerra, debo decirte que yo fui un niño en esa época. Es cierto que vi cosas terribles. Asesinatos y otras cosas espantosas, pero, en realidad, tengo también recuerdos buenos. Por ejemplo, cuando había enfrentamientos fuertes había toques de queda. Yo vivía con mi madre y mi hermana donde mis abuelos. Entonces las habitaciones que tenían ventanas hacia la calle quedaban vacías, y todos nos reuníamos a dormir en una habitación de servicio, más allá del patio. Esa habitación estaba protegida por todas las paredes porque colindaba con otras casas. Poníamos colchones en el piso y para mí eso era una aventura. Todos dormíamos así, en silencio, o mi abuelo contaba alguna cosa. Nos encerrábamos allí a las seis de la tarde. Esos torneos de futbolito que relato en la novela los hacíamos también. Y cuando yo tenía cierta edad, durante la ofensiva, mi madre no se daba cuenta, pero a mí me gustaba salir a ver los aviones que estaban bombardeando en la ciudad. Venía el avión y soltaba las bombas. Se veía espectacular. No tenía consciencia de lo que estaba mirando. Tenía unos diez u once años.

Les voy a contar algo que puede sonar un poco tremendista. Tenía yo once años, era mi primer día de clases, estaba con un tío esperando un autobús en la parada y había un cruce de calles a veinte metros, más o menos. Cambió el semáforo y el autobús avanzó. Había un camión de soldados que se cruzó el semáforo en rojo y el autobús no pudo parar. Lo golpeo en la parte de atrás. Algunos soldados salieron volando y cayeron en una gasolinera, pero los que quedaron en el camión comenzaron a disparar al bus. Yo estaba ahí y, claro, tuve que reaccionar porque la gente entró en pánico. No sé cuántas personas habrán muerto. Uno se queda con este tipo de imágenes. Al pasar los años uno piensa y parecía que eso era un mal sueño. Un día, hace muy poco, estaba con mi tío y me dice: *¿te acuerdas el día que estábamos esperando el bus y lo ametrallaron?*. A veces me acordaba de esas escenas y parecía una mentira. Como cuando llegas al colegio y ves a muchos niños que se asoman y te asomas tú también al darte cuenta de que al vigilante lo acababan de matar. O sea, les quiero decir que convivía con la muerte constantemente. Pero cuando lo único que has hecho es convivir con la muerte, de alguna manera te acostumbras. Así intentas que no te afecte, aunque a la final termina afectándote.

Aunque ahora vivo en El Salvador, más o menos desde el 2010, fui mucho a España, donde me quedaba pequeñas temporadas. A veces salía a caminar por la noche y, al principio, me costaba mucho no voltear a ver atrás o a los lados para saber que no había nadie había. Me costaba mucho olvidarme de que no estaba en San Salvador porque allá me tocaba caminar viendo lo que pasaba en cada esquina. Tenía que estar consciente por si sucedía algo.

A.Q. En la novela hay un pasaje en el que regresa al San Salvador de los años 50 y se describe una sociedad más pacífica.

J.G. Pasó una cosa curiosa: la novela esta va a convertirse en una película el año que viene. Y el director, que es español, pasó mucho tiempo en El Salvador porque sus papás, que eran diplomáticos, habían puesto una empresa de zapatos allí. Este hombre desde su niñez pasó tiempo en mi país. Los recuerdos que él tenía eran de un pequeño paraíso. Lo que él me contaba era lo que yo había estudiado en periódicos, textos de historia o viendo fotografías antiguas. Aquello era un lugar muy hermoso. Me gusta mucho preguntarle a la gente cómo era esa época. Tenía un amigo que me contaba cosas idílicas. Todavía yo de niño podía ir al Cerro San Jacinto sin que sucediera mayor cosa, aunque vivíamos en tiempo de guerra. A veces podía ser peligroso, pero la mayoría del tiempo no. Si a las diez de la noche se te ocurría ir a la playa, salías y pedías aventón y alguien te llevaba. Y bueno otra gente me contaba un montón de cosas similares.

Este cineasta fue a El Salvador hace poco y se encontró con una pesadilla. Sigue siendo hermoso, pero no se puede ir al centro porque te juegas la vida y la suerte allí. Puede que no pase nada o puede que te encuentres con algo temible.

A.Q. ¿El gobierno hace algún tipo de esfuerzo por eliminar esta violencia?

J.G. Realmente hay esfuerzos de ONGs y similares. Es en verdad una cuestión de estructura social. Si no hay una consciencia hacia la violencia, esta no se puede radicar. No se puede curar un cáncer con aspirinas. Hay grupos de exterminio que subterráneamente son la solución del gobierno. Paramilitares que están asesinando a pandilleros. No es que esté *a favor* de los pandilleros, pero hay que preguntarse de dónde salieron los pandilleros. Las estructuras son las que lo permitieron.

