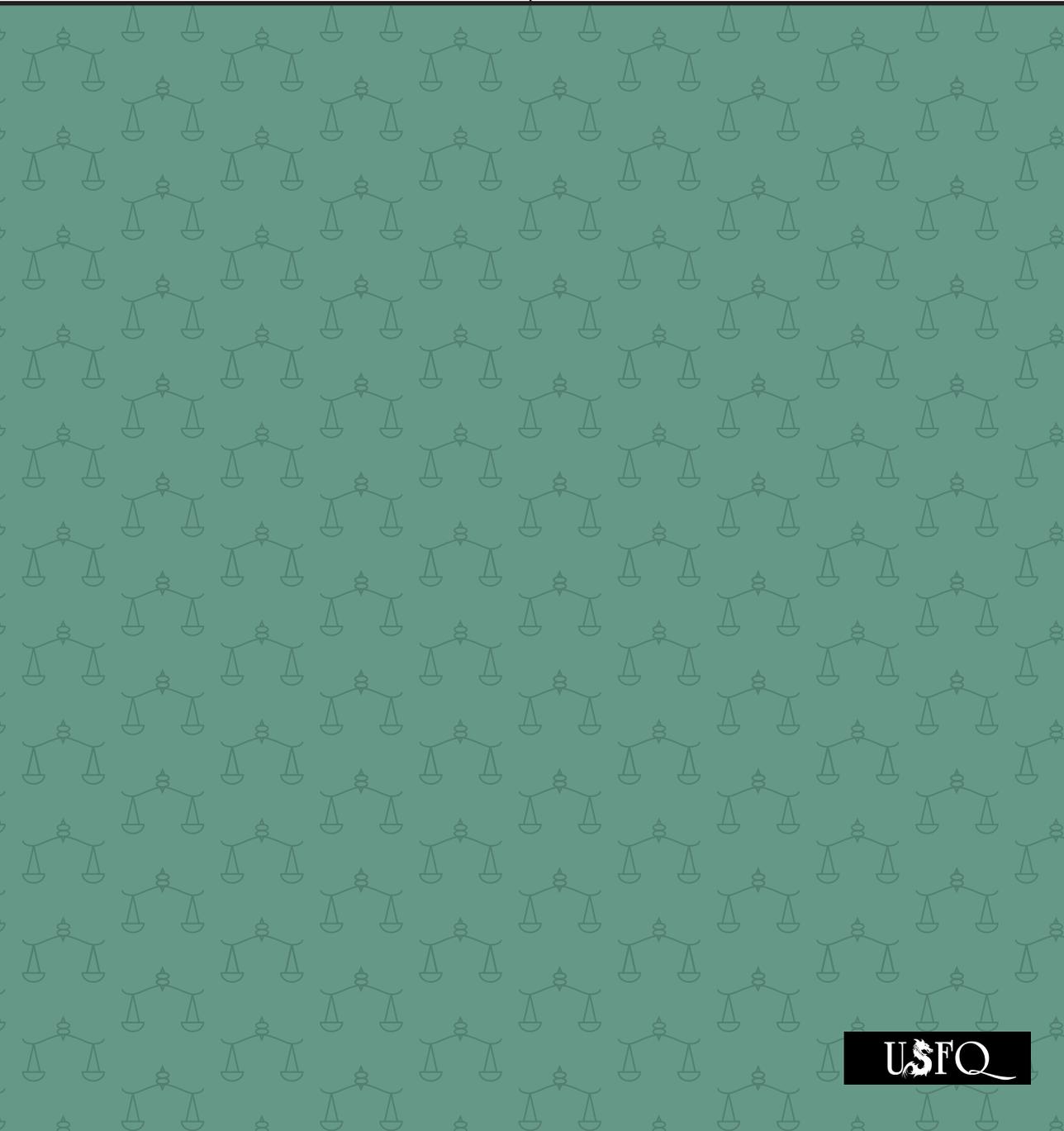


Nº 23, JUN. 2019

E-ISSN 2528-7834

# Juris Dictio.









# Iuris Dictio

**Director editorial**

Diego Falconí Trávez

**Coordinador editorial**

Efraín Caravantes

**Comité científico**

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

**Comité editorial**

Ximena Bustamante, Sophia F. Espinosa, Johanna Fröhlich, José Irigoyen, Álvaro Paul, Pier Pigozzi, Daniela Salazar Marín, Vladimir Villalba, Marena Briones, Eddy de la Guerra, Johanna Fröhlich, Andrés Martínez Moscoso, Daniela Salazar.

**Asistentes editoriales**

María Gabriela Andrade, Analía Andrade, Marco Antonio Benavides, Aura Chiriboga, María Alejandra Chauvín, Sebastián Correa, Michelle Cueva, Josselyn Espinosa, María Paula Marroquín, Abigail Quevedo.

**Diseñadora**

Mayra Overney-Falconí

**Webmaster**

Jaime Páez

**Maquetador**

Krushenka Bayas

**Traductora**

Megan Edwards

**Revisores pares de este número**

Belén Aguinaga, Daniel Caballero, Víctor Cabezas Albán, Hugo Cahueñas, Johanna Egas, Carmen Gómez, María Elena Jara, Vivian Monteiro, Marco Morales A., Alvaro Orbea, Gilda Orellana R., Andrea Peña, Edward Pérez, Verónica Potes, Gabriela Pozo, Daniela Salazar, Oswaldo Santos Dávalos, Bárbara Terán.

*Licencia legal:* Reconocimiento- NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.



LC: KHK 10 .I97 CDD: 340.05

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

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

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

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

E-mail: [revistaiurisdicio@usfq.edu.ec](mailto: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.

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

### 1. Política de secciones

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

#### Monográfico

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

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

#### Miscelánea

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

## **Reseñas**

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

## **Entrevistas**

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

## **2. Proceso de revisión por pares**

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

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

Las reseñas no estarán sujetas a la evaluación por pares.

## **3. Frecuencia de publicación**

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

## **4. Política de acceso abierto**

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

## **5. Envíos Online**

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

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

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

## **6. Normas para autores/as**

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

## **7. Derechos de autoría**

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

## **8. Edición de la revista**

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

## **9. Tiempo de publicación**

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

## **10. Declaración ética sobre publicación y malas prácticas**

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

## 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 tres 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.

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 23 es el primero en ser publicado íntegramente en versión digital, prescindiendo así de la edición en papel que hemos tenido desde la fundación de la Revista. De ahora en adelante todos los números estarán alojados en el siguiente dominio:

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

Por otro lado, esta edición, de modo excepcional, no cuenta con un dossier. No obstante, contamos con dos artículos, los últimos de la sección Miscelánea, y una entrevista que giran en torno a la libertad de expresión y que se vinculan al Congreso Internacional “Libertad de expresión: diálogos y reflexiones desde el derecho y la literatura”, realizado del 20 al 23 de junio de 2018, en Quito, Ecuador.

Desde el siguiente número volveremos a la normalidad, incluyendo la sección Dossier para, de este modo, seguir contribuyendo al estudio académico del derecho tanto en su generalidad como en su especificidad, a través de monográficos especializados.

*Equipo editorial*

## ÍNDICE

### MISCELÁNEA

- La protección de negocios a través de los acuerdos de no competencia en materia laboral  
The protection of businesses through non-competition agreements in labor law  
PABLO RENÉ CARRASCO TORRONTEGUI / PATRICIO POZO VINTIMILLA ..... 15
- ¿Arbitrando lo mío o lo tuyo? Naturaleza jurídica de los derechos de los inversionistas  
Arbitrating what is mine or what is yours? The legal nature of the rights of investors  
HUGO GARCÍA LARRIVA ..... 33
- Los derechos humanos y los TBI: Contravías, colisiones e intersecciones  
Human Rights and BIT: Intersections and collisions  
VÍCTOR DANIEL CABEZAS ..... 55
- El ejercicio del Derecho a la Ciudad en el Ecuador. Análisis normativo y práctico sobre su aplicación y restricciones en el Municipio de Cuenca  
The right to the city in Ecuador and its exercise. Normative and practical analysis of its application and restrictions within Cuenca's local government  
ANDRÉS MARTÍNEZ-MOSCOSO / FRANCISCO BERMEO CABRERA / ANA CECILIA SALAZAR ..... 71
- Libertad de conciencia/religión y libertad de expresión: discurso ofensivo hacia la religión y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos  
Freedom of religion and freedom of expression: Religiously offensivespeech and International Human Rights  
JACK DONNELLY..... 85
- La incompatibilidad de la titulación obligatoria de periodistas con los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos: el caso de Ecuador  
The incompatibility of the mandatory degree in journalism according to the Inter-American Human Rights Standards: The Ecuadorian case  
MIGUEL MOLINA DÍAZ..... 93

## **ENTREVISTAS**

Entrevista a Ariel E. Dulitzky. Estándares del derecho a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

Interview with Ariel E. Dulitzky. Standards of the right to freedom of expression in the Inter-American Human Rights System (IAHRS)

MARÍA GABRIELA ANDRADE POVEDA ..... 109

## **RESEÑAS**

¿Control Administrativo de la Jurisdicción? Régimen disciplinario del juez burócrata español y ecuatoriano. Milton Velásquez Díaz (2018). Universidad de Especialidades Espíritu Santo: Ecuador

ANDRÉS CERVANTES VALAREZO..... 121

# Iuris Dictio.

Nº 23, JUNIO 2019

E-ISSN 2528-7834

*Miscelánea*

*m*

*i*

*S*

*C*

*e*

*l*

*á*

*n*

*e*

*a*

*.*



# LA PROTECCIÓN DE NEGOCIOS A TRAVÉS DE LOS ACUERDOS DE NO COMPETENCIA EN MATERIA LABORAL

## The protection of businesses through non-competition agreements in labor law

PABLO RENÉ CARRASCO TORRONTÉGUI<sup>1</sup>  
Universidad de las Américas (Ecuador)

PATRICIO POZO VINTIMILLA<sup>2</sup>  
Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador)

### Resumen

Los empresarios tienen el interés comercial de proteger su negocio y evitar que sus ex trabajadores realicen actividades económicas que compitan de forma directa, o a través de terceros, con su negocio tras la terminación de la relación laboral. Uno de los mecanismos de protección más utilizados es el acuerdo de no competencia, que establece la limitación del ex trabajador de poder concurrir en el mercado donde opera su empleador. Dado que este acuerdo contiene una limitación al ejercicio de derechos laborales y económicos garantizados en la Constitución de la República, y frente a la falta de una normativa que regule de forma precisa estos acuerdos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la doctrina y jurisprudencia internacional han desarrollado los requisitos que deberían contener estos acuerdos para su validez, como son: la existencia de un interés comercial legítimo del empleador, una compensación económica adecuada al ex trabajador, delimitación temporal, acuerdo por escrito, y limitación del mercado relevante únicamente en el segmento o actividades que entran en competencia.

### Palabras claves

Derechos del trabajador, acuerdos de no competencia, interés comercial, compensación económica.

### Abstract

Entrepreneurs have the commercial interest to protect their business and prevent their former employees from engaging in economic activities that compete directly, or through third parties, with their business after the termination of the employment relationship. One of the most common protection mechanisms is non-competition agreements, which establish the limitation of the former employee being able to compete in the market where their former employer operates. Given that these agreements contain a limitation to the exercise of labor and economic rights guaranteed in the Constitution of the Republic, and in the absence of a regulation that precisely

<sup>1</sup> Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho, en la Universidad de las Américas Quito – Ecuador (materias mercantil, laboral, civil). Es abogado, doctor en Jurisprudencia (Universidad Internacional SEK), magister en Derecho, Mención en Derecho de Mercado (Universidad Andina Simón Bolívar), máster en Derecho de Empresa, Asesoría Mercantil, Fiscal y Laboral (Universidad de Valencia) y doctorando en Derecho, Ciencia Política y Criminología (Universidad de Valencia). Correo electrónico: pablo.carrasco@udla.edu.ec ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8396-6681>

<sup>2</sup> Docente de Derecho de la competencia en la Universidad Andina Simón Bolívar. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y especialista Superior en Derecho de la Empresa (Universidad Andina Simón Bolívar). Obtuvo su LL.M. en Advance Legal Science (Universidad Pompeu Fabra). Correo electrónico: ppozo.stf@gmail.com



regulates these agreements in the Ecuadorian legal system, international doctrine and jurisprudence have developed the requirements that should be included for the validity of the agreement, such as: the existence of a legitimate commercial interest of the former employer, adequate economic compensation to the former employee, temporal delimitation, written agreement; and, limitation of the relevant market only in the segment or activities in competition.

### **Keywords**

Worker Rights, Non Competition Agreements, Commercial Interest, Economic Compensation.

## **1. Desarrollo sobre el fundamento práctico de los acuerdos de no competencia**

En la actualidad, resulta cada vez más frecuente que los agentes económicos<sup>3</sup> creen mecanismos para proteger la información sensible respecto del giro de negocio de la empresa. Por tal razón, se ha tornado una práctica habitual entre estos agentes, la suscripción de contratos que limiten la posible competencia desleal con aquellas personas que pudieran llegar a conocer, o tener acceso a información comercial estratégica propia de la unidad de negocio, por ejemplo, los administradores, Chief Executive Officer (CEO) —representantes legales— y los trabajadores especializados; que, en el supuesto caso de competir en un futuro con la empresa, podrían aprovecharse de este conocimiento e información empresarial en beneficio propio o de terceros.

Los acuerdos de no competencia<sup>4</sup>, tienen como finalidad el evitar una posible competencia desleal, sin embargo, este tipo de acuerdos pueden llegar a afectar derechos constitucionales, como son: el derecho al trabajo; el derecho a desarrollar actividades económicas; y, por lo tanto, el derecho a competir en el mercado (Corte Constitucional del Ecuador, 2014, sentencia No. 171-14-SEP-CC.). En los siguientes párrafos, se realizará un análisis de la naturaleza y legalidad de los acuerdos de no competencia entre empleadores y trabajadores, y su aplicación en el Ecuador; así como, además se delinearán los requisitos que la jurisprudencia y doctrina internacional han desarrollado para este tipo de acuerdos.

Para efectos del presente artículo debemos dejar anotado que los acuerdos de no competencia pueden estar relacionados con los convenios de confidencialidad; los cuales están regulados mediante la figura de protección de secretos empresariales constante en el artículo 545 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos y el artículo 27, numeral 7, de la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado. Sin embargo, considerando la amplitud del tema, el estudio se limitará a los requisitos de validez y efectos jurídicos de los acuerdos de no competencia.

### **1.1. Diversos ámbitos en los que se pueden aplicar los acuerdos de no competencia**

Los acuerdos de no competencia pueden ser realizados entre distintos agentes económicos, fundamentalmente lo que la doctrina llama contratos de colaboración (Alcalde Silva, 2017, p. 407), como en contratos de distribución o de franquicia; o entre agentes económicos y sujetos que, en principio pueden no ser competidores, pero que pasado un tiempo podrían serlo, como es el caso de trabajadores, gerentes y administradores de negocio en general.

<sup>3</sup> Para efectos de este artículo, se entiende como agente económico a toda persona natural o jurídica públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional.

<sup>4</sup> Por acuerdos de no competencia, se entenderá a todo tipo de convenios, pactos y cláusulas en las que se encuentre la prohibición de competencia post contractual.

Así, vemos que es muy común en los contratos de franquicia, incorporar una cláusula de no competencia entre el franquiciado y el franquiciante, mientras dure la relación comercial y por un tiempo posterior a la finalización del contrato.

Otro tipo de acuerdo de no competencia es el que suscriben las empresas con personas que, si bien no son competidores directos al momento de la suscripción del contrato, podrían serlo en un futuro; o prestar sus servicios a otros agentes económicos que sí son competidores directos. A modo de ejemplo se encuentran los acuerdos de no competencia suscritos entre la empresa con sus respectivos gerentes o trabajadores.

En tal virtud, la naturaleza jurídica del convenio de no competencia se derivará de la calidad de los propios suscriptores, pudiendo ser ésta de carácter mercantil, civil o laboral.

Teniendo en cuenta el amplio campo de aplicación de los acuerdos de no competencia, este artículo se enfocará únicamente en los acuerdos de naturaleza laboral suscritos entre empleadores con sus trabajadores.

## **1.2. Normativa laboral ecuatoriana y la falta de regulación de los acuerdos de no competencia post contractual**

Es posible que la competencia entre un empleador y un trabajador pueda darse tanto durante la relación laboral, como después de concluida ésta.

Al respecto, el Código de Trabajo (artículo 46 literal g) prohíbe a los trabajadores: “Hacer competencia al empleador en la elaboración o fabricación de los artículos de la empresa”. En tal virtud, mientras dure una relación laboral, conforme el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el trabajador se ve impedido de realizar por cuenta propia, o ajena, actos de competencia a su empleador<sup>5</sup>.

Si se considera la temporalidad de la relación laboral, tal limitación tiene efecto en la medida que dure el contrato de trabajo y, por lo tanto, una vez concluida la relación laboral termina también la prohibición contenida en la disposición legal enunciada.

En este escenario normativo, una vez terminada la relación laboral, en principio, resulta plausible que el trabajador pueda competir con el ex empleador y de esta forma aprovechar para su beneficio, o de terceros, los “intereses competitivos” (Sierra Herrero, 2014, p. 110) adquiridos durante la relación laboral, como puede ser, su conocimiento sobre el funcionamiento del área de negocio, de la estructura del mercado, o aprovechar información del empleador, como son listas de clientes, proveedores, fórmulas, información confidencial, entre otros.

Ante la evidente ausencia de disposiciones legales que regulen los acuerdos de no competencia con efectos posteriores al contrato de trabajo, se resalta la importancia de la temporalidad en que las partes suscriban dichos acuerdos de no competencia; así encontramos que éstos pueden ser celebrados: al inicio de la relación laboral —es decir, con la suscripción conjunta del contrato de trabajo—; durante la misma y una vez terminado el contrato.

En el caso en que el convenio fuere suscrito de manera conjunta con el contrato de trabajo, la libertad de negociación de la parte contratada se vería orientada al interés de acceder al puesto de trabajo, teniendo en cuenta factores como la oferta y demanda laboral existente para el cargo o puesto al que está accediendo, así como de las necesidades económicas propias del trabajador.

Por el contrario, en el caso que el convenio de no competencia post contractual sea suscrito una vez que se encuentre en vigencia el contrato de trabajo, se debe considerar la

<sup>5</sup> Similar situación ocurre para los administradores de empresas de conformidad con los artículos 130 y 261 de la Ley de Compañías.

limitación de la autonomía de la voluntad contractual derivada de la relación de dependencia y subordinación, propia de la relación laboral; en este escenario la presión del trabajador se encontrará en la posible y condicionada terminación del contrato trabajo por la falta de suscripción del señalado acuerdo.

Finalmente, resulta evidente que, solo en el caso en que el convenio de no competencia fuese suscrito una vez concluida la relación laboral, las partes tendrán plena libertad de negociación para acordar las condiciones que les sean más favorables, las cuales se enmarcarían ya fuera del ámbito laboral, para entrar así al ámbito civil.

### **1.3. Análisis de la constitucionalidad de los acuerdos de no competencia en el marco del derecho laboral**

Desde la perspectiva de la finalidad del acuerdo de no competencia, se debe tener en cuenta que el mismo tiene como efecto directo el impedir que el extrabajador realice por su cuenta —o cuenta de terceros— la misma actividad económica que ha venido realizando hasta el momento; por lo que, para el empleador la suscripción del convenio evita una futura competencia, mientras que para el extrabajador dicho acuerdo conlleva implícita una limitación a realizar actividades laborales en un área de negocio específico.

Resulta necesario anotar que, si bien dichos acuerdos nacen de la autonomía de la voluntad de las partes (Código Civil, artículo 1561), como expresión de la libertad de contratación (Constitución de la República, art. 66 numeral 16), por otro lado, el derecho al trabajo también se encuentra reconocido en la Carta Magna (art. 33), por lo que, una excesiva limitación de este derecho podría constituirse en una vulneración del mismo, conforme lo desarrollaremos más adelante.

En este orden de ideas, en la doctrina internacional, los autores Eric Castro Posadas (2009, p. 247) y Alfredo Sierra Herrero (2014, p.134), al abordar la posible contradicción de derechos constitucionales, en referencia a los respectivos ordenamientos jurídicos peruano y chileno, han optado por realizar diferentes exámenes teóricos de proporcionalidad respecto a la limitación al derecho al trabajo, los cuales, a nuestro criterio son claramente aplicables para el caso ecuatoriano<sup>6</sup>.

Sin profundizar demasiado en el “test de proporcionalidad de derechos”, el presente artículo se limitará a señalar que los derechos constitucionales no son absolutos y por lo tanto pueden ser objeto de limitaciones (Corte Constitucional del Ecuador, 2014, sentencia No. 005-14-SCN-CC); siempre y cuando, tal limitación no implique una restricción al ejercicio del derecho; en otras palabras, que el ejercicio del derecho se vuelva impracticable (Corte Constitucional del Ecuador, 2017, sentencia No. 005-17-SIN-CC). Al respecto, la limitación del ejercicio de un derecho constitucional tiene su origen en la regulación infra constitucional del mismo; es decir, proviene de la expedición de leyes.

Finalmente, los convenios o contratos también pueden ser un medio para limitar el ejercicio de derechos constitucionales; esto sucede en la medida que las partes contractuales establezcan obligaciones que se relacionan con el ejercicio efectivo de estos derechos; para ilustrar lo indicado, Landa Arroyo César plantea, a modo de ejemplo, el acuerdo entre dos empresas que genera una obligación de no hacer, o el convenio de dos vecinos en el cual uno se “obliga a no construir una edificación en un terreno de su propiedad para satisfacer la vista paisajística” del otro (Landa Arroyo, 2014, p. 318).

<sup>6</sup> Tanto la legislación chilena como peruana, a la fecha de la publicación de los respectivos trabajos académicos mencionados, no contaban con regulación respecto a los acuerdos de no competencia post contractual.

En estos ejemplos se observa que cada uno de ellos tiene como efecto la limitación del ejercicio de un derecho contenido en la Constitución, en el primero el derecho a desarrollar una actividad económica y en el segundo el derecho a la propiedad. Sin embargo, la constitucionalidad de dichos contratos no estaría comprometida en la medida que las partes no se están desprendiendo de la titularidad de los mismos, por el contrario, limitan únicamente su ejercicio (2014, p. 318).

Ahora bien, no sería razonable considerar que mediante un contrato se puede vulnerar derechos constitucionales de primera generación (Bonet de Viola, 2016, p. 21), como son el derecho a la vida, la libertad de movimiento, de expresión, de reunión, o religiosa, entre otros. Sin embargo, una posible limitación contractual, producto de la autonomía de la voluntad de las partes, bien puede tener lugar en derechos también constitucionales como el de propiedad o de realización de actividades económicas.

En tal sentido, tiene lugar la pregunta, si ante la falta de regulación por parte del legislador, ¿es posible una limitación al derecho al trabajo producto de la suscripción de un convenio o contrato?; teniendo en cuenta que nuestra constitución señala que el ejercicio del derecho al trabajo es fuente de realización personal (Constitución de la República, art. 33) y de vida digna (art. 66 numeral 2) de las personas; así como la necesaria atención del bloque especial de protección de los trabajadores (arts. 326), en particular la intangibilidad y prohibición de renuncia de derechos laborales (art. 326, numeral 2); y la posibilidad de la transacción laboral, siempre que no implique renuncia de derechos (art. 326 numeral 11).

Como hemos señalado en párrafos anteriores, si bien los efectos del convenio de no competencia post contractual tienen lugar una vez terminada la relación laboral, dicho acuerdo contiene una limitación para el extrabajador de ejercer plenamente su derecho al trabajo. Por lo tanto, para que surta pleno efecto jurídico, el acuerdo de no competencia postcontractual no deberá resultar restrictivo de derechos del extrabajador.

Si bien, el derecho al trabajo, entendido como la libertad de trabajar, no es un derecho absoluto, las limitaciones impuestas por medio de un contrato o convenio no pueden ser tales que impliquen la anulación de este derecho, teniendo en cuenta además la categoría especial del derecho al trabajo, que busca la protección de la parte más débil de la relación laboral (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 016-13-SEP-CC, 2016).

Por otra parte, la libertad contractual tampoco puede ser entendida como un derecho absoluto, ya que, la autonomía de la voluntad tiene su propia limitación en la Constitución y la Ley. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia —actual Corte Nacional— ha señalado que “no siempre lo libremente convenido es justo” y en tal virtud, le corresponde al juzgador la responsabilidad de desempeñar el papel de guardián de equidad de los contratos, y establecer pautas de limitación a la autonomía de la voluntad de los contratantes (Corte Suprema de Justicia, 2001, sentencia No. 204-2001, R.O. No. 364, p. 24).

Por lo indicado, ante la falta de una regulación respecto a la limitación de derecho de los trabajadores por la suscripción de acuerdos postcontractuales entre empleadores y extrabajadores, es nuestra opinión que estos acuerdos deben contener ciertos requisitos que vuelvan proporcionales las obligaciones de las partes, y justifiquen adecuadamente la limitación de derechos constitucionales.

A partir de un análisis de legislación comparada, y de jurisprudencia internacional, señalaremos cuales son los requisitos mínimos que deberá tener un acuerdo de no competencia en el ámbito laboral.

## 2. Requisitos de validez del convenio de no competencia

Los acuerdos de no competencia surgen por el interés industrial o comercial del empresario de impedir que su extrabajador realice actos de competencia directa o indirecta en contra de él, tras la terminación de la relación laboral. Conforme lo expuesto anteriormente, existe un conjunto de derechos de rango constitucional que pueden resultar afectados por la no concurrencia del trabajador, y por tal motivo deben cumplirse ciertos requisitos o condiciones para que este tipo de acuerdos resulten válidos.

*A priori*, debemos señalar que en el derecho comparado no existe un criterio uniforme sobre cuales requisitos son considerados como esenciales para la validez del acuerdo de no competencia. Sin embargo, varios países han aceptado a nivel internacional este tipo de acuerdos dentro de sus sistemas jurídicos, sea de forma legislativa o desarrollada a través de la jurisprudencia de los tribunales de justicia.

Respecto a los países que no han aceptado la existencia de los acuerdos de no competencia, citaremos el caso de Colombia, donde el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 44 estipula que los acuerdos de no competencia que se suscriban con los trabajadores serán ineficaces, salvo aquellos suscritos con los trabajadores técnicos, industriales o agrícolas, a los cuales se podrá fijar un periodo de un año de abstención a actividades concurrentes con su empleador, siempre que se contemple la correspondiente indemnización.

La excepción contemplada en el Código Sustantivo del Trabajo fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Colombia, al considerar que atentaba contra el derecho constitucional de la libertad de trabajo (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 1973). El pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia cerró toda posibilidad de utilizar esta figura jurídica en Colombia.

En conclusión, el tratamiento del acuerdo de no competencia dependerá de cada país y las condiciones que su legislación y jurisprudencia hayan fijado para considerarlo válido.

### 2.1. Existencia de un interés comercial legítimo y justificado del Empleador

El interés comercial legítimo es un concepto jurídico indeterminado que abarca un amplio espectro de ámbitos en los cuales un agente económico puede tener un interés de carácter económico, en lo que se refiere a los acuerdos de no competencia. La jurisprudencia internacional ha señalado en múltiples fallos<sup>7</sup> que existirá un interés comercial cuando el empleador y el extrabajador se encuentren compitiendo en el mercado, es decir que, comparando las actividades que ejecuta el extrabajador, este se encuentre prestando un servicio u ofertando un producto con similares características a los que brinda su anterior empleador, orientado a un mismo segmento de mercado, y ambos agentes económicos compitan por la obtención de una misma clientela, experimentando el empleador una afectación económica (Talos del Rio, 2017, pp. 6-8; Kocabaşoğlu, 2017).

La amplitud del concepto de interés comercial se puede observar en un fallo del Tribunal Superior de Cataluña, en el cual se estableció que este interés puede comprender aspectos como la protección de las relaciones que el empleador tenga con su clientela o proveedores, procedimientos internos, así como la inversión que ha realizado en sus trabajadores (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 2001).

<sup>7</sup> En España se han pronunciado los siguientes fallos: STSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2015 (Rec. núm. 3553/2015); STSJ de Cataluña de 23 de abril de 2001 (Rec. núm. 3428/2001); STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2003 (Rec. núm. 4927/2002). STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2014 (Rec. núm. 4294/2014). En Puerto Rico: *Aconi Telecommunications, Inc. v. Noa*, 136 D.P.R. 579 (1994).

La afectación a los intereses económicos de un agente puede, por ejemplo, producirse por la divulgación de información empresarial o arrebatar clientela, actuaciones que entran en directa competencia con su empleador y que requieren utilizar los conocimientos y habilidades adquiridos durante la relación laboral.

Uno de los activos de mayor valor y protección para los agentes en el mercado es, sin duda, la información empresarial que estos poseen frente al resto de competidores, denominada información estratégica o sustancial y de gran relevancia a nivel competitivo, dado que permite influir directamente en la capacidad competitiva de un agente económico o en las condiciones del mercado. Este tipo de información por lo general se refiere a los precios, volúmenes de venta, lanzamiento de nuevos productos o futuras estrategias de inversión (Whish / Bailey, 2012, pp. 585-590; Ortiz Blanco / De la Mula Reyes, 2008, pp. 385 y 386).

La jurisprudencia y legislación europea han establecido para el análisis de casos dentro del mercado común europeo, los siguientes elementos para que la información empresarial sea clasificada como estratégica, debiendo cumplirse con los cuatro siguientes criterios:

- a. Información técnica o comercial, así como los procesos relacionados con los negocios de la compañía;
- b. Información que detalle la posición competitiva del agente;
- c. Conocida por un número limitado de personas o instituciones (es secreta), y
- d. Se mantiene la confidencialidad de la información (European Commission, s.f.).

Considerando el valor económico que presenta esta información estratégica para las empresas, se puede entender el interés del empleador de custodiar este tipo de información y generar los mecanismos legales para que no pueda ser aprovechada por otros agentes del mercado. Resulta evidente que, durante el desarrollo de las actividades empresariales, los trabajadores, técnicos y cargos gerenciales que tenga un contrato laboral, accederán y aprehenderán en mayor o menor medida la información estratégica de su empleador, por lo que finalizado el contrato de trabajo resulta razonable que el extrabajador decida competir con su antiguo empleador, aplicando la experiencia, conocimientos y destrezas adquiridos durante la relación laboral.

Frente a los trabajadores que cuenten con información estratégica, la empresa puede afrontar los siguientes escenarios: a) un extrabajador que cuente con los conocimientos técnicos, financieros, legales o empresariales relevantes dentro de un mercado específico, que decida empezar su propio negocio prestando el mismo servicio o creando bienes similares a los de su antiguo empleador; y b) otras empresas competidoras decidan aprovechar el conocimiento de ciertos extrabajadores y decidan incluirlos en su equipo para adquirir información estratégica de su empleador, y así obtener una ventaja competitiva (Sierra Herrero, 2014, pp. 110-112).

En los escenarios antes señalados, el empleador deseará implementar una serie de mecanismos para proteger su organización empresarial y sus intereses económicos, entre ellos su cuota de mercado. Considerando la serie de desafíos que pueden enfrentar las empresas en el desarrollo de sus actividades, los acuerdos de no competencia representan un mecanismo eficiente para la protección temporal de los intereses comerciales del empleador.

A manera de ejemplo, un caso relevante del derecho de la competencia de los Estados Unidos (*Antitrust*), revela cuales son los incentivos de las compañías de no permitir que sus trabajadores formen parte de sus competidores, el caso *Pepsico Inc. v. Redmond* (1995, No.94-3942) plantea la problemática de la “fuga de talento” a otros agentes competidores (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, 1995, *PepsiCo, Inc., v. Redmond*, No.94-3942).

Los hechos del caso se resumen de la siguiente manera: la compañía PepsiCo producía *All Sport* y su competidora Quaker Oats producía *Gatorade*; ambas bebidas

hidratantes para deportistas. William E. Redmond era un Ejecutivo de alto nivel en PepsiCo, que conocía los planes de expansión, precios, mercadeo y distribución de la bebida *All Sport*, pero renunció el 10 de noviembre de 1994 con el propósito de posesionarse como vicepresidente de operaciones de campo de *Gatorade*; seis días después de la renuncia, PepsiCo demandó a Redmond buscando impedir que éste revelara a su nuevo empleador los secretos comerciales de la empresa.

Aunque no existían evidencias claras de filtraciones y sólo se probó cierta falta de ingenuidad o *lack of candor* (1995, No.94-3942) por parte de Redmond, la Corte de Apelaciones del séptimo circuito del estado de Illinois determinó que había un alto grado de probabilidad de que se filtraran los secretos empresariales de PepsiCo, razón por la cual admitió la demanda, prohibiendo a Redmond ocupar su cargo hasta mayo de 1995 y evitar que revele secretos comerciales e información confidencial de PepsiCo por siempre (Wang Jay, 2013). La Corte de forma pragmática señaló que Redmond no puede olvidar todo lo que aprendió en PepsiCo y sus labores diarias requieren utilizar tales conocimientos, pero lo que la Corte no abordó en su análisis son las medidas para salvaguardar el derecho al trabajo del señor Redmond.

Para la existencia de los acuerdos de no competencia, el empleador deberá contar con un interés comercial legítimo y justificable; es decir que, sin la protección de una cláusula de no competencia, su negocio se vería sustancialmente afectado por la competencia que podrían generar sus extrabajadores.

La no concurrencia de los trabajadores en un mercado determinado deberá estar fundamentada en el perjuicio económico que experimentaría el empleador por el hecho de que el trabajador tenga, efectivamente, conocimientos empresariales en relación con las técnicas organizativas o de producción de la empresa, de las relaciones personales con la clientela o proveedores, etc. A partir de ese efectivo interés industrial o comercial, se determinará el ámbito funcional (la actividad paralela dentro un campo profesional idéntico o próximo) y espacial (el territorio en el que la empresa realiza efectivamente su actividad) del acuerdo.

Es posible observar un escenario en el que una de las partes informe a la otra sobre la desaparición sobrevenida del interés comercial, por ejemplo, cuando exista un cambio en el giro social del agente económico o este traslade sus operaciones a otro mercado geográfico; en dichos casos, la parte que invoque este hecho deberá contar con los suficientes elementos probatorios a fin de que el tribunal pactado para dirimir las controversias decida sobre su procedencia y extinga la obligación de pagar la compensación económica o permita al trabajador realizar la actividad prohibida.

La exigencia de que exista un interés comercial justificado limita a su vez el margen de aplicación de los acuerdos de no competencia, dado que no sería justificable el aplicarlo a todo el personal de una empresa. Si se considera la afectación al derecho constitucional de libertad de desarrollar actividades comerciales y el derecho al trabajo, esta limitación solo aplicaría a los trabajadores que cuenten con un conocimiento comercial o técnico relevante respecto de su empleador, y que su salida represente un riesgo para sus intereses económicos, especialmente relacionado con los cargos gerenciales o que tengan acceso a información estratégica durante la ejecución de sus actividades.

## 2.2. La constancia del acuerdo por escrito

Al considerar que el trabajador se encuentra en una relación de subordinación frente a su empleador, y que su poder de negociación se encuentra limitado, el fijar como requisito de validez que los acuerdos de no competencia deban constar por escrito, obliga a las partes

contractuales a fijar de forma clara la serie de contraprestaciones acordadas tanto para el empleador como para el trabajador<sup>8</sup>.

Un ejemplo de lo señalado en el párrafo anterior es la limitación en el alcance de la prohibición, al estipularse las actividades o segmentos de mercados en los cuales el extrabajador no podrá concurrir, destacando que no se deberá prohibir de forma absoluta la concurrencia a un mercado; por ejemplo, el prohibir laborar en el mercado alimenticio de forma absoluta, cuando solo debería abarcar un sector de dicho mercado. Este tema se analizará con mayor profundidad en el punto 5 del presente artículo.

El pacto de no competencia es un negocio jurídico bilateral que genera una serie de derechos y obligaciones para ambas partes, y dado que ambos han acordado un conjunto de contraprestaciones, que consta en el convenio escrito, una de las partes no podrá modificarlo o extinguirlo de forma unilateral.

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo de España (STS) ha declarado que el desistimiento unilateral realizado por una empresa respecto de un pacto de no competencia postcontractual, afecta a la legítima expectativa del extrabajador de recibir una indemnización. La posibilidad de modificarlo o extinguirlo no puede dejarse a la decisión unilateral de una de las partes, al afectar en gran medida los intereses de la contraparte, debiendo ser declarada nula la cláusula que así lo establezca (STS, Rec. núm. 38052, 2003), (STS, Rec. núm. 1727, 2004).

### 2.3. Compensación económica “adecuada”

Al analizar el derecho comparado se observa que no todos los países que han aceptado la cláusula de no competencia de forma legislativa o jurisprudencial han adoptado un criterio uniforme en torno a la necesidad de que el extrabajador cuente con una compensación por el tiempo que no realizará sus actividades económicas.

La fundamentación por la cual debe existir una contraprestación económica subyace de la necesidad del trabajador de contar con una estabilidad económica al finalizar la relación laboral, dado que el pacto impide que el trabajador desarrolle actividades en el segmento de mercado donde precisamente cuenta con mayor experiencia y conocimientos (Tallos del Río Jesús, 2017, p. 10; STSJ de Cataluña, 2009, Rec. núm. 6584). El trasladar ese bagaje de competencias a otros mercados presenta un grado de dificultad que dependerá en mayor o menor medida del grado de especialización del trabajador<sup>9</sup>. La protección del derecho constitucional al trabajo se vería en cierta medida lograda con el pago de una contraprestación a favor del trabajador por su tiempo de inactividad.

Respecto de este requisito, el Tribunal Superior de Cataluña estableció la necesidad de que exista una compensación adecuada para el extrabajador, al considerar que este requiere de una estabilidad económica al término de la relación laboral, dado que el pacto le impide el “desarrollar su trabajo en el ámbito en el que había venido prestando servicios habitualmente y donde presumiblemente puede ofrecer sus mejores habilidades y competencias” (STSJ de Cataluña, 2012, Rec. núm. 2074).

<sup>8</sup> Varias legislaciones a nivel internacional han incorporado como requisito que los acuerdos de no competencia deban constar por escrito, destacando los siguientes ejemplos: Italia en el artículo 2125 del Código Civil Italiano; en Suiza debe existir en un documento *written undertaking* (artículos 340, 340a, 340b y 340c del Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code). En el caso de Chile se ha reconocido jurisprudencialmente la validez de este tipo de acuerdos, véase el caso Corte Suprema de Chile (2009, ROL No. 3985-2009).

<sup>9</sup> El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha considerado como factor para la fijación de la compensación, la complejidad con la que el trabajador pueda emplearse en un empleo diferente, requiriendo una mayor compensación si se tratara de un trabajador con conocimientos especializados que pueda ser contratado por pocas empresas como es el caso del mercado de desarrollo de software. Véase: STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2007 (Rec. núm. 7703/2005).

En Chile, la Corte de Santiago en el caso *Behrmann con Chep Chile S.A.* (Corte de Apelaciones de Santiago, 2010, ROL No. 1367), estableció como uno de los principales puntos a considerar al momento de determinar la validez de la cláusula (Corte Suprema de Chile, 2009, ROL No. 5152)<sup>10</sup>, es que mientras duró la relación laboral, el trabajador recibió una compensación económica de carácter mensual como contraprestación por la inactividad, y que equivalía aproximadamente a un tercio del sueldo mensual del trabajador (Sierra Herrero, 2014, p. 128).

En atención a las sentencias antes mencionadas, el acuerdo que no contemple una compensación económica a favor del extrabajador y restrinja su derecho al trabajo adolecerá de nulidad absoluta, no siendo exigible al extrabajador que se abstenga de realizar actividades que entren en competencia directa o indirecta con el giro de negocio del empleador.

Uno de los temas de mayor debate que a nivel doctrinario y jurisprudencial se genera, es el monto que se debe fijar para que la compensación económica se tenga como “adecuada”<sup>11</sup> para los trabajadores. La legislación de países como España, Italia o Puerto Rico no establecen de forma concreta el monto que deberá recibir el trabajador, dejando a la autonomía de las partes el fijar el monto y la forma de pago (Sierra Herrero, 2014, p. 117; Nogueira Guastavino, 1998, pp. 85-101).

Esto puede deberse a que solo las partes involucradas conocen el nivel de restricción y beneficios que reportará para cada uno la no concurrencia, debiendo ser ellos los que determinen el monto adecuado.

Para evaluar si la compensación económica resulta adecuada para el trabajador, se deberán considerar parámetros como el ámbito de especialización, la remuneración mensual percibida y el tiempo de duración que tendrá el pacto, debiendo ser mayor la compensación si la prohibición aplicará durante un mayor plazo, como se mencionó anteriormente.

El pago de la compensación económica puede ser realizado de dos formas: la primera es durante el tiempo en que el trabajador ejerce sus labores al servicio del empleador y el pacto de no competencia ha sido previamente acordado, en este caso el trabajador recibirá dentro de su remuneración un mayor valor, al incluirse un rubro correspondiente al pago por la no concurrencia futura.<sup>12</sup> En el segundo escenario, una vez terminada la relación laboral, el empleador deberá cancelar el valor acordado en el convenio de no competencia, hasta la terminación del plazo del acuerdo.

Un ejemplo de lo antes analizado se observa cuando suscrito un pacto de no competencia durante la relación laboral, al término de esta el empleador cambia de opinión y decide que su extrabajador podrá realizar actividades económicas que entren en directa competencia con el empleador, a cambio de no pagar la compensación económica debida. Como señalamos anteriormente este tipo de decisiones unilaterales no deberían tener validez y daría lugar a un posterior reclamo por el incumplimiento contractual.

Cualquier reclamo que puedan realizar las partes exigiendo que un extrabajador no realice actividades comerciales que tengan relación con el giro comercial del empleador, incluso comprobándose que aplica técnicas o conocimientos adquiridos durante la vigencia de la relación laboral, o si el extrabajador exige el pago de la compensación económica acordada,

<sup>10</sup> La Corte Suprema de Chile dentro del análisis del caso “Adiserv y Adicorp con Bordachar”, no consideró indispensable que la cláusula de no competencia debería de forma obligatoria contemplar una compensación económica, sin embargo, de los hechos del caso se desprendería que el trabajador recibía una elevada remuneración que compensaba en cierta forma dicho requisito.

<sup>11</sup> En el evento de suscitarse una controversia sobre el monto de la compensación, España ha optado por que los tribunales de lo social decidan cual sería el monto adecuado para el trabajador, al no existir ningún parámetro para su fijación en la normativa española. (Pedrajas Moreno y Sala Franco, 2005, p. 46).

<sup>12</sup> Esta compensación al trabajador, se evidenció en el caso *Behrmann con Chep Chile S.A.* (Corte de Apelaciones de Santiago, ROL No. 1367, 2010).

no podrán ser reclamados por ninguna de las partes si no existe un pacto de no competencia celebrado por escrito.

En el caso de incumplimiento del acuerdo de no competencia por parte del extrabajador, otorga el derecho al empleador a reclamar el pago correspondiente al valor fijado en la cláusula penal, en caso de constar en el convenio; por otra parte, ante la configuración de un daño al empleador, éste podrá reclamar una indemnización por los perjuicios causados.

Un tercer escenario posible se configura cuando el extrabajador incumple el acuerdo de no competencia y no se ha pactado ninguna cláusula ni causado un daño comprobable al ex empleador; en este supuesto, la única consecuencia posible sería la devolución de la compensación económica otorgada en razón del acuerdo (Tallos del Río, 2017, p. 17).

#### 2.4. Duración del acuerdo

El acuerdo de no competencia no puede ser indefinido en el tiempo como, en la praxis, muchos empleadores lo requieren, sino que debe estar limitado en función del alcance de las actividades prohibidas y la especialización del trabajador, al respecto, los tribunales españoles han declarado nulos los acuerdos *ad infinitum* que nunca permitan al trabajador realizar una actividad, al ser una clara vulneración al derecho constitucional al trabajo.

En el derecho comparado no existe un parámetro uniforme sobre la duración de los acuerdos de no competencia. Por ejemplo en España el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores señala que este tipo de acuerdos no podrán superar un periodo mayor a dos años para los trabajadores que cuenten con un título profesional, y de seis meses para los técnicos. La doctrina judicial española ha realizado una interesante distinción entre los trabajadores que poseen un título universitario o de un instituto técnico; y los trabajadores que realizan tareas manuales, en referencia a los obreros (STSJ de Cataluña, 2011, Rec. núm. 7918.), entendiendo que existe un mayor tiempo de aplicación al primer grupo al tener un mayor acceso a información estratégica, mientras que el segundo grupo se encuentra orientado a realizar tareas manuales que no permiten en gran medida el acceso a este tipo de información.

El Código Civil Italiano en su artículo 2125 establece que un pacto de no competencia podrá tener un plazo máximo de cinco años para el caso de ejecutivos, a partir de la extinción de la relación laboral, y de tres años, para el resto de los trabajadores. Otro país europeo que regula la temporalidad de los acuerdos de no competencia es Suiza (Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code, 2017, art. 340), que establece una prohibición de carácter general, al señalar que el acuerdo solo podrá exceder de los tres años en circunstancias especiales.

Por otro lado, algunos ordenamientos jurídicos que no han contemplado la duración del acuerdo en sus legislaciones lo han desarrollado a través de la jurisprudencia emitida por los tribunales de justicia, como es el caso de Puerto Rico, donde el Tribunal Supremo ha declarado que este tipo de acuerdos no podrán superar los 12 meses de duración (Barada Castro, 2011, p. 152). En Chile<sup>13</sup> se ha considerado como razonable un plazo máximo de hasta tres años, dependiendo de las condiciones laborales del trabajador, elementos fácticos que han sido analizados por los tribunales chilenos. Como se puede evidenciar, no existe en el Derecho comparado un criterio uniforme sobre la duración del acuerdo de no competencia.

En el evento de que las partes fijen una duración superior a la legalmente permitida, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha optado por declarar la nulidad parcial del acuerdo (STSJ de Cataluña, 2008, Rec. núm. 4571).

<sup>13</sup> Para los tribunales de justicia chilenos, son dos los requisitos esenciales para la validez de la cláusula de no competencia: la prohibición de competencia se limite a cuestiones propias del giro del empleador y que se establezca un plazo máximo de duración del acuerdo.

El plazo de duración del acuerdo fija en gran medida el monto de compensación económica que tendrá el trabajador, dado que, si se pacta el mayor plazo legal o judicialmente permitido, se entendería que la compensación deberá ser acorde al tiempo que el trabajador no puede ejercer sus actividades.

Para el caso del derecho ecuatoriano no existe un parámetro normativo o jurisprudencial que regule los pactos de no competencia ni que establezca su duración, por lo que, con sustento en el derecho comparado y la experiencia internacional sobre esta materia, proponemos el siguiente estándar, a fin de determinar el tiempo durante el cual el acuerdo de no competencia deberá estar vigente.

El análisis se configura en dos etapas: la primera evalúa la estructura del mercado, a fin de determinar si se trata de uno altamente concentrado como un mercado monopólico u oligopólico donde interactúan pocos agentes económicos y existe una oferta limitada de los puestos de trabajo (Jones / Suffrin, 2014, pp. 659-696).

La segunda etapa evaluará la especialización o complejidad de las actividades desarrolladas por el trabajador, dado que si este desarrolla tareas que requieren un elevado grado de formación académica, difieren de las ejecutadas por un obrero que realiza un trabajo más enfocado a las actividades manuales; por ejemplo, los obreros que trabajan en las fábricas ensambladoras de aeronaves, colaboran en la construcción de modelos y conocen las componentes y diseño de ciertas partes del aeroplano, pero desconocen la información más importante sobre las especificaciones técnicas generales de la aeronave y los costes de operación, a diferencia de un directivo de la compañía que tiene acceso a dicha información.

Para el caso de mercados atomizados, la prohibición para los profesionales con títulos universitarios o técnicos debería ser no mayor de 2 años, mientras que los trabajadores que desempeñen actividades manuales no deberían superar un año, salvo que, en cualquiera de los dos escenarios, se pruebe ante un juez que se requiere de un mayor tiempo en razón de la complejidad que presenta la actividad a desarrollarse.

En el caso de mercados monopólicos y oligopólicos con elevadas barreras de entrada, como los mercados de telecomunicaciones o informáticos, los trabajadores que poseen una formación académica superior deberían tener una prohibición de actuar en el mercado de entre tres a cuatro años, entendiendo que a mayor tiempo de prohibición mayor deberá ser la contraprestación económica al extrabajador; (Tallos del Rio, 2017, pp. 12-13) para el caso de trabajadores subalternos u obreros esta prohibición debería ser de hasta 2 años<sup>14</sup>. Para los dos escenarios planteados, el tiempo de vigencia de la prohibición se contaría a partir de la terminación de la relación laboral.

Respecto a la retribución económica, no es posible determinar un monto o porcentaje de compensación que resultaría adecuado para cada extrabajador, al ser una variable que únicamente las partes conocerán de forma precisa,<sup>15</sup> sin embargo, siguiendo el estándar desarrollado en párrafos anteriores, deberá existir una mayor compensación para los trabajadores que operen en mercado altamente concentrados, sugiriendo un porcentaje de 50% o más, del promedio de las tres últimas remuneraciones percibidas por el extrabajador; y, en el caso de mercado atomizados el rango sugerido variaría entre un 30% a 50% del promedio de remuneraciones, siendo valores únicamente referenciales que el juzgador podrá modificar en razón de las condiciones particulares de cada caso.

Al momento de pactar o valorar la validez de los acuerdos de no competencia en materia laboral, proponemos aplicar el siguiente estándar de valoración, presente en la Tabla 1:

<sup>14</sup> Véase, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 10 de julio de 2012 (Rec. núm. 7918/2011).

<sup>15</sup> Véase, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 23 mayo de 2002 (Rec. núm. 7491/2001).

ESTRUCTURA DEL MERCADO	TIPO DE EMPLEO	TIEMPO INACTIVIDAD	COMPENSACIÓN
Concentrado	Obrero	2	50% o más
Concentrado	Empleado	3-4	50% o más
No concentrado	Obrero	1	De 30% a 50%
No concentrado	Empleado	2	De 30% a 50%

Tabla 1. Estándar de evaluación de los acuerdos de no competencia

### 2.5. Limitación de las actividades y mercado relevante

Uno de los puntos más interesantes al momento de analizar este tipo de acuerdos, es evaluar el alcance de la prohibición de no concurrir al mercado, dado que no se podría prohibir el realizar actividades de forma general o en un mercado sumamente amplio, como por ejemplo, el prohibir a un extrabajador de una cadena de comida rápida el fundar un negocio de comida tradicional, ya que la prohibición solo debería actuar en el rubro de mercado en que se desempeñó dicho trabajador y no el impedir actuar en todo el mercado de servicios alimenticios. Para el efecto, el acuerdo deberá contemplar las diversas actividades que realiza el trabajador y el mercado relevante en el cual el trabajador se encuentra prohibido de laborar.

La limitación geográfica que se deberá establecer para los extrabajadores deberá ser estipulada con base en las localidades donde el empleador realiza actividades, salvo el caso de que su margen de negocios alcance a todo el territorio nacional. No corresponde acordar una prohibición para que el extrabajador pueda ejercer actividades en lugares donde el empleador no ejerce ningún tipo de actividades de forma actual o futuras en el corto plazo.

En caso de incluir una prohibición para todo el territorio nacional, el trabajador que se sienta afectado por la desproporcionalidad de dicha disposición podrá impugnarlo ante la vía judicial, debiendo restringirla el juzgador a las localidades donde el empleador efectivamente realiza actividades comerciales.

### 3. Alcance y efectos del acuerdo de no competencia postcontractual en Ecuador

Los acuerdos de no competencia son cada vez más utilizados en el ámbito laboral por empleadores para limitar las actividades económicas post contractuales de sus trabajadores.

En tal sentido, en nuestro sistema jurídico la falta de regulación y precedentes jurisprudenciales ha derivado en que algunos empleadores, amparados en la autonomía de la voluntad, desnaturalizan el alcance y aplicación de esta figura jurídica llegando a afectar derechos constitucionales del trabajador.

Así, los empleadores al establecer dichos acuerdos no tienden a incorporar los elementos contractuales señalados conforme el derecho comparado, como son una temporalidad proporcional al interés comercial legítimo del empleador, una compensación económica o una restricción que puede limitar su actividad económica o laboral en otros mercados no relacionados con el giro del negocio del empleador.

Ante la falta de precedentes jurisprudenciales obligatorios emitidos por la Corte Nacional de Justicia sobre la naturaleza jurídica y el alcance de los acuerdos de no competencia entre empleadores y trabajadores, a continuación, se procederá a revisar un laudo arbitral emitido por el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito.

### 3.1. Análisis del laudo arbitral dentro del arbitraje No. 108-17 (Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, 2018)

A modo de antecedente, este acuerdo de no competencia nace en el marco de una relación laboral entre una empresa dedicada a la importación y distribución de maquinaria industrial y un trabajador que se desempeñaba en el área de ventas de la empresa. Al respecto, las partes suscribieron un contrato de trabajo a plazo fijo el 11 de noviembre del 2009, y mediante un convenio de confidencialidad suscrito el 17 de noviembre del 2009, se incluyó una cláusula de no competencia.

Aproximadamente diez meses después de concluida la relación laboral, ante el inicio de un negocio propio por parte del extrabajador, el empleador presentó una demanda ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito por violación de la cláusula de no competencia.

Una vez conformado el Tribunal Arbitral y conocida la demanda planteada, el 14 de agosto de 2018, resolvió respecto al incumplimiento del acuerdo denunciado.

En este sentido, de conformidad con la cláusula cuarta del convenio, transcrita en el laudo arbitral, las partes acordaron lo siguiente (el subrayado e propio):

Mediante este documento, el trabajador se compromete a no prestar sus servicios a personas naturales o jurídicas *que realicen las mismas actividades o relacionadas a las prestadas por [...] (nombre de la empresa), o realizar actividades personales en este mismo ámbito, durante la relación entre las partes y hasta cinco años después de terminada la relación.* En caso de incumplimiento de este compromiso por parte del trabajador, será suficiente motivo para que [...] unilateralmente pueda demandar al trabajador la indemnización de daños y perjuicios y acciones penales que considere pertinentes ante los jueces y tribunales competentes (Convenio de confidencialidad, 2009, el énfasis es mío).

De la revisión de la cláusula de no competencia, su contenido establece una prohibición al “trabajador” de no competir en la misma área de negocio del empleador —o en áreas relacionadas—, ya sea por su cuenta, o para terceras personas; adicionalmente, esta limitación estaba vigente durante toda la relación laboral y hasta cinco años después de su terminación. Situación que, como se expuso en párrafos precedentes, constituyen elementos clásicos en este tipo de acuerdos.

Sin embargo, la cláusula del acuerdo de no competencia post contractual, no contiene ningún tipo de compensación económica a favor del extrabajador por el tiempo que se abstendrá de competir con el empleador; dicha cláusula, al tener como consecuencia jurídica directa la renuncia unilateral del extrabajador a realizar actividades en las cuales tiene conocimiento y experiencia, y que al no existir dicha contraprestación económica, limitaría de manera desproporcionada los derechos constitucionales al trabajo y a desarrollar actividades económicas del extrabajador. Como mencionamos en capítulos anteriores, desde la perspectiva del derecho comparado, la compensación económica resulta un requisito indispensable para validez de estos acuerdos.

De la ratio del laudo arbitral transcribimos los siguientes párrafos:

Si bien existe una relación causal entre el contrato de trabajo y la suscripción del CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD de la llamada “no competencia” de la cláusula cuarta, el trabajador [...] no aparece del proceso que lo hubiera hecho coaccionado por su

patrono ni en abuso de derecho, más bien declaran las partes otorgantes, ahora la actora y el demandado, que lo hacen por ser conveniente a sus intereses y aceptan su contenido. Si bien las normas constitucionales preceptúan que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, garantizan la libertad de contratación, y prevén la prohibición de que una persona sea obligada a hacer lo que está prohibido por la ley, no existe norma legal que impida a una persona a convenir, libre, voluntaria y válidamente, a abstenerse de realizar tareas o actividades en el mismo ámbito objetivo y subjetivo de quien hubiera sido su patrono porque, por fuera de ellas, tiene pleno derecho de realizar actividades, aun similares que le permitan vivir adecuadamente. Pero no es legítimo ejercer esas mismas actividades de su ex patrono, con los mismos sujetos, superponiendo sus intereses en conflicto con los de quien fuere su empleador, más aún cuando convino abstenerse de hacerlo (Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, 2018).

De los considerandos señalados, los árbitros concluyeron que el trabajador al momento de suscribir el convenio de no competencia, no habría sido coaccionado por su patrono; sin embargo, resulta interesante resaltar que los árbitros no tuvieron en cuenta que el acuerdo de no competencia no fue suscrito al término de la relación laboral, por lo que, al tiempo de la suscripción del convenio, las partes tenían la calidad de empleador y trabajador, y por lo tanto la libertad de negociación del entonces trabajador se encontraba limitada por la subordinación laboral.

Por otra parte, resulta necesario resaltar el correcto razonamiento de los árbitros al señalar que el convenio de no competencia no constituye un impedimento absoluto para desarrollar actividades económicas o ejercer el derecho al trabajo por parte del extrabajador; ya que éste podría realizar otras actividades económicas, incluso a criterio del tribunal, en actividades similares; sin embargo, los juzgadores arbitrales omitieron realizar cualquier tipo de análisis respecto a una posible compensación al trabajador, así como, respecto a la proporcionalidad en el tiempo de duración del convenio.

Esta omisión resulta especialmente grave teniendo en cuenta que, conforme el convenio de no competencia, el extrabajador verá posiblemente limitados sus ingresos al encontrarse impedido de operar en un mercado en el cual tiene conocimiento y experiencia, por lo que, en el supuesto que el convenio se hubiera firmado al finalizar la relación laboral —escenario en el cual existiría una real libertad de negociación de ambas partes— difícilmente un extrabajador, de manera voluntaria, aceptaría una limitación de sus posibilidades de trabajo y generación de ingreso económico a favor del empleador, sin tener una retribución justa a cambio.

En relación con la temporalidad del convenio podemos afirmar que, a criterio del tribunal al no existir “norma legal que impida a una persona a convenir, libre, voluntaria y válidamente, a abstenerse de realizar tareas o actividades” (2018), el acuerdo es válido. Al respecto, debemos tener consideración que la libre voluntad de las partes no puede ser tomada de forma absoluta dada las condiciones que tiene el derecho laboral en nuestro ordenamiento jurídico, debiéndose realizar un análisis integral al acuerdo a fin de evaluar si el plazo de vigencia del acuerdo resultaba necesario para proteger el interés del empleador o vulneraba el derecho del trabajador por existir un plazo contractual desproporcionado y que no presenta un fundamento técnico, puesto que no evaluó las características del mercado relevante.

Así, el argumento principal con el que aprueba el tribunal arbitral el acuerdo de no competencia suscrito por las partes se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, por lo que, llevando este argumento al extremo, dicha limitación podría durar décadas o ser incluso permanente, si se cumple con la condición de que ambas partes lo hayan acordado; lo que contravendría abiertamente los derechos del extrabajador.

En este sentido, se considera que el tribunal debió analizar el fundamento que permitía al empleador establecer la prohibición de competir para el extrabajador por un periodo de cinco años; es decir, la pregunta que debió efectuar el tribunal es: ¿requieren los negocios jurídicos del empleador necesariamente un periodo de protección tan amplio?, orientando así su análisis a la proporcionalidad de la medida, más aún cuando la mayoría de legislaciones y doctrina de la materia han establecido que el tiempo de vigencia de estos acuerdos es mucho menor.

Por lo señalado, el tribunal arbitral incumplió con el papel encomendado en la sentencia de la Corte Nacional de Justicia —ex Corte Suprema— (CSJ, 2001, 204-2001, p. 24) de buscar equidad en el convenio, limitando su actuación al analizar las obligaciones pactadas en el mismo como una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, sin apreciar el caso en su contexto integral y el alcance de la obligación de no competencia por parte del extrabajador.

#### 4. Conclusiones

El acuerdo de no competencia postcontractual en materia laboral surge por el interés industrial o comercial —legítimo— del empresario por conseguir que su extrabajador no realice actividades económicas que entren en competencia directa o a través de terceros con su negocio tras la terminación del contrato de trabajo.

Ante la falta de una norma que regule los acuerdos de no competencia en el Ecuador, los jueces al momento de resolver este tipo de controversias deberán analizar si el acuerdo suscrito por las partes contiene una limitación desproporcional de derechos constitucionales de los trabajadores.

Para la plena validez de los acuerdos de no competencia se sugiere incorporar los siguientes elementos: a) justificación del interés comercial legítimo del empleador, b) compensación económica adecuada al extrabajador, c) racionalidad en la temporalidad del acuerdo, d) celebración del acuerdo por escrito; y, e) limitación del mercado relevante únicamente en el segmento o actividades que entran en competencia con el empleador.

La estructura del mercado determinará el grado de la compensación económica y el tiempo de duración del acuerdo de no competencia, siendo otro parámetro de evaluación la actividad desarrollada por los trabajadores, al considerar que existe un mayor tiempo de vigencia del acuerdo para los trabajadores que realizan actividades intelectuales frente a los que ejecutan actividades manuales.

La falta de normativa legal y precedente jurisprudencial en el sistema jurídico ecuatoriano limita en gran medida la correcta aplicación de esta figura jurídica. Sin embargo, frente a la ausencia de los requisitos de validez analizados en este artículo, el convenio no debería surtir efectos jurídicos al vulnerar el derecho constitucional al trabajo y no establecer una medida que remedie esa vulneración respecto al extrabajador.

No existe un análisis objetivo y fundamentado sobre la naturaleza jurídica y alcance de los acuerdos de no competencia postcontractual en el derecho de la competencia ecuatoriano. Se requiere de una gran labor tanto doctrinaria como jurisprudencial para la elaboración de dichos lineamientos que posibiliten una correcta aplicación de estos acuerdos en los cuales convergen el derecho laboral y el derecho de la competencia. Este trabajo abre el debate sobre esta figura de utilización creciente en el país.

Resulta necesario que este tipo de acuerdos sean analizados a profundidad por parte de autoridades administrativas y jurisdiccionales, a fin de desarrollar su real alcance y aplicación, buscando un equilibrio entre el legítimo interés de los empleadores y los derechos constitucionales de los trabajadores, cuando estos acuerdos son suscritos durante

la existencia de una relación laboral, situación que pone evidentemente en juego el principio de la autonomía de la voluntad, principio muy discutible cuando existe una asimetría en el poder de negociación de las partes.

## Referencias bibliográficas

- Alcalde Silva, J. (2017). Notas sobre los contratos de mandato y de distribución en el marco de una nueva codificación mercantil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 28, 407-433.
- Barada Castro, M. (2011). Cláusulas de no Competencia en los Contratos Laborales, *Rev. Estudios Críticos D*, 7, 109-155.
- Bonet de Viola, A. (2016). Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol 46 (124) 17-32.  
<https://doi.org/10.18566/rfdcp.v46n124.a02>
- Castro Posadas, E. (2009). Los pactos de no competencia en el derecho laboral peruano, *IUS ET VERITAS*, 39, 244-253.
- European Commission (s.f.). Information Exchange. [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/police-cooperation/information-exchange\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/police-cooperation/information-exchange_en).
- Kocabaşoğlu, Ö. (2017). Non-Competition Clauses for Employees: Limitation Of Non-Competition Clauses In Terms Of Place, Time, Subject And Restriction Authority Of The Judge. *Erdem & Erdem Law Office*.  
<http://www.mondaq.com/turkey/x/657662/Contract+of+Employment/Operation+Of+Economic+Enterprises+By+Foundations>
- Landa Arroyo, C. (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THEMIS Revista de Derecho*, 66, 314-318.
- Nogueira Guastavino, Magdalena (1998): *Pacto laboral de no competencia*. Madrid: McGraw-Hill.
- Ortiz, L. / De la Mula Reyes, M. (2008). *Derecho de la Competencia europeo y español*. Madrid: Dykinson.
- Pedrajas Moreno, A. / Sala Franco, T. (2005). *El pacto de concurrencia postcontractual*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sierra Herrero, A. (2014). La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo. *Revista Ius et Praxis*, 20 (2), 110-134. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122014000200004>
- Tallos del Rio, J. (2017). La doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre los acuerdos Laborales de no Competencia Postcontractual, *IUS Labor*, 1, 1-23.
- Wang, J. et. Al. (2013). Trade Secrets and Covenants not to Compete Issues, *Wang & Morgan P.C. Outlines*, 1-88.
- Whish, R. / Bailey, D. (2012). *Competition Law*. Oxford: Oxford Press.  
<https://doi.org/10.1093/law:ocl/9780199660377.003.0012>

## Sentencias y resoluciones

Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (2018). Laudo arbitral de 14 de agosto de 2018, arbitraje No. 108-17.

- Corte Suprema de Justicia de Ecuador (2001). Sentencia No. 204-2001, pública en el Registro Oficial No. 304 de 9 de julio de 2001.
- Corte Suprema de Justicia - Sala Plena – Colombia (1973). D.E. 18 de julio de 1973. Magistrado ponente: doctor José Gabriel de la Vega.
- (2011). Rec. núm. 7918/2011, 10 de julio de 2012.
- (2012). Rec. núm. 2074/2012, 10 de diciembre de 2012.
- Corte Suprema de Chile (2011). *Behrmann con Chep Chile S.A*, ROL No. 5152-2009, 27 de enero de 2011.
- Corte Suprema de Chile (2009). *Behrmann con Chep Chile S.A*, ROL No. 5152.
- Corte de Apelaciones de Santiago (2011). *Behrmann con Chep Chile S.A*, ROL No. 1367-2010, 3 de marzo de 2011.
- Corte Constitucional del Ecuador (2013). No. 016-13-SEP-CC.
- (2014). No. 171-14-SEP-CC.
- (2014). No. 005-14-SCN-CC.
- (2017). No. 005-17-SIN-CC.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (2008). Rec núm 4571/2008, 7 de diciembre de 2010.
- United States Court of Appeals (1995). Seventh Circuit, *PepsiCo, Inc., v. Redmond*, 54 F.3d 1262.

## Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2018). *Código Civil del Ecuador*. Codificación No. 2005-010. Suplemento del Registro Oficial No. 46, 24 de junio del 2005.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Suplemento del Registro Oficial No. 449, 25 de julio del 2008.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2005). *Código de Trabajo*. Suplemento del Registro Oficial No. 167, 16 de diciembre del 2005.
- Decreto Real Legislativo (1942) *Código Civil Italiano*, Decreto Real No.262, 16 de marzo de 2942.
- Federal Assembly of the Swiss Confederation (1909). *Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code*. Dispatches of the Federal Council, 1 June 1909.
- Real Decreto Legislativo, (2015). *Estatuto de los Trabajadores*. Registro Oficial Español del 23 de octubre del 2015.

# ¿ARBITRANDO LO MÍO O LO TUYO? NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LOS INVERSIONISTAS

## Arbitrating what is mine or what is yours? The legal nature of the rights of investors<sup>1</sup>

HUGO GARCÍA LARRIVA<sup>2</sup>

Universidad San Francisco de Quito / Carmigniani Pérez Abogados (Ecuador)

### Resumen

El estatus de los inversionistas bajo el derecho internacional de inversión es un tema que ha generado importantes debates y en torno al cual se han desarrollado distintas teorías. En este sentido, con la finalidad de precisar cuál es la naturaleza y el alcance de los derechos de los inversionistas —como actores no estatales del derecho de inversión— el presente artículo abordará cuatro teorías principales: la teoría del modelo derivativo, del modelo dualista, del modelo del tercero beneficiario y del efecto directo. A través de este estudio se demostrará que la teoría del modelo directo, fundada en la concepción formal de la personalidad jurídica, es la que mayor claridad proporciona al régimen de inversión y la que permite hacer frente a los futuros desafíos del derecho internacional de las inversiones.

### Palabras clave

Inversionista, Derecho Internacional de las Inversiones, AII, Derechos de los inversionistas, Personalidad internacional

### Summary

The investors' status under international investment law is an issue that has led to long-standing debates around which different theories have been developed. In this regard, in order to specify the nature of investors' rights and what they can do with them as non-State actors on the international arena, this article will address four main theories: the derivative model, the dualist model, the third party beneficiary model, and the direct model. Through this analysis, it will be demonstrated that the direct model theory, based on the conception of legal personality of Kelsen could bring more clarity and provide a better framework to the development of investment law than the other models.

### Keywords

Investor, International Investment Law, IIA, Investors' rights, International Personality.

## 1. Introducción

Homero describía a la Quimera como una criatura “de naturaleza no humana, sino divina, con cabeza de león, cola de dragón y cuerpo de cabra, cuya gola babeante arrojaba sin cesar torbellinos

<sup>1</sup> Un especial agradecimiento a Ana Isabel Cobo Ordóñez sin cuya ayuda este artículo no existiría.

<sup>2</sup> Socio Carmigniani Pérez Abogados. Profesor de la Universidad San Francisco de Quito. Abogado y Magíster en Derecho de Empresa por la Universidad San Francisco de Quito. LL.M. por la Universidad de Cambridge. Correo electrónico: hgarcia@cplaw.ec; hgarcia@usfq.edu.ec.



de fuego y horribles y encandidas llamas” (Homero, 1965, p. 128). El término Quimera ha sido utilizado para describir a cualquier animal mítico o ficticio compuesto por partes tomadas de diversos animales; a un organismo formado por una mezcla de tejidos genéticamente diversos; o, en general, a una molécula de ADN con secuencias derivadas de dos o más organismos diferentes (Oxford English Dictionary, 2018). Como la Quimera, se ha argumentado que el régimen del derecho de inversiones contiene elementos y principios provenientes de diferentes áreas del derecho que están en constante tensión<sup>3</sup>. El estatus de los inversionistas bajo el derecho internacional, es un claro ejemplo. ¿Son los inversionistas sujetos de derecho internacional? ¿Les otorgan derechos directos los acuerdos internacionales de inversión (en adelante AII o AIIs)? ¿Pueden los inversionistas modificar, negociar o renunciar a tales derechos? La mayoría de los AIIs actuales proporcionan poca, o a veces ninguna, claridad sobre este asunto. Por esta razón, el estado actual del derecho de inversiones requiere de un marco analítico para el estudio de la naturaleza y el alcance de los derechos de los inversionistas.

Con la finalidad de responder a las interrogantes planteadas, el presente artículo analizará las cuatro principales teorías que se han desarrollado para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas. Se argumentará que, a pesar de que desde el punto de vista de diseño normativo todas las teorías son posibles, siempre que un AII no contenga una posición clara respecto a la naturaleza de los derechos de los inversionistas, debería preferirse la teoría del efecto directo. Esta teoría aporta mayor claridad y ofrece un marco analítico más adecuado para el desarrollo del derecho de inversiones.

Para facilitar la comprensión de los argumentos desarrollados en este artículo, es necesario proporcionar al lector el marco conceptual sobre el cual están contruidos. Así, en primer lugar, se asume que el derecho internacional de las inversiones es *lex specialis* en el ámbito del derecho internacional público y no es un régimen autocontenido<sup>4</sup> (CIADI, 1990, *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ¶21). A raíz de aquello, existe un diálogo continuo y evolutivo entre los principios que son parte del derecho internacional público y la dinámica bajo la cual funciona el derecho internacional de las inversiones. Por consiguiente, el presente artículo no pretende proponer una teoría aplicable a todos los campos del derecho internacional, sino que busca proporcionar al lector un marco analítico para el estudio de la naturaleza de los derechos del inversionista, tomando en consideración el contexto y las particularidades del derecho de inversiones<sup>5</sup>. Finalmente, este estudio se basa en la idea de que el consentimiento del Estado es la piedra angular del derecho internacional de las inversiones. Por esta razón, no existe impedimento alguno para que los Estados modifiquen o eliminen el sistema actual de protección de inversiones extranjeras ni, incluso, para que creen uno diferente o completamente nuevo. Ahora, el hecho de que los Estados puedan modificar su sistema actual no significa que “[IIA] rights were never there” (2007, *Archer Daniels Midland Comp Any And Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, ¶ 51).

<sup>3</sup> Véase Roberts (2013) y Paparinskis (2013a).

<sup>4</sup> Véase CIADI (1990, *Asian Agricultural Products Limited c. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Caso No. ARB/87/13, ¶21): “[f]urthermore, it should be noted that the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated”. Para más referencias, véase Koskeniemi (2006).

<sup>5</sup> Este estudio se centra en la naturaleza de los derechos contenidos en un AII que tienen por objetivo proteger inversiones extranjeras y garantizar a los inversionistas la capacidad de ejercicio para presentar sus propios reclamos frente a un tribunal internacional. En consecuencia, el presente análisis se construirá desde la perspectiva de los inversionistas. No se ocupará de evaluar los derechos que corresponden a los Estados parte de un AII, ni de analizar si un AII otorga derechos independientes o interdependientes, tanto a los Estados parte como a los inversionistas. Para más referencias sobre el tema véase, Roberts (2014); y, la respuesta a este artículo por Paparinskis (2014).

## 2. Naturaleza del régimen de protección de derechos del inversionista: ¿Quimera?

El derecho internacional de las inversiones se ha desarrollado a través de constantes interacciones entre quienes participan en el proceso de creación de normas y políticas bajo el derecho internacional. El origen de la protección contemporánea a las inversiones extranjeras tiene su fundamento en la necesidad de proteger a los ciudadanos en el extranjero, a través de la Ley de Responsabilidad del Estado por Daños Causados a Extranjeros<sup>6</sup> (Hirsch, 2009, p. 98). Originalmente, la protección por parte de un Estado de origen a un ciudadano que ha sufrido un daño en un país extranjero, se ejercía a través de la institución de la protección diplomática. Esta doctrina se concibió bajo la premisa de que un Estado de origen tiene un interés legal representado en sus ciudadanos y, consecuentemente, cualquier persona que les cause un daño, puede tener que rendir cuentas al Estado en su capacidad de protección (Crawford, 2012, p. 607).

Junto con la influencia de la protección diplomática, el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la primera mitad del siglo pasado, coadyuvó a estructurar el régimen de protección de los individuos bajo el derecho internacional (Crawford, 2002, p. 26). Después de la Segunda Guerra Mundial, la modernización de la ley de protección a extranjeros desafió al marco clásico del derecho internacional público que se centraba exclusivamente en los estados (Mills, 2009; Parlett, 2011, pp. 26-29) para posicionar a los individuos como los actores principales y como el núcleo de protección del sistema de derechos humanos (Mills, 2009; Parlett, 2011, pp. 36-37).

En relación con el consenso general sobre la necesidad de ofrecer protección a los extranjeros y la aparición de los individuos como actores en el plano internacional, se deben tomar en consideración dos aspectos adicionales en el desarrollo del derecho de inversiones. En primer lugar, la circunstancia de que los Estados se comprometen en actividades para regular nuevos campos bajo el derecho internacional, particularmente, el derecho económico internacional<sup>7</sup>. En segundo lugar, el hecho de que las interacciones entre el Estado y los particulares han incrementado considerablemente a través de una participación activa en actividades comerciales (Mills, 2009, pp. 93-94). Ambos fenómenos, desdibujaron la frontera entre el sector público y el privado.

En este contexto, emergió en la segunda mitad del siglo veinte, el derecho internacional de inversiones extranjeras<sup>8</sup>. El sistema tardó algunas décadas en tomar forma y finalmente, despegar<sup>9</sup>. Los AIIs firmados frenéticamente entre 1990 y principios del 2000<sup>10</sup>,

<sup>6</sup> Un análisis histórico sobre los orígenes del sistema de protección de inversiones extranjeras puede ser encontrado en Miles (2013). Miles ubica al origen del sistema en las reglas internacionales sobre protección a la propiedad extranjera, desarrolladas durante el siglos diecisiete hasta principios del veinte.

<sup>7</sup> Esto se puede evidenciar en regímenes (i.e OMC) que restringen la actividad del Estado en áreas designadas como pertenecientes al mercado, y que limitan el rol que han ocupado los gobiernos en la protección de los intereses nacionales mediante técnicas de distorsión del mercado (i.e. tarifas, subsidios, cuotas de comercio y barreras no comerciales). Para más referencias véase Van de Bossche, P y Zdouc, W. (2013, pp. 4-13, 75-78).

<sup>8</sup> El tratado entre la República Federal de Alemania y Pakistán para la Promoción y Protección de las Inversiones, firmado el 25 de noviembre de 1959, se conoce comúnmente como el primer tratado moderno de inversiones. Un hito en el desarrollo en este campo fue la entrada en vigor del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convención CIADI) que creó el Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI).

<sup>9</sup> En 1972 se registró el primer caso ante el CIADI (*Holiday Inns S.A. y otros v. Morocco*). Sin embargo, el sistema no registró una actividad sustancial sino hasta finales de 1990. De hecho, en el año 2012 el CIADI reportó 50 casos registrados el mayor número de registros hasta el 2015. Esta cantidad superó al número de casos registrados en los primeros 31 años de existencia del Centro (1966-1997). ICSID (2013-1) Caseload Statistics.

<sup>10</sup> En 1990, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD) reportó la existencia de 446

así como el creciente número de acuerdos regionales y multilaterales que contienen un capítulo de protección de las inversiones, conllevaron a un incremento sustancial de casos en la última década. Como era de esperar, a medida que incrementaba la cantidad de casos, aumentaban en número, complejidad y sofisticación los problemas que afrontaban los tribunales. Algunos de los temas más controvertidos en los que se ha centrado el debate han sido: la naturaleza de los derechos de los inversionistas, la posición que ocupan como actores en el plano del derecho internacional y cómo ellos interactúan con las fuentes y con el marco político del sistema para la protección de inversionistas extranjeros.

No existe duda que los inversionistas están dotados de capacidad, frente a tribunales de inversión, para presentar un reclamo contra un Estado de acogida cuando consideren que se ha incumplido un AII (Schreuer et al., 2009, ¶268). Del mismo modo, es unánimemente reconocido que este derecho puede ser ejercido libremente sin necesidad de recurrir al Estado de origen (International Centre for the Settlement of Investment Disputes, 1968; Parlett, 2011, p. 105) y que la compensación, cuando se concede, se debe directa y exclusivamente al inversionista (Crawford, 2002, pp. 874-888). De hecho, este es el concepto fundamental alrededor del cual se diseñó el sistema (Broches, 1972, pp. 331, 349; Scheuer et al., 2009, ¶269). Ahora bien, está lejos de resolverse si, en el caso en cuestión, el inversionista actúa en nombre propio o en nombre de su Estado de origen; al respecto, el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión Internacional de Derecho (CID), no ha adoptado posición alguna<sup>11</sup>. A pesar de aquello, la literatura ha propuesto cuatro teorías diferentes para explicar los derechos que ejerce el inversionista como nuevo actor no estatal en el campo internacional. La primera teoría explica la naturaleza de los derechos de los inversionistas realizando una analogía con la protección diplomática y afirma que los individuos son agentes que ejercen derechos pertenecientes a su Estado de origen. La segunda, recurre a la distinción entre derechos procesales y sustantivos con el fin de precisar la naturaleza de los derechos de los inversionistas. La tercera, explica la naturaleza de estos derechos construyendo una analogía con el régimen de derechos de terceros beneficiarios. Por último, la cuarta teoría argumenta que, bajo el derecho de inversiones, los derechos se otorgan directamente a los inversionistas.

### 2.1. Teoría del modelo derivativo<sup>12</sup>

La teoría del modelo derivativo se basa en la idea de que la protección brindada a las inversiones extranjeras se crea por la celebración de tratados entre Estados de los cuales, los inversionistas no son parte (Crawford, 2002, p. 887). Por lo tanto, los derechos y obligaciones que nacen de estos tratados permanecen en la esfera del derecho internacional, bajo el cual, los individuos son simplemente objetos y no sujetos de derecho (Higgings, 1994, p. 49; Parlett, 2011, p. 37). Así, los derechos y obligaciones se deben de un Estado a otro (Douglas, 2009, ¶17). La falta de protección a un inversionista extranjero afecta, indirectamente, el interés legal del Estado de origen representado por el inversionista (Crawford, 2012, p. 607).

---

AIIIs. En el año 2002, se alcanzaron 2181 AIIIs. De acuerdo con la CNUCYD, a finales del año 2014, el régimen de acuerdos internacionales de inversión se componía de 3271 tratados. CNUCYD (2015, p. 106).

<sup>11</sup> El artículo 33 del Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión Internacional de Derecho, dispone que las obligaciones del Estado responsable se deben “sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”. Crawford (2002) comenta el artículo 33(2) señalando que los AIIIs son sistema que pertenece al Estado. No obstante, Crawford clarifica que el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado no precisa sobre si los derechos se otorgan directamente a los inversionistas o no.

<sup>12</sup> Paporinskis, M. ha sugerido el nombre “delegada” para esta teoría, mientras que Juratowitch, B. sugiere el nombre “subrogación”.

Esta articulación de derechos y obligaciones entre Estados, introduce el esquema de protección desarrollado bajo la institución de la protección diplomática, dentro del régimen de protección de las inversiones (McLachlan, 2007, ¶3.55). En efecto, esta ficción del daño vicarial se usó originalmente para superar la falta de personalidad de los extranjeros al presentar un reclamo en un foro internacional (Sornarajah, 2010, p. 121; Douglas, 2009, ¶17; Schreuer et al., 2009, p. 415). Sin embargo, este no es el caso en el arbitraje de inversiones, en el que el sistema se crea alrededor de la idea de que el inversionista tiene legitimación para presentar su reclamo en un tribunal internacional. Aparentemente, esta idea contradice la estructura clásica de la personalidad jurídica bajo el derecho internacional (McLachlan, 2007, ¶3.54).

La supuesta contradicción se origina porque, bajo la clásica construcción del sistema, solo los Estados son sujetos de derecho internacional y, en consecuencia, solo ellos tienen legitimación frente a tribunales y cortes internacionales. Sin embargo, la idea subyacente del régimen de inversión es conferir capacidad a los inversionistas, frente a tribunales internacionales y divorciar sus reclamos de aquellos de su Estado de origen<sup>13</sup> (2007, *BG Group PLC v. The Republic of Argentina*, ¶145). Para reconciliar ambas ideas, es preciso analizar la teoría de la agencia<sup>14</sup>. Esta analogía implica conceptualizar a los tratados de inversión como acuerdos entre el Estado de origen (principal) y el Estado de acogida, para delegar a un inversionista (agente) que se ha visto afectado por una conducta en particular el derecho de presentar un reclamo interestatal (Paparinskis, 2013b, p. 625). De acuerdo con este modelo, los derechos pertenecen a los Estados parte de un AII; no obstante, los Estados otorgan a los inversionistas la facultad de ejercerlos<sup>15</sup>. En palabras de Douglas, “[i]nvestors therefore procedurally step into the shoes of their national State, without thereby becoming privy to their interstate legal relationship” (Douglas, 2009, ¶16). Así, es posible argumentar que “bilateral investment treaties in some sense institutionalize and reinforce (rather than replace) the system of diplomatic protection” (Crawford, 2012, p. 888).

El Tribunal del caso *Loewen v. USA*, basó su argumentación en esta teoría para explicar cómo funciona la protección de la inversión bajo el TLCAN en este sentido el TLCAN no difiere de otros AIIs. El Tribunal sostuvo que:

stemming from a corner of public international law in which, by treaty, the power of States under that law to take international measures for the correction of wrongs done to its nationals has been replaced by an ad hoc definition of certain kinds of wrong, coupled with specialist means of compensation. These means are both distinct from and exclusive of the remedies for wrongful acts under private law... The two forms of process, and the rights which they enforce, have nothing in common. There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states (2003, *Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, ¶233).

<sup>13</sup> UNCITRAL (24 de diciembre de 2007). *BG Group PLC c. The Republic of Argentina*, ¶145: “[i]nvestors may seek redress in arbitration without securing espousal of their claim or diplomatic protection”. Véase el artículo 27 del Convenio del CIADI y el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio del CIADI, ¶33. Véase también Schreuer, C. et al. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*. New York: Cambridge University Press, 414-30.

<sup>14</sup> Para mayores referencias acerca de la teoría de la agencia en el derecho internacional, véase Chinkin, C (1993). *Third Parties in International Law*. Clarendon Press, 4-7.

<sup>15</sup> Esta fórmula fue adoptada por las Comisiones Mixtas de Reclamación establecidas por EEUU y el Reino Unido con los estados de México, Chile, Venezuela y Perú. Véase Dugan, C.F. et al. (2008). *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press, 36-40; Simpson, J.L. y Fox, H. (1959). *International Arbitration, Law and Practice*. Stevens, Capítulos 1-4.

En otras palabras, de acuerdo con este pronunciamiento, los tratados de inversión confieren legitimación a los inversionistas para presentar lo que es, en esencia, un reclamo de protección diplomática en nombre de su propio Estado (Douglas, 2006, p. 27-30). En suma, el sistema de protección de las inversiones recurre a la protección estructural que ofrece la institución de la protección diplomática, pero permite a los inversionistas actuar como agentes de su Estado de origen presentando directamente reclamos ante tribunales internacionales.

Sin perjuicio de lo mencionado, este modelo ha sido constantemente criticado desde sus orígenes (García Amador, 1958, pp. 369, 467). Se lo ha descrito como una ficción construida sobre una ficción (Juratowitch, 2008, p. 24). Es solo a través de una ficción que la protección diplomática comprende los derechos del Estado dañado vicarial. La teoría del modelo derivativo implica una ficción adicional mediante la cual, el inversionista se pone en los zapatos del Estado.

Si se analiza la Ley de Responsabilidad del Estado por Daños Causados a Extranjeros desde una perspectiva sistemática, equiparar al régimen de protección de la inversión con la institución de la protección diplomática, podría debilitar al sistema en su conjunto. La asimilación regresiva de ambos mecanismos de protección socava, en última instancia, la posibilidad de que la protección diplomática asuma incluso un papel residual en la resolución de disputas internacionales (Douglas, 2009, ¶21; Juratowitch, 2008, pp. 29-33)<sup>16</sup>.

Desde un punto de vista funcional, la analogía que considera que los inversionistas se ponen en los zapatos del Estado para hacer valer sus derechos y, consecuentemente, ejercer los derechos de este último puede, eventualmente, afectar el propósito de proteger a los inversionistas. Para abrazar los reclamos de los inversionistas y los derechos de los del Estado de origen, se asigna a este último como el verdadero titular de los derechos. Ergo, al menos teóricamente, el Estado de origen podría considerarse autorizado para consentir una violación o para renunciar a un reclamo<sup>17</sup> (2009, *Cargill Incorporated v. United Mexican States*, ¶424). Al final, esto podría evitar que un inversionista tenga expectativas de una posible reparación.

Desde un perspectiva procesal, la asimilación de ambas instituciones puede traer más inconvenientes y confusiones que claridad. Si enmarcamos la disputa como aquella en la que el inversionista presenta un tipo de reclamo de protección diplomática en nombre de su Estado de origen, es difícil explicar la existencia de ciertos aspectos de

<sup>16</sup> Juratowitch trae como ejemplo circunstancias en las que la protección diplomática puede ser de relevancia: [1] a situation where the human rights of an investor were transgressed but no applicable human rights or other treaty conferred a right to the investor to take international legal action for such a wrong; [2] a situation where the treaty contains, or is interpreted by an arbitral tribunal as containing, a narrow definition of an 'investment' out of which a dispute must arise in order to come within the protective scope of the treaty; [3] if a particular factual situation gives rise to a number of claims, none, or only some of which, are covered by treaty, then, assuming mutual consent has not already been given to investor-State arbitration, and assuming the requirements for diplomatic protection are met, a diplomatic protection claim may provide a means for all claims to be ventilated in the same international forum at the same time; [4] in some cases, even though treaties may confer on non-State actors rights and a means to assert those rights, a diplomatic protection claim by one State against another State may, if still available, be taken more seriously by a defendant State. En relación al punto [4] véase el caso del 15 de marzo de 2005, *The Republic of Italy v. The Republic of Cuba*. Laudo provisional. En esta misma línea, Roberts considera relevantes para la institución de la protección diplomática y el régimen de protección de inversiones, las siguientes circunstancias: [1] when the injured investor is a person or small corporation which is precluded to bring a direct claim due to the burden of expenses; [2] in the case of class actions, particularly where the injuries are individually small but collectively large; [3] when individual investors fear retaliation or discrimination by a host state if they were to launch an investor-state arbitration: Roberts, A. (2014, p. 15). Es necesario añadir un último escenario en el que la compensación concedida a un inversionista, a través de un laudo, no se paga por el Estado de acogida y, como resultado, el Estado de origen decide ejercitar la protección diplomática. Sobre esta última consideración véase Tejera Pérez, V.J. (2012, p. 445). En relación con la función de la protección diplomática a la hora de proteger inversiones extranjeras, véase Parlett, K. (2007, p. 533).

<sup>17</sup> Véase Newcombe / Paradell (2009, p. 511).

jurisdicción y admisibilidad, suspensión de procedimientos, compensación, y efectos del laudo en el régimen de inversión que difieren profundamente de aquellos del sistema de protección diplomática<sup>18</sup>. En primer lugar, contrario a lo que ocurre en el régimen de protección diplomática, la regla de agotar todas las instancias internas solo aplica al arbitraje de inversiones cuando se ha consentido expresamente (Newcombe / Paradell, 2009, p. 512; Douglas, 2009, ¶59). En segundo lugar, las reglas para evaluar nacionalidad son más estrictas en el régimen de protección diplomática que en el sistema de protección de inversiones (Douglas, 2009, pp. 40-41); de hecho, la regla de la nacionalidad continua raramente aplica a los procedimientos de arbitraje de inversiones. En tercer lugar, si la naturaleza de los derechos de los inversionistas se analizara bajo el marco de la protección diplomática, no se podría explicar cómo los inversionistas pueden negociar o renunciar de manera autónoma a esos derechos una vez que se ha iniciado un procedimiento, puesto que esos derechos pertenecerían al Estado (McLachlan et al., 2007, ¶3.58). En cuarto lugar, no existe manera clara, bajo la lógica de la protección diplomática, para racionalizar el hecho de que la compensación, en el sistema de protección de inversiones, se calcule sin tomar como referencia el daño sufrido por el Estado y que se deba directamente al inversionista<sup>19</sup> (Newcombe / Paradell, 2009, p. 512; Douglas, 2009, ¶61; McLachlan et al., 2007, ¶3.58). Por último, mientras que las decisiones tomadas bajo el derecho de protección diplomática son íntegramente juicios de derecho internacional y no están sujetas a ninguna ley municipal, los laudos emitidos en un arbitraje internacional de inversiones pueden verse afectados por leyes nacionales al momento de la ejecución o en un procedimiento de nulidad (Douglas, 2009, ¶63).

Los argumentos expuestos impiden concluir que la teoría del modelo derivativo es la vía adecuada para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas.

## 2.2. Teoría del modelo dualista<sup>20</sup>

De acuerdo con la segunda teoría, los AII's originan dos tipos de derechos, procesales y sustantivos (Douglas, 2009, ¶73; Smit Duijzentkunst, 2010, p. 415). El Tribunal del caso *Archer Daniels v. México*, diferenció los estándares sustantivos de protección contenidos en el capítulo 11, sección A del TLCNA, de las disposiciones procesales contenidas en la sección B. El tribunal señaló:

In the Tribunal's view, the obligations under Section A remain interstate, providing the standards by which the conduct of the NAFTA Party towards the investor will be assessed in the arbitration. All investors have under Section B is a procedural right to trigger arbitration against the host State. What Section B does is to set up the investor's exceptional right of action through arbitration that would not otherwise exist under international law, when another NAFTA Party has breached the obligations of Section A (2007, *Archer Daniels Midland Comp Any And Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c The United Mexican State*, ¶173).

Por un lado, el conjunto de derechos que corresponden a la protección sustantiva, son derechos creados bajo un tratado y se deben de un Estado parte a otro; respecto de los

<sup>18</sup> Para una visión general de las diferencias véase Juratowitch (2008, pp. 13-14).

<sup>19</sup> Para obtener información sobre los elementos que deben ser considerados en la compensación otorgada a través de la protección diplomática véase el caso: Corte Permanente de Justicia Internacional (1928, *Chorzów Factory (Germany v Poland)*, 28.

<sup>20</sup> Braun, TR. ha sugerido el nombre "Contingent Rights Paradigm" para esta teoría. Braun (2013; 2014, pp. 73-88).

inversionistas, este tratado es *res inter alios acta*. En este sentido, bajo un AII, se crea un vínculo legal internacional entre los Estados parte. El objeto de esta obligación consiste en otorgar recíprocamente, un nivel específico de trato y protección hacia sus respectivos inversionistas. Estas obligaciones se mantienen in abstracto en el ámbito internacional como un estándar frente al cual debe evaluarse el comportamiento del Estado de acogida (Douglas, 2009, ¶63; 2007, *Archer Daniels Midland Comp Any And Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican State*, ¶173). Como resultado, el AII no crea un vínculo legal específico, ni independiente, entre el Estado de acogida y el inversionista. En consecuencia, ninguna de las obligaciones respecto de la protección sustantiva se debe a los inversionistas, sino a su Estado de origen. Este, sin embargo, no es el caso del segundo conjunto de derechos creado por un AII, los derechos procesales.

Como se señaló previamente, en el núcleo del régimen de protección de inversiones reside la idea de conferir capacidad de ejercicio a los inversionistas frente a tribunales internacionales. Este propósito se evidencia, y se alcanza, a través de la oferta unilateral de un Estado para arbitrar, contenida en una cláusula de resolución de disputas de un AII. Tales disposiciones ubican al inversionista como el beneficiario de un derecho proveniente de AII<sup>21</sup>. Este modelo respalda su estructura en la teoría del tercero beneficiario, reconocida bajo el derecho internacional<sup>22</sup> (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Artículo 36). De acuerdo con esta teoría, los inversionistas reciben *ius tertii* bajo el AII, para consentir en arbitrar una disputa que provenga de un supuesto daño causado a su inversión. Si el inversionista asiente o acepta la oferta hecha por el Estado de acogida, se crea entre ellos un vínculo legal nuevo e independiente (Crawford, 2012, p. 888).

El contenido de esta nueva relación consiste en el derecho del inversionista de presentar un reclamo autónomo frente a un tribunal de arbitraje internacional con el fin de evaluar el comportamiento del Estado de acogida en el contexto definido por los derechos sustantivos contenidos en el AII.

En este sentido, los AII cumplen dos funciones principales. Primero, dan origen a obligaciones interestatales que ofrecen protección a inversionistas extranjeros a través de la creación de un conjunto de derechos *in abstracto*, frente a los cuales se juzgará el comportamiento del Estado de acogida. Segundo, ofrecen a los inversionistas el derecho de presentar su reclamo en un tribunal arbitral internacional. En este sentido los AII son, simultáneamente, acuerdos que crean obligaciones internacionales entre Estados y, una *stipulatio alteri* que confiere a los inversionistas legitimación autónoma bajo el derecho internacional.

Esta teoría ofrece una explicación satisfactoria a la ficción que considera que los inversionistas se ponen en los zapatos del Estado. Sin embargo, parte de la idea de que las obligaciones sustantivas de los AII se deben entre Estados. En consecuencia, la teoría dualista termina recurriendo a la misma ficción del daño vicarial, desarrollada bajo la institución de la protección diplomática. Así, en lo relativo a los derechos sustantivos, esta teoría trae como consecuencia los mismos problemas que aquellos analizados bajo la teoría del modelo derivativo.

### 2.3. Teoría del modelo del tercero beneficiario

Esta teoría explica la naturaleza de los derechos de los inversionistas acudiendo a la teoría de terceros beneficiarios bajo el derecho internacional. Este tema se analizó brevemente con

<sup>21</sup> Este modelo fue respaldado por el tribunal en el caso *RosInvestCo UK Ltd v. Russia* (2007). SCC Caso No. V 079/2005. El tribunal sostuvo: "153... The objective purpose of such treaty provisions, which confer independent third party rights on investors".

<sup>22</sup> Véase el caso CIADI (2008, *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentina*, ¶114).

anterioridad cuando se mencionaron la diferencias entre el derecho procesal y el sustantivo. Sin embargo, en este caso, no hay necesidad de trazar esa diferencia. El propósito principal de esta teoría es el reconciliar la visión clásica de un tratado como un acuerdo entre Estados, con el principal objetivo del sistema de protección de inversiones, esto es, ofrecer a los inversionistas legitimación autónoma y protección directa, independiente de aquella ejercida por su Estado de origen.

Si los tratados son acuerdos entre Estados (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Artículo 2.1.a), están sujetos al principio de que los acuerdos no imponen obligaciones ni confieren derechos a terceras partes (Crawford, 2012, p. 384). Este principio ha sido visto tradicionalmente como el corolario de los principios de soberanía, igualdad e independencia de Estados (Villiger, 2009, p. 467). En el caso *Certain German Interest in Polish Upper Silesia*, la Corte Permanente de Justicia Internacional dictaminó que “[a] treaty only creates law as between the States which are parties to it; in case of doubt, no rights can be deduced from it in favour of third States” (1926, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, p. 29). Este principio se consideró la piedra angular del derecho de los tratados y, consecuentemente, fue incorporado a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (en adelante CVDT) en su artículo 34.

No obstante, esta disposición no impide que las partes de un tratado confieran derechos a un tercer Estado. El artículo 36 de la CVDT, contempla la posibilidad de que un derecho se cree expresamente a favor de un Estado que no es parte del tratado. Sin embargo, para que el Estado puede adquirir ese derecho, deberá asentir en ello (Villiger, 2009, pp. 483-488; Sinclair, 1984, pp. 100-102). En otras palabras, para crear un vínculo legal entre un tercer Estado y los Estados parte de un tratado, es imprescindible el consentimiento del primero, a pesar de que el asentimiento se presume mientras no haya indicación en contrario (CVDT, 1969, Artículo 36.1). Mientras que, por medio de su consentimiento el tercer Estado obtiene el pretendido derecho, permanece en su posición original como un extraño al tratado y, en consecuencia, no se vuelve parte del acuerdo (Villiger, 2009, p. 469). En este sentido, el consentimiento juega el papel de un acto de apropiación de derechos derivados directamente del tratado (Sinclair, 1984, p. 103).

Sin duda, un AII es un tratado que pretende otorgar beneficios a los inversionistas. De hecho, es posible afirmar que esta es una característica fundamental y su *raison d'être*. De ser así, la estructura de obligación-derecho creada bajo un AII, puede ser asimilada a la creada bajo la situación de un tercero beneficiario<sup>23</sup> (Bernman, 2011, pp. 658-661). Esto, sin embargo, no configura el clásico ejemplo de terceras partes previsto por la CVDT. En el contexto de los AIIs, los beneficios se confieren a terceros que no son en sí mismos Estados, mientras que la CVDT describe una relación entre Estados. Aunque es claro que existe una diferencia normativa en el origen de ambas disposiciones, nada impide aplicar por analogía las mismas reglas de terceros beneficiarios en el derecho internacional a terceros beneficiarios que no son Estados<sup>24</sup>. Tal como determinó el tribunal en el caso *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*: “[o]n the analogy of Article 36(2) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (the “Vienna Convention”), the “secondary right-holder” under a bilateral treaty (the investor) who is conferred certain rights, being in no different position from “the third State” (mentioned in Article 36)” (2008, ¶114). En esta secuencia de ideas, la siguiente interrogante será cuáles derechos se crean a favor de los inversionistas por medio de un AII.

<sup>23</sup> Véanse los casos *RosInvestCo UK Ltd v. Russia* (2007). SCC Caso No. V 079/2005 y CIADI (8 de diciembre de 2008). *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*, Caso No. ARB 04/14, ¶114.

<sup>24</sup> Chinkin (1993, pp. 121-122).

Cuando los Estados celebran un AII tienen la intención explícita de conferir derechos, tanto procesales como sustantivos, a los inversionistas. Como se explicó anteriormente, el derecho a presentar un reclamo puede ser fácilmente concebido *como ius tertii* pues se otorga directamente al inversionista. Ahora, el caso de los derechos sustantivos requiere una mayor apreciación. Al celebrar un AII, los Estados tienen la intención de conferir a los inversionistas un derecho que consista en un nivel particular y en un estándar de protección contra cualquier daño que el Estado de acogida pueda provocarles de manera ilegal. A pesar de que dichos derechos se crean de forma general y abstracta, se ofrecen directamente al inversionista como *ius tertii*. Como resultado de aquello, no solo el derecho de presentar un reclamo bajo el derecho internacional se otorga directamente al inversionista, sino que además, él puede ser ahora titular de derechos de protección sustantiva.

Como resultado, este modelo refuerza y respeta la idea de que el consentimiento del Estado es la fuente de obligaciones internacionales. En el núcleo de esta teoría reside la idea de que los Estados consienten expresamente en garantizar un derecho directo a los inversionistas por medio de una oferta. Tras su aceptación, los inversionistas se vuelven titulares del derecho. No obstante, los inversionistas no participan en la creación de esos derechos, son meros beneficiarios de ellos. En consecuencia, no se vuelven parte del tratado, dado que este se mantiene como un acuerdo internacional entre Estados, gobernado por el derecho internacional.

Ciertas críticas pueden hacerse a este modelo con respecto a su idea principal: el asentimiento del tercero. Parte de la literatura<sup>25</sup> ha explicado la situación derivada del artículo 36 de la CVDT a través del rol del consentimiento del Estado como fuente del derecho internacional. En este sentido, la función del consentimiento de dos o más Estados al otorgar un beneficio a un tercero es crear una oferta, mientras que la función del consentimiento del tercero beneficiario constituye una aceptación. Mediante esta reunión de declaraciones de voluntad, se crea un nuevo acuerdo entre los dos Estados parte del tratado y el tercero beneficiario<sup>26</sup>. Solo cuando ocurre este fenómeno, se puede afirmar que ha nacido un derecho para el tercero<sup>27</sup>. Por lo tanto, la fuente del derecho y su obligación correspondiente, se encuentran en el nuevo acuerdo (Villiger, 2009, p. 45). El tratado que contiene el *ius tertii* es la fuente de la oferta. El nuevo acuerdo internacional es la fuente del derecho y de la obligación internacional. Si aplicamos este análisis al escenario del régimen de protección de las inversiones, obtenemos que la fuente de los derechos conferidos al inversionista es el nuevo acuerdo creado por el consenso de voluntades entre este último y el Estado de acogida. Por lo tanto, esta analogía llevaría, inevitablemente, a la conclusión de que un inversionista es capaz de crear derechos y obligaciones bajo el derecho internacional; posición que desafía el clásico papel de los individuos en el derecho internacional, que, en primera instancia, este modelo intentó reconciliar.

<sup>25</sup> Para consultar distintas posiciones de los estudiosos sobre el tema véase Villiger (2009, pp. 469-470; y, Yearbook of the International Law Commission, (1996, p. 229, ¶7).

<sup>26</sup> Este nuevo acuerdo se conoce también como “acuerdo colateral”. Villiger, M. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden: Martinus Nijhoff, 485.

<sup>27</sup> Esta tesis fue respaldada por el juez M. Negulesco en su opinión separada del caso ante la Corte Permanente de Justicia Internacional. (19 de agosto de 1929). *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, 36-37. El juez del caso sostuvo “[i]t is possible, in an international convention, to stipulate a right in favour of a third State... in international law the States having made such a stipulation mutually undertake to conclude together with the third State a supplementary agreement which will be appended to the agreement originally made. With this object, the treaty may provide for the right of adherence by third Powers interested therein, and failing a stipulation of this nature, an agreement between the signatory States and the third State must be concluded”.

Un segundo problema con el asentimiento del inversionista, podría surgir de la posible existencia de una obligación que surja para los inversionistas en virtud de un AII. Bajo un análisis teórico, si contemplamos la posibilidad de que un AII cree un derecho a favor de un tercero beneficiario, nada impide aplicar la misma lógica para concebir la viabilidad de que un AII imponga una obligación a los inversionistas. De hecho, la CVDT reconoció la posibilidad de que un tratado imponga una obligación a un tercero, aunque impone requisitos exigentes. El artículo 35 de la CVDT establece que “[u]na disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación” (CVDT, 1969, Artículo 35).

De acuerdo con lo anterior, un tercero adquirirá una obligación siempre que haya dado su aceptación por escrito, requisito no previsto en el caso de los derechos que derivan del artículo 36 de la CVDT. En este sentido, se puede llegar a la inconveniente situación en la que un inversionista se considere como titular de derechos bajo un tratado, a raíz de su consentimiento implícito, y al mismo tiempo, evite las obligaciones que tiene en virtud del mismo tratado, basándose en el hecho de que no hubo consentimiento escrito. Desde un punto de vista pragmático, es posible argumentar que esta consideración es de poca relevancia dado que los AII actuales imponen pocas, o a veces ninguna obligación a los inversionistas<sup>28</sup>. No obstante, esta situación cuestiona la aplicabilidad de esta teoría en un futuro, dado que el arbitraje de inversión es un mundo evolutivo y los países están buscando cada vez más espacio para la regulación estatal<sup>29</sup>. Disposiciones relativas a la protección del medio ambiente, el bienestar de los consumidores, las regulaciones laborales y, en general, los requisitos de desarrollo sostenible, podrían imponerse a los inversionistas en el futuro, y, en ese caso, los Estados pretenderían hacer cumplir dichas obligaciones frente a un tribunal internacional<sup>30</sup>.

Los escenarios expuestos generan dudas sobre la idoneidad de esta teoría para lidiar con los desafíos que pudieren presentarse en el futuro del derecho de inversiones, cuestionando la conveniencia de adoptar este modelo para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas.

<sup>28</sup> Un caso interesante es el artículo 13 del Acuerdo de Inversión del Mercado Común de África Oriental y Austral (COMESA) que dispone que “...investors and their investments shall comply with all applicable domestic measures of the Member State in which their investment is made”. Adicionalmente, el artículo 28(9) de este acuerdo permite expresamente a los Estados presentar reconvencciones en contra de los inversionistas. El artículo establece que “[a] Member State ... may assert as a defence, counterclaim, right of set off or other similar claim, that the COMESA investor bringing the claim has not fulfilled its obligations under this Agreement, including the obligations to comply with all applicable domestic measures or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages”. En este sentido, el Acuerdo de Inversión COMESA plantea la obligación de cumplir con legislación nacional a nivel internacional (tratados). Otro ejemplo interesante es el AII Modelo propuesto en el año 2005 por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD). En su tercera sección, este AII impone obligaciones generales y específicas a los inversionistas. Notablemente, los artículos 12 y 13 del modelo de AII USAN, del año 2012, fijan cuatro obligaciones generales respecto de estándares medioambientales y laborales.

<sup>29</sup> En cuanto a las críticas al arbitraje de inversiones véase Waibel (2010).

<sup>30</sup> En un arbitraje en el marco de un tratado de inversión, Ecuador presentó una reconvencción en contra del inversionista Francés Perenco, debido a la supuestos daños medioambientales que se habían ocasionado. Véase CIADI (2015, *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*). Para más referencias sobre la función de las reconvencciones como mecanismo para reequilibrar el Derecho de inversión véase Bjorklund (2013, p. 461). Véase también, Laborde (2010, p. 97); Mann (2013, p. 521). Curiosamente, el modelo de AII del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible contiene disposiciones expresas para la aplicación de obligaciones impuestas a los inversionistas: Acuerdo de Inversión del Comesa, artículo 44. Para interesantes argumentos a favor de los Estados como demandantes que buscan ayuda en general, en un arbitraje desarrollado bajo el marco de un AII, véase Roberts (2014).

#### 2.4. Teoría del modelo directo<sup>31</sup>

La cuarta teoría propuesta para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas, es la teoría del modelo directo. En el corazón de esta teoría reside la idea de que cada vez que un inversionista presenta un reclamo en contra un Estado de acogida, está reivindicando y ejerciendo sus propios derechos y no los de su Estado de origen. Esta idea se basa en la premisa de que los individuos pueden adquirir derechos exigibles en virtud de un tratado (Parlett, 2011, p. 359). De hecho, bajo el derecho internacional no existe impedimento teórico para que los Estados confieran derechos a los individuos a través de un tratado (Lauterpacht, 1975, p. 526; Douglas, 2003, p. 182). Ya en 1908, el artículo 2 de la Convención para el Establecimiento de una Corte Centroamericana de Justicia, reconocía la personalidad jurídica internacional de los individuos (Convención para el Establecimiento de una Corte Centroamericana de Justicia, 1908, artículo 2). Posteriormente, la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la Jurisdicción de las Cortes de Danzig, confirmó la posición de que los particulares puedan adquirir derechos en virtud de un tratado<sup>32</sup> (1928, pp. 17-18). Más adelante, la Corte Internacional de Justicia ratificó el principio de que los individuos pueden adquirir derechos directos bajo el derecho internacional. En el caso *LaGrand*, la Corte resolvió que el artículo 36 (1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares crea derechos individuales, sean estos derechos humanos o no (*LaGrand case, Germany v United State*<sup>33</sup>, 2011, ¶77). En esta misma línea, en el caso *Ahmadou Sadio Diallo, Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*, la Corte ratificó que el derecho internacional confiere derechos directos a los individuos<sup>34</sup> (2007, ¶39).

Recientemente, la Corte de Justicia del Mercado Común de África Oriental y Austral (en adelante COMESA) desarrolló el mismo principio (2013, *Polytol Paints & Adhesives Manufacturers Co. Ltd v The Republic Of Mauritius*). El caso hacía referencia a una disputa derivada de una medida promulgada por la República de Mauricio que presuntamente había provocado una restricción del comercio en la región de COMESA. Mientras que, en el contexto de la Organización Mundial del Comercio y de los acuerdos comerciales regionales, este tipo de controversias internacionales son iniciadas por un Estado miembro en contra de otro Estado miembro, en este caso, el reclamo fue presentado por una empresa nacional de Mauricio. En el proceso, Mauricio impugnó la legitimidad del demandante para presentar un reclamo internacional basado en una violación del tratado bajo el derecho internacional. El Tribunal señaló que:

[...] signatories of the COMESA Treaty have committed themselves to give some space in the COMESA territory not only for the Member States but also for individuals. By giving the residents of any Member State the right to challenge the acts thereof on grounds of unlawfulness or infringement of the Treaty, the Member States have in some areas

<sup>31</sup> Parlett, K. ha sugerido el nombre de “Substantive-direct” para esta teoría.

<sup>32</sup> A pesar de que en este caso la Corte determinó que los tratados pueden crear derechos directos para los individuos exigibles frente a tribunales nacionales no hay impedimento bajo la misma lógica, para que los individuos presenten un reclamo frente a un tribunal internacional. Al respecto, véase el caso ILR (1928). *Steiner and Gross v Polish State*, 4, 291-292.

<sup>33</sup> Respecto a la conclusión del tribunal, Crawford señala que “the question of capacity to act, in particular by enacting new rules, is distinguished from the holding of rights or entitlements”. El razonamiento de la Corte fue compartido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva *OC-16/99* ¶80, 82-4, 89-97 sobre el derecho a la información en asistencia consular.

<sup>34</sup> ¶39: “Owing to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals ...”.

limited their sovereignty. The proper functioning of the Common Market is, therefore, not only a concern of the Member States but also that of the residents. The Treaty is more than an agreement which merely creates obligations between the Members States. It also gives enforceable rights to citizens residing in the Member States... This Court holds that residents of COMESA Members States likewise have an enforceable right before this Court whenever they establish that they have been prejudiced by an act of the Council or of a Member State that contravenes the Treaty (2013, *Polytol Paints & Adhesives Manufacturers Co. Ltd v The Republic Of Mauritius*, ¶17-19).

En su sentencia, la Corte del COMESA adoptó, en su totalidad, la posición de que los individuos son sujetos de derecho internacional, y, en consecuencia, tienen derechos y obligaciones derivados directamente de un tratado. Por esta razón, pueden hacer cumplir sus derechos directamente y solicitar la reparación correspondiente cuando se ha violado un tratado.

La idea de que los tratados confieren derechos directos a los individuos no es ajena al mundo del arbitraje de inversiones<sup>35</sup>. El Tribunal del caso de *SGS v. Filipinas* admitió que un AII puede crear derechos, tanto sustantivos como procesales, a favor de los inversionistas (2004, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ¶154). En adición, el Tribunal del caso *Cargill Incorporated v. The United Mexican States* retomó el enfoque dualista del caso *Archers Daniels v. México* al TLCAN al declarar que, en virtud del Capítulo 11, se confiere a los inversionistas no solo derechos procesales sino también sustantivos (2009, ¶ 422-425). Adicionalmente, en el caso *Corn Products International v. los The United Mexican States*, el Tribunal dictaminó que

...NAFTA confers upon investors substantive rights separate and distinct from those of the State of which they are nationals... It is now clear that States are not the only entities which can hold rights under international law; individuals and corporations may also possess rights under international law (2008, ¶ 167-168).

En esencia, el Tribunal señaló que cuando un inversionista presenta un reclamo contra el Estado de acogida hace valer, ejerce y reivindica sus propios derechos (procesales y sustantivos) bajo un AII y no los de su Estado de origen. Del mismo modo, este enfoque ha sido respaldado por las cortes nacionales que han tramitado un proceso de anulación de un laudo internacional en materia de inversiones (2005, *Occidental Exploration & Production Company v. The Republic of Ecuador*, ¶18; 2007, *The Czech Republic v. European Media Ventures SA*, ¶23, 52).

Por las consideraciones expuestas es posible concluir que los AIIs pueden otorgar derechos directos a los inversionistas, aunque proporcionan poca claridad al momento de regularizar este fenómeno. Por lo tanto, para una mejor comprensión del problema, es

<sup>35</sup> El tribunal en el caso *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, al comentar el Tratado sobre la Carta de la Energía señaló, ¶141: “[a]rticle 26 is a very important feature of the ECT which is itself a very significant treaty for investors, marking another step in their transition from objects to subjects of international law”.

necesario recurrir a un marco teórico bajo el cual sea posible precisar el hecho de que los tratados crean derechos directos aunque no fundamentales<sup>36</sup> a favor de los individuos, y que los mismos son exigibles en el plano internacional<sup>37</sup>.

La concepción formal de la personalidad en el derecho internacional, propuesta por Hans Kelsen, se basa en la idea de que cualquier persona que sea beneficiaria de una norma internacional es un sujeto de derecho internacional (Kelsen, 1932, p. 141; 1949, pp. 343-349). Como resultado, la personalidad jurídica internacional es la consecuencia y no la causa de poder ser titular de derechos y de la capacidad de asumir obligaciones. En efecto, no se puede mantener una presunción a priori de que solo ciertas entidades (i.e. Estados) son sujetos de derecho internacional (Portmann, 2010, p. 177; Von Bernstorff y Dunlap, 2010, p. 146; St. Korowickz, 1956, pp. 533-535). La personalidad internacional solo se adquiere a posteriori<sup>38</sup>, por lo que, un sujeto de derecho internacional no tiene derechos ni deberes inherentes a su condición. Estos poderes están determinados por la aplicación de normas internacionales y no por el concepto de personalidad internacional en sí mismo (Kelsen, 1932, p. 249). Por lo tanto, el poder para crear una ley en el plano internacional es consecuencia de una norma que otorga esta capacidad y no del simple hecho de ser sujeto de derecho. El Estado está autorizado a crear legislación internacional, solo debido al hecho de que normas internacionales consuetudinarias le otorgan esta competencia a él, y no a los individuos (Portmann, 2010, p. 177; Von Bernstorff y Dunlap, 2010, p. 147). El único resultado que deriva de la personalidad internacional es la capacidad de invocar la responsabilidad internacional y el ser considerado responsable en el plano internacional (2010, p. 277). Como conclusión, es posible afirmar que, bajo la teoría de la concepción formalista, el derecho internacional es un sistema abierto y la personalidad internacional surge a consecuencia de una norma internacional que regula a una entidad. De este modo, para determinar si un individuo tiene derechos directos en el ámbito internacional se debe observar el resultado de la interpretación y aplicación de normas internacionales<sup>39</sup>.

El modelo del efecto directo, utilizado para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas, se centra en la concepción formal de la personalidad internacional. En este

<sup>36</sup> Algunos estudiosos explican la existencia de los derechos de los inversionistas realizando una analogía con los derechos humanos. A pesar de que ambos regímenes comparten algunas similitudes (principalmente por el hecho que en ambos, los individuos adquieren derechos directos bajo el derecho internacional) existen diferencias considerables entre ellos en cuanto a su estructura, origen y finalidad. Además, la concepción individualista de la personalidad en el derecho internacional, usada para justificar el estatus de los individuos como sujetos de derecho internacional, puede no ser útil para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas. Esta concepción se centra en la noción de la persona como un ser humano que, en consecuencia, tiene derechos fundamentales bajo el derecho internacional, independientemente de la voluntad del Estado. Asimismo, la existencia misma del Estado y su racionalización se explica a través del fin último del derecho internacional: el individuo. Como resultado, se puede apelar a la función moral del Derecho internacional para explicar la existencia de derechos individuales en el ámbito internacional. Ahora, ni la noción central de los individuos como seres humanos es aplicable a los inversionistas (de los cuales la mayoría son corporaciones), ni la función moral de proteger a la humanidad es aplicable al derecho de inversiones (que se enfoca en proteger intereses comerciales). Para más referencias sobre la relación entre los derechos humanos y el derecho de inversión para explicar la naturaleza de los derechos de los inversionistas, véase Juratowitch (2008), Paparinskis (2013a, pp. 617-625; 2008, p. 264), Hirsch (2009) y Douglas, Z. (2003, p. 182; 2006 pp. 27-30). Para una explicación de la concepción individualista véase Portmann, R. (2010, pp. 126-172).

<sup>37</sup> Portmann propone una combinación de la concepción Formal y la Individualista para explicar, de manera integral, la concepción de la personalidad internacional.

<sup>38</sup> Bajo la teoría ecléctica de Portman, existe una excepción a la regla general de que la personalidad, bajo el derecho internacional, se adquiere *a posteriori*. La excepción se refiere a la condición jurídica internacional de los individuos en el contexto de los crímenes internacionales y de los derechos fundamentales (en general, normas imperativas).

<sup>39</sup> De acuerdo con Von Bernstorff, J. y Dunlap, T. (2010) “[t]he unmediated effect of international legal norms on individuals, combined with direct access to courts above the state, was for [Kelsen] the crucial breakthrough toward a more effective universal law”. Von Bernstorff, J. y Dunlap, T.

contexto, la tarea principal es analizar y determinar si los AII regulan derechos y obligaciones para los inversionistas calificados. Para cumplir esta tarea se puede recurrir al marco teórico de los correlativos Hohfeldianos (Newcomb Hohfeld, 1914, p. 16; Edmundson, 2004, pp. 87-105; Wilson, 1980, p. 190). Bajo el primer correlativo jurar, un derecho ( $\varphi$ ) se debe a alguien (X) siempre que una obligación ( $\psi$ ) a su favor, se imponga a otra persona (Y) (1914, pp. 31-32; 2004, p. 90; Wilson, 1980, p. 191). En otras palabras, X tiene derecho a reclamar a Y “ $\varphi$ ”, si y solo si Y tiene una obligación con X a “ $\psi$ ”. Por lo tanto, si un AII establece, mutatis mutandis, que “investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment”<sup>40</sup>, se podría decir que un inversionista calificado (X) tiene derecho a recibir un trato justo y equitativo ( $\varphi$ ), debido a que el tratado impone al Estado de acogida (Y) la obligación de otorgar un trato justo y equitativo ( $\psi$ ) a los inversionistas (X). En conclusión, un análisis literal de los AII parece ser “...consistent with the conclusion that the substantive investment protection obligations... are owed to investors directly, who then have the means of enforcing their corresponding” (Douglas, 2009, p. 72).

Adicionalmente, la misma conclusión se puede alcanzar si se aplican las dos teorías principales de la función de los derechos: la teoría del interés y la teoría de la elección<sup>41</sup>. La primera teoría, sostiene que el propósito de un derecho es servir y proteger los intereses de su titular. Según esta teoría, el derecho existe para aportar un beneficio a su titular; en consecuencia, los titulares de derechos son aquellos cuyos intereses se benefician y alcanzan a través de un derecho (Edmundson, 2004, p. 121; Smit Duijzentkunst, s.f.). En este sentido, dado que los AII se centran en proteger los intereses de los inversionistas, estos deben considerarse los titulares de derechos propios del régimen de protección de inversiones. Por otro lado, la teoría de la elección establece que el papel de un derecho es conferir a su titular el control sobre la obligación de otro. Por lo tanto, un titular de derechos es la persona que está en condiciones de ejercer un poder Hohfeldiano (2004, p. 122). En otras palabras, un titular de un derecho es la persona capaz de exigir el cumplimiento del deber correlativo al derecho (Edmundson, 2004, p. 122; Smit Duijzentkunst, s.f.). En el contexto del régimen de protección de inversiones, los inversionistas calificados son aquellos que tienen derecho a presentar un reclamo. Además, ejercen un control completo de este derecho (Douglas, 2009, ¶34-39). Como consecuencia, esta teoría considera a los inversionistas como los verdaderos titulares de derechos de un AII.

A modo de resumen, la teoría del modelo directo sostiene que los AII otorgan derechos directos a los inversionistas. Esto es posible ya que, bajo la concepción formal de la personalidad, el derecho internacional es un sistema abierto y cualquiera que sea el beneficiario de una norma internacional es un sujeto de derecho internacional. Por lo tanto, la respuesta a la pregunta de si los inversionistas pueden tener derechos directos derivados de un AII, se centra principalmente en la interpretación que se dé al tratado. Si un AII impone deberes a los Estados de acogida a favor de un inversionista calificado, este último adquiere sus derechos correlativos (Hohfeldianos). De esto se deduce que los inversionistas son sujetos de derecho internacional y, por lo tanto, que tienen derechos directos en el ámbito internacional (Braun, 2014, pp. 96-99).

La aplicación de esta teoría para explicar los derechos de los inversionistas nos permite armonizar el papel de los individuos bajo el derecho internacional, con el concepto de personalidad jurídica, reconociendo, a su vez, el principio de que el consentimiento

<sup>40</sup> Para un estudio interesante sobre el trato justo y equitativo véase *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law* (2004).

<sup>41</sup> También conocida como “will theory”. Smit Duijzentkunst (s.f.).

del Estado es la piedra angular del derecho internacional y que solo los Estados tienen la capacidad de crear normativa internacional, en virtud de su soberanía. Además, la teoría del efecto directo nos permite hacer frente a los futuros desafíos que se presentarán en el derecho internacional de inversión. En primer lugar, esta teoría permite a los Estados imponer obligaciones exigibles a los inversionistas. En segundo lugar, si consideramos que los derechos que derivan de un AII son los de los inversionistas, es factible argumentar que dichos derechos deben ejercerse en apego al principio de buena fe<sup>42</sup> (CVDT, 1969, Artículo 26). Aquello tiene como consecuencia directa el imponer a los inversionistas un conjunto de obligaciones implícitas que surgen junto con esos derechos (2011, *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*, ¶116). Así, se podría argumentar que ciertas obligaciones como: la colaboración<sup>43</sup>, el no abuso del derecho<sup>44</sup>; la mitigación de los daños<sup>45</sup>; el estoppel<sup>46</sup>; la transparencia<sup>47</sup>; entre otras, pueden surgir cuando se han otorgado derechos a los inversionistas.

Por las razones expuestas es preciso concluir que, cuando un AII no prevé una posición clara respecto de la naturaleza de los derechos de los inversionistas, la teoría del efecto directo, basada en la concepción formal de la personalidad jurídica (Kelsen), debe ser preferida frente a las demás<sup>48</sup>.

### 3. Conclusión

Antes de llegar a una conclusión, es preciso hacer hincapié en las premisas sobre las cuales está construido el presente artículo: el consentimiento del Estado es la piedra angular del derecho internacional y el derecho de inversiones es *lex specialis* en el campo del derecho internacional público. Así, los Estados pueden desarrollar un modelo basado en la protección diplomática, en el esquema del tercer beneficiario u otorgar derechos directos a los inversionistas. De la misma manera, los Estados pueden restringir y limitar el ejercicio de esos derechos incluyendo disposiciones en AIIs que prohíban al inversionista negociar o renunciar a sus derechos. Después de todo, los Estados son los dueños de sus tratados.

Sin embargo, dado que la mayoría de AIIs actuales proporcionan poca, o a veces ninguna claridad sobre el asunto, el estado actual del derecho de inversión requiere de un marco analítico para el estudio de la naturaleza y el alcance de los derechos de los inversionistas. Hasta ahora, los derechos de los inversionistas han sido generalmente descritos como aquellos que pertenecen al Estado; no obstante, explicarlos de esa manera es similar a describir a un círculo como un cuadrado sin esquinas. En este orden de ideas, el presente artículo concluye que la teoría del modelo directo, a diferencia de las demás, aporta mayor claridad y proporciona un marco más adecuado para el desarrollo del

<sup>42</sup> El tribunal del caso *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic* estableció que “[t]his principle [good faith] governs the relations between States, but also the legal rights and duties of those seeking to assert an international claim under a treaty”. CIADI (15 de abril de 2009). *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, Caso No. ARB/06/5, ¶107. Véase también *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006) ¶238. Véase Cheng (1953, p. 121), Kryvoi (2011, p. 21).

<sup>43</sup> Ver CIADI (2008, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ¶144,145).

<sup>44</sup> CIADI (2009, *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, ¶108, 113 y 144); CIADI (2011, *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ¶646); CIADI (2013, *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso No. ARB/10/3, ¶ 127).

<sup>45</sup> CIADI (2012, *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ¶1302).

<sup>46</sup> CIADI (1999, *Ceskoslovenska obchodni banka, A.S. v. Slovak Republic*, ¶479).

<sup>47</sup> CIADI (2009, *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, ¶107, 113 y 144); CIADI (2010, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ¶ 123, 124).

<sup>48</sup> Se pueden arribar a las mismas conclusiones a través de la aplicación de la teoría del “tercero beneficiario” dado que, bajo la misma, los inversionistas son considerados titulares de derechos.

derecho de inversión. Según esta teoría, que se basa en la concepción de Kelsen sobre la personalidad jurídica, los inversionistas son sujetos de derecho internacional siempre que sean destinatarios de derechos y obligaciones contenidos en un AII. Por lo tanto, a pesar de que la concepción de la personalidad jurídica es abierta, los Estados permanecen como los únicos sujetos de derecho internacional capaces de crear normas internacionales, debido a que el derecho internacional consuetudinario les otorga exclusivamente este poder.

### Referencias bibliográficas

- Bernman, F. Evolution or revolution? En C. Brown y K. Miles (2011). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (pp. 648-661). New York: Cambridge University Press.
- Bjorklund, A.K. (2013). The Role Of Counterclaims In Rebalancing Investment Law. *Lewis & Clark Law Review*, 17, 461-480.
- Braun, T.R. (2013). Investor as a Partial Subject in Public International Law - An Inquiry into the Nature and Limits of Investors Rights. *Jean Monnet Working Paper Series NYU School of Law*, 4 (26), 1-63.
- (2014). Globalization-Driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law: An Inquiry into the Nature and Limits of Investor Rights. *Journal of World Investment & Trade*, 15, 73-116. <https://doi.org/10.1163/22129000-01502003>
- Broches, A. (1972). *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Boston: Recueil des Cours.
- Cheng, B. (1953). *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Chinkin, C (1993). *Third Parties in International Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Crawford, J. (2002). *International law as an open system*. London: Cameron May.
- (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford University Press, 8 ed.
- Douglas, Z. (2003). The hybrid foundations of Investment Treaty Arbitration, *BYIL*, 74, 151-289.
- (2006). Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration, *Arbitration International*, 22 (1), 27-52.
- (2009). *The International Law of Investment Claims*. New York: Cambridge University Press.
- Edmundson, W.A. (2004). *An introduction to rights*. New York: Cambridge University Press.
- García Amador, F. (1958). *State responsibility some new problems*, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 365-491. [http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096\\_pp1rdc\\_ej.9789028613126.365\\_491](http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pp1rdc_ej.9789028613126.365_491)
- Higgins, R. (1994). *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford University Press.
- Hirsch, M. (2009). Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths. En P.M. Dupuy et al. (ed.). *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Homero (1968). *La Iliada*. Madrid: Ediciones Ibéricas.
- International Centre for the Settlement of Investment Disputes. (1968). *Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention History*, vol. II, part 2.

- Juratowitch, B. (2008). The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties. *International Centre for Settlement of Investment Disputes Review-Foreign Investment Law Journal*, 23 (10).
- Kelsen, H. (1932). *Théorie générale du Droit International Public: Problèmes Choisis*. Recueil des Cours.
- (1949). *General Theory of Law and State*. Harvard: Harvard University Press.
- Korowickz, M. St. (1956). The problem of international personality of individuals. *American Journal of International Law*, 50, 533-535.
- Koskenniemi, M. (2006). Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. *Report of the Study Group of the International Law Commission*, Doc.A/CN.4/L.682. New York: UN Nations.
- Kryvoi, Y. (2011). Counterclaims in Investor-State Arbitration *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 8.
- Laborde, G. (2010). The Case of Host State Claims in Investment Arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, 17, 97-122.
- Lauterpacht, H. (1975) The subject of the Law of Nations. En E. Lauterpacht. *International Law: Being the collected papers of Hersch Lauterpacht*, Vol. 2.
- Mann, H. (2013). Reconceptualizing International Investment Law: Its Role In Sustainable Development. *Lewis & Clark Law Review*, 17, 521-544.
- McLachlan, C. et al. (2007). *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press.
- Miles, K. (2013). *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguard of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mills, A. (2009). *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*. New York: Cambridge University Press.
- Newcomb Hohfeld, W. (1913-1914). Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, 23.
- Newcombe, A / Paradell, L. (2009). *Law and practice of investment treaties*. Amsterdam: Wolters Kluwers.
- OECD (2004), Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/03, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>
- Oxford English Dictionary (2018). *Chimera*. <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/chimera>>.
- Paparinski, M. (2008). Investment Arbitration and the Law of Countermeasures, *BYIL*, 79, 264-352.
- (2013a). Analogies and Other Regimes of International Law. En Z. Douglas *et al* (2014) (ed.). *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (pp. 74-107). Oxford University Press.
- (2013b). Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility. *European Journal of International Law* 24(2), 617-625.
- (2014) On the Love of Hybrids and Technicalities. *Harvard International Law Journal Online Symposium*. < <http://opiniojuris.org/2014/03/31/hilj-online-symposium-love-hybrids-technicalities/>>.
- Parlett, K. (2011). *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*. New York: Cambridge University Press.

- Portmann, R. (2010). *Legal Personality in international law*. New York: Cambridge University Press.
- Parlett, K. (2007). Role of Diplomatic Protection in the Protection of Foreign Investments. *Cambridge Law Journal*, 66, 533- 535.
- Roberts, A. (2013). Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System. *American Journal of International Law*, 107 (1), 45-94
- (2014). State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority. *Harvard International Law Journal*, 55(1).
- Schreuer, C. et al. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*. New York: Cambridge University Press.
- Sinclair, I. (1984). *The Vienna Convention on the Law of the Treaties*. Manchester: Manchester University Press.
- Smit Duijzentkunst, B. (2010). Treaty Rights as Tradable Assets: Can Investors Waive Investment Treaty Protection? *International Centre for Settlement of Investment Disputes Review-Foreign Investment Law Journal*, 25.
- (s.f.) Of Rights and Powers: Waiving Investment Treaty Protection. *Blog of the European Journal of International Law*. < <https://www.ejiltalk.org/of-rights-and-powers-waiving-investment-treaty-protection/>>.
- Sornarajah, M. (2010). *The international law of foreign investment*. New York: Cambridge University Press.
- Tejera Pérez, V.J. (2012). Diplomatic Protection Revival for Failure to Comply with Investment Arbitration Awards. *Journal of International Dispute Settlement*, 3, 445.475.
- Villiger, M. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden: Martinus Nijhoff.
- Van de Bossche, P y Zdouc, W. (2013). *The law and policy of the World Trade Organization*. Cambridge University Press.
- Von Bernstorff, J. y Dunlap, T. (2010). *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*. New York: Cambridge University Press.
- Waibel, M et al., (2010). *The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*. Wolters Kluwer.
- Wilson, J. G. (1979-1980). Hohfeld: A reappraisal. *University of Queensland Law Journal* 11(2).

## Jurisprudencia

- CIADI (1990). *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Caso No. ARB/87/3, 27 de junio de 1990.
- (2003). *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, Caso No. ARB (AF) 98/3, 26 de junio de 2003, ¶233.
- (2004). *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines*, Caso No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la Jurisdicción, 29 de enero de 2004, ¶154.
- (2007). *Archer Daniels Midland Comp Any And Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, NAFTA, Caso No. ARB (AF) /04/05, 21 de noviembre de 2007, ¶51.

- (2008). *Corn Products International, Inc. v. The United Mexican States*, Caso No. ARB (AF)/04/01, 15 de enero de 2008, ¶167-168.
  - (2008). *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Caso No. ARB/03/24, 27 de agosto de 2008, ¶144,145.
  - (2008). *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*, Caso No. ARB 04/14, 8 de diciembre de 2008, ¶114.
  - (2009). *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, Caso No. ARB/06/5, 15 de abril de 2009, ¶108, 113 y 144.
  - (2009). *Cargill Incorporated v. United Mexican States*, Caso No. ARB(AF)/05/2, 18 de septiembre de 2009, ¶424.
  - (2010). *Gustav FWHamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Caso No. ARB/07/24, 18 de junio de 2010, ¶ 123, 124.
  - (2011). *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*, Caso No. ARB/08/18, 7 de febrero de 2011, ¶116.
  - (2011). *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, Caso No. ARB/07/5, Decisión de Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de Agosto de 2011, ¶646.
  - (2012). *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, Caso No. ARB/03/23, 11 de junio de 2012, ¶1302.
  - (2013). *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso No. ARB/10/3, 4 de octubre de 2013, ¶ 127.
  - (2015). *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, Caso No. ARB/08/6, 11 de agosto de 2015.
- Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) (2005). *Occidental Exploration & Production Company v. The Republic of Ecuador*, Caso No. 3467, ¶18.
- Corte de Justicia del COMESA. (2013). *Polytol Paints & Adhesives Manufacturers Co. Ltd v. The Republic Of Mauritius*. Juicio de Primera Instancia, 31 de Agosto de 2013.
- Corte Internacional de Justicia (2001). *LaGrand case, Germany v. United State*, 27 de junio de 2001, ¶77.
- (2007). *Ahmadou Sadio Diallo, Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*, Juicio de Excepciones Preliminares, 24 de mayo de 2007, ¶39.
- Corte Permanente de Justicia Internacional (1926). *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Juicio de méritos, 25 de mayo de 1926, No. 7.
- (1928) *Chorzów Factory (Germany v. Poland)*. Juicio de Méritos, 13 de septiembre de 1928, 28.
  - (1929). *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, 19 de agosto de 1929.
- ICSID (2006). *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Case No. ARB/03/26, Award. 2 August 2006.
- UNCITRAL. (2000). *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*. 26 de junio de 2000.
- (2007). *The Czech Republic v European Media Ventures SA*, EWHC 2851, ¶23, 52.
  - (2007). *BG Group PLC v. The Republic of Argentina*, 24 de diciembre de 2007.

### **Convenciones y Opiniones Consultivas**

Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados. (1969). Artículos 2.1; 35 y 36. U.N. Doc A/CONF.39/27

Convención para el Establecimiento de una Corte Centroamericana de Justicia. (1908) <[http://legislacion.asamblea.gob.ni/Instrumentos.nsf/550cbe82091cc613062578b80075d823/a476ad9af7c89a3f062577c7005d46ec/\\$FILE/1908%20Convencion%20para%20el%20establecimiento%20de%20una%20Corte%20de%20Justicia%20Centroamericana.pdf](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Instrumentos.nsf/550cbe82091cc613062578b80075d823/a476ad9af7c89a3f062577c7005d46ec/$FILE/1908%20Convencion%20para%20el%20establecimiento%20de%20una%20Corte%20de%20Justicia%20Centroamericana.pdf)>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). Opinión Consultiva OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. 1 de octubre de 1999.

Jurisdicción de las Cortes de Danzi (1928). Opinión Consultiva. 3 de marzo de 1928.



# LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS TBI: CONTRAVÍAS, COLISIONES E INTERSECCIONES

## Human Rights and BIT: Intersections and collisions

VÍCTOR DANIEL CABEZAS<sup>1</sup>

Universidad Externado de Colombia (Colombia)

**Resumen**

En el presente artículo se analizarán las interacciones entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos. En especial, se revisará jurisprudencia arbitral que ha tenido que lidiar con temas de derechos humanos y ha fallado en hacerlo. Se examinará la *ratio decidendi* de los fallos y la normativa internacional que facultaría la inclusión de estándares internacionales en materia de derechos humanos dentro de procesos arbitrales. Finalmente, el autor planteará posibles soluciones a efectos de generar un control de convencionalidad superior dentro de la configuración moderna de los Tratados Bilaterales de Inversión.

**Palabras clave**

Derechos humanos, Derecho internacional de las inversiones, TBI's, Tribunales arbitrales.

**Summary**

In this article, the interactions between international investment law and international human rights law will be analyzed. In particular, it will review arbitral case law that has had to deal with human rights issues and has failed to do so. The *ratio decidendi* of the judgments and international regulations that would enable the inclusion of international standards in the field of human rights within arbitration processes will be examined. Finally, the author proposes possible solutions to generate superior convention control within the modern configuration of the Bilateral Investment Treaties.

**Keywords**

Human Rights, International Investment Law, BITs, Arbitration Courts.

**1. Introducción**

El derecho internacional de las inversiones (en adelante, DII) ha sido una de las áreas del derecho internacional público con más amplio y rápido desarrollo en la historia de la humanidad. El derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH), en la actualidad, aunque a paso más lento y con complicaciones políticas y culturales, posee un desarrollo normativo jurisprudencial de una riqueza considerable y una relevancia mundial indiscutible.

En el presente artículo se hará una revisión de las intersecciones, colisiones y contravías existentes entre el DII y los derechos humanos. En primer lugar, se detallará la historia, naturaleza jurídica, obligaciones y estándares de protección derivados de los Tratados Bilaterales de Inversión. En segundo lugar, haremos lo propio, con la naturaleza, obligaciones y principios

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Maestrante en derecho por la Universidad Externado de Colombia. Asociado a Jaramillo Dávila Abogados. Correo electrónico: vcabezas@jaramillodavila.com



de los derechos humanos. Una vez delimitados estos conceptos, analizaremos brevemente algunos puntos conflictivos donde se intersecan los derechos humanos y los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, TBI).

## **2. Sobre la naturaleza de los Tratados Bilaterales de Inversión**

Sin duda alguna, uno de los fenómenos más relevantes dentro del derecho internacional público en los últimos años (Vanevelde, 2005, p. 157), ha sido el desarrollo del derecho internacional de las inversiones que ha generado la firma de más de 2,500 acuerdos de protección a la inversión extranjera desde el año de 1990<sup>2</sup>. Sin perjuicio de que existan en la actualidad profundas críticas al sistema (Brower / Schill, 2008, p. 471), el ritmo con el que tanto las instituciones, como la normativa y la jurisprudencia han avanzado, es un fenómeno único si lo comparamos con el crecimiento y desarrollo de otras ramas del derecho internacional público.

El sistema capitalista se nutre de un complejo sistema de intercambio de bienes y servicios entre múltiples actores en la arena internacional (Palazuelos / Albuquerque, 1990). Un pilar fundamental del sistema es la división del trabajo, así como la desconcentración en la producción de materia prima y productos elaborados. En efecto, el capitalismo requiere una constante y compleja interacción entre los países que producen materia prima y los países que tienen la capacidad industrial para hacer de ellas, productos elaborados (Bech, 1998), entre los Estados que ofrecen mejores condiciones laborales para la generación de servicios y los Estados que pueden ofrecer su sostenimiento económico y tecnológico. Por ende, la inversión extranjera y la movilidad de capitales resulta fundamental.

En este orden de ideas, la inversión extranjera aparece como una fuente primordial para el desarrollo y masificación de las cadenas de producción en el mundo capitalista. No obstante, existía en los inversionistas extranjeros un marcado temor porque las inversiones de capital que hicieran dentro de terceros países pudieran generar riesgos a su integridad, por cuanto, al desarrollarse dentro de un Estado distinto al de su nacionalidad, existía el peligro de expropiaciones, tratos injustos a su propiedad y a sus intereses de lucro, riesgos de inseguridad jurídica, entre otros (Guzmán, 1998, p. 641).

Dada la importancia de la inversión extranjera en el mundo moderno, esta problemática —la desconfianza de los foráneos— requirió soluciones inmediatas. Remitiéndonos a lo estrictamente histórico, el primer acuerdo entre dos países tendiente a la protección recíproca de inversiones se da en 1782, cuando el presidente Benjamín Franklin firmó un Tratado de Amistad y Comercio que contenía referencias directas a la protección de inversiones de los Estados Unidos en Francia y viceversa. Después, se firmaron una serie de instrumentos análogos con Prusia, España, Marruecos, Gran Bretaña, entre otros (Thomas, 2013, p. 304).

Desde los años ochenta y tomando una fuerza descomunal a inicios de los noventa (Newcombe / Paradell, 2009, p. 41), se genera un amplio desarrollo del DII fomentando un inédito ámbito de cooperación y relación entre los países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo (World Bank Organization, 1993). Estados Unidos fue pionero en la generación de un tratado modelo que pudiera otorgar seguridad a los inversionistas y que tuviera la posibilidad de ser un instrumento fundamental en las relaciones comerciales bilaterales. Entonces, nace un primer modelo (Guzmán, 1998, p. 654) de TBI, cuya estructura, al menos general, se mantiene y es adoptada en la gran mayoría de TBIs firmados por Ecuador.

En primer lugar, el TBI tiene una sección de definiciones donde se establecen los alcances de los términos más diversos tales como inversión, inversionista, propiedad privada,

---

<sup>2</sup> De acuerdo con los últimos datos de la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo desde 1990, 2392 TBIs se han firmado y se encuentran en vigencia.

entre otras. En segundo lugar, tenemos la sección de obligaciones, donde se establece cómo el Estado deberá garantizar la propiedad privada, un trato justo y equitativo, el retorno de las regalías de la inversión, entre otras (Muthucumaraswamy, 2010). Finalmente, se establece una sección de resolución de conflictos donde, en general, se dispone que cualquier diferencia en materia de inversión será dirimida por un Tribunal Arbitral. Entre otras, las obligaciones derivadas de los TBI's generalmente utilizadas son las siguientes (Ramírez, 2008, p. 840):

- a. *Trato justo y equitativo*: esta protección se precia de ser la más importante del catálogo de los TBI's. Aunque su definición y alcance es controversial, lato sensu se relaciona con que las acciones u omisiones del Estado respecto al inversionista y que no tengan una carga particular en razón de su calidad como tal (OECD, 2004). Las denegaciones de justicia, los dobles estándares regulatorios, la falta de garantías judiciales y administrativas, entre otras, son ejemplos de formas que pueden vulnerar esta garantía. A manera de ejemplo, en el TBI firmado entre Ecuador y Argentina se dispone:

Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de Inversores de la otra Parte Contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias (TBI Ecuador / Argentina, 1994).

Y, en el TBI firmado entre Ecuador y Alemania:

Cada una de las Partes Contratantes, de acuerdo con sus disposiciones legales vigentes, permitirá dentro de su respectivo territorio, las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, promoviénolas en lo posible. En todo caso tratará justa y equitativamente a las inversiones de capital (TBI Ecuador / Argentina, 1996).

De igual forma, algunos Tribunales Arbitrales<sup>3</sup> han sostenido que esta protección cubre también aquellas “expectativas legítimas” de los inversionistas que se ven ilegítimamente mermadas o anuladas por ciertas decisiones discrecionales de los Estados. En el caso *Perenco v. Ecuador*, por ejemplo, el Tribunal Arbitral sostuvo que había existido una vulneración a este estándar por cuanto el legítimo interés de la empresa de conseguir retornos, se vio anulado luego que la reforma a la Ley 42-2006<sup>4</sup>, por parte del presidente Rafael Correa, estableciera que el 99% de las ganancias extraordinarias por el incremento del precio del crudo de las empresas petroleras se revirtieran al Estado.

<sup>3</sup> Sobre este punto, el artículo 10 de la disposición del Tratado Constitutivo de la Carta Europea de la Energía, señala: “cada Parte Contratante, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado, fomentará y creará condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para los inversores de otras Partes contratantes para realizar inversiones en su territorio. Tales condiciones incluyen un compromiso de otorgar en todo momento a las inversiones de inversores de otras partes contratantes el trato justo y equitativo. Estas inversiones también gozarán de la protección y seguridad plenas y ninguna de las partes contratantes obstaculizará en modo alguno, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición. En ningún caso dichas inversiones gozarán un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones establecidas en tratados. Cada parte contratante observará cualquier obligación que ha contraído con los inversores o la inversión de un inversionista de otra parte contratante” (Carta Europea de la Energía, 2015, la traducción es mía).

<sup>4</sup> Por medio de esta Ley se regularon las ganancias extraordinarias de los excedentes petroleros. A los ojos del Estado era necesario corregir las ganancias injustificadas a favor de las compañías petroleras y un desequilibrio financiero en perjuicio del Estado. La aplicación de esta ley dio cabida a múltiples procesos arbitrales internacionales en materia de inversión.

- b. *Protección y seguridad completas*: se refiere a la obligación que tienen los Gobiernos anfitriones de garantizar una protección policial básica a la propiedad extranjera (Schreuer, 2010).
- c. *Trato nacional*: se relaciona con la obligación que tienen los Estados receptores de darle a la inversión extranjera protección, garantías y, en general, un trato propio de la inversión nacional. Este estándar asegura que se trate al extranjero y a sus inversiones en igualdad de condiciones respecto a los locales (Dolzer, 2005).
- d. *Trato de nación más favorecida*: garantiza que se trate a los inversores extranjeros y a sus inversiones de manera comparable a los inversores (o inversiones) extranjeras de terceros Estados (OECD, 2004).
- e. *Restricciones a la expropiación directa e indirecta*: asegura que el Estado no pueda expropiar ni directa ni indirectamente el patrimonio de la inversión, respetando su derecho al uso y goce de su patrimonio empresarial integral. En caso de darse una expropiación directa o indirecta, el Estado se obliga a pagar una justa indemnización al inversionista (Isakoff, 2013).
- f. *Libre transferencia de fondos*: Los inversores extranjeros tienen garantizado el derecho de poder repatriar fondos relacionados con la inversión —beneficios, intereses, derechos, indemnizaciones y otras ganancias— (Riquelme, 2015).

### 3. Sobre la naturaleza de las obligaciones internacionales estatales en materia de derechos humanos

Toda vez que hemos delimitado la naturaleza de los estándares de protección comunes a los Tratados Bilaterales de Inversión, nos enfocaremos en hacer lo mismo respecto de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. En general, estas obligaciones se encuentran contenidas en tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, de los cuales se desprenden tanto principios como obligaciones (CADH, 1969; PIDCP, 1966). En relación a los principios que rigen la aplicación e interpretación de los derechos, mencionaremos brevemente dos principales:

- a. *El principio de indivisibilidad de los derechos humanos*. Los derechos se complementan entre sí y su vigencia es interdependiente<sup>5</sup>. Este principio establece la medida en que el goce de un derecho en particular o de un conjunto de derechos depende de la realización de un conjunto de otros derechos. Así, por ejemplo, para ejercer plenamente el derecho a la educación, es necesario tener garantizada la libertad de expresión y para ejercer este derecho, a su vez, es necesario ejercer el derecho a la salud. Al efecto, la Conferencia de Viena establece que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí” (Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993). En este mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado que:

---

<sup>5</sup> En este sentido, el Art. 11, numeral 6 de la Constitución establece: “6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

La interdependencia comprende, al menos, un par de relaciones donde: a) un derecho depende de otro(s) derecho(s) para existir, y b) dos derechos (o grupos de derechos) son mutuamente dependientes para su realización. En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los derechos impactará en el otro(s) y/o, viceversa. De tal forma que la protección del derecho a la salud no puede quedar al margen de una revisión de otros derechos condicionantes como la alimentación y el acceso al agua (Comité DESC, 2000).

- b. *El principio de indivisibilidad de los derechos humanos.* Una vez que se ha entendido que la interdependencia de derechos es un principio base para su interpretación y aplicación, la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre los derechos humanos (Vásquez / Serrano, 2009), postulando que, como efecto de la interdependencia, los derechos no pueden ser sujetos de gradación o jerarquía en su aplicación. En efecto, los Estados no pueden elegir qué derechos proteger o garantizar, o establecer medidas excluyentes de protección preferente, pues “la existencia real de cada uno de los derechos humanos sólo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos” (Blanc, 2001, p. 31).

Ahora bien, en relación a las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos (Corte IDH, 1988, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*; Comité DESC, 1990, Observación General 3; Comité de Derechos Humanos, 2004, Observación General 31) encontramos las siguientes:

- c. *Obligación de respeto:* ha sido considerada la obligación primigenia en esta materia y se relaciona con el deber que tiene el Estado de abstenerse de intervenir en el completo goce de los derechos humanos. En consecuencia, ninguno de los órganos estatales o cualquiera sea la expresión del poder público podrá vulnerar los derechos humanos. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

El contenido de esta obligación es el respeto a aquellas esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción del ejercicio del poder estatal (Corte IDH, 1986, párr. 21).

- i. *Obligación de protección:* esta es una obligación encaminada a que los representantes del Estado: (i) prevengan las vulneraciones a los derechos humanos cometidas por particulares; (ii) creen un marco jurídico y una estructura institucional que garanticen en la práctica la exigencia de los derechos de las personas (Serrano, 2013).
- ii. *Obligación de garantía:* tiene por objeto la realización y concreción material del derecho, garantizando que todos los ciudadanos puedan tener acceso (Sepúlveda, 2003; Serrano, 2013). En consecuencia, requiere no sólo que los Estados tengan programas consistentes y direccionados a su garantía, sino que existan mecanismos judiciales para hacerlos verdaderamente exigibles

en el plano interno, *prima facie*, y en el externo de manera residual<sup>6</sup>. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

El deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Corte IDH, 1988, párr. 166).

Como parte de la obligación de garantía, encontramos dos sub-componentes que la dotan de contenido:

- i. *Obligación de adoptar medidas*: se relaciona con la creación y adecuación normativa y administrativa (Ferrer, 2012). De igual forma, tiene que ver con la obligación del Estado de actuar frente a vulneraciones de derechos humanos (Corte IDH, 2001).
- ii. *Obligación de investigar y sancionar*: se refiere a la obligación internacional que tiene el Estado de investigar aquellas vulneraciones a los derechos humanos, sancionarlas de conformidad con el derecho interno y, finalmente, ejecutar dichas sanciones (Ferrer / Pelayo, 2017; Sentencia Corte IDH, 1988, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*).

### 3.1. Sobre los puntos conflictivos existentes entre el DIDH y el DII

Sería equivocado plantear que entre estas áreas del derecho internacional público existe una plena armonía pues, aunque consideremos que es equivocado aseverar una incompatibilidad de origen entre las obligaciones derivadas de ambas materias, no es menos cierto que de su interacción se han generado diversos puntos conflictivos que a continuación detallaremos brevemente.

#### 3.1.1. Primer punto conflictivo: bloqueo procesal y falta de capacidad de comparecencia para las víctimas

Los laudos arbitrales alcanzan el ámbito del DIDH en algunos sentidos, entre ellos: (1) determinando reglas sustantivas; (2) determinando reglas de procedimiento; (3) dirimiendo los conflictos entre el derecho de las inversiones y los derechos humanos (Rubino, 2011).

Mientras la jurisprudencia arbitral ha negado sistemáticamente la integración de estándares de derechos humanos cuando se trata de definir conceptos relacionados con la propiedad privada de los inversionistas, se suelen aceptar criterios de organismos supervisores de derechos humanos. En el caso *Lauder vs República Checa*, un Tribunal Arbitral bajo reglas CNUDMI, al momento de definir ciertos términos relacionados con la regulación estatal expropiatoria, sostuvo:

---

<sup>6</sup> Sobre este punto Corte IDH afirma, asimismo, que “[l]a obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (1998, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, nota 18). Aunque este sentido primario de la obligación de garantizar estuvo en la jurisprudencia interamericana desde el primer caso contencioso, los casos posteriores han desarrollado bastante poco sus diversas dimensiones para centrarse casi de forma unánime en los deberes de investigar, sancionar y reparar.

Los TBI's generalmente no definen expropiación o nacionalización ni cualquier otro término que denote medidas similares de despojamiento forzoso de la propiedad. En consecuencia, el Tribunal tuvo que observar algunos textos de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Mellacher vs Austria* para tener una definición nítida de los diferentes tipos de expropiación: una expropiación formal es una medida destinada a la transferencia de dominio de la propiedad mientras que una de facto ocurre cuando el Estado despoja al propietario de sus derechos de uso, goce y disposición del bien<sup>7</sup>.

En contraste con este laudo, se podría establecer una cierta línea de reticencia de los tribunales arbitrales a aceptar criterios, así sean referenciales, de organismos supervisores de derechos humanos. Por ejemplo, en mayo de 2012 el Centro Europeo de Derechos Constitucionales y Derechos Humanos emitió una solicitud a un Tribunal Arbitral con sede en el CIADI dentro del proceso *Border Timbers Limited and others v. Republic of Zimbabwe* (CIADI, 2011): los ciudadanos peticionarios, que habían comparecido ante la Corte Europea de Derechos Humanos, solicitaban a los Tribunales Arbitrales de los casos referidos ingresar un *amicus curiae*<sup>8</sup> pues el proceso arbitral tendría incidencia directa sobre la propiedad de tierras ancestrales indígenas dentro del área de Chimanimani en el sur-este de Zimbawe. Su comparecencia ante el Tribunal era básica para poder defender sus derechos ancestrales a la tierra que en esos momentos se encontraba ocupada por los inversionistas mediante extensas plantaciones de madera.

La Corte Europea —junto con líderes comunitarios que comparecieron—<sup>9</sup> plantearon que bajo el DIDH los indígenas habitantes en tierras ancestrales tienen derecho a ser consultados respecto a su destino y, que, en definitiva, el proceso arbitral sustanciado ante el CIADI incidiría directamente en sus derechos ancestrales<sup>10</sup> sin que pudieran intervenir en forma alguna. El 26 de junio de 2012, sin embargo, el Tribunal Arbitral denegó la solicitud de la Corte estableciendo que el DIDH no tiene ninguna relevancia para la disputa (CIADI, 2015).

Esta discrecionalidad y la negativa de administración de justicia frente a terceros que pudieren ser afectados por las decisiones arbitrales, sumado al pretendido desconocimiento de la normativa internacional en materia de derechos humanos, genera graves consecuencias jurídicas para los peticionarios para quienes la negativa del Tribunal Arbitral, en definitiva, agota cualquier posibilidad de conseguir justicia y una justa reparación por la afectación a sus tierras ancestrales<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Traducción personal. El texto original del fragmento citado es: “[BITs] generally do not define the term of expropriation and nationalization, or any of the other terms denoting similar measures of forced dispossession (‘dispossession’, ‘taking’, ‘deprivation’, or ‘privation’). As a result, the tribunal had to look at some textbooks and the European Court of Human Rights case *Mellacher v. Austria* to derive a neat definition of the different types of expropriation: “a ‘formal’ expropriation is a measure aimed at a ‘transfer of property’, while a ‘de facto’ expropriation occurs when a State deprives the owner of his ‘right to use, let or sell (his) property’”.

<sup>8</sup> *Amicus curiae*, expresión latina que literalmente se traduce como “amigo de la corte”, es una institución derivada del derecho romano utilizada principalmente en el derecho anglosajón. Su objetivo es abrir la posibilidad a terceros que no son parte de un litigio, pero que poseen un interés demostrable y justificado en la resolución de éste, a promover voluntariamente una presentación que contiene una opinión técnica mediante la cual aportan elementos que pueden resultar jurídicamente trascendentes al momento de que el juzgador resuelva sobre la materia del litigio.

<sup>9</sup> Los líderes comunitarios asistieron considerando que las empresas inversionistas eran suizas y alemanas, lo que le otorgaba jurisdicción a la Corte Europea de Derechos Humanos.

<sup>10</sup> Sobre este punto, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas dentro de su Art. 9 expresamente reconoce que los TBIs tienen incidencia dentro de la política pública del Gobierno y por ende deben cumplir un nivel de convencionalidad a efectos de garantizar un pleno ejercicio de los derechos humanos.

<sup>11</sup> De otra parte y aunque esto implica la formulación de otra investigación, se debe destacar que los derechos de los inversionistas podrían también verse afectados en el contexto de un proceso por determinación de responsabilidad internacional del Estado

### 3.1.2. Segundo punto conflictivo: potenciar la exigibilidad de las obligaciones del Estado por medio de los TBIs

Como hemos visto a lo largo de este artículo, el Estado receptor de la inversión tiene una serie de obligaciones plenamente exigibles frente a los empresarios en el marco de los TBIs. Sin embargo, este cúmulo de obligaciones no tienen una equivalencia en relación a los pocos límites u obligaciones para los inversores. Sobre este punto, diversos autores han sostenido que las propias obligaciones de los TBIs podrían servir de base para la exigencia e imposición de estándares de protección y respeto social a los inversionistas. En este sentido, Peter Muchlinski sostiene que la protección de trato justo y equitativo (Muchlinski, 2006) ofrecida por el Estado a los inversionistas puede interpretarse de manera que les imponga ciertos deberes, incluyendo el deber de abstenerse de mantener una conducta abusiva. Esto, puesto que cada una de dichas obligaciones del Estado requiere de un nivel de cooperación y coordinación con los inversionistas, a quienes se les podría interponer una suerte de obligaciones de medio, a efectos de que el Estado cumpla sus obligaciones de protección derivadas de los TBIs. Esta, sin embargo, es una posición puramente doctrinaria que hasta la fecha no ha tenido mayor desarrollo en el ámbito jurisprudencial.

Otra manera de abordar las obligaciones de los inversores, partiendo del hecho de que los TBIs no las declaran expresamente, han existido para condicionar las protecciones de los TBIs acatando diversas obligaciones comunes al derecho internacional, es decir, de igual jerarquía que el DII (Peterson, 2009, p. 14). Entre estas se ha propuesto que el cumplimiento de los estándares de protección puede estar sujeto al cumplimiento de instrumentos sobre responsabilidad corporativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), así como la de manejo corporativo consonante con los estándares en materia de derechos humanos (Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible). Esto, no obstante, sigue siendo muy problemático pues se introduce una suerte de “incumplimiento justificado” de las provisiones de los TBIs sin que los propios contratantes lo hubieren aceptado y sin que exista normativa compulsoria que faculte este incumplimiento<sup>12</sup>. Finalmente, el punto más sólido para potenciar estas obligaciones, radica en que la mayoría de TBIs plantean protección a las inversiones legales y, si entendemos a los derechos humanos como parte íntegra de un estado de legalidad, se concluiría que solo las inversiones que los respeten pueden estar cubiertas de la protección de los TBIs.

Ahora bien, atacando la compatibilidad de las obligaciones de los TBIs con las derivadas de los Tratados en materia de derechos humanos, los Estados han resaltado el hecho de que los TBIs privan al Gobierno de sus facultades esenciales regulatorias y del propio marco de acción de la administración pública frente a los inversionistas (PGE, 2016). Comúnmente se alude a que las cláusulas de estabilidad normativa de los TBIs —aunque pudieran ser positivamente interpretadas como una seguridad mínima para el inversionista— también pueden suponer una privación absoluta de la capacidad de producción normativa como una expresión fundamental de la organización social y a favor de una inversión de capital (PGE, 2016).

---

en materia de derechos humanos. En tal escenario, aunque solo el Estado es el obligado, colateralmente el inversionista podría tener consecuencias jurídicas.

<sup>12</sup> Sobre este punto, es importante resaltar el rol del Estado noruego que lejos de simplemente denunciar los TBIs ha propuesto su reforma con base en los siguientes puntos: (a) reforzar el poder regulatorio del Estado; (b) legitimar el rol del Estado para controlar aspectos relacionados a los derechos de los ciudadanos; (c) incluir estándares de responsabilidad social de las corporaciones inversionistas. Quizás este primer acercamiento a la reforma de los TBIs junto con una serie de directrices que la ONU ha generado para el efecto podrían contribuir al desarrollo de una “segunda generación” del DII donde los desbalances jurídicos existentes logren mermarse, integrando mayores obligaciones de responsabilidad corporativa y reduciendo un sistema, hasta ahora injusto con los derechos de terceros, un sistema que si no logra una reestructuración sustancial, eventualmente, podría degenerar en un orden caótico.

Para ilustrar de mejor manera esta problemática, proponemos el análisis del Arbitraje CIADI entre *Biwater Gauff vs Tanzania y Suez* (CIADI, 2005), donde después de la privatización de los servicios de suministro de agua potable y del servicio de saneamiento, la empresa incrementó su facturación y redujo su inversión, resultando evidente la desproporción entre el ingreso real de la empresa y el costo del contrato suscrito con el Estado. Las inversiones en el mantenimiento de las centrales de saneamiento de agua y los canales de suministro fueron casi nulas, generando un deterioro continuo del servicio, frente a lo cual, el Estado decidió rescindir la concesión y asumió la prestación del servicio aduciendo el carácter vital del agua y la manifiesta ineptitud de la empresa en su deber de suministrarla adecuadamente.

Producto de esta rescisión contractual, Biwater Gauff demandó al Estado y el laudo estableció que había existido expropiación ilegal por parte de la inversión extranjera. El Tribunal Arbitral reconoció el accionar negligente de la empresa, pero sostuvo que la rescisión y asunción del servicio de provisión de agua por parte del Estado como consecuencia de un flagrante fracaso del operador privado, había implicado una medida expropiatoria violatoria de los estándares internacionales de protección de los inversores extranjeros (PGE, 2016). Ahora bien, el carácter controversial de este laudo se ahonda con el hecho de que, dentro del proceso arbitral, diversas ONG presentaron *amicus curiae* explicando las implicaciones de este caso en materia de derechos humanos. En el laudo final no se ponderó si existía alguna relación entre el derecho fundamental de acceso al agua potable, la rescisión del contrato y los derechos del inversor.

Frente a este escenario que grafica una cierta animadversión del sistema de protección de inversiones frente a los derechos humanos —al menos en los casos revisados y conforme a los TBIs aplicables— se han generado paralelamente corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que establecen la necesidad de que los comparecientes a los procesos arbitrales tengan “las manos limpias”, a efectos de poder declarar su pretensión jurídica como admisible. Así, la denominada *doctrina de las manos limpias* es de larga data en el marco del derecho internacional y sostiene que el tribunal podría discrecionalmente negar tutela arbitral a aquel demandante “cuya conducta haya sido impropia en directa relación a la materia a arbitrase” (Corte Suprema de Estados Unidos, 1992)<sup>13</sup>. Sobre la base de ello, un tribunal podría expresamente “negar asistencia al demandante que pretenda proteger cualquier derecho que este haya podido adquirir o conservar a causa de su conducta arbitraria” (Corte Suprema de Estados Unidos, 1918).

El Caso CCI No. 1110 surgió con base en el reclamo de una parte argentina que exigía el pago de las comisiones que había acordado con una empresa inglesa respecto de los contratos que eventualmente se le adjudicaran a esta para la provisión de equipamiento para el suministro de energía eléctrica. La demandada reconoció que había celebrado el acuerdo por las conexiones políticas y las influencias en círculos comerciales e industriales que poseía el actor (Gilles, 1994). En tal caso, el árbitro designado, Gunnar Karl Lagergren sostuvo:

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”. Adicionalmente, indicó que ningún tribunal —fuera arbitral o judicial— podía atender 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 sancionados por jueces o árbitros (Arnaldez et. Al: 1997)

<sup>13</sup> En esta jurisprudencia se acotó: “Patents obtained with unclean hands and contracts that are based on those patents are similarly tainted and will not be enforced”.

En nuestro criterio, esta doctrina que es ampliamente aceptada a nivel de tribunales internacionales, podría ser eventualmente una de las ventanas por las cuales se pueda insertar el análisis y cumplimiento del DIDH en el ámbito de resolución internacional de controversias asociadas a las inversiones. Aquello, no solo pasa por una reforma normativa de los TBIs, sino por una progresiva concientización por parte de los árbitros en relación a los estándares a ser usados y los mecanismos jurídicos para la inserción de estándares de protección de derechos humanos dentro de procesos arbitrales.

### 3.1.3. Tercer punto conflictivo: imposibilidad de laudar y reconocer el DIDH

De la revisión realizada para esta investigación, no se han encontrado TBIs con referencias expresas a los derechos humanos y a su integración. Lo que, de otra parte, sí se ha encontrado son laudos en los que se ha llegado a asumir que este régimen jurídico no puede ser aplicable a los procesos arbitrales (CIADI, 2010). Todo esto ha generado una tendencia jurisprudencial que ha ignorado la relevancia de los derechos humanos frente a la resolución de una controversia con incidencia en los mismos.

El hecho de que los Estados enuncien obligaciones en materia de derechos humanos ante Tribunales Arbitrales no es algo excepcional. Naciones Unidas ha sostenido que aquella práctica es válida en tanto permite que se tome en cuenta un contexto legal más amplio que integre consideraciones sociales en los procesos (UNHCR, 2001). Sobre el punto jurídico que permite el ingreso de las normas de derechos humanos a la *ratio decidendi* de los tribunales arbitrales, algunos comentaristas han sostenido que el Art. 42 de la Convención CIADI<sup>14</sup> posibilita que el DIDH sea integrado, al ser considerado como un ámbito del derecho internacional público; es decir, la excusa por falta de norma que faculte su aplicación sería improcedente. Sin embargo, también se toma en consideración que las normas del DIDH son normas que pertenecen al derecho internacional público, por lo que, por su sola calidad, entran a la esfera de competencia de los tribunales arbitrales.

Ahora bien, el caso *Biloune v. Ghana* es muy interesante para analizar los puntos de intersección entre los derechos humanos y el derecho de las inversiones. En este caso, el inversor sirio Antoine Biloune —quien fue el accionista mayoritario de la empresa Marine Drive Complex Ltd.— fue arrestado por las autoridades de Ghana, durante treinta días, sin que hubiere existido proceso penal alguno y, finalmente, fue deportado a Togo (UNCITRAL, 1989). Así las cosas, la referida empresa, junto con Antoine Biloune, propusieron una demanda ante un Tribunal arbitral con base en un Contrato de Inversión Garantizado GIC *Agreement*<sup>15</sup>. El proceso se centró en responsabilizar al Estado tanto por la violación de los derechos humanos de Biloune, como por la violación al TBI, que sostenía que toda disputa entre la empresa y el Gobierno debía ser derivada a arbitraje.

En tal caso, los árbitros Stephen M. Schwebel, Don Wallace, Jr., y Monroe Leigh sostuvieron que el derecho consuetudinario internacional requiere que el Estado provea a los extranjeros un estándar mínimo de tratamiento y que el derecho internacional confiere a todos los individuos sin excepción derechos humanos con carácter inviolable (UNCITRAL, 1989). Sin embargo, el Tribunal señaló que la existencia de estas reglas no implica que sea competente para juzgar y evaluar las vulneraciones a los derechos humanos, pues no existía

<sup>14</sup> El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

<sup>15</sup> Las provisiones del contrato aplicadas estaban relacionadas con la prohibición de expropiación del ordenamiento jurídico interno de Ghana, pero también de la costumbre internacional.

sustento normativo que les permita tener esa atribución de competencia en razón de la materia. Finalmente, los árbitros indicaron que su ámbito de competencia se encuentra limitado a aquellas disputas respecto de la inversión extranjera y que, por ende, carece de jurisdicción para juzgar vulneraciones autónomas a los derechos humanos.

Los Estados no han sido menos entusiastas con la relación entre los derechos humanos y los arbitrajes internacionales en materia de inversión. La República Argentina, en particular, ha explotado conceptos relacionados:

- a. En el caso CIADI CMS *Gas v. Argentina*: El Estado sostuvo que la crisis económica y social del Estado afectaba los derechos humanos de sus ciudadanos y que ningún TBI podía prevalecer sobre el deber primordial e inexcusable del Estado de garantizar estos derechos.
- b. En *Azurix v. Argentina*, un caso relacionado a tratamiento de aguas residuales, el Estado elevó la discusión de la compatibilidad de los TBIs con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, sosteniendo que, en un conflicto entre estos, los derechos humanos deben prevalecer puesto que el derecho común de los ciudadanos y consumidores debe estar por sobre los réditos económicos de la empresa.
- c. En *Siemens v. Argentina* el Estado de nuevo sostuvo que en la situación social y económica de Argentina el reconocimiento pleno e irrestricto de la propiedad del inversor privaría de contenido a los derechos humanos y constitucionales de los ciudadanos. Frente a este argumento, el Tribunal sostuvo que el Estado no lo había desarrollado con suficiencia y que no tenía relación con los méritos del caso.

Sin duda existen muchos mecanismos jurídicos por los cuales se podrían integrar no solo normas sustantivas de derechos humanos sino instituciones procesales comunes –como el *amicus curiae*, por ejemplo– y ampliamente usados dentro del derecho internacional de los organismos supervisores de derechos humanos. Al no haber consenso respecto a la posibilidad de incluir expresamente dentro de los TBIs la facultad de laudare con base en esta normativa, la facultad de considerarla y de usar los mecanismos jurídicos descritos para su exigencia y aplicabilidad, deriva y se mantiene como una facultad de control absoluto y discrecional por parte de los árbitros, lo que se torna en un punto conflictivo.

Con base en la diversa problemática aquí descrita, consideramos los siguientes puntos que podrían contribuir a la construcción de un orden internacional integrativo de la esfera de los derechos humanos y de la protección de la inversión, permitiendo una coordinación tendiente a su mutuo desarrollo:

- a. *Redefinir el alcance de los derechos humanos en los Tratados Bilaterales de Inversión, en particular, dentro de las cláusulas de solución de controversias*: la tendencia moderna y el paradigma contemporáneo en materia de TBIs requiere la integración de normas y estándares que respeten y consideren los derechos humanos (Pérez / Gistelinck / Karbala: 2011). Generando un balance adecuado entre el mantenimiento de una definición y protección adecuadas al inversionista y la salvaguarda de los derechos

humanos que pudieran ser vulnerados. Principalmente, la protección de derechos laborales, de seguridad, de calidad y cuidado ambiental, de respeto a las tierras ancestrales, de educación, entre otros. Esto, ya que los TBI tienen el enorme potencial de generar un nuevo espacio de exigencia y garantía de derechos humanos y, a la larga, una oportunidad excepcional para la materialización de estos derechos (UNCTAD, 2007). Sobre las inclusiones específicas que deberían considerarse, encontramos, entre otras, las siguientes: (1) integración de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a las provisiones generales del Tratado; (2) incorporación de obligaciones específicas en materia de respeto a los derechos humanos; (3) interpretación de estándares de protección y, en general, obligaciones derivadas de los TBI con base en jurisprudencia y principios asociados a los DDHH 16.

- b. *Controlar la convencionalidad de los TBI*: los derechos humanos deben ser respetados por todos. Eso incluye a los inversionistas, quienes no pueden escapar a este ámbito de sujeción. Es importante remarcar que las obligaciones internacionales del Estado en esta materia son amplias y no excluyen del escrutinio convencional a ninguna faceta del ejercicio de la autoridad estatal, incluyendo la celebración de TBI y su ejecución (Serrano, 2013). Siempre que uno constituya el medio a través del cual el Estado despliega su autoridad, debe existir un estricto control de convencionalidad, en consecuencia, tanto la configuración y firma de los TBI como su aplicación concreta deben estar sujetas a este control que garantiza la vigencia de los derechos humanos dentro del Estado. Al efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana, por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, misma que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados (Sentencia Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, párrafo 140). En definitiva, el derecho de inversiones no puede escapar al control de convencionalidad y, por consiguiente, una de las grandes propuestas es precisamente integrarlo y ejercerlo activamente. En el criterio del autor, esto no presupone que el DIDH se encuentre por encima del DII. Simplemente resulta una herramienta útil para precaver la armonía normativa del derecho internacional público y, sobre todo, asegurar que el Estado cumpla sus obligaciones, del lado del DII y del lado del DIDH por igual.
- c. *Otorgar Ius Standi a las víctimas de violaciones a los derechos humanos*: quizás este componente cierra un círculo, pues el reconocimiento de que terceros “no parte” del TBI –ciudadanos víctimas de vulneraciones a sus derechos<sup>17</sup>– puedan comparecer ante Tribunales Arbitrales, representa una garantía procesal de enorme relevancia para la justiciabilidad de derechos humanos<sup>18</sup>. Particularmente, los ciudadanos

<sup>16</sup> Para ahondar en este punto, recomendamos la revisión de modelo de TBI propuesto por Canadá en 2004, especialmente el Art. 11 referente a la salud, la seguridad y las medidas ambientales.

<sup>17</sup> Además de los casos aquí descritos donde se evidencia esta problemática, se recomienda revisar: Arbitraje Ad-Hoc bajo reglas UNCITRAL. *Methanex v. United States of America*. Decision on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curia.

<sup>18</sup> Ello, por cuanto la congestión del sistema interamericano de derechos humanos torna muchas veces fútil la posibilidad judicial de llegar a una resolución que satisfaga las necesidades reparatorias de las víctimas, mientras que el Sistema Universal es aun inexplorado y, al no contar con un organismo con competencia contenciosa, las decisiones de sus Comités no son

podrían verse beneficiados del poderoso sistema de ejecución de laudos arbitrales bajo el régimen de la Convención de Nueva York<sup>19</sup> para la exigencia de los derechos humanos, lo que constituye un objetivo social superior (Simma, 2011).

En conclusión, la interacción entre estas áreas del Derecho a nivel internacional aún está cubierta de una incertidumbre que, generalmente, termina perjudicando la vigencia de los derechos humanos. Entonces, una reforma al sistema que pase por la consideración de estos estándares en los procedimientos arbitrales sería realmente beneficioso para que, en la práctica, el DII sea un espacio adicional para procurar la vigencia de los derechos humanos y no se convierta en un sistema que los invisibilice.

### Referencias bibliográficas

- Arnaldez, J. et. Al. (1997). *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*. Paris: ICC Publishing & Kluwer Law International.
- Beck, U. (1998). *¿Qué es la globalización?* Barcelona: Paidós.
- Blanc, A. (2001). *Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*. Lleida: Universidad de Lleida.
- Brower, Ch. / Schill, S. (2008). Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law? *University of Chicago Journal of International Law*, 9 (2), 471-498.
- Dolzer, R. (2005). *National Treatment: New Developments*. Paris: Making the most of International Investment Agreements: A common Agenda.
- Ferrer, E. (2012). La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Estudios Constitucionales*, 10 (2), 155-157. <https://doi.org/10.4067/s0718-52002012000200004>
- Ferrer, E. / Pelayo, C. (2017). *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*. México: UNAM.
- Gilles, W. (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), 227-287. <https://doi.org/10.1093/arbitration/10.3.277>
- Guzman, A. (1998). Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, Vol 38, 640-688. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195388534.003.0003>
- Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (s.f.). *Proyecto de modelo de acuerdo de inversión*. [http://www.iisd.org/investment/model\\_agreement.asp](http://www.iisd.org/investment/model_agreement.asp)
- Isakoff, P. (2013). Defining the Scope of Indirect Expropriation of International Investments. *The Global Business Law Review*, 3 (2), 191-195

---

vinculantes.

<sup>19</sup> La Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, de la cual Ecuador es parte, establece normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales.

- Muchlinsky, P. (2006). Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard, *International and Comparative Law Quarterly*, 55, 567-598. <https://doi.org/10.1093/iclq/lei104>
- Newcombe, A. / Paradell, Ll. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Palazuelos, E. / Albuquerque, F. (1990). Estructura Económica Capitalista Internacional: *El Modelo de Acumulación de Postguerra*. Madrid: Akal Universitaria, 11-45.
- Procuraduría General del Estado. (2016). *Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*. Quito: Procuraduría General del Estado.
- Ramírez, J. (2008). *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 840.
- Riquelme, C. (2015). La cláusula de libre transferencia de fondos en los tratados internacionales de inversión de Chile. *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, 1 (3), 207-209.
- Schreuer, Ch. (2010). Full Protection and Security, *Journal of International Dispute Settlement*, 1-17.
- Sepúlveda, M. (2003). *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Amsterdam: Intersentia.
- Serrano, S. (2013). *Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México.
- Simma, B. (2011). Foreign Investment Arbitration a Place for Human Rights?, *International and Comparative Law Quarterly*, 60, 573-596. <https://doi.org/10.1017/s0020589311000224>
- Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 201-205.
- Thomas, L. (2013). International Law and Institutions and the American Constitution in War and Peace, *Berkeley Journal of International Law* Vol. 31, 291-306.
- Vanevelde, K. (2005). A Brief History of International Investment Agreements. U.C. *Davis Journal of International Law & Policy*, 12 (1), 158-194. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195388534.003.0001>
- Vásquez, L. / Serrano, S. (2009). *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad apuntes para su aplicación práctica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México.
- World Bank Organization. (1993). *The East Asian Miracle: Economic Growth and Public Policy*. Washington: World Bank Series.

### **Convenciones, tratados y conferencias**

- Conferencia de la Carta Europea de la Energía (1991). *Carta Europea de la Energía*. Firmada en la Haya el 17 de diciembre de 1991. <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>
- OEA (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Suscrita en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969,
- ONU (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966
- Tratado Bilateral de Inversión firmado entre la República del Ecuador y la República Argentina. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento 153 de 18 de febrero de 1994.

## Sentencias/Laudos

- CIADI / Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. *Azurix v. Argentina*. ARB/01/12
- *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*. Procedural Order No. 2. ARB/10/15.
- *Border Times Limited v. Republic of Zimbabwe*. ARB/10/25
- *CMS Gas v. Argentina*. ARB/01/08
- *Siemens v. Argentina*. ARB/02/08
- Corte IDH (1988). *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4.
- (2001). *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*. Sentencia del 26 de mayo de 2001. Serie C, No 77, párr. 62.
- (2006). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*. Serie C No. 146. Párrafo 140.
- Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos *International News Service v. The Associated Press*. 248 U.S.
- *Diversion of Water from the Meuse* (opinión individual del Juez Hudson); *S&E Contractors, Inc. vs. Estados Unidos de América*, 92 S. Ct. 1411, 1419.

## Observaciones, Resoluciones, Recomendaciones, Informes y Opiniones Consultivas

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). Observación general 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes, (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 1990.
- (2000). Observación General 14. Párrafo 14. e/C.12/2000/4
- Comité de Derechos Humanos (2004). Observación General núm. 31 Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13), 29 de marzo de 2004.
- Corte Constitucional del Ecuador (2010). *Convenio Dictamen de la Corte Constitucional relativo al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Gran Bretaña*. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 249 del 03 de agosto de 2010.
- Declaración y Programa de Acción de Viena. Aprobada en Viena el 25 de junio de 1993, párr. 5.
- OECD / Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2004a). *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*. Paris: OECD Working Papers on International Investment 2004/03. 2004 pp 2-6
- (2004b). *Most Favoured Nation Treatment in International Investment Law*. Paris: OECD Working Papers on International Investment 2004/02. 2004, pp 2-6



# El ejercicio del Derecho a la Ciudad en el Ecuador. Análisis normativo y práctico sobre su aplicación y restricciones en el Municipio de Cuenca

## The right to the city in Ecuador and its exercise. Normative and practical analysis of its application and restrictions within Cuenca's local government

ANDRÉS MARTÍNEZ-MOSCOSO<sup>1</sup>  
FRANCISCO BERMEO CABRERA<sup>2</sup>  
ANA CECILIA SALAZAR<sup>3</sup>  
Universidad de Cuenca (Ecuador)

### Resumen

El artículo analiza las implicaciones que tiene el Derecho a la Ciudad y cómo su constitucionalización en el Ecuador ha permitido, o no, que los ciudadanos puedan apropiarse del Espacio Público. Además, se pregunta si la normativa secundaria ecuatoriana ha desarrollado este innovador concepto, o si al contrario la Administración Municipal y los políticos, continúan privilegiando un concepto persecutorio de seguridad versus el de apropiación de los espacios públicos.

Para ello, se utilizan herramientas de levantamiento de información cuantitativa y cualitativa, la cual es analizada bajo la utilización de indicadores de inclusividad, seguridad, actividades significativas, organicidad y actores, e institucionalidad, que permitieron concluir que la constitucionalización del Derecho a la Ciudad es un concepto al que hace falta darle contenido, ya que la orientación punitiva de la norma termina por restringir el uso de espacio público sin aportar al ejercicio del derecho.

### Palabras Clave

Derecho a la Ciudad, Espacio Público, Seguridad, Consumo de alcohol.

### Abstract

The objective of this article is to analyze the legal implications of the right to the city and how its constitutionalization in Ecuador has allowed for citizens to appropriate public spaces or not. In addition, it questions if the secondary legislation in Ecuador has developed upon this innovative concept or if, to the contrary, the municipal administration and politicians continue to prefer a persecutory concept of security versus the appropriation of public spaces by citizens.

To this end, investigative tools were used for gathering quantitative and qualitative data, which is analyzed using the indicators of inclusiveness, security, significant activities, organization and actors, and institutions, which led to the conclusion that the

<sup>1</sup> Andrés Martínez Moscoso es doctor (PhD) en Estudios Políticos y Constitucionales. Profesor Titular de la Universidad de Cuenca. Departamento Interdisciplinario de Espacio y Población. Correo electrónico: andres.martinez@ucuenca.edu.ec  
ORCID: 0000-0002-8952-0680

<sup>2</sup> Francisco Bermeo Cabrera es abogado y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. Diploma en Gestión de Recursos Hídricos. ADECI-CIA. Miembro del Grupo de Investigación: "Water Law and Management Lab"

<sup>3</sup> Ana Cecilia Salazar. Msc. en Investigación Participativa. Docente-Investigadora del Dpto. de Espacio y Población. Directora del Proyecto: Derecho a la Ciudad: Análisis de factores que influyen en la ocupación y la transformación del espacio urbano. Universidad de Cuenca-Ecuador. Correo electrónico: ana.salazar@ucuenca.edu.ec



constitutionalization of the right to the city is a concept that lacks depth, since the punitive orientation of the norm restricts the use of public space without supporting the exercise of the right.

### Key words

Right to the City, Public Space, Security, Alcohol Consumption.

## 1. Introducción

El trabajo explora la constitucionalización del Derecho a la Ciudad en el Ecuador, para lo cual realiza un estudio doctrinario así como jurídico a través de análisis de caso en una ciudad del Ecuador. Para ello, inicia con un estudio metodológico a través del cual se presentan los documentos analizados, así como las técnicas de recolección de datos utilizados y las herramientas que permitieron obtener datos cuantitativos y cualitativos sobre el consumo de alcohol en los espacios públicos que han sido analizados en este trabajo.

Por su parte, al situar la investigación en la República del Ecuador, se toma como estudio de caso el de la ciudad de Cuenca, tercera en importancia y Patrimonio Cultural de la Humanidad, para lo cual se plantea como problemática “de qué forma una ordenanza que regula comportamientos de los habitantes en el espacio público vulnera el derecho a la ciudad consagrado en la Constitución ecuatoriana”.

Dentro del marco teórico utilizado se realiza una aproximación a través de los conceptos de Lefebvre (1978), Harvey (2013), Castells (1984), Borja y Muxí (2003), Segovia y Neira (2005) y Delgadillo (2012), para comprender la evolución del concepto del Derecho a la Ciudad así como los elementos principales que resalta cada autor, con el propósito de contar con un sustento a la hora de comparar con la constitucionalización realizada por el Ecuador de este Derecho.

Además, se utiliza la Teoría del Desincentivo y Normativista (Tyler, 2014), con el propósito de explicar el comportamiento de los individuos frente al cumplimiento de la norma, y cómo esto influye a la hora de generar normativa secundaria y políticas públicas relacionadas con el Derecho a la Ciudad.

Para cumplir con el objetivo principal de este estudio, se realiza una aproximación detallada del Derecho a la Ciudad en el Ecuador, y de qué manera se ha regulado en normativa secundaria, y la relación directa con la normativa local, es decir: *Ordenanza que regula la utilización de los bienes de uso público del cantón Cuenca, en cuanto a la compra, venta, permuta, entrega gratuita y consumo de bebidas alcohólicas*, debido a la repercusión que tiene en relación con la gestión del uso del suelo y su relación con el espacio público.

## 2. Metodología de trabajo

La presente investigación se realizó con la aplicación de herramientas cuantitativas y cualitativas. En relación al ámbito cuantitativo, se utilizó como línea base la información oficial solicitada a la Guardia de Seguridad Ciudadana<sup>4</sup> (Policía Municipal), al Consejo de Seguridad Ciudadana y al H. Concejo Cantonal de Cuenca, siendo estos:

- Actas del diario de sesiones del H. Concejo Cantonal de Cuenca, de fechas 28 de julio y 16 de septiembre de 2014, respectivamente, en la cual se discutió la Ordenanza.

---

<sup>4</sup> Órgano de la Administración Municipal que ejerce la tutela y Guardia de Seguridad Ciudadana en el cantón Cuenca, bien sea de modo directo o en acción de colaboración, apoyo y complementariedad con las que cumplen los demás actores de la Seguridad Ciudadana en el cantón.

- Informe de delitos contra el derecho a la propiedad (2014-2016).
- Informe de percepción ciudadana sobre seguridad y convivencia (2015).
- Informe sobre el cumplimiento de la estrategia de disminución de delitos que afecten el derecho a la propiedad.
- Campañas desarrolladas enfocadas en el buen uso del espacio público (2014-2016).
- Resultados de la encuesta de victimización y percepción de seguridad en la ciudad de Cuenca (2012).
- Boletín Cuenca en Cifras (2015).
- Mapa de concentración de delitos contra el Derecho a la Propiedad (actualizado febrero 2017) - Cuenca.
- Mapa de concentración de delitos contra la vida (actualizado 2017 febrero) - Cuenca.
- Mapa de concentración de libadores (actualizado 2017 febrero) - Cuenca.
- Cantidad de alcohol decomisada en aplicación de la Ordenanza.
- Número de boletas de sanción a quienes consumían licor en espacios públicos.
- Porcentaje de liberadores en espacios públicos 2015 – 2016. (Comparativo).

Por su parte, para el ámbito cualitativo, a fin de complementar el estudio se utilizó el método Delphi, el cual tiene como propósito la aplicación de entrevistas a expertos (académicos, políticos, sociedad civil) y *focus group* de la siguiente manera:

#### *Actores Políticos*

- a. Concejal que propuso la Ordenanza: Xavier Barrera.
- b. Único concejal que nombró al Derecho a la Ciudad en el debate y además representa al sector rural: Carlos Orellana.
- c. Concejala con una postura crítica a la Administración Municipal: Dora Ordoñez.

#### *Actores de la Sociedad Civil*

- a. Presidente de la Federación de Barrios de la ciudad de Cuenca: Santiago Méndez.
- b. Miembro de la prensa que se encuentra en constante contacto con la ciudadanía: Jorge Piedra.

#### *Actor de la Academia*

- a. Por el aporte desde la sociología y su vida cotidiana: Simón Valdivieso.

#### *Entrevista*

La entrevista se diseñó con el fin de obtener información primaria, que permitiera dilucidar la pregunta de investigación planteada en este componente: ¿es necesaria la positivización del Derecho a la Ciudad en normas secundarias del ordenamiento jurídico para que sea exigible? ¿O tan sólo basta su reconocimiento constitucional? Para ello, se tomó como línea base la siguiente hipótesis: La idea de apropiación del espacio público y del Derecho a la Ciudad se confunden por parte del ciudadano, con un aspecto relacionado a la seguridad y a la fuerza coercitiva que tiene el Estado en relación al control del espacio público.

### *Focus group*

Esta herramienta para recabar información primaria aplicó la misma pregunta de investigación e hipótesis usada para el Método Delphi.

Por su parte, los participantes fueron elegidos por ser quienes han gestionado eventos recreativos en la zona de estudio (parque Iberia), los mismos que hacen que este espacio público sea concurrido, tanto por quienes residen en sus alrededores, como por nuevos usuarios, vendedores ambulantes y miembros de la organización civil deportiva: “Liga Barrial Don Bosco”, quienes ejercen una representación no sólo en el ámbito deportivo, sino político y participativo ante la administración municipal, debido a la inexistencia de un comité barrial que los represente.

## **2.1. Marco espacial de la investigación**

El cantón Cuenca se ubica en la región centro sur de la República del Ecuador, en la cordillera de los Andes, pertenece a la provincia del Azuay, provincia que, junto a Cañar y Morona Santiago, conforman la zona 6 establecida por la SENPLADES.

Ocupa una superficie de 366.532 hectáreas, que representa el 42% de la superficie de la provincia del Azuay. Su territorio se extiende entre la cordillera occidental y el valle interandino de los Andes, entre una altitud de 20 a 4560 msnm. Siendo el principal valle en donde se asienta la ciudad de Cuenca, que está a una altitud aproximada de 2500 msnm.

Según proyecciones realizadas por el INEC, la población del cantón de Cuenca para 2016 es de 591.996 habitantes, el 66% se concentra en la cabecera cantonal y el 34% restante está distribuida en las 21 parroquias rurales.

El Plan de Seguridad y Convivencia Ciudadana del cantón Cuenca, articulado por el Consejo de Seguridad Ciudadana y planificado para los años 2016-2019, es un instrumento que establece a la seguridad integral y a la convivencia ciudadana como temas promovidos en conjunto por las instituciones público-privadas y la sociedad civil; se realizó con el fin de dar cumplimiento a sus funciones de coordinar la participación activa de las instituciones encargadas de la seguridad y socorro del cantón, y motivar a hombres, mujeres, niños, adolescentes y adultos mayores a llevar a cabo acciones para la seguridad y convivencia ciudadana.

Realiza una coordinación interinstitucional con proyectos y programas enfocados en la prevención y reducción de delitos, contravenciones y violencias que afectan a los ciudadanos. El Boletín “Cuenca en Cifras” mantiene las estadísticas actualizadas por parte del Consejo de Seguridad Ciudadana de Cuenca. El propósito del mismo es contar con información estadística y espacial sobre delitos y contravenciones suscitadas en el cantón Cuenca, a través del apoyo de instituciones como la Fiscalía Provincial del Azuay, el Consejo de la Judicatura y el ECU-911. En el mismo se realiza un análisis estadístico, descriptivo y geoespacial que permite mostrar el comportamiento del delito y contravenciones.

Por medio de este Boletín se tiene un instrumento de análisis para la toma de decisiones y control operativo, además contribuye a formular y evaluar políticas públicas vinculadas con la convivencia y seguridad ciudadana.

La Metodología usada: para la misma se ha requerido de la colaboración de instituciones, a través de la visita a sus locaciones, recolectando los expedientes de las denuncias presentadas por las víctimas y procediendo a dirigir los datos manteniendo la confidencialidad en cierta información. Los datos son recolectados a partir de una ficha que se aplica a las víctimas.

### 3. Marco Teórico

#### 3.1. Marco Teórico. Derecho a la Ciudad

El surgimiento del concepto “Derecho a la Ciudad”, tanto en el plano urbanístico así como socio espacial, tiene un sesgo ideológico que no se puede dejar de mencionar.

Desde Lefebvre (1978) hasta Harvey (2013), pasando por Castells (1984), Borja (2003), Delgadillo (2012) y otros, hacen que la aproximación a esta nueva visión y conceptualización de la ciudad se plantee un reto y termine desafiando al sistema, pues estos autores consideran que no solo hace falta ocupar el espacio público y replicar los comportamientos preestablecidos por los diferentes actores de la sociedad y élites, sino generar un proceso de apropiación de los mismos, donde se plasman las aspiraciones, los sueños y los deseos de los ciudadanos en relación al espacio construido.

La pregunta que se plantea Harvey es: ¿Quién configura las ciudades?, y su respuesta inicial es que se trata de una élite política y económica que ajusta el modelo de ciudad a sus necesidades y deseos (Harvey, 2013).

Al igual que plantea González (1998), el análisis que se puede hacer de Lefebvre debe llegar a la conclusión de que el contenido del Derecho a la Ciudad se manifiesta de manera directa y recíproca en la ciudad, pues reviste los caracteres de la vida privada de sus individuos, pero a la vez esta influye en el comportamiento de los segundos.

Por ello, para Lefebvre “el Derecho a la Ciudad no puede concebirse como un simple derecho de visita o retorno hacia las ciudades tradicionales. Sólo puede formularse como derecho a la vida urbana, transformadora, renovadora” (1978, p. 139). Sin embargo, es Harvey quien considera que más que un derecho a acceder a los recursos que tiene la urbe, supone el derecho a plasmar, cambiar o reinventar el modelo de ciudad con nuestros deseos (Harvey, 2013).

Vale recalcar que no son suficientes los derechos a elegir y ser elegido en el gobierno local, ni el derecho a la vivienda o a la educación. Se precisan derechos más complejos: a una participación política múltiple, el acceso universal a las tecnologías informáticas, al salario ciudadano y a la formación continuada. El Derecho a la Ciudad además de vivienda incluye: entorno signifiante, accesibilidad y visibilidad, elementos de centralidad y monumentalidad, equipamientos y entornos cualificados, mixtura de poblaciones y actividades. La ciudad nos hace libres si podemos acceder a las teóricas libertades urbanas (Harvey, 2013, p. 33).

Segovia y Neira (2005) señalan: “Los usos y costumbres que acontecen en los espacios públicos, sea que tengan el carácter de tradiciones, tendencias generales o eventos esporádicos, sirven para determinar los grados de integración social, el sentido de pertenencia, los niveles de democracia obtenidos en un barrio, una zona o una ciudad, y las capacidades de apropiación de lo público” (p. 170). Esta relación mutuamente constitutiva entre espacio y sociedad se muestra mucho más legible en los espacios públicos como “termómetros” de la apropiación espacial, como se señala en una conocida cita de Jordi Borja y Zaida Muxí: “la historia de la ciudad es la de su espacio público” (Borja y Muxí, 2003).

Bajo este marco conceptual del Derecho a la Ciudad, entendido como la posibilidad de apropiación y disfrute de los espacios públicos de la ciudad, en el presente trabajo se analiza de manera crítica, si acaso la positivización del Derecho a la Ciudad a nivel constitucional por parte del constituyente ecuatoriano (2008), es un elemento positivo para la consecución de los planes de vida y desarrollo (Buen Vivir); o si por el contrario no logra constituirse en un elemento significativo para la construcción de una ciudad justa, equitativa e incluyente, que lucha de manera colectiva para satisfacer los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, DESC (Delgadillo, 2012).

### 3.2. Marco Teórico. Teorías del Desincentivo y Normativista

Con el propósito de comprobar la hipótesis planteada en la presente investigación, en relación a si es necesaria la positivización del Derecho a la Ciudad en normas secundarias, así como a la existencia de normas que cumplan con el carácter coercitivo del Estado a fin de mantener el control del espacio público, se ha visto preciso recurrir a las teorías planteadas por Tom Tyler (2014), tanto la del desincentivo así como la normativista, con el propósito de responder una pregunta: ¿qué condiciona el comportamiento humano?

En primer lugar, la teoría del desincentivo considera que el ser humano actúa condicionado a premios y castigos, por lo tanto, con el propósito de influir en su comportamiento, la sociedad a través de la normativa ha diseñado un complejo sistema a través del cual los castigos (penas, multas, sanciones) generan en el individuo un efecto de carácter disuasorio.

Sin embargo, resulta interesante el enfoque que frente a esta situación puede hacer tanto la sociedad, como el individuo. La primera considera que el premio o el castigo puede condicionar al individuo; no obstante, el estímulo recae también en un ámbito económico, por lo que debe medir hasta qué punto se puede aplicar. Por otro lado, el individuo previo a su actuación en la sociedad, considera que, si incumple la norma, debe calcular los costos que acarrea una posible sanción.

Para Borja (2015), el Derecho a la Ciudad es una clave interpretativa y crítica para expresar los déficits de ciudadanía. Y, en consecuencia, el Derecho a la Ciudad es también la base de una estrategia para hacer efectivos los derechos que lo configuran. Todos los derechos ciudadanos son necesarios, son interdependientes y se sostienen de las políticas públicas, así como de la participación activa de la ciudadanía.

En el caso de la presente investigación, el correcto ejercicio del Derecho a la Ciudad no puede venir a través de una teoría del desincentivo, que sería el caso específico de la Ordenanza analizada, la cual, con el propósito de apropiarse del espacio público, multa y sanciona a los individuos. Tanto es así que las personas cumplen con el derecho a partir del cálculo de riesgos y no por una convicción moral de que lo que hacen es correcto.

Uno de los principales riesgos que acarrea esta teoría es que la falta del apego a las relaciones sociales hace que las personas sean llevadas a desentenderse de la norma y a violentarla, ya que otros miembros de la colectividad lo hacen, esto es en base a la imitación.

Por otro lado, Tyler (2014) desarrolla la teoría normativista, en la cual, si bien es cierto no descarta la necesidad que tiene la norma de establecer sanciones para regular el comportamiento de los individuos, considera que, con el propósito de generar un real efecto disuasorio, se deben observar tres factores: a) moral; b) legitimidad y justicia; y, c) relaciones sociales (estrechas y constantes).

## 4. Normativa nacional

Se realiza un análisis jurídico de cómo la constitucionalización del Derecho a la Ciudad se ha desarrollado de manera principal y, además, a través de normas secundarias en el Ecuador.

A nivel constitucional, el artículo 264, numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) señala que es competencia exclusiva de los Gobiernos Locales “Preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines”. En la normativa secundaria, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), señala en su artículo 55, la competencia la tienen los gobiernos municipales para ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón.

Por su parte, en el artículo 23 se constitucionaliza el Derecho a la Ciudad al señalar que las personas tienen el derecho para acceder y participar del espacio público como ámbito de intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad; en concordancia con lo establecido en el artículo 31, donde señala que las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de los espacios públicos, bajo los principios de: a) sustentabilidad; b) justicia social; c) respeto a las diferentes culturas urbanas; y, d) equilibrio entre lo urbano y rural.

La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, considera como uno de sus fines el: “Definir parámetros de calidad urbana en relación con el espacio público, las infraestructuras y la prestación de servicios básicos de las ciudades, en función de la densidad edificatoria y las particularidades geográficas y culturales existentes”.

Además, en su artículo 4, desarrolla un glosario, en el cual define términos como barrio y ciudad, mismos que servirán de sustento tanto para lo normativo y como lo técnico. Define al barrio como aquellas unidades básicas de asentamiento humano y organización social en una ciudad, que devienen por ello en la base de la participación ciudadana para la planificación del desarrollo y el ordenamiento territorial municipal o metropolitano, de conformidad con lo dispuesto en la normativa que regula la organización territorial del Ecuador y la participación ciudadana.

Mientras que la ciudad es un núcleo de población organizada para la vida colectiva a través de instituciones locales de gobierno de carácter municipal o metropolitano. Comprende tanto el espacio urbano como el entorno rural que es propio de su territorio y que dispone de los bienes y servicios necesarios para el desarrollo político, económico, social y cultural de sus ciudadanos.

Y, de manera particular, al definir el espacio público toma en cuenta aspectos relevantes en torno al concepto mismo del Derecho a la Ciudad, pues lo define como espacios de la ciudad donde todas las personas tienen derecho a estar y circular libremente, diseñados y construidos con fines y usos sociales recreacionales o de descanso, en los que ocurren actividades colectivas materiales o simbólicas de intercambio y diálogo entre los miembros de la comunidad.

Uno de los principios rectores de esta Ley es, precisamente, el Derecho a la Ciudad, el cual se lo determina a través de los siguientes elementos:

- a. El ejercicio pleno de la ciudadanía que asegure la dignidad y el bienestar colectivo de los habitantes de la ciudad en condiciones de igualdad y justicia.
- b. La gestión democrática de las ciudades mediante formas directas y representativas de participación democrática en la planificación y gestión de las ciudades, así como mecanismos de información pública, transparencia y rendición de cuentas.
- c. La función social y ambiental de la propiedad que anteponga el interés general.

Mientras que, en el artículo 6, al definir los derechos de las personas sobre el suelo, el numeral tercero indica que uno de ellos será el Derecho a la Ciudad.

A nivel local, enfocándose en el ámbito territorial del estudio, las normativas que destacan en la ciudad de Cuenca son:

- a. La Ordenanza para la Gestión y Conservación de las Áreas Históricas y Patrimoniales del cantón Cuenca (2010), en la cual no se contempla una definición específica sobre espacio público, pese al objeto que regula.
- b. La Ordenanza Municipal Reguladora del Uso del Espacio Público para Arte

Grafiti y Mural (2012), misma que promueve la creación y mantención de murales y arte grafiti en el espacio público como propuesta estética urbana y de apropiación del espacio público por parte de los artistas. Además, se clasifica el tipo de espacios públicos, definiendo entre ellos: el de acceso libre, el de acceso restringido, los privados con autorización de propietarios y aquellos destinados para difusión de información.

- c. Y, por último, la Ordenanza que regula la utilización de los bienes de uso público del cantón Cuenca, en cuanto a la compra, venta, permuta, entrega gratuita y consumo de bebidas alcohólicas (2014), la cual es analizada en el presente trabajo.

Esta Ordenanza en su artículo 4 no define qué se entiende por bienes de uso público, sino tan solo realiza una enumeración taxativa de los mismos, entre los que incluye: a) Las calles, avenidas, puentes, pasajes y demás vías de comunicación y circulación; b) Las plazas, parques y demás espacios destinados a la recreación u ornato público; y promoción turística; c) Las aceras que formen parte integrante de las calles y plazas y demás elementos y superficies accesorios de las vías de comunicación; d) Canchas, escenarios deportivos y conchas acústicas; y, e) Las márgenes de los ríos y quebradas.

El artículo 5 se encarga de prohibir de manera expresa la compra, venta, permuta, entrega gratuita y consumo de bebidas alcohólicas en estos bienes de uso público, prohibición que se extiende a los vehículos motorizados y no motorizados que se encuentren en los bienes de uso público.

## **5. Análisis del caso concreto: el Parque Iberia de la ciudad de Cuenca**

### **5.1. Delimitación y características de la zona de intervención**

El Boletín del Centro de Estudios Estratégicos del Consejo de Seguridad Ciudadana, dentro de su análisis de descripción geográfica de los libadores, toma como indicador el índice del vecino más próximo, NNI, el cual para el año 2015 fue de 0.17804, mismo que permite indicar el grado de concentración de libadores.

En este sentido, las zonas donde se encuentra mayor concentración de estos incidentes en la ciudad de Cuenca son: Av. Remigio Crespo (Escuela Panamá y Pista de Bicicross); *Parque Iberia*; Parque Lempira; Parque Angostura; Parque La Delicia; Plaza del Otorongo; Barrios El Vecino, Cahapata y Nueve de octubre. Siendo el punto central donde se concentra la media de casos de liberadores en las calles Padre Aguirre y Presidente Córdova.

Con el propósito de realizar el estudio de caso, se toma al Parque Iberia, por sus aspectos representativos en la zona sur de la ciudad, así como por haber concentrado durante años la realización de programas deportivos que permitían a los niños, jóvenes y adultos ocupar el espacio público, así como realizar actividades recreacionales.

Disminuyendo dichas actividades en los últimos meses, debido a la puesta en vigencia a la *Ordenanza que regula la utilización de los bienes de uso público del cantón Cuenca, en cuanto a la compra, venta, permuta, entrega gratuita y consumo de bebidas alcohólicas*, por cuanto la misma, en su artículo 4, define a los parques como bienes de uso público.

Con la aplicación de la mencionada Ordenanza, muchas actividades culturales, sociales y deportivas dejaron de realizarse debido a la falta de recursos económicos, ya que en algunos casos eran financiadas por marcas de licor<sup>5</sup>, mismas que con la nueva normativa no

---

<sup>5</sup> En el año 2010, de manera conjunta el Ministerio de Turismo y el Ministerio del Interior del Ecuador, dictaron un Acuerdo Ministerial conjunto No. 1470, en el cual se prohibió de manera expresa la venta de alcohol en todo el territorio nacional

pueden entregar valores o emolumentos a las organizaciones barriales; no obstante en el caso deportivo dicha situación disminuyó desde el año 2010, pues desde ese año rige la Ley de Deporte, Educación Física y Recreación, la cual, en su artículo 147, prohibió la publicidad y consumo de bebidas alcohólicas en las instalaciones deportivas públicas y privadas, así como en las indumentarias de los deportistas, todo ello con el propósito de “fomentar la práctica de estilos de vida saludables, valores éticos y morales”.

## 6. Variables analizadas

Los resultados que se analizan en el presente trabajo forman parte del proyecto de investigación: “Derecho a la Ciudad: Análisis de factores que influyen en la ocupación y la transformación del espacio urbano, caso Cuenca-Ecuador”, el cual se dividió en tres componentes: a) Socio Espacial, b) Socio Político, y, c) Socio Jurídico.

De manera general se utilizaron indicadores tales como: inclusividad<sup>6</sup>, seguridad<sup>7</sup>, actividades significativas, confort, placer, organicidad y actores, memoria histórica<sup>8</sup>, cultura política<sup>9</sup> e institucionalidad.

De manera particular, el componente Socio Jurídico consideró los indicadores de: inclusividad, seguridad, actividades significativas, organicidad y actores e institucionalidad.

Así, dentro del indicador *inclusividad*, se estudiaron las variables: usos, control, accesibilidad y movilidad y diversidad social; en el indicador *seguridad*, las variables: control de delincuencia y elementos que proporcionen seguridad; en el indicador *actividades significativas*, las variables: usos comerciales, actividades y comportamientos significativos, flexibilidad e idoneidad del espacio; del indicador *organicidad y actores*, las variables: relaciones vecinales y capacidad de convocatoria y actores sociales; y del indicador *institucionalidad*, las variables: políticas públicas, normativa y procesos estructurados.

### 6.1. La aplicación de técnicas

Las técnicas utilizadas para el estudio por indicador fueron: análisis de documentos entregados por las instituciones públicas oficiales (Guardia de Seguridad Ciudadana, Consejo de Seguridad Ciudadana y H. Concejo Cantonal de la Ciudad de Cuenca-Ecuador), además se empleó el Método Delphi, con la correspondiente aplicación de entrevistas predeterminadas dirigidas a actores académicos, actores sociales y políticos. Por otro lado, se aplicó un *Focus Group* a miembros de la sociedad civil organizada: miembros de la “Liga Barrial Don Bosco”, con el propósito de identificar cuál fue la real intención a la hora de plantear la Ordenanza, y cuál es el balance actual que tienen sobre su aplicación. Así también, se recurrió al diario de sesiones del H. Concejo Cantonal, a fin de verificar las posiciones de los políticos al interior del órgano colegiado.

---

los días domingos. “Artículo 3.- Se prohíbe en todo el territorio nacional de forma expresa para todo establecimiento de los registrados y regulados por el Ministerio de Turismo y por el Ministerio del Interior la venta de bebidas alcohólicas de cualquier tipo los días domingos”.

<sup>6</sup> “Access to public space is concerned with two aspects—the ability to reach the space and to enter and use it. The first deals with distribution of public spaces, proximity and connectivity to other parts of the city” (Mehta, 2013, p. 58).

<sup>7</sup> “[...] identified stores, bars, restaurants and other ‘third places’ as basic components of surveillance and safety. Safety from traffic is another important factor related to the use of public space” (Metha, 2013, p. 60).

<sup>8</sup> “La historia es un cuadro de cambios y es natural que se persuada de que las sociedades cambian sin cesar, porque fija su mirada en el conjunto y casi no pasa año en que, en una región de ese conjunto, no se produzca alguna transformación.” (Halbwach, 2004, p. 218).

<sup>9</sup> “[...] el conjunto de elementos que configuran la percepción subjetiva que tiene una población respecto del poder, se denomina cultura política.” (Peschard, 1994, p. 9).

## 6.2. Resultados obtenidos a través de los indicadores

### 6.2.1. Inclusividad

Se ha podido constatar que la nueva dinámica urbanística de la ciudad requiere de la suscripción de un nuevo pacto ciudadano con el gobierno local (la Municipalidad), en el cual su propósito no sea restringir derechos, sino al contrario garantizar que los derechos sean considerados en su pleno funcionamiento y con objetivos muy claros. Además, se evidencia un cambio cultural frente a la aplicación de la Ordenanza, la cual tiene como propósito mejorar el aprovechamiento del espacio público al no permitir el consumo y venta de alcohol. Los concejales sostuvieron que la aplicación de esta normativa afectaría las tradiciones, no solo en lo rural, sino también en las fiestas populares, como en el Pase del Niño Viajero<sup>10</sup> que se desarrollan en el centro urbano. Situación que sería contradictoria para la recuperación del espacio público y fomentar otras actividades. La posibilidad de regular la venta y consumo del licor en esta zona permitiría, al menos en teoría, una ocupación inclusiva en este espacio, permitiendo la presencia de familias con sus niños para la recreación sana y sin riesgos por la presencia de libadores.

Un aspecto a resaltar es que la Ordenanza se vuelve inaplicable fuera del perímetro urbano del cantón Cuenca (por ejemplo, en la parroquia rural de Chaucha), debido a que la Guardia Ciudadana (Policía Municipal), no cuenta con el personal necesario para realizar su labor en la ciudad, peor aún fuera de ella.

Por los criterios de novedad y cambio, toda nueva normativa corre el riesgo de causar controversia, sin embargo, el cuestionamiento permite analizar cómo la variable de la inclusión se ve afectada por la presencia de libadores, la pregunta es si acaso es necesario restringir parte de nuestros derechos para que los ciudadanos se sientan cómodos y seguros; porque, puede suceder que la misma solo beneficie a un grupo reducido de personas y no a la totalidad del colectivo. El espíritu del cuerpo normativo, en pro de un cambio cultural, intenta imponer una restricción al uso del espacio público, con el propósito de que los ciudadanos cambien su comportamiento, de tal forma que dejen de realizar actividades vinculadas al consumo de alcohol en los espacios públicos y que en dichos espacios se desarrollen actividades recreacionales y productivas.

### 6.2.2. Seguridad

Los ciudadanos necesitan condiciones de habitabilidad en relación con el espacio construido (si acude a un parque, es necesario contar con un lugar donde arrojar la basura, un lugar donde sentarse, así como tener disponible una fuente de agua y una batería sanitaria). Estos elementos y otros más sobre el diseño del espacio, la iluminación, el mantenimiento etc., son indicadores que garantizan la percepción de seguridad en los habitantes. Es importante observar que el Parque Iberia goza de estas características.

So pretexto de recuperar el espacio público se han generado políticas persecutorias en donde cada vez los ciudadanos se sienten menos parte de la ciudad, debido al ejercicio abrupto del poder. No se ha podido comprobar de manera estadística si el consumo de alcohol incide de manera directa en los índices de criminalidad, por lo que se debe cuestionar si se debe regular y sancionar esta conducta. Además, el gobierno local utiliza a sus dos “brazos” ejecutores para un mismo fin, pues la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca (en adelante EMOV), a través de los agentes de tránsito y la Guardia Ciudadana (Policía Municipal) cumplen un mismo propósito sancionador. La pregunta es: hasta qué punto la incidencia del consumo del alcohol en las calles ha generado incremento de la criminalidad.

---

<sup>10</sup> Celebración tradicional del catolicismo, se realiza cada 24 de diciembre, catalogada como la fiesta religiosa más importante de la ciudad de Cuenca-Ecuador, llena de danzas y remembranzas de las citas bíblicas.

Se destaca que los datos de inseguridad de la ciudad de Cuenca produjeron alarma en los concejales, medios de comunicación y la ciudadanía en general, situación que generó confusión, pues los actores sociales presionaron a los políticos para la creación del cuerpo normativo analizado, con la expectativa de que, con el endurecimiento de las medidas, la percepción de seguridad mejoraría. En la discusión de la Ordenanza, los ediles confundieron la regulación del espacio público con la seguridad, pensando en muchas ocasiones que regular a los ciudadanos para que no consuman bebidas alcohólicas cambiaría la percepción de seguridad y, es más, dicho cambio construiría una cultura de paz y una disminución clara de la violencia en espacios públicos. No obstante, el tratar de llegar a una convivencia pacífica a partir de esta Ordenanza es una equivocación total, lo que logró es que las personas que bebían en los espacios públicos lo hagan ahora en su casa, pero no evita ni evitará que la delincuencia y los hechos violentos disminuyan o desaparezcan.

### 6.2.3. Actividades significativas

Dentro de las actividades significativas que encontró el estudio se destaca la utilización del espacio público para actividades deportivas (*bailoterapia*), recreación, eventos sociales, mítines políticos y actividad comercial residual, tanto de los vecinos (frentistas), así como de los vendedores ambulantes; situación que en ocasiones deriva en problemas con los vecinos (las ventas ambulantes), no obstante, su presencia ayuda a mejorar la percepción de seguridad.

Uno de los errores de la Ordenanza fue que no distingue el grado alcohólico de las bebidas, pues su fin no es recaudatorio en esencia, sino busca cambiar el patrón cultural de consumo y la protección del espacio público. Por otro lado, un elemento interesante es que existe un error conceptual por parte del gobierno local, pues se piensa que si el espacio construido cambia (remodela un parque) las cosas cambian, y no es así, pues se debe generar un valor agregado de apropiación, como es el caso de la *bailoterapia*, que ha permitido que los vecinos ocupen el espacio construido en esta actividad. Es decir, la realización de actividades significativas para los habitantes del sector pesa mucho más que un conjunto de sanciones recogidas en una ordenanza, al momento de medir el ejercicio del Derecho a la Ciudad.

Además, destaca el cambio en relación a la cohesión social en el barrio; ya que la familia ampliada de antaño era el barrio, la sociedad, la vecindad, los amigos; no obstante, este espacio se ha ido perdiendo poco a poco por el mismo desarrollo urbanístico de la ciudad y de todas las ciudades de Latinoamérica. Es eso justamente lo que provoca la realización de actividades que convocan a los vecinos como la cultura, el deporte, la *bailoterapia*, el encuentro entre vecinos.

### 6.2.4. Organicidad y actores

Uno de los elementos que destaca del caso analizado son los escasos vínculos vecinales, en relación tanto con la gestión del espacio público, como en la organización de actividades que fortalezcan el tejido social. Llama la atención que a falta de comités barriales u otro tipo de organización, es el Club Deportivo (Liga Barrial) el que se encarga de suplir la presencia organizada de los vecinos. No obstante, la misma persigue fines deportivos de manera exclusiva, por lo que mal se puede hablar de una organización orgánica, sino puntual, lo que deriva en la dispersión de las iniciativas ciudadanas.

Sin embargo, pese a la falsa idea que existe que las personas apoyan la “toma” del espacio público para las actividades deportivas, la Liga Barrial ha tenido que atravesar múltiples inconvenientes para el desarrollo de sus actividades, desde la propia oposición de los vecinos (frentistas) del Parque, así como las trabas administrativas que desde el gobierno

local se exigen. La liga deportiva ha cedido el poder organizativo únicamente a los clubes deportivos que son cercanos al apoyo del gobierno local, la organización del barrio se ha desplazado y no tiene mayor incidencia en el sector, por lo que la variable de la organización social en esta zona no contribuye a mejorar las prácticas de uso del espacio y por lo tanto en este indicador no abona en el desarrollo del Derecho a la Ciudad, lo cual es muy grave ya que uno de los elementos más poderosos en cuanto a la posibilidad de interlocución e incidencia sobre las decisiones acerca de lo que se puede o no hacer en el parque, limitando el sentido de apropiación y toma de decisiones sobre el hábitat cercano de los vecinos.

### **6.2.5. Institucionalidad**

La Ordenanza analizada se aprobó en Cuenca debido a un “efecto dominó”, que inició en la ciudad de Quito (2011) y se replicó en todo el país. Si se realiza un análisis profundo podrá determinarse que este tipo de políticas no reconocen la diversidad, sino al contrario, el gobierno local actúa bajo un concepto erróneo de estigmatización de determinados actores ciudadanos debido a la aplicación de las medidas de seguridad, es el caso de la regulación de los libadores en la vía pública, la prostitución callejera, las ventas ambulantes y la mendicidad.

La Ordenanza plantea un dilema: ¿puede el Estado a través de la Administración Pública interferir en la decisión de los ciudadanos de consumir o no bebidas alcohólicas? La respuesta es sencilla, dicha decisión se encuentra en el fuero interno de los individuos, por lo que aquello en lo que puede pronunciarse es sobre la regulación del uso de suelo. No obstante, la implementación de ordenanzas como la estudiada, condiciona el comportamiento humano a premios o castigos desde una teoría del desincentivo (Tyler, 2014). Pero, como se ha mencionado, no se ha podido comprobar que el consumo de alcohol haya generado incremento de la criminalidad.

A nivel institucional, es necesario que se creen condiciones para que los ciudadanos disfruten del Derecho a la Ciudad, siendo el gobierno local el responsable de generar un ecosistema que permita ese desarrollo, sin embargo, su rol se ha visto trastocado hasta convertir su rol en perseguidor, sancionador y buscar réditos económicos en todas sus actuaciones, lo cual termina alejándose del ciudadano, sin que estos puedan pedir contraprestaciones por parte del Municipio.

## **7. Conclusiones**

La constitucionalización del Derecho a la Ciudad ha quedado como un principio al que se debe darle contenido, pues en la normativa nacional y local, no existe claridad del concepto por parte de los actores políticos, con lo cual los gobiernos locales no pueden generar políticas que permitan crear un ecosistema adecuado para su ejercicio eficiente como derecho. La implementación de ordenanzas como la que prohíbe el consumo de alcohol, condiciona el comportamiento humano a premios o castigos (Tyler, 2014). Pero no se ha podido comprobar que el consumo de alcohol haya generado incremento de la conflictividad social. Razón por la cual, tal como se explicó en el trabajo, el Derecho a la Ciudad debería vincularse a la Teoría Normativista (Tyler, 2014), pues el ciudadano podría tener un efecto disuasor a través de: la moral; la legitimidad y la justicia; y las relaciones sociales.

En Cuenca se tiende a pensar que los problemas deben resolverse siempre a través de una ordenanza que indique qué se puede o no hacer en un espacio público. Esto demuestra que influye mucho el peso que se le asigna al castigo si no se cumple la norma. Esto mismo sucede en relación al uso de los espacios públicos; es decir, hay una necesidad de sanción para regular su uso u ocupación, lo cual es contradictorio con el principio básico del Derecho a la Ciudad. Es necesario trabajar este concepto, no desde el derecho positivo, ya que las normas

y las ordenanzas en muchas ocasiones, en lugar de garantizarlo, se convierten en factores restrictivos para su ejercicio.

Resulta interesante el hallazgo del caso de la Liga Barrial Deportiva “Don Bosco”, la cual sustituyó a la organización “política”, en relación a la representación de los intereses de la colectividad. Sin embargo, además reemplazó ciertas responsabilidades que son propias del gobierno local, y han sido estos los encargados, por ejemplo, de generar actividades recreacionales (deportivas, culturales y artísticas). Sin embargo, estos y otros actores se encuentran con las trabas administrativas generadas por el gobierno local para ocupar de manera efectiva el espacio público. Es importante, además, recuperar la naturaleza de la organización social para superar el plano exclusivo de una organización en torno a la actividad deportiva.

Además, es claro que hace falta un mayor empoderamiento y entendimiento del concepto de Derecho a la Ciudad por parte de los políticos y los funcionarios municipales, ya que las regulaciones que derivan de estos órganos se enfocan desde una supuesta “limpieza del espacio público”, generando responsabilidad y culpabilidad frente a terceros, así como poniendo a la seguridad como factor determinante para el control y, en teoría, para la consecución de la paz social.

Esto se explica a través de la aplicación del Método Delphi y de del Focus Group, donde destaca la necesidad de un cambio de comportamiento (cultural) por parte de la población en el espacio público, pasando del miedo de una sanción al cumplimiento de la norma por factores morales y sociales, la teoría del cumplimiento voluntario (Tyler, 2014).

Producto del estudio se encontró que el espacio público debe ser puesto a disposición de los ciudadanos de manera abierta (sin segmentaciones), con cronogramas para la correcta inclusión de todos los actores en la apropiación del espacio y no regulado en base a la actividad, lo que permitiría la convivencia pacífica del uso del suelo. No obstante, sí se debería regular su uso indebido, con el propósito de reconstruir el tejido social, a fin de generar una cultura de paz y no violencia en el espacio público.

Sin embargo, una visión más conservadora toma como eje a la familia como principal actor de la apropiación del espacio público, quienes consideran que el consumo de alcohol y drogas aleja al ciudadano del espacio público, además generan inseguridad; por su parte la falta de control también ocasiona la falta de ejercicio de este derecho, como en los casos de las ventas ambulantes.

## Referencias bibliográficas

- Borja, J., & Muxí, Z. (2003). *El espacio público: ciudad y ciudadanía*. Barcelona: Publicación autogestionada.
- Delgadillo, V. (2012). El derecho a la ciudad en la Ciudad de México. ¿Una retórica progresista para una gestión urbana neoliberal?. *Revista de Investigación Social*, 9(18), pp.117–139. <https://doi.org/10.29092/uacm.v9i18.411>.
- González, M. J. (1998). La cuestión urbana: algunas perspectivas críticas. *Revista de Estudios Políticos*, 101, pp. 303–333.
- Halbwach, M. (2004). *La Memoria Colectiva*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Harvey, D. (2013). *Ciudades rebeldes: Del derecho de la ciudad a la revolución urbana*. Madrid: Ediciones AKAL. <https://doi.org/10.24201/es.2015v33n99.1401>.

- Lefebvre, H. (1978). *El derecho a la ciudad*. Barcelona: Ediciones Península.
- Mehta, V. (2013). Evaluating Public Space. *Journal of Urban Design*, 19 (1), pp. 53-88. <https://doi.org/10.1080/13574809.2013.854698>.
- Peschard, J. (1994). *La Cultura Política Democrática. Cuadernos de divulgación de la cultura democrática*. México: Instituto Federal Electoral.
- Segovia, O; Neira, H (2005) Espacios públicos urbanos: Una contribución a la identidad y confianza social y privada. *Revista INVI*. 20 (55), pp. 166-182
- Tyler, T. (2014). *La obediencia del Derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes.

## Legislación

- Asamblea Nacional del Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.
- (2010). *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Registro Oficial 303, 19 de octubre de 2010.
- (2010). *Ley de Deporte, Educación Física y Recreación*. Registro Oficial 255, 29 de julio de 2010.
- (2016). *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo*. Registro Oficial Suplemento 790, 5 de julio de 2016.
- Câmara dos Deputados (2001). *Ley federal N° 10.257: Estatuto de la Ciudad*. Brasil.
- Concejo Municipal de Cuenca (2010). *Ordenanza para la Gestión y Conservación de las Áreas Históricas y Patrimoniales*. 26 de febrero de 2010. <[http://www.cuenca.gob.ec/?q=system/files/289\\_ordenanza\\_2010\\_areas\\_historicas\\_23\\_febrero\\_1.doc](http://www.cuenca.gob.ec/?q=system/files/289_ordenanza_2010_areas_historicas_23_febrero_1.doc)>
- (2012). *Ordenanza Municipal Reguladora del Uso del Espacio Público para Arte Grafiti y Mural*. 30 de julio de 2012. <[http://www.cuenca.gob.ec/?q=system/files/Ordenanza\\_Grafitis\\_final\\_.doc](http://www.cuenca.gob.ec/?q=system/files/Ordenanza_Grafitis_final_.doc)>
- (2014). *Ordenanza que regula la utilización de los bienes de uso público del cantón Cuenca, en cuanto a la compra, venta, permuta, entrega gratuita y consumo de bebidas alcohólicas*. 16 de septiembre de 2014. <<http://www.cuenca.gob.ec/?q=system/files/ORDENANZA%20DE%20BEBIDAS%20ALCOHOLICAS.docx>>
- NGO Global Forum (1992). *Tratado de las ONG y Movimiento Urbano Popular Sobre Urbanización*. Rio de Janeiro.
- Organización de las Naciones Unidas (1992). *Declaración de Río sobre el Ambiente y el Desarrollo, A/CONF.151/26* (Vol. III). Río de Janeiro.
- (1997). *Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos, A/CONF.165/14*. Istanbul.
- United Cities and Local Governments (2000). *European charter for the Safeguarding of Human Rights in the City*. Saint Denis.

# Libertad de conciencia/religión y libertad de expresión: discurso ofensivo hacia la religión y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

## Freedom of religion and freedom of expression: Religiously offensive speech and International Human Rights

JACK DONNELLY<sup>1</sup>

Universidad de Denver (Estados Unidos)

### Resumen

En el espectro internacional, el discurso ofensivo hacia la religión es un tema sumamente controversial en muchos países con diversidad religiosa. Examinó el tema en este artículo desde la perspectiva de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Muestro que los derechos a la libertad de expresión, libertad de conciencia y religión, y la no discriminación no proveen protecciones contra un discurso insensible, insultante o hasta blasfemo. El prohibir un discurso porque muestre una falta de respeto hacia una o más religiones efectivamente impone en algunos las creencias religiosas de otros, negando así no solo la libertad de expresión sino también la libertad de convicciones o credo, y por tanto la igualdad, autonomía, y dignidad básicas de aquellos cuyo discurso se ha restringido.

### Palabras clave

Libertad de expresión, libertad de conciencia, discurso ofensivo, restricciones, derecho internacional de los derechos humanos.

### Summary

Religiously offensive speech is an issue of considerable controversy, both internationally and in many religiously diverse countries. I address the topic in this paper from the perspective of international human rights norms. I show that the rights to freedom of expression, freedom of religion, and nondiscrimination do not provide protections against insensitive, insulting, or even blasphemous speech. To prohibit speech because it is disrespectful to one or more religions in effect imposes the particular religious views of some on others, thus denying not only freedom of expression but also freedom of belief or religion, and thus the basic equality, autonomy, and dignity of those whose speech is restricted.

### Key words

Freedom of Speech, Freedom of Religion, Offensive Speech, Restrictions, International Human Rights.

¿Puede el Estado prohibir discursos que ofendan profundamente a las sensibilidades religiosas? Este tema ha sido objeto de intensa controversia últimamente en dos mundos: el islámico y el occidental. Mucho del discurso, desde ambos lados, ha sido incendiario y profundamente inútil, hasta contraproducente. Este artículo busca fomentar el discurso analizando y defendiendo el planteamiento desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

<sup>1</sup> Profesor de Estudios Internacionales en la Universidad de Denver. Correo electrónico: jdonnell@du.edu



Aunque el Derecho Internacional de los Derechos Humanos mantiene un silencio explícito en cuanto a la cuestión de discurso que pretende ser hostil o es percibido como hostil hacia una religión, hay un cuerpo de leyes bien definido que se puede usar como modelo: el discurso que fomenta la discriminación racial. Basándose en esto, prohibir un discurso que provoca o incita a la discriminación religiosa, el odio religioso o la violencia religiosa está claramente dentro de los límites del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Prohibir un discurso porque este es ofensivo a personas que se adhieren a una religión, en cambio, no lo está.

Para mantener la libertad de expresión, se debe regular el discurso solo para prevenir un daño grave comprobable que superara el daño que se causaría por restringir dicho discurso a ciertas personas. Gritar fuego en un teatro lleno es el clásico ejemplo. Prohibir discursos que incitan a la violencia religiosa claramente cumple con este parámetro, mientras que el hecho de que algunas personas encuentren dicho discurso ofensivo, en cambio, no lo cumple.

El derecho humano de la libertad de conciencia y religión no garantiza el respeto de los demás hacia la religión de una persona. Los Estados están obligados a permitir la libre elección y práctica pública de la religión de un individuo y a proteger esa elección y práctica. Los Estados tienen la libertad de apoyar a una religión, en general, o a religiones en particular, mientras ese apoyo no viole los derechos humanos de otros. Prohibir algún discurso con base a las sensibilidades religiosas de una, algunas o de todas las religiones restringe un derecho humano fundamental por una razón no basada en los derechos humanos y de escasa importancia.

Por supuesto que los Estados son libres de desincentivar tales faltas de respeto. El hacerlo posiblemente es una muy buena política pública. Estados, individuos y grupos ciertamente son libres de condenar tal discurso, de organizar manifestaciones y huelgas en contra de sus oradores y seguidores, y de participar en la gama completa de protestas y represalias que no utilizan el aparato coercitivo del Estado. Sin embargo, según el Derecho Internacional de Derechos Humanos, los Estados no están autorizados a prohibir discursos por motivo de que muestren una falta de respeto u ofendan profundamente las sensibilidades de creyentes de una religión en particular, o incluso a las religiones en general.

El artículo concluye con la exploración de rutas de diálogo entre los que aceptan el planteamiento contemporáneo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y entre los que lo rechazan con base en sus propias creencias religiosas.

## 1. Las Normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Cualesquiera que sean nuestros puntos de vista en cuanto a la filosofía de los derechos humanos, vivimos en un mundo donde tenemos un cuerpo extensivo de normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>2</sup>. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) se ha aceptado como obligatoria, virtualmente, por todos los Estados. Asimismo, el corpus jurídico de los tratados de derechos humanos ha sido ampliamente ratificado. Los seis tratados fundamentales de derechos humanos internacionales (en cuanto a derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales, y culturales, discriminación racial, derechos de las mujeres, tortura y derechos del niño) tenían, hasta el 14 de julio 2006, un promedio de 166 partes<sup>3</sup>, lo cual representa una impresionante tasa de ratificación del 85%. Inicialmente, tomaré este cuerpo de normas legales como vinculante, aunque en el acápite 6 abordo el tema de incompatibilidad de los derechos humanos así como otros estándares de evaluación.

<sup>2</sup> Aquí la idea rawlsiana de un consenso solapado es útil: grupos diferentes que llegan a un acuerdo sobre unas normas políticas y legales particulares desde (y a pesar de) puntos de vista profundamente distintos y doctrinas religiosas y morales comprensivas. Ver Rawls (1996: 11-15, 133-176, 385-396; 1999: 31-32, 172-173). Para aplicaciones a comprensiones contemporáneas de los derechos humanos, ver Bielefeldt (2000), Donnelly (2003: 40-41, 51-53) y Peetush (2003).

<sup>3</sup> Datos disponibles en <http://www.ohchr.org/english/bodies/docs/status.pdf>.

Cuatro instrumentos son de particular importancia para nuestro tema: la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD) y la Declaración Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones<sup>4</sup>. Técnicamente, los dos tratados (PIDCP y ICERD) son vinculantes solo para las partes firmantes (que en julio de 2016 sumaron a 156 y 170 respectivamente) y las dos declaraciones técnicamente no son vinculantes (salvo en la medida que expresan el derecho internacional consuetudinario). En la práctica, sin embargo, virtualmente todos los Estados tratan las disposiciones incluidas en ambos —la DUDH y el PIDCP— como obligatorias, salvo reservas o denuncias explícitas. En el caso de la libertad de expresión y la libertad de conciencia y religión, las disposiciones en los instrumentos presentan normas fuertes, claras y coherentes.

Las disposiciones básicas de la libertad de conciencia y religión son las siguientes:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia. (DUDH, Artículo 18)

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. (PIDCP, Artículo 18.1)

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza. (Declaración Sobre la Intolerancia Religiosa, Artículo 1.1)

Tal como señaló el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General No. 22, este derecho “es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso a la religión o convicción, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas”.

En adición a estas garantías, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos prohíbe expresamente la discriminación fundada en la religión o las convicciones. La Declaración Sobre Intolerancia Religiosa es especialmente clara: “Ninguna persona estará sujeta a discriminación por cualquier Estado, institución, grupo de personas, o persona por motivo de religión u otra convicción” (Artículo 2.1). El artículo 2 de ambos, la Declaración Universal y el PIDCP, enuncian la religión, de manera explícita, como un motivo prohibido de discriminación<sup>5</sup>. En otras palabras, en adición a la obligación negativa de tolerar convicciones diversas y su expresión pública, los Estados se someten a las obligaciones positivas de proteger a todas las personas de la discriminación fundada en la religión, mientras estas disfrutan de sus otros derechos humanos que están reconocidos internacionalmente. Los Estados deben

<sup>4</sup> Los textos de los instrumentos están disponibles en <http://www.ohchr.org/english/law/>.

<sup>5</sup> La intolerancia religiosa también se destaca como un problema de importancia global en la Declaración y Programa de Acción de Viena (Parte I, par. 30, Parte II, par. 22).

actuar para asegurar que el goce equitativo de todos los derechos humanos no se infrinja por la religión de una persona.

Las disposiciones básicas sobre la libertad de expresión son las siguientes.

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. (Declaración Universal, Artículo 19).

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. (PIDCP, Artículo 19.2).

La libertad de expresión, similar a la libertad de conciencia y religión, está integrada en un contexto más amplio; en este caso, la libertad de opinión. De hecho, dado el vínculo fuerte entre las nociones de “pensamiento” y “opinión”, la libertad de expresión y la libertad de conciencia y religión son dos caras de la misma moneda y no derechos fundamentalmente diferentes. Conjuntamente protegen un dominio interno de autonomía e igualdad individual de la interferencia coercitiva dentro de la gama completa de las convicciones y opiniones de una persona.

## 2. Restricciones a la libertad de expresión

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite que no haya restricciones a la libertad de conciencia y religión o de convicciones. Sin embargo, sí permite ciertas limitaciones a la libertad de expresión. La idea subyacente parecería ser que las convicciones religiosas, o convicciones comparables a estas, son de tanta importancia que no se puede permitir ninguna restricción. Algunas otras opiniones, sin embargo, pueden, en circunstancias limitadas, ser debidamente restringidas.

El artículo 19.3 del PIDCP indica que la libertad de expresión puede “estar a sujeta a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: (a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público (orden público), o la salud o la moral pública”. El artículo 20 también estipula que “Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. El artículo 4 de la ICERD hasta requiere la penalización de “toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos”. Aunque técnicamente estas disposiciones se aplican solo a “la raza”, el fuerte vínculo entre la discriminación racial y la intolerancia religiosa en el cuerpo general de normas de derechos humanos internacionales sugiere que la formulación más amplia de la ICERD también se puede considerar aplicable a la discriminación religiosa. Esto es especialmente cierto desde la Conferencia Mundial en Contra del Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia, y Intolerancias Relacionadas<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> El Informe de la Conferencia (A/CONF.189/12) está disponible en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/215/43/PDF/N0221543.pdf?OpenElement>. Esta orientación más amplia, sin embargo, se remonta al 1994, cuando la Comisión de los Derechos Humanos de la ONU creó la Relatoría Especial sobre las Formas Contemporáneas de Racismo,

De esta manera, podemos distinguir el enfoque limitado del PIDCP y el enfoque un poco más amplio de la ICERD. Ambas prohibiciones a la incitación a la discriminación o la violencia son poco problemáticas. Estas restricciones se dan relativamente sin controversias.<sup>7</sup> La idea subyacente es que la incitación a actos prohibidos es en sí legítimamente prohibida; en este caso, los actos que violan los derechos a la seguridad personal y la no discriminación.

Causa más controversia la prohibición adicional en la ICERD respecto a la promoción o incluso la mera difusión de ideas de odio o superioridad racial (y por extensión religiosa). La idea subyacente aquí parece ser que tales expresiones contribuyen de modo indirecto a la violencia o la discriminación y, por ende, se acercan lo suficientemente a la incitación como para estar prohibidas. Aunque una gran cantidad de Estados han registrado varias dudas con respecto a las disposiciones del artículo 4<sup>8</sup>, en este artículo adoptaré la formulación más amplia de la ICERD y consideraré la promoción de odio o superioridad religiosa como prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>9</sup>.

Sin embargo, como ha notado el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General No. 10: “cuando un Estado parte impone ciertas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, estas no pueden poner en peligro el derecho en sí”. Este principio de interpretación generalmente aceptado (no se puede permitir que ninguna excepción perjudique el principio general) merece especial hincapié.

Como todos los derechos humanos, el derecho a la libertad de expresión elimina el discurso del proceso ordinario de la toma de decisiones democráticas (o autoritario). El artículo 19, como vimos, permite restricciones solo cuando es necesario para proteger los derechos o la reputación de otros, la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral pública. Solamente las restricciones basadas en estos motivos son admisibles y dichas restricciones deben de ser necesarias, no simplemente congruentes con o conducentes a la realización de estos propósitos.

### 3. Discurso ofensivo hacia la religión

Ahora abordaré el problema particular que engloba el corazón de este artículo; es decir, el discurso ofensivo o que falta al respeto a una o más religiones<sup>10</sup>. Esta cuestión cobró protagonismo internacional el año pasado [2005]<sup>11</sup> después de que doce caricaturas del Profeta Mahoma aparecieran en un periódico danés. El problema, sin embargo, ha surgido en un número de casos en muchos otros países durante varios años. Por ejemplo, en mi país, los Estados Unidos, hubo una gran controversia en el año 1989 sobre la exposición pública de una fotografía de un crucifijo de plástico, colgado en un recipiente de vidrio lleno de la orina del artista. Asimismo, en marzo de 2007, manifestantes católicos en Nueva York impidieron la exhibición de una escultura de Cristo hecho de chocolate.

---

Discriminación Racial, la Xenofobia e Intolerancias Relacionadas, con un mandato a “examinar de acuerdo con su mandato los incidentes de formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, cualquier forma de discriminación contra la gente negra, árabe y musulmana, la xenofobia, la negrofobia, el antisemitismo e intolerancias relacionadas” (Resolución 1994/64). Para el trabajo del Relator Especial, ver <http://www.ohchr.org/english/issues/racism/rapporteur/>.

<sup>7</sup> Los Estados Unidos son la excepción principal que confirma la regla, generalmente prohibiendo incitación a la violencia pero no la incitación a la discriminación.

<sup>8</sup> Ver <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/2.htm>.

<sup>9</sup> Personalmente, discrepo con esta posición. No obstante, nada en mi argumento requiere la estrecha mirada de limitar la libertad de expresión. Por ende adopto un enfoque más amplio, con el fin de aumentar la gama de aplicabilidad de mi argumento.

<sup>10</sup> Por razones de simplicidad, aquí presumo que las personas participando en el discurso u otra expresión están, por la mayor parte, conscientes de que la expresión es (probablemente) considerada ofensiva por algún grupo, y que se puede esperar razonablemente que ese grupo se encontrará con la expresión.

<sup>11</sup> N. del E. El periódico en cuestión es el Jyllands-Posten.

En la mayoría de estas instancias es la esencia particular de la expresión lo que se pone en cuestión. Desde una perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es particularmente alarmante. Al centrarse en el contenido del discurso, las exigencias de censura o penalización implican una infracción *prima facie* del derecho a la libertad de expresión. No aplican las disposiciones de Artículo 19 del PIDCP que permiten restricciones de expresiones cuando sea necesario para proteger morales o el orden público.

Si la expresión ofensiva incita discriminación o violencia, puede ser interpretada justamente como una amenaza al orden público —aunque una apelación más sólida sería a la protección de los derechos humanos de otras personas—. Sin embargo, cualquier amenaza al orden público en tales casos viene de la intolerancia de los manifestantes al discurso protegido, y de quienes los manipulan políticamente.

Si la persona A reacciona con violencia a las declaraciones de la persona B —suponiendo que esas declaraciones son de otra manera permitidas legalmente— es la persona A, no la persona B, quién amenaza el orden público. Si se culpaba a la persona B, los límites de expresión estarían demarcados por fanáticos que expresan convicciones sustantivas y particulares. Por ejemplo, bajo esta alternativa, si los defensores de la supremacía de la raza blanca protestaran en respuesta a la afirmación de la igualdad de las razas, el discurso que defiende la igualdad de las razas estaría prohibido, pues sería una amenaza al orden público. Claramente esto sería algo perverso.

El discurso que solo ofende a otras personas está protegido por completo. Esta es la única manera de proteger la dignidad equitativa de todos los individuos. Otorgar a la persona A el derecho efectivo de determinar los límites del discurso de la persona B, simplemente porque la persona A lo encuentra ofensivo, es una clara violación *prima facie* del derecho a la libertad de expresión, no importa que tan grande sea el grupo representado por la persona A, o que la persona B sea un individuo en solitario.

Argumentos con base en la moral pública tampoco funcionan en este caso. Como dice el Comité de Derechos Humanos en las notas en su Comentario General No. 22, “el concepto de moral deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; consecuentemente, las limitaciones a la libertad de manifestar una religión o una convicción para el propósito de proteger las morales debe basarse en principios que no se derivan de una sola tradición”. Esto aplica aún en el caso de una tradición religiosa o moral dominante dentro de un determinado país.

Restringir la expresión de opiniones basándose en su incompatibilidad con las convicciones fundamentales de cualquier grupo en particular (o grupos particulares) es una negación inadmisibles de la igualdad y la autonomía. Solo quienes estuvieran de acuerdo con dichas convicciones fundamentales tendrían derecho a la libertad de expresión, lo cual simplemente no es libertad de expresión bajo ningún sentido viable de ese término. En otras palabras, la “excepción” de hecho desvirtúa de modo letal al derecho y en consecuencia esto no se puede permitir.

Compárese esto con las restricciones a la pornografía, que existen de alguna forma en casi todos los países. El hecho de que prácticamente todos los países limitan algunas representaciones sexuales gráficas (especialmente las que involucran a niños) indica que un concepto general de moral pública está puesto en práctica. Además, en cada país virtualmente, una gama amplia de tradiciones morales y religiosas condenan al menos algunas representaciones sexuales gráficas. Esto contrasta fuertemente con las expresiones que solo ofenden a tradiciones morales o religiosas particulares, como en este caso.

La moral pública significa precisamente eso: la moral del público, independiente de las convicciones fundamentales religiosas o morales particulares. Cualquier grupo, aún si conforma

la gran mayoría de la población, no se puede imponer a otros en sus convicciones morales particulares. Esa es la esencia de la idea de la libertad de expresión, tanto como la libertad de conciencia y religión, y muchos otros derechos humanos reconocidos a nivel internacional.

#### 4. Libertad de expresión y libertad religiosa

Queda aún una posible área para restringir el discurso ofensivo hacia la religión, es decir, para proteger los derechos de otras personas. En principio, este es el argumento más sólido que se puede realizar al respecto. No recurre a ningún otro valor fuera del contexto de los derechos humanos (ej. seguridad nacional o moral pública) sino a los conflictos entre derechos. Involucra el restringir la libertad expresión que no solo sea ofensiva hacia otras personas sino también a la que hace daño, pues viola sus derechos humanos<sup>12</sup>.

Es importante reconocer que a menudo los derechos humanos no solo están en conflicto entre ellos, sino que cada derecho humano potencialmente está en conflicto con, por lo menos, otro derecho humano más. La mayoría de veces está en conflicto con otros varios derechos. Los derechos humanos pueden ser derechos morales y legales primordiales. Sin embargo, ningún derecho humano es absoluto. Ponderar derechos contrapuestos es una parte inevitable de la ley y la política de los derechos humanos, nacional e internacionalmente<sup>13</sup>.

La cuestión aquí es si el discurso ofensivo hacia la religión levanta cuestiones que requieren un balance de derechos humanos contrapuestos. Mi argumento es que no.

El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y credo protege a cada individuo en su elección de convicción. No menos importante, el derecho a la no discriminación protege a cada individuo en su goce de todos sus otros derechos humanos sin tener en cuenta su religión. El discurso ofensivo hacia la religión que no incita a la violencia o a la discriminación, sin embargo, no infringe ninguno de estos dos derechos. Es decir, no restringe ni la elección de religión o convicción ni limita el goce de otros derechos humanos de creyentes de una religión en particular.

¿Qué ocurre con las limitaciones más amplias a las expresiones de odio o superioridad religiosa? Debe recordarse el principio general que menciona que las limitaciones deben interpretarse de una forma muy estricta. Esto es particularmente importante aquí, porque la amenaza a los derechos de otras personas provocada por un discurso intolerante que no incita la violencia o discriminación es indirecto y relativamente obscuro. En consecuencia, debemos insistir en una construcción estricta basada en el “odio” y la “superioridad”<sup>14</sup>. El hecho es que muchas expresiones ofensivas contra la religión no cumplen con este criterio.

Debe señalarse lo siguiente: simplemente no hay ningún derecho reconocido a nivel internacional que pueda otorgar protección contra cretinos y patanes, o contra personas muy sofisticadas pero intencionalmente ofensivas, no importa qué tan lascivas sean. Las opiniones y convicciones de la persona B son suyas, y deben ser protegidas y valoradas como expresiones de su dignidad, autonomía e igualdad personal, no importa lo ofensivas que sean para la persona A (siempre y cuando no activen las excepciones mencionadas antes). Esa es la razón fundamental de que existan los derechos a la libertad de opinión, convicción, expresión y de credo.

<sup>12</sup> He sugerido antes que esto es lo que subraya las excepciones de violencia e incitación.

<sup>13</sup> Para argumentos breves defendiendo formas particulares de la prohibición de la apostaría entre musulmanes, y la práctica americana de prohibir la incitación al odio, ver Donnelly (2007).

<sup>14</sup> También propongo que nos enfocamos en el odio en vez de en la superioridad. Muchas religiones consideran ser superior a otras. Esto es verdad, por ejemplo, en el cristianismo y el islam. Sin duda no queremos ponernos en una posición donde, para poner un ejemplo, demandas que x es la única y verdadera religión estén prohibidas. Expresiones de superioridad no conectadas al odio parecen ser relativamente no problemáticas; o, por otro lado, que solo las expresiones de superioridad odiosas merecen restricción.

De hecho, permitir que la persona A prohíba la expresión de la persona B, basándose simplemente en (ofender) la religión de la persona A, equivaldría a la violación de la libertad de conciencia y religión de la persona B. La expresión de la persona B habría de adecuarse, por lo menos en esta dimensión particular, a las creencias religiosas de persona A, independientemente de las creencias de persona B. Esto implicaría la imposición efectiva de las creencias religiosas particulares de la persona A sobre la persona B. En otras palabras, podemos rechazar las prohibiciones de expresiones meramente ofensivas bajo la sola base del derecho a la libertad de conciencia y religión y convicción, sin siquiera el apoyo adicional proveído por el derecho a la libertad de expresión.

### Referencias bibliográficas

- Bielefeldt, H. (2000). "Western" versus "Islamic" Human Rights Conceptions?: A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion of Human Rights. *Political Theory* 28 (1), 90-121.
- Donnelly, J. (2003). *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 2nd ed. Ithaca: Cornell University Press.
- . (2007). The Relative Universality of Human Rights. *Human Rights Quarterly* 29 (2), pp. 281-306
- Peetush, A. Kr. (2003). Cultural Diversity, Non-Western Communities, and Human Rights. *The Philosophical Forum* 34 (1), 1-19.
- Rawls, J. (1996). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- . (1999). *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press.

# La incompatibilidad de la titulación obligatoria de periodistas con los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos: el caso de Ecuador

## The incompatibility of the mandatory degree in journalism according to the Inter-American Human Rights Standards: The Ecuadorian case

MIGUEL MOLINA DÍAZ<sup>1</sup>  
New York University

### Resumen

El artículo propone que la exigencia de un título académico como requisito para el ejercicio del periodismo es incompatible con los estándares interamericanos de derechos humanos. El autor examina el artículo 42 de la Ley Orgánica de Comunicación (LOC) de Ecuador y los alcances del control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos. También la posibilidad de que el artículo 42 constituya una restricción ilegítima a la libertad de expresión y un escenario de censura previa, en un contexto en el que incluso podría implicar una sanción penal y en el que existe un criterio definido de la Corte Interamericana contrario a la titulación obligatoria para el ejercicio periodístico.

### Palabras clave

Libertad de expresión, titulación obligatoria, Derechos Humanos, periodismo, Opinión Consultiva 85/5

### Summary

The article proposes that the requirement of an academic degree to exercise journalism is incompatible with Inter-American human rights standards. The author examines Article 42 of the Organic Law of Communication (LOC) and the scope of the control of constitutionality and conventionality in the matter of human rights. Article 42 may also constitute an illegitimate restriction on the freedom of expression and a scenario of prior censorship within a context that could even imply a criminal sanction and in which there is a definite criterion of the Inter-American Court opposed to a mandatory degree in order to practice journalism.

### Keywords

Freedom of Expression, Mandatory Degree, Human Rights, Journalism, Advisory Opinion 85/5.

## 1. Introducción

El 18 de diciembre de 2018, la Asamblea Nacional del Ecuador aprobó el proyecto de Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Comunicación (en adelante LOC, 2013), a fin de eliminar algunos de los mecanismos creados por esa norma durante el gobierno de Rafael Correa con la finalidad de intimidar a medios de comunicación y periodistas<sup>2</sup>. La necesidad

<sup>1</sup> Miguel Molina Díaz (Quito, 1992) es abogado por la Universidad San Francisco de Quito, con menciones en Literatura y Derechos Humanos. Ha ejercido el periodismo cultural, político y judicial. Es columnista de diario El Universo. Actualmente estudia su maestría en Escritura Creativa en la Universidad de Nueva York. Correo electrónico: miguelmolina@gmail.com

<sup>2</sup> “La aplicación de la Ley Orgánica de Comunicación, durante la administración del entonces Presidente Rafael Correa ha sido

de reformar la LOC se evidenció, por ejemplo, en la cantidad de proyectos reformativos y derogatorios que fueron planteados, incluso desde los bloques mayoritarios del Legislativo y desde el presidente de la República, Lenín Moreno; además, esos esfuerzos evidenciaron que la LOC, tal como fue diseñada en el periodo correista, fue utilizada para cometer abusos<sup>3</sup> por medio de procesos en sede administrativa que carecen, en la mayoría de casos, de una adecuada motivación y otras garantías al debido proceso (Andrade, s.f., p. 29). En ese sentido, las reformas apuntaron, entre otras cuestiones, a la eliminación de la Superintendencia de Información y Comunicación (Supercom), así como de la figura del linchamiento mediático, y la sustitución del concepto de la comunicación como servicio público por el de derecho humano. Sin embargo, en cuanto a la adecuación de la Ley a los estándares de derechos humanos, hay todavía en el texto de la Ley conceptos que son incompatibles con el derecho a la Libertad de Expresión, tal como lo concibe el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (1969).

Los legisladores decidieron mantener la titulación obligatoria para periodistas, contenida en el artículo 42 de la Ley, el cual ya fue observado y cuestionado por sectores de la sociedad civil y organismos internacionales<sup>4</sup>, como uno de los temas en los que la LOC desconocía abiertamente los estándares internacionales sobre Libertad de Expresión; en este caso específico un estándar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido desde hace 33 años, y que ha sido ampliamente desarrollado en documentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Tomando en cuenta que la libertad de expresión es la piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática<sup>5</sup>, es imperante reflexionar sobre la tendencia que pretende incorporar a las legislaciones de América la titulación obligatoria de periodistas, ya sea en contextos de gobiernos autoritarios e incluso en contextos de gobiernos democráticos. Si bien es un tema que puede ocasionar fricciones con gremios de comunicadores, facultades de comunicación, docentes e incluso profesionales de la labor informativa, muy en el fondo, el alejamiento de las legislaciones internas de los estándares interamericanos podría poner en riesgo la plena y vigorosa vigencia del derecho a la libertad de expresión, en su sentido más amplio.

En su disposición transitoria primera, la Constitución del Ecuador estableció la necesidad irreductible de contar con una Ley de Comunicación en el ordenamiento interno. El Estado ecuatoriano, sin embargo, está obligado a buscar que su legislación interna -en cualquier materia- se adecúe a las obligaciones derivadas del Derecho Internacional Público, más aún en los casos de los instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos -como es el derecho a la libertad de expresión-, ya que a ellos la Carta Magna les otorga rango constitucional. En ese sentido, el único fin de toda Ley de Comunicación en este continente tendría que

---

objeto de preocupación para esta Relatoría Especial desde su aprobación. A través de la Superintendencia de Información y Comunicación (Supercom), se sancionó, amonestó y ordenó frecuentemente la publicación de réplicas y contenidos oficialistas a los medios de comunicación” (Lanza, 2017).

<sup>3</sup> “Los funcionarios gubernamentales con los que hablé parecen reconocer que varias disposiciones de la ley ecuatoriana son incompatibles con la libertad de expresión tal como la garantizan los instrumentos internacionales de derechos humanos [...] La Ley Orgánica de Comunicación (LOC), que se encuentra en discusión en el gobierno y la Asamblea Nacional, tiene varias disposiciones que son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos” (Kaye, 2018).

<sup>4</sup> “Si bien la capacitación de quienes ejercen el periodismo es deseable, [...] [l]os relatores reiteramos la necesidad de modificar el artículo 42 de la LOC en el sentido de adoptar un criterio funcional respecto a la protección del ejercicio del periodismo y remover toda restricción al ejercicio del mismo, dado que los periodistas ejercen de manera directa estos derechos cuando cumplen su función en el marco del sistema democrático” (Kaye / Lanza, 2019).

<sup>5</sup> El concepto ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia sobre libertad de expresión, pero aparece por primera vez en el caso: La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Corte IDH, 1985, Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 70).

ser promover y proteger este derecho humano fundamental, así como las dos dimensiones que lo componen y los estándares que lo hacen efectivo, entre ellos el estándar que implica la eliminación de la titulación obligatoria de periodistas. La exigencia de titulación al periodista constituye, en ese sentido, una restricción ilegítima a la libertad de expresión.

Es preciso, entonces, analizar jurídicamente una posible incompatibilidad no sólo con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), sino con el espíritu supuestamente democrático de la misma reforma, en la que efectivamente se da sustanciales pasos y se concibe, por fin, a la comunicación ya no como un servicio público sino como un derecho humano.

En ese sentido, este artículo empieza analizando esta materia desde las perspectivas del control de constitucionalidad y control de convencionalidad; reflexiona sobre la titulación obligatoria de periodistas a partir de los estándares de la Opinión Consultiva 5/85, así como la obligación estatal de adecuación normativa respecto de las interpretaciones que de la CADH ha realizado la Corte IDH; además, este ensayo examina la posibilidad de que la titulación constituya una restricción ilegítima al derecho a la libertad de expresión entendiendo el artículo 42 de la LOC en concordancia con el 330 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) donde se establece el delito de ejercicio ilegal de la profesión, lo cual podría significar un preocupante escenario de censura previa. Finalmente constan las conclusiones y recomendaciones del autor.

Si bien en este documento se analizará este tema desde una perspectiva jurídica y desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es preciso invitar al lector a examinar el ejercicio periodístico desde su naturaleza de oficio dinámico, tanto profesional como artesanal, es decir desde su tradición histórica interdisciplinaria e interseccional, enriquecida desde siempre por otras áreas del saber y de la experiencia humana. Este artículo no se opone a la profesionalización, factor que sólo podría contribuir a la calidad del trabajo periodístico. Analiza y cuestiona la obligatoriedad de un título académico para el ejercicio de un derecho humano fundamental. Un derecho que también se ejerce por medio de un oficio<sup>6</sup> y una tradición que Philip Graham, uno de los destacados editores del Washington Post, calificó como “el primer borrador de la historia”<sup>7</sup>, y cuya naturaleza dinámica e ilustrada existirá en el mundo con independencia a que una ley, en un país determinado, pretenda su desnaturalización.

## 2. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad

Es indudable que en el marco de un análisis sobre la adecuación de las normas internas de un Estado a la normativa internacional que está obligado a cumplir, resulta primordial desentrañar lo que a las luces de nuestro Derecho Constitucional se entiende por bloque de constitucionalidad. En ese sentido, el artículo 424 de la Constitución del Ecuador señala:

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público (2008).

<sup>6</sup> El mismo premio Nobel de Literatura, Gabriel García Márquez, en su histórico discurso en la 52ª Asamblea General de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), conocido como “El mejor oficio del mundo”, manifestó que la “creación de las escuelas de periodismo fue una reacción escolástica contra el hecho cumplido de que el oficio carecía de respaldo académico”, y apartándose de la idea de exigir título para el ejercicio del mismo, explicó que el periodismo se aprende “en las salas de redacción, en los talleres de imprenta, en el cafetín de enfrente”, y que “la misma práctica del oficio imponía la necesidad de formarse una base cultural, y el mismo ambiente de trabajo se encargaba de fomentarla. La lectura era una adición laboral”.

<sup>7</sup> La frase es ampliamente conocida y se la encuentra en un sinnúmero de textos, por ejemplo: “La redacción del Washington Post”, en Asociación de la Prensa de Almería.

De esa disposición, nace lo que se conoce doctrinariamente como bloque de constitucionalidad, al cual se integran, por ejemplo, las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y otros instrumentos del Derecho Internacional Público que cumplan con el precepto constitucional del artículo 424, es decir, versar sobre los derechos humanos.

Es preciso recordar que el artículo 425 establece el mecanismo de resolver los conflictos entre las normas: se debe aplicar las mismas en orden jerárquico, un esquema encabezado indefectiblemente por las normas constitucionales y las de los tratados internacionales. De hecho, el artículo 426, segundo párrafo, establece que:

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Tenemos además, de ese artículo 426, que los derechos consagrados en el bloque de constitucionalidad serán de inmediato cumplimiento y aplicación; así como que no podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos. Esta noción es fundamental para entender la posible inconstitucionalidad, que deberá analizar la Corte Constitucional en su momento, respecto a la exigencia de titulación obligatoria a los comunicadores como requisito para el ejercicio del periodismo.

Ahora bien, el Ecuador no tiene solamente la obligación de realizar un control de constitucionalidad sino de convencionalidad, es decir, asegurarse del cumplimiento interno de las normas consagradas en la CADH. Dicho esto, y considerando que las normas de la CADH deberían ser de aplicación directa, es preciso revisar el análisis que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su sentencia del *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006), la primera en que se refiere al control de convencionalidad, particularmente en lo señalado en su párrafo 124:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

El estándar de control de convencionalidad que estableció la Corte es fundamental porque considera que no sólo el texto del tratado internacional que constituye la CADH debe ser sujeto de control, sino también la interpretación que la Corte IDH, por medio de sus

sentencias y sus opiniones consultivas, ha hecho sobre los artículos de ese instrumento. También es preciso señalar que cuando la Corte IDH se refiere a jueces, se refiere a todos los agentes o funcionarios del Estado con capacidad adjudicante de responsabilidades o de determinar el alcance de los derechos.

Es pertinente considerar que en un examen de control de constitucionalidad se debe tomar en cuenta el referido estándar interamericano contrario a la titulación de periodistas. Ese estándar es parte del bloque de constitucionalidad, que no se limita al texto constitucional. La misma Corte Constitucional señaló, en resolución del 1 de junio de 2009, que:

Una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supra legales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita. El bloque de constitucionalidad nos permite interpretar las normas constitucionales, pero, además, los tratados de derechos humanos orientan al Juez constitucional a identificar elementos esenciales que definen la fisonomía insustituible de la Constitución. En tal virtud, para resolver un problema jurídico no sólo se debe tener presente la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener relevancia para decidir estos asuntos. (Corte Constitucional del Ecuador, 2009, Resolución 1-A)

En la materia específica, no hay discusión para la Corte Constitucional en cuanto a que los tratados internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad:

Cuando los convenios o tratados internacionales están reconocidos y ratificados por el Estado ecuatoriano, estas normas tienen el carácter de imperantes y formar parte del Bloque de Constitucionalidad. (Corte Constitucional del Ecuador, 2009, Resolución 8)

Entonces, tenemos que el bloque de constitucionalidad no sólo incorpora a las normas de la CADH que expresamente constan en su texto, sino los estándares que la Corte IDH, como intérprete última de la CADH, ha desarrollado por medio de su trabajo interpretativo. Ese es el sentido en el que resulta imperante analizar el artículo 42 de la LOC, ya que existe una obligación estatal de adecuar la normativa interna a los estándares interamericanos de derechos humanos, uno de los cuales tiene que ver, precisamente, con la exigencia de título para el ejercicio de la actividad periodística.

### **3. Titulación obligatoria de los periodistas**

La LOC establece, actualmente, en su artículo 42, que las “actividades periodísticas de carácter permanente realizadas en los medios de comunicación, en cualquier nivel o cargo, deberán ser desempeñadas por profesionales en periodismo o comunicación, con excepción de las personas que tienen espacios de opinión, y profesionales o expertos de otras ramas que mantienen programas o columnas especializadas” (2013). El texto reformado por la Asamblea Nacional, a finales del año 2018, sólo incorpora en la excepción a esta regla a quienes realicen programas o actividades periodísticas en los medios comunitarios, además de aquellos que lo hagan en las lenguas de los pueblos y nacionalidades indígenas, que ya se contemplaba. El posterior veto parcial del presidente de la República no se refirió al artículo 42, por lo que las reformas, sin tocar el punto de la titulación obligatoria, entraron en vigor el 20 de febrero de 2019. Hay que mencionar que la LOC no ha exigido nunca la titulación para las categorías de Opinión.

Para entender las implicaciones de la titulación obligatoria es preciso analizar los antecedentes históricos que inspiraron, el 30 de septiembre 1975, la entrada en vigor de la Ley de Ejercicio Profesional del Periodista, dictada por la dictadura de Guillermo Rodríguez Lara. La referida normativa creó la Federación Nacional de Periodistas (en adelante Fenape) en un contexto en el que la labor periodística estaba precarizada. El mecanismo elegido para ampliar y garantizar los derechos de los trabajadores de la comunicación, además de la creación de gremios, era establecer la titulación obligatoria. En definitiva, la tendencia hacia la titulación obligatoria procuraba, por un lado, reconocer que el periodismo es una profesión que requiere su correspondiente nivel de formación y cualificación, en miras a fomentar la calidad de los productos periodísticos, y “defender sus intereses y bienes colectivos, de forma que su reconocimiento como profesión tenga claros efectos también a nivel salarial, laboral y social” (1997, Aznar, p. 131).

La tendencia hacia la titulación obligatoria, en el último debate del 2018 en la Asamblea Nacional, fue defendida por gremios de periodistas que enviaron escritos a la Comisión de Derechos Colectivos del legislativo, como la Fenape y la Unión Nacional de Periodistas (en adelante UNP). Entre sus argumentos, defendían que la titulación obligatoria permite condiciones de vida digna a los periodistas al beneficiarse de oportunidades laborales y de una escala salarial diferenciada, ya que en otros tiempos los medios optaban por contratar redactores sin título, que eran explotados y que implicaban bajos costos para los medios. La precarización del trabajo periodístico es un problema real, pero el Estado, por medio de sus leyes y políticas públicas, debería asegurar los derechos de los trabajadores de la comunicación dentro del respeto a los estándares interamericanos sobre libertad de expresión.

Del mismo modo, los partidarios de la titulación defendían la necesidad de valorar la educación universitaria que reciben los periodistas titulados y que quedaría relegada a un segundo plano si cualquier persona puede ejercer el periodismo. En las comparecencias a la Comisión hubo argumentos adicionales sobre este tema, como el sostener que la formación académica de los periodistas garantiza a la audiencia y a los lectores la calidad de la información que reciben. Estos argumentos, sin embargo, no toman en cuenta que la característica interdisciplinaria del periodismo enriquece las salas de redacción y permite contar con editores y reporteros especializados en temas como economía, judiciales, salud o cultural, por citar ejemplos, que tienen formación de economistas, abogados, médicos o licenciados en filosofía y letras, incluso autodidactas, como han sido grandes periodistas de la historia. En el caso de Ecuador, desde el principio de la actividad periodística hasta la actualidad los aportes de periodistas, fotoperiodistas y documentalistas sin título de comunicadores han sido fundamentales para fortalecer los derechos de la población a la información, comunicación y libertad de expresión.

Sus argumentos, además, contrastan con el análisis jurídico que del derecho a la libertad de expresión ha realizado el SIDH. Comencemos entonces, este examen, a partir de lo que establece la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000), adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Principio 6:

Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.

El principio señalado es parte del Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, y como tal, su cumplimiento depende en buena parte de la buena

fe estatal. Nació en el año 1985, cuando la Corte IDH emitió su emblemática Opinión Consultiva 5/85, conocida también como Colegiación Obligatoria de Periodistas.

### 3.1. Opinión Consultiva “Colegiación Obligatoria de Periodistas”

El 8 de julio de 1985, el gobierno de Costa Rica sometió a la Corte IDH una opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 13 (Derecho a la Libertad de Expresión) y 29 (Normas de Interpretación) de la CADH en relación a la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, por la cual se establecía como requisito obligatorio para el ejercicio de la actividad periodística la colegiación a ese gremio. Indefectiblemente, la Corte IDH resolvió que la exigencia de ese requisito era incompatible con el derecho a la libertad de expresión consagrado en la Convención. Pero, además, reflexionó pertinentemente sobre la titulación. En su párrafo 71 dice:

[...] el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional, como podría suceder con otras profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano (Corte IDH, 1985).

Sobre el argumento de que la exigencia de requisito previo no difiere de legislaciones similares aplicables a otras profesiones, la Corte IDH dice que dicho argumento:

no tiene en cuenta el problema fundamental [...]. El problema surge del hecho de que el artículo 13 expresamente protege la libertad de “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole... ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa...” La profesión de periodista —lo que hacen los periodistas— implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención (párr. 72).

En el párrafo siguiente, la Corte además insiste en que no se puede asemejar el periodismo a profesiones como la medicina o el derecho, ya que la Convención no garantiza específicamente las actividades que realizan ellos como un derecho humano fundamental, ya que

no existe un solo derecho garantizado por la Convención que abarque exhaustivamente o defina por sí solo el ejercicio de la abogacía como lo hace el artículo 13 cuando se refiere al ejercicio de una libertad que coincide con la actividad periodística. Lo mismo es aplicable a la medicina (párr. 73).

La Corte prefiere diferenciar para contradecir los argumentos gremiales, los cuales repiten que

una cosa es la libertad de expresión y otra el ejercicio profesional del periodismo, [...]. El ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado (párr. 73).

Sobre estos argumentos de índole gremial, en el sentido de que la Ley de Costa Rica buscaba proteger un oficio remunerado, la Corte respondió que “sin desconocer que un gremio tiene derecho de buscar las mejores condiciones de trabajo, esto no tiene por qué hacerse cerrando a la sociedad posibles fuentes de donde obtener información” (párr. 75).

La Corte también rechazó el argumento de una supuesta mayor calidad garantizada con los condicionamientos previos, ya que “[u]n sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad” (párr. 76).

### **3.2. Valor de una Opinión Consultiva de la Corte IDH en el Ecuador**

Si bien la colegiación obligatoria de periodistas se dictó respecto de Costa Rica, las conclusiones de la Corte IDH al respecto de este tema constituyen la interpretación autorizada de la CADH. El Ecuador sí tiene, respecto de las opiniones consultivas del tribunal interamericano, obligaciones internacionales. Al menos eso lo dictaminó nuestra Corte Constitucional en su Sentencia 184-18-SEP-CC, referente al Caso Satya, donde al reflexionar sobre el valor de la Opinión Consultiva OC24/17, también dictada a petición de Costa Rica, estipuló:

[...] por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de los derechos humanos, se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto que su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos [...] (p. 58)

En otras palabras, la Corte Constitucional, que es el máximo órgano de interpretación constitucional según el artículo 429 de la Carta Magna, entiende que las opiniones consultivas de la Corte IDH se deben entender como parte de la CADH, en consecuencia, parte de nuestro bloque de constitucionalidad. El estándar contrario a la titulación obligatoria de periodistas, entonces, es sujeto al control de constitucionalidad y convencionalidad:

Para el examen de constitucionalidad la Corte Constitucional no debe efectuar únicamente su análisis fundamentándose en la contraposición de la disposición impugnada con el texto constitucional, sino además con los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 424 de la Constitución, cuando reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. En consecuencia, para garantizar de mejor forma los derechos constitucionales, el control de constitucionalidad no debe ser visto como el único mecanismo a ser implementado por la Corte, sino que además se debe tener en cuenta la existencia del control de convencionalidad como el mecanismo por medio del cual los jueces nacionales pueden efectuar el análisis de una norma, tomando en consideración la Convención Americana de Derechos Humanos, las sentencias que dotan de contenido a la Convención emitidas por la Corte interamericana de Derechos Humanos y todos aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador; en suma aquello que se denomina el *ius commune* interamericano (Corte Constitucional del Ecuador, 2014, Sentencia 003-14-SIN, p. 19)

### **3.3. Incorporación de los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión por el Tribunal Federal de Brasil**

El Ministerio Público Federal, apoyado en el Sindicato de Empresas de Radios y Televisión del Estado de Sao Paulo, interpuso una acción civil pública contra un acuerdo del Tribunal Regional de la Tercera Región, que sustentado en el Decreto Ley No. 972 de 1969, expedido en la época de la dictadura militar, exigía el diploma o el curso universitario de periodismo registrado ante el Ministerio de Educación para el ejercicio de la actividad periodística. El Ministerio Público consideró que esa exigencia era inconstitucional pues establecía una restricción ilegítima a la libertad de expresión (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2010, párr. 35).

Luego de obtener la razón en una primera instancia ante el Juzgado 16 de la Jurisdicción Civil Federal de Sao Paulo, el Tribunal Regional Federal de la Tercera Región encontró que la calificación profesional no era irrazonable como requisito, ya que la relevante función social y gran responsabilidad profesional que conlleva el periodismo justificaría que el Estado regule su ejercicio, a fin de evitar la irresponsabilidad y prevenir posibles vulneraciones a derechos fundamentales (párr. 36).

El 17 de junio de 2009, el Supremo Tribunal Federal de Brasil resolvió que la exigencia del diploma de periodismo y el registro profesional ante el Estado era inconstitucional como condición para el ejercicio de la profesión de periodista. De manera expresa el Tribunal incorporó el artículo 13 de la CADH y la doctrina relevante de los órganos supervisores del cumplimiento de dicho tratado al ordenamiento jurídico brasileño (Supremo Tribunal Federal de Brasil, 2009, Recurso extraordinario 511.961).

En su razonamiento, el Tribunal consideró que la norma que trabó la litis estaba en flagrante contradicción con la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la doctrina de la CIDH. También expresó que la facultad constitucional del poder Legislativo de Brasil, para regular el ejercicio de determinadas profesiones, no implica una reserva legal absoluta y que debiera ceñirse a estándares adecuados de razonabilidad y proporcionalidad. El Tribunal, para llegar a esta conclusión, realizó el Test Tripartito del marco jurídico interamericano, que en la sección donde analizamos la restricción ilegítima a la libertad de expresión explicaremos. En cualquier caso, consideró que la restricción era desproporcionada en la medida en que constituía una restricción o censura previa al ejercicio de la libertad de expresión. Además de constituir un impedimento grave para el ejercicio efectivo de ese derecho humano, lo cual está expresamente prohibido por el artículo 220,1 de la Constitución brasileña (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2010, párr. 43).

Sobre el argumento de que profesiones como la abogacía y medicina sí requieren de titulación, el Tribunal Federal de Brasil dijo que, según lo cita la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su documento Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión (2009), el periodismo es la “propia manifestación y difusión de pensamiento e información, de forma continua, profesional y remunerada” (p. 97, párr. 42) por cuanto el periodismo y la libertad de expresión están imbricadas por su propia naturaleza y no puede ser consideradas o tratadas de forma separada.

Si bien en su razonamiento el Tribunal brasileño no analizó la jerarquía normativa de los estándares interamericanos, en la práctica concluyó que la interpretación que los órganos interamericanos hicieron del artículo 13 de la CADH era útil para guiar la interpretación de la norma constitucional interna (párr. 45).

## 4. Restricción a la libertad de expresión

### 4.1. Ilegitimidad de la restricción

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de la materia han considerado, respecto de varios de los derechos fundamentales, la posibilidad de ciertas limitaciones y restricciones. Este es el caso del derecho a la libertad de expresión, para el cual el mismo artículo 13 ha establecido presupuestos en los que se pueden aplicar restricciones legítimas y, de ese modo, también despeja el panorama y nos permite ver clara y taxativamente las que constituirían, en la práctica, restricciones ilegítimas y contrarias a la Convención y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De esa misma jurisprudencia de la Corte, se desprende la necesidad de realizar un Test tripartito<sup>8</sup> para verificar las condiciones que permitirían una restricción legítima al derecho a la libertad de expresión, en concordancia con el artículo 13.1 de la CADH. El test exige el cumplimiento de tres condiciones básicas para que la limitación sea admisible: a) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material; b) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; y c) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida, e idónea para lograr el objetivo.

En el caso de la titulación obligatoria:

- a. La limitación es clara y precisa, se desprende del artículo 42 de la LOC en concordancia con el 330 del COIP.
- b. La limitación no está orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; por el contrario, vulnera la interpretación que de la CADH hizo la Corte IDH en la *Opinión Consultiva 5/85* y que los Estados están obligados a respetar como lo señala la jurisprudencia a partir del *Caso Almonacid Arellano v. Chile*.
- c. La limitación no es necesaria -útil, razonable, oportuna- para alcanzar los fines que se buscan, en la *Opinión Consultiva 5/85* la Corte IDH reconoció que es legítimo a los gremios periodísticos buscar mejores condiciones para el ejercicio de su profesión, pero esa búsqueda no puede limitar el ejercicio de un derecho humano fundamental como la libertad de expresión. En ese sentido, la medida es desproporcionada, porque lesiona la libertad de expresión en su doble dimensión impidiendo que periodistas sin título realicen su actividad periodística necesaria en una sociedad democrática, y no es idónea, ya que no es conducente para obtener objetivos legítimos e imperiosos.

### 4.2. Sanción penal

La existencia de una Ley que establezca la titulación obligatoria de los periodistas, al estar expresamente en contra de un estándar desarrollado por la Corte IDH, constituye una restricción ilegítima al derecho a la libertad de expresión. En tal virtud, la existencia del artículo 42 de la LOC es aún más preocupante en la medida en que debe ser entendido en concordancia con el 330 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que tipifica del siguiente modo el delito de Ejercicio ilegal de la profesión:

---

<sup>8</sup> El test se describe a partir del párrafo 67, de la página 24, del Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, en donde se establece que fue construido a partir de los informes y sentencias del SIDH: La Colegiación Obligatoria de Periodistas, casos *Palamara Iribarne v. Chile*, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, *Tristán Donoso v. Panamá*, *Ricardo Canese v. Paraguay*, *Usón Ramírez v. Venezuela*, *Kimel v. Argentina*, entre otros.

Art. 330. Ejercicio ilegal de la profesión.- La persona que ejerza la profesión sin título, en aquellas actividades en las que la Ley exija título profesional, será sancionada con pena privativa de la libertad de seis meses a dos años (2014).

El hecho de que el ejercicio del periodismo, por parte de un periodista sin titulación, pueda implicar una condena en el ámbito penal y una privación de libertad, es sin duda el punto de quiebre de la discusión sobre la titulación, al constituir la sanción penal la consecuencia más severa que se puede utilizar frente a conductas supuestamente ilícitas (García Ramírez / Gonza / Ramos Vázquez, 2017, p. 56). De hecho, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha determinado que la medida penal -en amplio sentido: tipificación, punición, enjuiciamiento criminal, ejecución de la condena- constituye el último recurso de control de la conducta que tiene el Estado, cuando resulta razonable utilizarlo en función de las características de un hecho punible. Sin embargo, las restricciones a la libertad de expresión son taxativas y se desprenden del artículo 13 de la CADH, la cual no sanciona el ejercicio periodístico de una persona sin título de periodista, por el contrario, promueve su derecho a la libertad de pensamiento y expresión. De hecho, se podría pensar que el legislador ecuatoriano, persistiendo en el artículo 42, desacata sin ninguna contemplación la prohibición que tienen las autoridades de restricciones indirectas a la libertad de expresión.

La Corte IDH, en su jurisprudencia y de modo reiterativo, ha analizado el efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio que conllevan la sanción penal, y que a su vez impide el debate público sobre temas que interesan a la sociedad (2004: Caso Herrera Ulloa, párrs. 132 y 133). Esto, en virtud a que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita (2018: García Ramírez, S., Gonza, A., Ramos Vázquez, 2018, p. 59) En el célebre caso *Kimel v. Argentina* (2008), la Corte señaló que en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, pues lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado (párr.76).

Lamentablemente, el estándar respecto de que las sanciones no deberán ser de orden penal en cuanto a abusos del derecho a la libertad de expresión se encuentran en retroceso dentro de la jurisprudencia del SIDH, ya que en sentencia del caso *Mémoli v. Argentina* de 22 de agosto de 2013, al ponderar la libertad de expresión con el derecho al honor, la Corte IDH acepta una sanción penal en el contexto de un delito de opinión.

#### 4.3. Censura Previa

Siendo la posibilidad de una condena penal un generador de efectos disuasivos, por intimidantes, para el ejercicio del periodismo, es una restricción ilegítima e incluso podría, dependiendo de la verificación de los efectos, entrar en la categoría de censura previa, con la consecuente vulneración de las dos dimensiones de la libertad de expresión, la del periodista sin título a informar y el de sus destinatarios, la sociedad en general, que tiene el derecho a tomar conocimiento de hechos que podrían interesarles o afectarles. El hecho de que una persona no pueda publicar sus producciones periodísticas en los medios de comunicación regulados por la LOC, implica en esos términos un escenario de censura previa. El artículo 13 numeral 2 de la CADH expresa claramente que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las mismas que deben estar expresamente fijadas por la ley y que deben ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud y moral públicas.

Hay que considerar que la censura previa no sólo puede ser resultado de una acción directa. En ese sentido, la titulación obligatoria podría ser considerada como un “abuso de controles oficiales o particulares” encaminados a impedir la comunicación. En el numeral 3 de su artículo 13, la Convención prohíbe las restricciones derivadas de

[...] vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Es por eso que la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la CIDH, en su Principio 5, ha profundizado en el sentido de garantizar la libertad de expresión y lograr que su ejercicio no esté sujeto a restricciones por vías o medios indirectos:

La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

En ese sentido, el profesor Luis Huerta Guerrero piensa que el Estado debe respetar el derecho contemplado en el artículo 13 absteniéndose de “[...] realizar cualquier conducta dirigida a impedir la libre circulación de ideas e información” (2002, p.28).

## **5. Conclusión y recomendaciones: La incompatibilidad del artículo 42 de la LOC con la CADH**

Por todo lo analizado, es claro que el artículo 42 de la LOC, donde se prescribe la titulación obligatoria como requisito previo al ejercicio del periodismo, es inconstitucional, en cuanto vulnera el bloque de constitucionalidad, específicamente el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya interprete última, natural y legítima es la Corte IDH. En ese sentido, es claro además que el Estado ecuatoriano ha incumplido su obligación de adecuación normativa de la legislación interna a los estándares de derechos humanos que se emanan de la CADH.

La titulación obligatoria constituye una restricción ilegítima al derecho a la libertad de pensamiento y expresión garantizado por la Constitución del Ecuador en su artículo 18 y por el 13 de la CADH, situación que es aún más grave teniendo en cuenta la concordancia del artículo 42 de la LOC con el 330 del COIP, y que podría implicar un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio y un clima propio de censura previa, que no es justificable ni admisible a las luces de la configuración del derecho a la libertad de expresión y los estándares interamericanos, de acuerdo al bloque de constitucionalidad.

Por tanto, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de adecuar la Ley Orgánica de Comunicación a los referidos estándares, ya sea: (1) Por sentencia de la Corte Constitucional, declarando la inconstitucionalidad de dicha norma, en cuanto es contraria a estándares contenidos en el bloque de constitucionalidad. (2) Por reforma de la Ley tramitada en la Asamblea Nacional, de tal modo que se derogue el artículo 42 o se lo adecúe a los estándares sobre libertad de expresión eliminando la titulación obligatoria. Además, al tenor del principio de aplicación directa de los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos

humanos, se recomienda a los jueces y agentes del Estado con capacidad de adjudicante de responsabilidades o de determinar el alcance de los derechos, en base a su obligación de control difuso de la constitución, inhibirse de aplicar el artículo 42 de la LOC y la sanción penal que de su concordancia con el 330 del COIP podría derivar hasta que la Corte Constitucional o la Asamblea Nacional procedan a la adecuación de la legislación interna.

## Referencias bibliográficas

- Andrade, F. (s.f.) *La nueva Ley de Comunicación y su Aplicación para el Ejercicio Periodístico y el Derecho a la Libertad de Expresión en el Ecuador (Serie Investigación No. 6)*. Quito: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Jurisprudencia, PUCE.
- Aznar, H. (1997). *El debate sobre la profesionalización del Periodismo: de la titulación a la organización*. Valencia: Instituto de Sociología y Antropología de la Institución Valenciana d'Estudis i Investigació (Ivei).
- García Ramírez, S. / Gonza, A. / Ramos Vázquez, E. (2018). *La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de la Opinión Consultiva OC-5/85, a la sentencia sobre el Caso Carvajal y otros, de 2018*. Miami: Colección Chapultepec de la Sociedad Interamericana de Prensa.
- Huerta Guerrero, L. (2002). *Libertad de expresión y acceso a la información pública*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Kaye, D. (2018). *Observaciones Preliminares del Relator Especial de la ONU sobre libertad de expresión después de su visita en Ecuador, 5-11 de octubre 2018*. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23713&LangID=S>
- Kaye, D. / Lanza, E. (2019). *Comunicación Conjunta de los Procedimientos Especiales: Mandatos del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión en conjunto con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH*. Washington D.C.: Organización de Estados Americanos.
- Lanza, E. (2017). *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Washington D.C.: Organización de Estados Americanos.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2009). *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. Washington D.C.: ASDI/OEA.

## Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. Ecuador, 20 de octubre de 2008.
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial 180. Ecuador, 10 de febrero de 2014.
- (2013). *Ley Orgánica de Comunicación*. Registro Oficial 22. Ecuador, 23 de junio de 2013.

## Convenios y declaraciones internacionales

- Asamblea General OEA (1948). *Carta de la OEA*. Adoptada el 30 de abril de 1948 en Bogotá.
- (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptada el 22 de noviembre de 1969 en San José.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos OEA (2000). *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*. Adoptada el 20 de octubre del 2000.

### **Sentencias**

Corte IDH (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

— (2008). *Caso Kimel v. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008.

— (2013). *Caso Mémoli v. Argentina*. Sentencia de 22 de agosto de 2013.

Corte Constitucional (2009) Resolución 1-A, Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de junio de 2009.

— (2009) Resolución 8, Registro Oficial Suplemento 97 de 29 de diciembre de 2009.

— (2014) Sentencia 003.14.SIN de 17 de septiembre de 2014

— (2018). 184-18-SEP-CC (Caso Satya). Sentencia de 29 de mayo de 2018.

### **Opiniones consultivas**

Corte IDH (1985). *Opinión Consultiva 85/5 o Colegiación Obligatoria de Periodistas*. 13 de noviembre de 1985.

— (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del mismo sexo*. 24 de noviembre de 2017.

# Iuris Dictio.

*Entrevistas*

N° 23, JUNIO 2019

E-ISSN 2528-7834

Entrevistas.

USFQ



Entrevista a Ariel E. Dulitzky<sup>1</sup>  
Estándares del derecho a la libertad de expresión en el Sistema  
Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

Interview with Ariel E. Dulitzky  
Standards of the right to freedom of expression in the  
Inter-American Human Rights System (IAHRS)

MARÍA GABRIELA ANDRADE POVEDA<sup>2</sup>  
Universidad San Francisco de Quito (Ecuador)

**Resumen**

Entrevista realizada en la ciudad de Quito, Ecuador, el 22 de junio de 2018 a Ariel E. Dulitzky, experto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En esta entrevista se abordan cuestiones relativas a los estándares sobre el derecho a la libertad de expresión en el SIDH. De esta manera, se intenta explicar cómo se ha venido aplicando este derecho, las problemáticas existentes y la protección que le han dado los instrumentos internacionales y organismos relacionados a tratados. Asimismo, de manera general, se reflexiona sobre los efectos que tiene la limitación de este derecho tanto en el ámbito internacional como en el derecho interno, la relación que tiene con los principios democráticos, así como los desafíos y obstáculos a los que se enfrenta la libertad de expresión en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA).

**Palabras clave**

Libertad de expresión, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Estándares, Aplicación, Protección, Limitación, Democracia, Desafíos.

**Abstract**

Interview held in the city of Quito on June 22, 2018 with Ariel E. Dulitzky, leading expert in the Inter-American Human Rights System (IAHRS). This interview addresses issues related to standards of the right to freedom of expression in the IAHRS. It explains how this right has been applied, the existing problems, and the protection given to it by international instruments and treaty bodies. Likewise, in a general way, it reflects upon the effects of limiting this right both in the international sphere and in domestic law, the relationship it has with democratic principles, as well as the challenges and obstacles faced by the freedom of expression within the framework of the OAS.

<sup>1</sup> Ariel Dulitzky se graduó con honores de la Escuela de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y recibió su Maestría en Derecho de la Facultad de Derecho de Harvard en 1999. Es profesor de Derecho, Director de la Clínica de Derechos Humanos, y Director de la Iniciativa Latinoamericana de la Universidad de Texas. Es experto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En el 2010 fue asignado al Grupo de Trabajo de desapariciones forzadas e involuntarias de las Naciones Unidas y elegido Presidente-Relator del mismo en el 2013. Fue Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Dulitzky recibió en el 2007 el Premio Gary Bellow al Servicio Público de parte de la Facultad de Derecho de Harvard por su trayectoria en derechos humanos.

<sup>2</sup> Estudiante del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ con subespecialidad en Derecho Penal y Derechos Humanos. mgap158@hotmail.com



### **Keywords**

Freedom of Expression, Inter-American Human Rights System, Standards, Application, Protection, Limitation, Democracy, Challenges.

*María Gabriela Andrade (M.G.A.) Como experto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos [en adelante, SIDH], ¿cuánta importancia le ha dado el Sistema al derecho a la libertad de expresión? ¿Cuáles son los principales instrumentos interamericanos que protegen este derecho?*

*Ariel Dulitzky (A.D.)* El SIDH ha pasado por distintas etapas y en todas ellas siempre el tema de la libertad de expresión ha sido un tema central como elemento esencial para la democracia y para la defensa de los derechos humanos. En los setenta y ochenta, durante la época de las dictaduras y guerras civiles, el énfasis estaba puesto fundamentalmente en la crítica a la censura, en los ataques a los medios de comunicación y a periodistas... Luego, en los noventa, ya con la creación de la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión, toma un nuevo énfasis el tema, primero para reconstruir las sociedades democráticas y después para consolidar y profundizar la democracia. El principal instrumento que existe es la Convención Americana de Derechos Humanos [en adelante, CADH], el Art. 13 y el 14 son los fundamentales; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre también es muy importante para los países que no han ratificado la CADH; y luego alguno de los instrumentos posteriores, que si bien no hablan específicamente de la libertad de expresión, sí tocan aspectos particulares. Por ejemplo, la Convención Interamericana de personas con discapacidad, hace referencias; la Convención Interamericana sobre desaparición Forzada de Personas habla de ciertos aspectos de acceso a la información que es uno de los componentes de la libertad de expresión, pero el elemento central es el Art. 13 de la CADH. En cuanto al desarrollo de estándares de Libertad de Expresión estos están en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión que adoptó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [en adelante, CIDH] hace 15 años, un poco más quizás.

*M.G.A. ¿Por qué la CIDH ha creado una relatoría de carácter especial para la libertad de expresión? ¿Podrían los informes realizados por esta relatoría especial constituir prejuzgamiento?*

*A.D.* En el momento en que se crea la Relatoría Especial hay una decisión de la CIDH en poner más énfasis en la libertad de expresión. También hay una declaración de la Cumbre de las Américas, en la que están reunidos los presidentes de todos los países del continente americano, y se hace referencia específica a la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión, de modo que es una creación de la CIDH con un respaldo presidencial. Esto fue muy importante porque le dio una fortaleza adicional a la Relatoría Especial.

Personalmente, yo tengo mis dudas sobre el porqué se creo una Relatoría Especial y no una relatoría como el resto de temáticas que están a cargo de comisionados en vez de depender de una persona especial. Ahora tenemos una Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, de modo que hay dos Relatorías Especiales dentro de la CIDH. Yo creo que la CIDH nunca explicó suficientemente por qué el tema de la Libertad de Expresión requería una Relatoría Especial, y en cambio otros temas tan centrales e importantes en nuestra región fueron desechados y por tanto se vio que no ameritaban de una Relatoría Especial. Esto ha abierto un flanco que varios países han atacado, precisamente por lo que han llamado una sobredimensión del tema de la Libertad de Expresión. Además,

al ser una Relatoría Especial necesita financiamiento adicional, y este financiamiento viene particularmente de un Estado, con lo cual también se han creado ciertos problemas de percepción de su independencia e imparcialidad.

Ahora, sobre los informes de la Relatoría yo no creo que haya prejujuamiento en ellos porque no hablan sobre casos puntuales sino sobre situaciones generales; la CIDH también hace informes sobre países e informes temáticos. De modo que para mí no hay un prejujuamiento. Aunque sí, creo que la Relatoría tiene que tener mucho cuidado de cuando se refiere a casos individuales para que no parezca que está haciendo un prejujuamiento, una predeterminación de un eventual caso que pudiese llegar a la CIDH.

*M.G.A. ¿Podría decirnos si el derecho a la libertad de expresión tiene carácter absoluto? De no ser así, ¿en qué se basan los Órganos de protección de derechos humanos para determinar si el derecho ha sido restringido o suspendido de manera apropiada?*

*A.D.* El derecho a la libertad de expresión no es absoluto y puede ser restringido. Por ejemplo, pueden establecerse responsabilidades ulteriores y puede ser limitado en cuanto a la suspensión, que debe ser temporal, en Estado de emergencia. Yo me voy a concentrar más en el tema de las limitaciones permisibles que están establecidas particularmente en el Art. 13 de la CADH (inciso 2 y siguientes), pues este es el instrumento principal para regular cuándo es permisible o no una limitación, una restricción al derecho a la Libertad de Expresión.

Por un lado, hay una prohibición absoluta de que haya censura previa: esto no es permitido en el SIDH. Por otro lado, sí se pueden establecer responsabilidades ulteriores. Estas tienen que estar establecidas por ley, lo cual no significa que el derecho se limita por cualquier norma jurídica sino una ley adoptada formalmente por el congreso del poder legislativo, que debe perseguir un fin legítimo (que son algunos de los fines establecidos en el Art. 13: protección a los derechos de los terceros, protección del orden público, la moral pública, la seguridad nacional...), ser necesaria en una sociedad democrática y aplicar un estándar de proporcionalidad entre la limitación al derecho y el fin perseguido. Estos cuatro son los elementos centrales que permiten la limitación de la libertad de expresión.

*M.G.A. Como consultor para la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ¿cuál es el efecto útil de la existencia de estándares interamericanos sobre el derecho a la libertad de expresión? ¿Se podría decir que existe una diferencia entre los estándares interamericanos y los estándares europeos en materia de libertad de expresión?*

*A.D.* Sí, yo creo que sí hay estándares interamericanos que se han desarrollado en nuestro contexto que han sido particularmente importantes. Por un lado, están aquellos que todavía están evolucionando. Por otro están aquellos que tienen ya efecto útil. Por ejemplo, la CIDH a partir de un caso en una solución amistosa en el que se le pidió un estudio esquemático a la Comisión sobre el desacato. En dicho estudio se estableció que el desacato es contrario a la CADH. A partir de esta crítica de las leyes de desacato, que estaban presentes en varios países de América Latina, se reformaron los códigos penales de casi todas las naciones de la región para eliminar esta figura.

Otro estándar que ha demostrado mucha utilidad es el de tratar de disminuir el uso del derecho penal para sancionar violaciones cometidas a través de la libertad de expresión, estableciendo más sanciones civiles antes que aquellas penales. Así se ha podido reducir, por

ejemplo, la criminalización de la difamación, la injuria, la calumnia, o cuestiones similares. Esto está basado fundamentalmente en la jurisprudencia interamericana.

Otro ejemplo en el que se ha tenido un efecto útil, en realidad increíble, en materia de censura previa viene del caso *La Última Tentación de Cristo*, en el que la sentencia de la Corte Interamericana ordena al Estado chileno reformar su Constitución. Chile reforma la Constitución, la norma más alta de un país, con base a la jurisprudencia y a una orden de la Corte.

Otro caso donde ha existido un impacto, ha sido en la obligación de investigar la violencia y los asesinatos contra periodistas en la región. Lamentablemente, todavía tenemos muchos problemas en este sentido. Aquí en Ecuador el caso de los 3 periodistas asesinados hace algunos meses es la muestra de que todavía tenemos mucho trabajo que hacer en esta área. México es uno de los países más peligrosos para el ejercicio del periodismo no solo de nuestra región sino en el mundo. Hay que prestar atención a los lugares donde hay conflictos de guerra. De modo que en este particular, en la investigación de esta violencia, todavía no hemos tenido éxito.

Ha habido mucho éxito e impacto, en cambio, en el empuje que ha dado el SIDH en temas de acceso a la información, pues prácticamente todos los países han adoptado leyes para facilitar el acceso a esta. Esto no significa que haya absoluta transparencia y facilidad, pero sí se ha empezado a adoptar legislación en base a la jurisprudencia y a los estándares interamericanos.

Estos son algunos ejemplos de los estándares regionales.

*M.G.A. El Art. 13.2 de la CADH establece una prohibición absoluta a la censura previa. En consecuencia, se puede apreciar que la misma CADH distingue entre la censura previa y las responsabilidades ulteriores. ¿Podría explicarnos en qué consiste esta diferenciación?*

*A.D.* La censura previa es básicamente el acto que impide la circulación de las ideas y de la información. Por ejemplo, si hay una película determinada de la que no se permite que circule; si hablamos de un periódico, no se posibilita su circulación o la circulación de una noticia específica; si se trata de un libro se incauta el libro y no se permite que sea difundido, por lo que no es exclusivamente cuando se impide la publicación de este. La censura previa, en suma, está absolutamente prohibida.

Las responsabilidades ulteriores ocurren si una persona publica algún material y luego, por ello, se le imponen las sanciones civiles o penales; idealmente, son solo civiles, porque se ha traspasado alguno de los límites permisibles de la libertad de expresión que hablábamos en una de las preguntas anteriores: atacar a derechos de terceros, afectar a la seguridad pública o a la moral pública. Entonces, sí se podrían imponer ciertas sanciones.

*M.G.A. De acuerdo a su experiencia, ¿cuáles son las consecuencias de la censura directa, de la censura indirecta y de la autocensura?*

*A.D.* Son diferentes consecuencias. Una censura directa consiste, por ejemplo, en incautar un libro. La censura indirecta podría ser que no se incaute el libro, pero se impida su venta en quioscos o en librerías. O bien que no se permita que las librerías públicas tengan dicho libro; esta última podría ser una forma de censura directa e indirecta al mismo tiempo.

La censura indirecta ocurre cuando debido a las represiones físicas, amenazas de que se va a enjuiciar, ataques físicos o intimidatorios, se logra que, por ejemplo, los periodistas (o

quien quiera que esté ejerciendo la libertad de expresión) opten por no dar la información, por no expresar sus ideas, por no investigar sobre ciertos temas. Esta censura indirecta provoca lo que se llama el *chilling effect*: el temor que se tiene por las consecuencias graves que puede devenir del ejercicio de la libertad de expresión, que hace que se prefiera limitar o no ejercer este derecho.

*M.G.A. ¿Cuál piensa usted que es el objetivo u objetivos de someter a censura previa por ley, a los espectáculos públicos?*

*A.D.* La CADH permite que se regulen los espectáculos públicos, pero no permite su censura. Según la CADH se posibilita la regulación, específicamente para proteger los derechos de la niñez y de la infancia. Dicha regulación solo ocurre en espectáculos públicos y no en otros aspectos de la libertad de expresión como son la publicación de libros u otras cuestiones similares.

*M.G.A. ¿Cuál considera que es el efecto útil de prohibir toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio?*

*A.D.* Para mí esto es interesante porque es una restricción específica que la CADH ha impuesto de modo mucho más claro y estricto, lo cual la diferencia del sistema europeo. La importancia y utilidad para mí consisten en, obviamente, evitar la guerra, la violencia de odio, la violencia racial. De modo que son factores cruciales para proteger un orden social no violento; y en el caso particular, la incitación a la violencia racial que otorga protección a grupos que tradicionalmente han sido víctimas de violencia por razones estructurales de discriminación. De hecho, muchos consideran que la incitación a la violencia o al odio no se consideran libertad de expresión. Es directamente violencia y por eso no estaría cubierta. En el caso de la CADH se puede decir que existe una restricción permisible establecida por la propia CADH.

*M.G.A. En relación a la obligación del Art. 1 de la CADH, ¿usted cree que si se sigue criminalizando la expresión a través de leyes que silencian la crítica se está violando el compromiso de los Estados partes a respetar y garantizar los derechos? ¿Es una medida proporcional el que se establezcan sanciones penales y civiles?*

*A.D.* Esta es otra contribución devenida de la atención que le ha dado el Sistema Interamericano a lo que se llama la criminalización de la protesta social. Ahí hay varios aspectos. Por ejemplo, el tema de libertad de expresión, aunque central no es exclusivo pues también aparece el tema del debido proceso a través de las detenciones arbitrarias... Entonces cuando hay criminalización de la protesta social el derecho a la libertad de asociación y libertad de asamblea son concurrentes.

El tema de la criminalización a través de legislación es problemático. Habría que ver cada situación concreta, cada legislación puntual, qué es lo que se está sancionando y qué es lo que se está sancionando penalmente. Por lo pronto la tendencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Sistema de Derechos Humanos, en general, es limitar al máximo posible el uso del poder punitivo del Estado. De modo que la sanción penal por el ejercicio legítimo de ciertos derechos no debería ser la herramienta que se use sea para reprimir directamente o que, lo que hablábamos antes, desate un efecto intimidatorio, el *chilling effect*,

una autocensura que se podría motivar. De esta forma, tendríamos que ver cada legislación, cada situación particular y qué es lo que se está sancionando, pero en principio habría que apartarse del uso del derecho penal.

*M.G.A. Seguramente usted debe tener conocimiento sobre el caso en Estados Unidos (EEUU), en el que un panadero en el estado de Colorado se negó a hacer un pastel de bodas para una pareja gay... El tribunal estatal de Colorado determinó que la decisión del panadero era una discriminación ilegal. Sin embargo, la Corte Suprema de EEUU falló a favor del panadero resolviendo que la decisión del tribunal estatal de Colorado había violado sus derechos. En consecuencia, ciertos grupos colectivos como el LGBTI temen que fallos como este sienten un precedente que abra la puerta a que se trate de diferente manera a los matrimonios homosexuales respecto a las uniones heterosexuales. ¿Qué opina usted sobre la utilización de la religión para justificar las discriminaciones a lo largo de la historia? ¿Cómo debería realizarse el balance entre el derecho a la libertad de creencia religiosa, por un lado, y la aplicación de leyes estatales que prohíben a las empresas discriminar, por otro?*

A.D. En el caso del panadero de Estados Unidos, la Corte Suprema no resolvió el tema de fondo. La Corte Suprema no se pronunció si entre el supuesto balance entre el derecho a la igualdad de parejas homosexuales y el derecho a la libertad de expresión o libertad religiosa del panadero. La Corte resolvió el caso por una cuestión procesal, que es que la Comisión de Igualdad Antidiscriminación del Estado de Colorado había prejuzgado y no había sido imparcial en la resolución de este caso. Por tanto, resolvió sobre un aspecto procesal y evitó pronunciarse sobre el fondo.

Por ello yo no quisiera extenderme más allá de lo que dijo la Corte Suprema en este caso, de cómo resolvería si tiene que solucionar el conflicto de fondo. Sí lo ha hecho en un caso previo, donde le ha reconocido la libertad religiosa a una empresa, básicamente para que esta, por motivos religiosos, no tenga que incluir en su plan de salud para sus empleados métodos anticonceptivos. Ahí sí le ha reconocido un derecho a la libertad religiosa a las empresas y eso es muy complicado porque afecta a los derechos sexuales y reproductivos, fundamentalmente de las mujeres trabajadoras.

En cuanto al aspecto religioso en el Sistema Interamericano todavía, salvo en el caso de *La Última tentación de Cristo* y algunos pocos casos más, no ha habido un desarrollo profundo sobre el balance entre libertad religiosa y libertad de expresión. En la Corte Europea sí ha existido un mayor análisis, dado que se utiliza el “margen de apreciación” que no es un concepto que se use en el Sistema Interamericano. Cuando hay una tensión entre cuestiones religiosas y cuestiones de libertad de expresión la Corte ha dado mayor margen de apreciación a los estados para decidir cómo regulan y cómo resuelven esta tensión. El caso *La Última Tentación de Cristo* básicamente versaba sobre una cuestión que supuestamente afectaba a una religión. La Corte falló a favor de la libertad de expresión y no de la religión. Si hay conflictos más puntuales como el tipo de ejemplos que tú mencionabas, ahí yo no sé cómo se resolvería hoy en día en el Sistema Interamericano, pues la Corte ha tenido ciertos vaivenes en su jurisprudencia en materia de libertad de expresión. Sería difícil poder predecir el avance que ha tenido en los últimos años en algunos de los casos de derechos sexuales y reproductivos, de identidad de género y de otras cuestiones así. Aparentemente estos marcan una línea jurisprudencial de la Corte en la expansión de estos derechos, a pesar de que en casi todos los países la reacción contra la expansión de estos ha venido de sectores religiosos más que de otros sectores. Pareciera que la Corte avanza en esa dirección, pero habría que ver en casos concretos cómo lo resuelven.

En la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha hablado tanto de la religión. No se ha tenido que hablar de ello o no se han tenido muchas oportunidades para hacerlo. Sí lo ha hecho a veces, pues se ha hablado de religión, de creencias religiosas y culturales en el contexto de pueblos indígenas, pero no ha habido casos como objeción de conciencia de un médico que no quiere hacer un aborto por su religión o no ha tenido que resolver, hasta el día de hoy, un caso en el que, por ejemplo, un Testigo de Jehová se resista a que se le haga una transfusión de sangre a su hijo. Tampoco ha tenido que resolver un caso como el del panadero en Colorado.

Entonces este tipo de casos todavía no han tenido un pronunciamiento del Sistema Interamericano. Viendo la Jurisprudencia en otras áreas, aparentemente se haría prevalecer el derecho más sustantivo: a la igualdad, a la privacidad o lo que fuera. Pero como no ha habido esta confrontación directa es difícil especular al respecto.

*M.G.A. Según su criterio, ¿usted cree que la libertad de expresión es un derecho central en una sociedad democrática? De alguna manera, ¿las dimensiones de este derecho se encuentran relacionadas a los principios democráticos?*

*A.D.* Sí. No hay posibilidad de que haya democracia si no hay libertad de expresión. Cuanta más libertad de expresión exista más democracia va a haber. Creo también que la concepción de muchas personas, presente en los inicios de la teoría de la libertad expresión e incluso en la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión, basados conceptualmente en la idea del libre intercambio de ideas en el mercado, es una concepción muy importante y central en cuanto a la creación de mayores espacios de información para el ejercicio de los derechos democráticos, al énfasis en la protección del discurso político, al deseo de la protección de quienes critican a funcionarios públicos para que no sean sancionados por desacato, al énfasis en el acceso a la información. Todos estos postulados son pilares esenciales para construir sociedades más democráticas y para tener una mayor posibilidad de participación política, de debate político, de elecciones más justas y libres y de mayor control sobre las autoridades públicas. Entonces en este sentido sí... la libertad de expresión es importante y un pilar central.

Creo también que el Sistema Interamericano ha comenzado a hablar, pero no lo ha hecho suficientemente, en torno a otros aspectos; por ejemplo, el acceso a los medios de comunicación, el ejercicio igualitario de la libertad de expresión, la exclusión de sectores tradicionalmente marginalizados de acceso a los medios de comunicación, el acceso o las posibilidades del ejercicio a la libertad de expresión en diferentes lenguas... Todos estos aspectos se han mencionado de manera marginal y no se ha hecho suficiente énfasis, por ejemplo, en la relación entre pobreza y ejercicio a la libertad de expresión, es decir quién puede y quién no puede ejercer efectivamente su derecho a la libertad de expresión. No se ha avanzado suficientemente en la clarificación del uso de internet, de las redes sociales, como fuentes de ampliación del ejercicio de la libertad de expresión, pero también como fuente de difusión mucho más fácil de discursos racistas, discursos de odio, generaciones de polarizaciones y tensiones sociales. Entonces, creo que todavía hay mucho espacio de desarrollo de elementos centrales que hemos estado viendo en la última década o, si se quiere, que el Sistema Interamericano todavía no ha tratado suficientemente. El SIDH ha dicho ciertas cosas, pero no todo lo que sería necesario.

*M.G.A. Desde su punto de vista, ¿por qué el derecho a la libertad de expresión de los funcionarios o figuras públicas se encuentra menos protegido que el de un ciudadano común?*

*A.D.* Yo no creo que sea menos protegido el derecho de un funcionario público o una figura pública. Lo que se encuentra limitado en su caso es la protección a la crítica; es decir, el funcionario público o la figura pública están más abiertos a ella por su carácter público. Por ello, el nivel de protección de su vida privada es más limitado. Pero en libertad de expresión yo diría que si hay alguna limitación es por el efecto de censura o autocensura indirecta que puedan tener las frases de un funcionario público y en ese sentido no sé si está más limitado, pero sí hay un llamado a una mayor responsabilidad por el impacto que tiene una declaración pública.

Si un presidente en ejercicio de su libertad de expresión dijese: “todas las organizaciones de Derechos Humanos defienden a terroristas, y al defender terroristas son terroristas” esto podría abrir la puerta a que las fuerzas de seguridad empezaran a reprimir a las organizaciones de Derechos Humanos.

En esta misma línea, si el presidente de la República dijese: “los periodistas son mentirosos y voy a demandar a todos los periodistas que publiquen algo sobre mí” eso puede tener un efecto indirecto de intimidación a los periodistas, llamado a la violencia contra los periodistas y a la autocensura. Entonces, ahí sí, por el efecto de ciertas expresiones de altos funcionarios, su libertad de expresión debe ser ejercida con una cierta responsabilidad, la cual va a ser analizada de una manera diferente que si un ciudadano privado dice lo mismo.

De manera muy interesante, por ejemplo, hoy se está litigando en los Estados Unidos si el presidente Trump puede bloquear o no a usuarios en Twitter. Si yo tengo mi cuenta de Twitter yo puedo bloquear a quien quiera y si, por ejemplo, no me gustase lo que tú dices yo te puedo bloquear para que no puedas ver mis tweets. Dado que el presidente de los Estados Unidos hace y difunde mucha de su política pública a través de Twitter, al bloquear a la gente, limita el acceso a la información pública de muchos ciudadanos y limita la crítica. Ahí sí habría limitaciones que podrían estar justificadas para que esta figura pública no pueda decir o hacer determinadas acciones.

*M.G.A.* En esta misma línea, ¿por qué cree que es importante que la ciudadanía tenga acceso efectivo a la información de carácter público?

*A.D.* Porque es esencial. Primero, para poder ejercer una ciudadanía responsable. Si yo tengo que elegir a mis gobernantes necesito saber qué es lo que hacen o qué es lo que no hacen, cómo usan mis fondos públicos, qué factores utilizan para tomar decisiones. Entonces en ese sentido, como elemento para ejercer la ciudadanía, resulta muy importante. Segundo, porque el acceso a la información pública es una forma de control y rendición de cuentas. Yo como ciudadano necesito tener información para poder ejercer el control adecuado sobre cómo opera el Estado, por lo que el acceso a la información pública es esencial para el combate a la corrupción. Pero también el acceso a la información pública en temas de derechos humanos es muy importante para obtener justicia: por ejemplo, en el caso de una masacre, un homicidio, una ejecución extrajudicial, una desaparición forzada. Acceder a la información pública permite esclarecer los hechos, establecer qué ha sucedido, delimitar quiénes fueron los responsables, entender cuáles fueron las estructuras de poder, las estructuras de las fuerzas de seguridad, cómo operaban y qué tipo de planes tenían. En este sentido, el acceso a la información pública sirve también como forma de tutela de otros derechos.

Más importante aún puede ser el acceso en el caso de derechos económicos, sociales y culturales. Yo como ciudadano necesito acceder a la información pública para saber si, efectivamente, el Estado está utilizando los recursos a su máxima disponibilidad, por ejemplo,

para desarrollar planes de salud, atención médica o educación; o si está utilizándolos de manera discriminatoria con fines políticos, con el plan de favorecer a un grupo racial en contra de otro grupo o para favorecer al área urbana en lugar del área rural. Así, este acceso a la información pública es también una forma de protección de los propios derechos.

*M.G.A. Tomando en cuenta fenómenos como la pobreza, la marginación y la discriminación, ¿qué medidas considera usted que debería adoptar un Estado democrático para que todas las personas puedan acceder al debate comunicativo, a fin de que en el mercado de las ideas exista pluralidad de opiniones?*

*A.D.* Hay múltiples medidas. En primer lugar, uno de los elementos que se constatan es que la libertad de expresión, como casi todos los otros derechos, no es un derecho que contenga un deber de abstención por parte del Estado (es decir que no censure, no criminalice, no sancione desproporcionadamente) sino que requiere acciones positivas del Estado. Entonces, ¿cuáles son las acciones positivas del Estado? Para mí no existen recetas universales, lo que se tiene que ver es el contexto particular y analizar cuáles son los factores reales que, por ejemplo, impiden que sectores viviendo en situación de pobreza o sectores tradicionalmente marginalizados no puedan acceder a los medios de comunicación, a ciertos canales de información o al internet, por lo cual tienen limitado también el acceso a una mayor diversidad de medios. Si en ciertas áreas solo llegan los canales de aire, pero no los canales de cable; o si en ciertas áreas existe un monopolio de medios de comunicación, no hay una diversidad de medios. Todo esto es constituye un aspecto que implica analizar el acceso en los lugares donde viven estos grupos sociales y qué tipos de dificultades tienen al respecto.

Pero para mí también hay una segunda cuestión muy importante y es cómo estos sectores viviendo en situación de pobreza, de discriminación o de marginalización son representados por los medios de comunicación. Si nosotros vemos que se pone el énfasis para hacer estereotipos negativos, por ejemplo, en la difusión de las noticias, existe un problema. Por poner un caso, cuando se difunden las noticias de una persona negra de modo uniforme y, por ejemplo, se dice “una persona negra mató a otra persona”, o “Juan Pérez, afroecuatoriano, mató a tres personas”; y en contraposición si es una persona blanca o mestiza jamás se dice “Juan Pérez, blanco, mató a tres personas”. Lo mismo ocurre cuando en las telenovelas se hace que siempre, por decir, la persona afrodescendiente sea quien es la empleada doméstica o el jardinero, pero nunca un abogado o el protagonista, o el mozo de una telenovela, entonces los medios de comunicación también están recreando estereotipos negativos sobre ciertos sectores de la población.

Asimismo, cuando se representa la cultura de estos grupos tradicionalmente discriminados como algo folclórico, pero no como parte integral de la identidad nacional. Entonces, en esto también se articula una forma de decir “ok, ustedes aquí están en esto e integran el folclore, pero no son parte de nuestra propia identidad como país”. También es importante ver quién difunde las noticias y qué tipo de noticias se difunden. Si yo presento, por ejemplo, en los noticieros argentinos a personas que son todas rubias, de ojos celestes o muy blancas de tez (mucho más clara que con el resto de la población) entonces, hay problemas. Después está qué tipos de noticias se difunden. A menudo se presentan noticias en los barrios marginados mostrando la situación de violencia que existe, pero nunca se presenta, por ejemplo, cómo hay muchos mayores lazos de solidaridad, de ayuda, de apoyo mutuo en estos barrios, que probablemente en un barrio de personas ricas no ocurre. Aquí también se articulan estereotipos negativos.

Todo esto nos muestra que hay un rol que el Estado tiene que trabajar con los medios de comunicación. El Estado no debe ser el que imponga un mensaje de cómo estos tienen funcionar, pero sí que tiene que crear incentivos para que haya mayor diversidad y para atacar todos estos problemas.

*M.G.A. Como experto en desapariciones forzadas e involuntarias, así como en temas de discriminación, ¿qué opina sobre la constante situación de vulnerabilidad a la que se enfrentan comunicadores y periodistas en el ejercicio de sus funciones?*

*A.D.* Eso es un problema, es la manifestación más clara. Hay muchísimo trabajo que hacer todavía en materia de libertad de expresión.

*M.G.A. Actualmente, ¿cuáles considera que son los mayores desafíos u obstáculos a los que se enfrenta la libertad de expresión en el marco de la OEA?*

*A.D.* Creo que todos los temas que hemos venido hablando hasta ahora. Desde violencia contra los periodistas, acceso igualitario a los medios de comunicación de sectores tradicionalmente excluidos, el uso del poder punitivo en contra de la protesta social, sanciones no proporcionadas por el ejercicio de la libertad de expresión, discursos tensionantes que crean divisiones sociales y polarizan las sociedades, e incluso un entendimiento claro del funcionamiento del internet y los medios de comunicación social en este (que me parece que todavía no existe). Hay muchísimos desafíos en el marco de la OEA.

# Iuris Dictio.

Nº 23, JUNIO 2019

E-ISSN 2528-7834

*Reseñas*

Re-  
señas.





## ¿Control Administrativo de la Jurisdicción? Régimen disciplinario del juez burócrata español y ecuatoriano.

MILTON VELÁSQUEZ DÍAZ (2018).

Universidad de Especialidades Espíritu Santo: Ecuador

ANDRÉS CERVANTES VALAREZO<sup>1</sup>  
Universitat Pompeu Fabra (España)

La obra que inspira la breve reflexión contenida en estas páginas aborda una cuestión de suma importancia para la efectiva vigencia del Estado de Derecho en nuestra nación, el Ecuador. Se trata de una discusión que tomó fuerza tras la Segunda Guerra Mundial y que mantiene todo su vigor sin importar el discurrir del tiempo: ¿cómo garantizar la independencia de los jueces? Esta es la pregunta que guía el riguroso trabajo académico de Milton Velásquez Díaz frente a la práctica del Consejo de la Judicatura ecuatoriano (en adelante CJ), consistente en ejercer la función disciplinaria de los jueces, en muchas ocasiones, por infracciones vinculadas a su función jurisdiccional, como es el error inexcusable.

La investigación en comento tiene el valor agregado de ser un auténtico ejercicio de derecho comparado entre el ordenamiento jurídico español y el ecuatoriano. Coincido plenamente con el autor en que el trabajo comparativo, lejos de ser arbitrario, encuentra justificación plena en los lazos históricos y culturales de España con Ecuador; y, especialmente en que ambos ordenamientos comparten rasgos específicos: ambos siguen el modelo del “juez burócrata”, los dos tienen Consejos Judiciales que vigilan la disciplina de los jueces —el Consejo de la Judicatura y el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), respectivamente y, además, comparten infracciones disciplinarias que potencialmente inciden negativamente en la independencia jurisdiccional de los jueces (en España, por ejemplo, la ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales o la absoluta y manifiesta falta de motivación).

Sentadas las bases para un ejercicio comparativo viable y serio, podría decirse que el objeto principal del mismo es demostrar las diferencias sustanciales de la práctica de la disciplina judicial en uno y otro Estado para reconciliar el principio de independencia judicial con el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Cabría mencionar también que en la elección de los ordenamientos jurídicos a ser contrastados tuvo incidencia el hecho de que la investigación fuere desarrollada en la Universitat Pompeu Fabra, que concedió —por intermedio de un excelentísimo tribunal académico que superó, por mucho, el análisis que en estas breves anotaciones pretendo efectuar— el grado de Doctor en Derecho a Milton Velásquez Díaz.

A lo dicho anteriormente habría que explicitar, por honestidad intelectual, que disfruto de la amistad del autor, forjada durante nuestros estudios doctorales en la misma casa de conocimiento. Aquello, lejos de hacer más sencilla la tarea que me corresponde, me supone la obligación de ser especialmente detallista y crítico en el análisis de la obra.

<sup>1</sup> 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

Para empezar, la investigación se compone de cuatro capítulos (I: la justicia: función, poder y organización. II: atributos del juez burócrata. III: hacia el derecho disciplinario judicial. IV: los regímenes disciplinarios en estudio; y, V: ¿control administrativo sobre actividad jurisdiccional?), acompañados de una introducción y de un apartado que recoge las conclusiones y reflexiones finales del autor. En aras de explicar en orden lógico los argumentos sobre los que se construye la tesis defendida por Velásquez Díaz, la recensión seguirá una estructura similar a la prevista en la obra. Por tanto, comentaré cada capítulo de forma individualizada para, posteriormente, presentar una valoración general de la obra acompañada de un análisis crítico de la misma.

El capítulo I tiene carácter introductorio y resulta imprescindible para lectores no especializados en la materia, pues contiene interesantes apuntes históricos, políticos y reflexiones de derecho comparado que ayudan a situar el panorama en el que se desarrolla el problema. El autor inicia estableciendo que la tutela judicial efectiva consiste en un derecho subjetivo de carácter prestacional que, al mismo tiempo, se erige como un servicio público donde la figura central es el juez.

Como resulta evidente, la concepción de la administración de justicia que tenemos hoy dista por mucho de la prevista en el Estado absolutista en la que aquella era una “potestad del monarca delegada a una serie de sus agentes: los jueces” (p. 11). La profunda transformación de esta idea pasa por la Revolución francesa y la consolidación del principio de separación de poderes propugnada por la Carta de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Sin embargo, siguió existiendo una dependencia de los jueces, ya no al monarca sino del Poder Ejecutivo (p. 12).

En palabras del autor, la tradición del derecho continental, imbricada tanto en España como en Ecuador, supuso la concepción “del juez como un funcionario público con características especiales, pero funcionario al fin” (p. 36). Entonces, el modelo del juez burócrata se caracteriza por: a) un proceso de selección por concurso público; b) una estructura jerárquica de la carrera judicial; c) por la socialización profesional interna del juez (referente al perfil del aspirante: joven y sin especialización definida); y, d) el reclutamiento generalista.

El modelo antes descrito dista por mucho de la concepción del “juez profesional” propio de los sistemas anglosajones y la tradición del *common law*. En este modelo, que siguen Inglaterra y Estados Unidos, el perfil del juez no es el de un joven licenciado en derecho sino, todo lo contrario, de profesionales veteranos y de reconocida competencia. Como señala el autor, “el perfil del juez en este modelo es el de un abogado prestigioso, que pueda ejercer la *autoritas* que presupone la jurisdicción con el respeto de sus colegas...” (p. 37).

Además, el modelo del juez profesional se caracteriza porque el método de selección no es a través de concurso de mérito y oposición, sino esencialmente político. Por ejemplo, en el sistema estadounidense, a nivel federal, los jueces son designados por el Presidente con acuerdo del Senado (pp. 41-44).

Se trata entonces de un modelo que parte del principio de confianza hacia el juez y que, por tanto, le concede amplias garantías de independencia, al punto de no formar parte de la administración pública e inclusive estar exentos de responsabilidad civil. Como resulta intuitivo, dos modelos que se fundan sobre pilares equidistantes implican a su vez modelos de responsabilidad con características propias. Como se analiza ampliamente en el Capítulo II de la obra, en el caso de las magistraturas burocráticas, “las garantías de independencia deben tener un fuerte contrapeso acorde a principios democráticos: la responsabilidad judicial surge entonces como un instituto limitador de la misma” (p. 105).

Empero, la responsabilidad disciplinaria y el gobierno de la administración de justicia no puede encargársele al Poder Ejecutivo, siendo conocidos los riesgos que aquello entraña. Por este motivo, los Consejos de la Magistratura se teorizan y se contemplan normativamente como órganos constitucionales autónomos y una *garantía institucional* del sistema. El autor trata detalladamente esta cuestión, narrando la turbulenta evolución histórica del CJ ecuatoriano y del CGPJ español (pp. 14-30).

Cabe mencionar que tanto España como Ecuador pasaron de un modelo de responsabilidad *intraprocesal*, en el que el juez jerárquicamente superior, en virtud de un recurso vertical, conocía de las faltas del inferior y lo sancionaba con multa, a un *modelo disciplinario judicial exclusivo* a cargo del CJ o el CGPJ, respectivamente (pp.141-143). El motivo para las reformas legales correspondientes era que los jueces se dediquen, de manera exclusiva, a sus más altas funciones jurisdiccionales y que el sistema funcione eficientemente.

El Capítulo III de la obra de Milton Velásquez Díaz se trata de un concienzudo análisis del telos de la disciplina judicial y de los principios que deberían inspirar la misma. Mientras los capítulos arriba comentados tienen una función introductoria, que podrían no resultar imprescindibles para un lector especializado, el tercer capítulo marca el inicio del núcleo de la tesis que defiende el autor.

¿Cuál es el fundamento teleológico y legitimador de cualquier disciplina judicial? Nuestro autor responde la cuestión a través de un método de descarte. En primer lugar, rechaza la teoría germana de *relaciones de sujeción especial* por considerar que su dogmática y contornos es difusa en la jurisprudencia española y muy escasa en la ecuatoriana. Además, advierte que esta teoría implica el debilitamiento del principio de reserva de ley (pp. 151-155). De otro lado, descarta también las teorías basadas en el *principio de jerarquía* por considerar al mismo como “un elemento central de la crisis del propio sistema burocrático” y capaz de producir una extensión exagerada de los ilícitos disciplinarios so pretexto de la buena imagen de la administración de justicia” (pp.160-163).

En cambio, Velásquez Díaz parece fundamentar la disciplina judicial en la idea de que aquella es necesaria para el *buen funcionamiento de la administración de justicia*, lo que “implica la concreción de una serie de principios tales como eficiencia, celeridad, economía y sencillez de las actuaciones administrativas” (p. 161).

A partir de aquí, el autor esboza las garantías de la disciplina judicial (pp. 173-204), concretadas en la reserva de ley de las infracciones disciplinarias; la prohibición de analogía extensiva; la prohibición de retroactividad; el principio de proporcionalidad de la sanción; el principio *non bis in idem*; y la culpabilidad objetiva y subjetiva, como elemento diferenciador del error inexcusable (responsabilidad objetiva) y el delito prevaricato (dolo). Se recomienda especialmente la lectura de este capítulo porque el autor desarrolla una verdadera dogmática de la imputación de responsabilidad judicial, enriquecida por el análisis de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De otro lado, el Capítulo IV de la obra de Milton Velásquez Díaz contiene un análisis exhaustivo de responsabilidad disciplinaria de los jueces en los ordenamientos jurídicos comparados. No es posible ni deseable abordar aquí el extenso análisis del derecho positivo español y ecuatoriano sobre las infracciones disciplinarias judiciales (remito al lector a la consulta de las pp. 230-274). Más bien, resulta importante destacar el aporte original del autor al estudio dogmático de la cuestión.

Generalmente, las infracciones disciplinarias son clasificadas por ley siguiendo el criterio de la gravedad de la conducta (leves, graves y muy graves); o, doctrinariamente, por categorización sistemática (por ejemplo, infracciones de cumplimiento debido de los deberes

judiciales, infracciones del trato y consideración a los superiores). Milton Velásquez Díaz desarrolla una clasificación útil a nivel pedagógico, original y simple por la cual las faltas disciplinarias de los jueces son *faltas estatutarias*, *faltas a la idoneidad* o *faltas funcionales*. Como menciona el autor:

Las primeras son faltas de naturaleza netamente burocrática, que no difieren de las que se pueden encontrar en estatutos funcionariales generales. Las siguientes están dirigidas a jueces y magistrados, castigando infracciones y prohibiciones expresas o por el ejercicio de actividades incompatibles. Mientras que las últimas son las íntimamente relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional y la actividad procesal (p. 383).

Una de las conclusiones que se avizora tempranamente es que el ordenamiento jurídico español y el ecuatoriano comparten estatutos disciplinarios bastante similares y que los tipos contentivos de las normas sancionadoras son “llamativamente amplias” (p. 275). Del mismo modo, ambos ordenamientos jurídicos contemplan procedimientos que, al menos teóricamente, garantizan un adecuado ejercicio del derecho a la defensa del juez. De tal suerte, si bien existen déficits de orden jurídico en ambos sistemas, la diferencia entre la administración de justicia española y ecuatoriana obedece a un profundo trasfondo sociopolítico y cultural. Sin perjuicio de lo mencionado, comparto la opinión del autor de que aquello no es una excusa para no desarrollar instrumentos jurídicos que coadyuven a la superación de una realidad poco alentadora (p. 387).

Finalmente, el capítulo V de la obra contiene un estudio de las faltas funcionales del juez, acompañados por el análisis crítico y recurrente de expedientes disciplinarios del Consejo de la Judicatura ecuatoriano. Frente a ello, el autor desarrolla tres críticas que giran en torno a la idoneidad del órgano sancionador, la redacción abierta o genérica de la infracción y la ilegitimidad de la sanción en ausencia de declaración judicial previa.

El autor es plenamente consciente de que una reforma a la composición del Consejo de la Judicatura para dotarlo de mayor idoneidad requeriría una modificación constitucional —aunque no toma postura sobre el abanico de procedimientos previstos en la constitución ecuatoriana para efectuar dicha modificación— que descarta por ser esencialmente problemático. En todo caso, el propio autor reconoce que la composición del Consejo de la Judicatura ecuatoriano no brinda garantías de independencia e impide que los jueces se integren como vocales del órgano.

De hecho, como se sigue del artículo 180 de la Constitución ecuatoriana, existe la posibilidad teórica de que ningún vocal del Consejo de la Judicatura sea profesional en Derecho sino en “ramas académicas afines a las funciones propias del Consejo”, por ejemplo, la administración pública. En esta hipótesis, nos encontraríamos ante el absurdo de que no juristas sancionen a jueces por su interpretación y aplicación del Derecho. Como señala Velásquez Díaz:

La designación efectuada por estas últimas autoridades tampoco es una garantía, dado que ni el presidente de la Corte Nacional, Fiscal General o Defensor público Nacional pertenecen a ninguna de las carreras de la Función Judicial, y no existe previsión alguna de que al menos alguno de los miembros de estas ternas pertenezca a estas carreras. Por lo dicho, la conformación actual del CJ es totalmente opuesta a las recomendaciones de la Relatoría especializada de la ONU, tanto por falta de participación de las bases como por la inclusión de representación política (p. 355).

Por ser igualmente problemático, el autor descarta también la idea de realizar reformas legislativas en el sentido de crear un fuero judicial especial en materia de disciplina judicial (p. 386). Velásquez Díaz apuesta por una *alternativa menos costosa* consistente en la revisión de los tipos sancionatorios que implican la valoración de cuestiones jurisdiccionales, respetando el principio de tipicidad, con el objeto de eliminar “la posibilidad de ambigüedades, vaguedades o enunciados subjetivos” (p. 355).

Lamentablemente, el autor no ahonda más respecto de la forma en la que debería efectuarse la “revisión consciente” de las denominadas infracciones funcionales (aunque brevemente comenta el modelo italiano que ha precisado la negligencia grave en tres decenas de infracciones). Empero, el autor no apuesta definitivamente por una solución legislativa en concreto para el caso ecuatoriano (pp. 374-375). Entonces, queda la duda de si la delicada tarea de dotar de contenido, modular los alcances y límites de las infracciones funcionales como el error inexcusable debería ser tarea de los altos tribunales, como la Corte Nacional de Justicia o la Corte Constitucional. Respecto de esta última posibilidad, debo expresar mi escepticismo dada la escasa jurisprudencia en defensa de la independencia judicial.

Creería que este escepticismo es compartido por el autor, pues cita una resolución de la Corte Nacional de Justicia que respalda al Consejo de la Judicatura para sancionar, sin decisión judicial previa, bajo el tipo del error inexcusable (p. 365), en contradicción con el artículo 123 del Código Orgánico de la Función Judicial que indica “las providencias judiciales dictadas dentro de los juicios, cualquiera sea su naturaleza, sólo pueden ser revisadas a través de los mecanismos de impugnación ordinarios y extraordinarios, establecidos en la ley”.

Sin duda alguna, el problema que nos presenta Milton Velásquez Díaz es indisoluble de una correcta interpretación del derecho sustantivo, pero también de una adecuada ingeniería constitucional y del derecho creado por el legislador. Enfrentamos, por tanto, un problema sistémico que demanda respuestas que respondan a la misma lógica y cuya solución inicia desde la formación de los aspirantes a jueces, atravesando una profunda reforma legal con incidencia sustancial y procedimental, además de una reforma constitucional y la consolidación de una doctrina jurisprudencial determinada.

Se trata, en definitiva, de dotar de contenido, por medio del derecho positivo al error inexcusable y la manifiesta negligencia, indicando los macro-supuestos de aquellos. Existen buenas razones para no trasladar el principio de *tipicidad penal* a la disciplina judicial, especialmente, el riesgo de petrificar el ordenamiento y la producción de casos a todas luces censurables, pero no sancionables por falta de tipicidad (lagunas axiológicas). Es decir, es necesario equilibrar las exigencias de seguridad jurídica con la exigencia de responsabilidad a los servidores públicos.

No podría concluir la recensión de la obra de Velásquez Díaz sin citar una reflexión que me parece especialmente importante, esta es, que vivimos en sociedades de seres imperfectos y que los errores son inherentes a nuestra condición de humanos. Por ello, solamente hemos de castigar lo manifiestamente intolerable, puesto que, en caso contrario, sacrificaríamos valores que consideramos imprescindibles en una democracia:

Dadas las limitaciones cognitivas en el ejercicio de su función trascendental, los jueces y magistrados son más propensos a cometer errores. Si cualquier equivocación —por mínima que fuere— mereciera el reproche disciplinario, la independencia interna de los jueces se vería en serio riesgo. Por tal razón, lo que debe esperar la ciudadanía de los jueces no es la perfección, sino un comportamiento “suficientemente aceptable” de ellos. A fin de delimitar la esfera de lo aceptable, Tsaoussi y Zervogianni han considerado que es más

sencillo determinar cuáles son los comportamientos que no admiten excusa. Esta última categoría, que agrupa tanto actos intencionalmente lesivos a las partes como los negligentes, tiene como contenido mínimo la denegación o retraso extraordinario en el despacho de las causas, serias violaciones a reglas procesales, graves errores de interpretación jurídica, graves errores de violación probatoria y abuso de poder (p. 311).

Nos encontramos, en definitiva, ante la obra más completa y actualizada sobre el régimen disciplinario de la función judicial en Ecuador. Por tanto, me atrevería a decir que constituye una lectura obligada para jueces, abogados, estudiantes de Derecho y todo aquel que se preocupe por el fortalecimiento del Estado de Derecho en nuestra nación. Con suerte, lograremos concretar algunas de las ideas postuladas en el libro y comentadas modestamente en estas páginas.

## **FECHA DE PUBLICACIÓN**

Este número de la revista se publicó en el dominio web  
<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiccion/index>  
el día 15 de junio de 2019.

