



USFQ
LAW REVIEW



VOLUMEN X, NÚM. I • MAYO 2023



USFQ LAW REVIEW

ISSN: 2631-2573 | ISSN(e): 1390-8014

<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview>

<http://lawreview.usfq.edu.ec>

Quito, Ecuador

Volumen conmemorativo por los 10 años de trayectoria de la revista.

Volumen X, Número 1, mayo 2023

DOI Núm. 1: <http://doi.org/10.18272/ulr.v9i1>

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORES EDITORIALES

Felipe José Castro Zurita

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
orcid.org/0000-0001-7395-8920

Rafaella Romo-Leroux Chacón

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
orcid.org/0000-0001-8094-6346

COMITÉ EDITORIAL

Editores en Jefe

Felipe José Castro Zurita

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
orcid.org/0000-0001-7395-8920

Rafaella Romo-Leroux Chacón

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
orcid.org/0000-0001-8094-6346

Editores Asociados

Gabriela Anahí Jácome Aguirre

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0000-0002-9154-012X>

Paula Isabel Zambrano Yépez

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0000-0002-4779-4499>

Santiago José Cisneros Bejarano

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
orcid.org/0000-0002-0862-4606

Kevin Damián Ortiz Arias

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0000-0002-3865-5550>

Karen Paola Moreira Pinargote

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0000-0002-8833-6072>

Editores Junior

Isabela Lucía Barahona Manjarrés

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0000-0001-6752-5651>

Jennifer Gabriela Sasintuña León

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0000-0003-0818-2980>

Mateo Sebastián Seminario Vélez

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0000-0003-1914-9262>

Liliana Mishel Chughchilan Tigasi

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0000-0001-8248-7825>

Juan José Cobo Ordoñez

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0000-0003-2637-8725>

Giuliana Patricia Álvarez Núñez

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0000-0002-1214-0460>

REVISORES PARES EXTERNOS

Natalia Barona Martínez, Camila Boriz, Carla Cepeda, Ana Isabel Cobo, Jorge Vinicio Duque Saguay, Estefanía Fierro, Felipe Idrovo, Marcelo Icaza, Jose David Jiménez, Sophia Lobato, Andrés Mariño Cárdenas, Camila Mateus, María Gracia Naranjo Ponce, Paúl Noboa Velasco, Adriana Orellana, María José Peñaherrera, María Alejandra Vera, Gustavo Villacreses.

CONSEJO ASESOR

Farith Simon, PhD

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

Mauricio Maldonado Muñoz, PhD

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

Esta obra es publicada luego de un proceso doble ciego de revisión por pares ciegos (double-blind peer review).

PRODUCCIÓN EDITORIAL:

Corrección ortotipográfica: Octavio Peláez

Diseño general y de cubierta: Yumiko Nagao

Webmaster: Jaime Páez



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons «Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional».

El uso de nombres descriptivos generales, nombres comerciales, marcas registradas, etc. en esta publicación no implica, incluso en ausencia de una declaración específica, que estos nombres están exentos de las leyes y reglamentos de protección pertinentes y, por tanto, libres para su uso general.

La información presentada en esta revista es de entera responsabilidad de sus autores. USFQ PRESS presume que la información es verdadera y exacta a la fecha de publicación. Ni la Editorial, ni los editores, ni los autores dan una garantía, expresa o implícita, con respecto a los materiales contenidos en esta obra ni de los errores u omisiones que se hayan podido realizar.

USFQ PRESS / *USFQ Law Review*

Att. Felipe José Castro Zurita y Rafaella Romo-Leroux Chacón, Editores en Jefe

Universidad San Francisco de Quito (USFQ)

Calle Diego de Robles y Vía Interoceánica, Campus Cumbayá

Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.

Correo electrónico: lawreview@usfq.edu.ec

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA

USFQ Law Review es la primera revista jurídica, académica, arbitrada e indexada del Ecuador, en ser íntegramente desarrollada y administrada por estudiantes de pregrado. Nació en el año 2012 como una iniciativa estudiantil de la Universidad San Francisco de Quito con publicación anual, convirtiéndose hoy en día en un proyecto editorial de publicación semestral y con apertura autorial. Desde el presente año, ha expandido sus esfuerzos para contribuir con la discusión jurídica en el Ecuador, a través de actividades como podcasts, webinars, y boletines.

Su objetivo es brindar un espacio para que especialistas, estudiantes, y académicos en distintas áreas del Derecho, publiquen trabajos de investigación jurídica en los que se planteen perspectivas y opiniones críticas. De igual manera, busca ser una fuente de investigación de alto nivel académico y elevar la calidad de discusión jurídica en Ecuador y la región.

La revista cuenta con dos números al año, publicados en los meses de junio y octubre, en versión tanto impresa como digital. A la fecha se han publicado doce números, distribuidos en nueve volúmenes. En cada uno de estos volúmenes se han abordado diversas temáticas, tales como Derecho corporativo, penal, administrativo, tributario, Arbitraje, Propiedad Intelectual, entre otras.

En la actualidad, *USFQ Law Review* forma parte de varias indexaciones, catálogos, servicios de información y bases de datos, entre ellos: Latindex (Catálogo 2.0); Latindex (Directorio); ISSN Portal; Dialnet; HeinOnline, Crossref; ROAD; DOAJ; MIAR; REBID; Sherpa Romeo; Aura-AmeliCA; CORE; Internet Archive; I2OR; Scientific Indexing Services; y, Google Scholar. Adicionalmente, está asociada a instituciones como: Latinoamericana; RELAREDI; LatinREV; Declaración de México (Acceso Abierto); y, Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación (DORA).

Una de las prioridades de la revista es brindar libre acceso a sus contenidos y dar mayor alcance a las investigaciones de autores que le han depositado su confianza. Por esta razón, todos sus contenidos se difunden bajo política de Acceso Abierto (Open Access) y de las licencias Creative Commons, que fomentan el debate académico y la difusión equitativa de ideas.

Los contenidos digitales de la revista se encuentran disponibles en Archivo OJS; Biblioteca USFQ; LEXIS; Corporación de Estudios y Publicaciones – CEP; vLex; Academia.edu; SSRN; y, Mendeley. Además, anualmente se imprimen y difunden ejemplares que son distribuidos a instituciones públicas

y privadas a nivel nacional. Para ello, recibe asistencia técnica del departamento editorial USFQ Press y se financia mediante el apoyo continuo de patrocinadores.

Finalmente, *USFQ Law Review* cuenta con alianzas institucionales con otras revistas, como *UDA Law Review* y *Lawyers EC*.

Para más información acerca de la estructura orgánica, políticas, información al autor, y proceso editorial, se invita a visitar el sitio web oficial de la revista, redes sociales y académicas; y, a contactarnos mediante correo electrónico.

Sitio web: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview>

Correo electrónico: lawreview@usfq.edu.ec

Equipo Editorial

USFQ Law Review

Universidad San Francisco de Quito

PRESENTACIÓN DE ESTE VOLUMEN

Hablar de *USFQ Law Review* es hablar de 10 años de trabajo y sacrificio de parte de destacados estudiantes del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ.

Por ello, este es un número especial. Se cumple una década desde la publicación del primer volumen de la revista y nuestro objetivo es reconocer los esfuerzos de todas las personas que aportaron y aportarán para su crecimiento. Deseamos ser –y continuar siendo– una fuente de consulta académica a nivel nacional e internacional.

Desde su fundación, la revista se ha caracterizado por brindar un espacio para que estudiantes, profesores, y profesionales, den a conocer su criterio en un ambiente de libertad. Solo a través de la investigación se podrá fomentar el diálogo crítico e intercambio de ideas en el campo del Derecho en Ecuador.

Este es el tercer año consecutivo de publicación semestral de la revista. A tal efecto, tenemos el agrado de presentar el primer número del Volumen X, que se compone de ocho artículos.

En materia civil, Sophia Lobato Castro propone un estudio –a raíz de las distintas posturas existentes– sobre la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así, concluye que dichas cláusulas son válidas, al no constituir una renuncia al derecho de acción.

Dentro de la temática de Derecho de Competencia, Kevin Ortiz Arias brinda una aproximación a los desafíos que los mercados digitales traen a la autoridad de competencia en el Ecuador. En este sentido, ofrece algunas recomendaciones a la agencia de competencia en cuanto a cómo manejar los tipos de abusos que pueden tener lugar en esta clase de economías.

En la misma área, Nicole Sáenz Proaño busca determinar bajo qué circunstancias la práctica del metatagging puede llegar a ser sancionada por el Derecho de Competencia, sobre la base del artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Por otro lado, en materia penal y de Derecho Internacional Público, Bairon Espinoza Guillén observa la posibilidad de que una persona privada de la libertad pueda ser reconocida con el estatus de categoría sospechosa. De esta forma, concluye que la calificación de privación de libertad no supera los estándares para dicho reconocimiento bajo la normativa de *jus cogens* y la jurisprudencia.

De igual forma, en materia de Derecho Internacional Público, Fernando

Bajaña Tobar explora el principio de no devolución a través de tres propiedades: informalidad, interdependencia y esquema de interacción entre dos espacios, para abordar el contenido normativo de cada una de estas y los efectos que tienen sobre la calificación de las personas bajo la calidad de refugiados.

En Derecho de Daños, Felipe Castro Zurita, María Paula Moncayo, y Jean Carlo Ontaneda, realizan un análisis de distintos estándares de conducta para observar si la *lex artis* –la condición de profesional y los conocimientos de la ciencia– es relevante a la hora de determinar la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual.

En la misma materia, Sergio Núñez Dávila abarca la controversialidad de la existencia de un deber jurídico de rescate cuyo incumplimiento genere responsabilidad extracontractual. Así, concluye que el ordenamiento ecuatoriano, bajo el estándar del tercero razonable en las mismas circunstancias, sí podría contar con elementos suficientes para imponer una obligación reparatoria al que omitió evitar un daño en algunos casos.

Por último, en materia de Propiedad Intelectual, Carolina Borja Aulestia analiza la posible vulneración a derechos de autor por medio del uso de fotografías digitalmente manipuladas y publicadas en redes sociales que contienen objetos protegidos. En consecuencia, indica que lo planteado no constituye una infracción al derecho de autor bajo la legislación nacional.

Para el Comité Editorial es un honor contar con los trabajos de articulistas comprometidos a aportar con el desarrollo de la academia en el Ecuador. Por ello, extendemos nuestro más sincero agradecimiento a todos los profesionales y estudiantes que hacen posible la publicación de este primer número del Volumen X de *USFQ Law Review*.

En este sentido, resaltamos la labor y dedicación de los miembros del Equipo Editorial, quienes han llevado a cabo las fases del proceso editorial con la prolijidad requerida.

Una vez más, reiteramos nuestro sentido agradecimiento a las firmas auspiciantes de este volumen: Almeida Guzmán, AVL, Bustamante Fabara, Cabezas Wray & Albán, Carmigniani Pérez, Consulegis, Corral Rosales, ECIJA GPA, Fexlaw, Lexvalor, Naranjo Martínez & Subía, Noboa Peña Torres, Prospectus, SVAR, y Vivanco & Vivanco.

Por último, es de gran importancia hacer mención a la implacable labor de Andrea Naranjo, Gabriel Ortiz Armas y Yumiko Nagao, miembros del equipo de USFQ Press, y agradecerles por su continuo apoyo en las distintas etapas del proceso editorial.

A nombre del Comité Editorial, extendemos una cordial invitación a participar en los siguientes volúmenes de *USFQ Law Review* y esperamos que el primer número del año 2023 sea de su agrado.

Quito, mayo de 2023

Felipe José Castro Zurita
EDITOR EN JEFE

Rafaella Romo-Leroux Chacón
EDITORA EN JEFE

ÍNDICE

Cláusulas restrictivas de responsabilidad: análisis de su validez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	1
SOPHIA LOBATO CASTRO	
Derecho de competencia y economía digital en Ecuador: reflexiones sobre mercados relevantes y abusos de posición de dominio	29
KEVIN DAMIAN ORTIZ ARIAS	
El metatagging: ¿una práctica desleal?	47
LORENA NICOLE SÁENZ PROAÑO	
Personas privadas de libertad en Ecuador: ¿una categoría sospechosa inexplorada?	79
BAIRON IVÁN ESPINOZA GUILLÉN	
El principio de no devolución: sus propiedades y la nueva categoría de expulsión impropia en la jurisprudencia ecuatoriana	105
FERNANDO BAJAÑA TOVAR	
La relevancia de la lex artis en la responsabilidad civil: un análisis de estándares de conducta	137
FELIPE CASTRO ZURITA, MARÍA PAULA MONCAYO RACINES Y JEAN CARLO ONTANEDA	
Responsabilidad civil extracontractual por omisión: ¿existe un deber de socorro en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?	161
SERGIO NÚÑEZ DÁVILA	
Utilización y modificación de obras protegidas por el derecho de autor en fotografías publicadas en el entorno digital	191
EGLÉ CAROLINA BORJA AULESTIA	

Cláusulas restrictivas de responsabilidad: análisis de su validez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Restrictive liability clauses: analysis of their validity in the Ecuadorian legal system

SOPHIA LOBATO CASTRO*

Recibido / Received: 14/01/2023

Aceptado / Accepted: 20/03/2023

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2883>

Citación:

Lobato Castro, S. “Cláusulas restrictivas de responsabilidad: análisis de su validez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 1, mayo de 2023, <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2883>

* Lexvalor Abogados, Abogada Asociada, Av. 12 de octubre y Coruña N24-774, Quito 170523, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito, USFQ, Ecuador. Correo electrónico: slobato@lexvalor.com. ORCID iD: orcid.org/0000-0003-0818-2956

RESUMEN

El presente trabajo desarrolló el debate sobre la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para lo cual, se analizaron dos posturas: la primera sostiene la invalidez de las cláusulas por considerar que, pactarlas en el ámbito contractual, constituye una renuncia al derecho de acción e impulsa la negligencia del deudor. La segunda, por el contrario, permite su pacto siempre que no vulnere los límites generales y especiales de la autonomía de la voluntad. Para establecer cuál debe aplicarse en el sistema jurídico ecuatoriano, se estudió doctrina comparativa y jurisprudencia, sobre la base de las normas legales que permiten sostener dichas posturas. Así, se estableció que las cláusulas restrictivas de responsabilidad son válidas. El ensayo concluye que dichas cláusulas no constituyen una renuncia al derecho de acción, pues su estipulación se realiza previo a la existencia de este derecho que nace con el incumplimiento.

PALABRAS CLAVE

Daños; indemnización; cláusulas de limitación de la responsabilidad; renuncia a la acción; autonomía de la voluntad

ABSTRACT:

This paper developed the debate of the validity of restrictive liability clauses in the Ecuadorian legal system. Therefore, two positions were analyzed: the first one holds that the clauses are invalid because it is considered that agreeing on them within the contractual sphere constitutes a waiver of the right of action and encourages the debtor's negligence. The second one allows their agreement as long as it doesn't violate the general and special limits to the autonomy of the will. To establish which thesis should be applied in the Ecuadorian legal system, comparative doctrine and jurisprudence were studied based on the legal regulations. Hence, it was established that the restrictive liability clauses are valid. The essay concludes that such clauses don't constitute a waiver of the right of action, since their covenant is prior to the existence of this right, which is born with the breach.

KEYWORDS

Damages; indemnity; limitation of liability clauses; waiver of action; autonomy of will

1. INTRODUCCIÓN

La globalización y el avance de las relaciones comerciales permitieron el desarrollo de diversos negocios jurídicos con el objetivo de maximizar los beneficios en la contratación. Para que ello sea posible, fue preciso crear contratos flexibles, abiertos, imaginativos y sistemáticos, que permitan alcanzar nuevos niveles de eficiencia dentro del mercado.¹ Uno de los avances más importantes fueron las cláusulas restrictivas de responsabilidad, entendidas como “[...] negocios jurídicos que consisten en la exclusión voluntaria de la aplicación de las normas que imponen la responsabilidad civil”.² A través de ellas, las partes pueden limitar o exonerar la responsabilidad del deudor frente a distintos supuestos y reducir el riesgo de contratación para facilitar el desarrollo de negocios jurídicos de una forma más eficiente.

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad³ han sido estudiadas y tratadas con detalle en varios ordenamientos jurídicos del mundo como aquellos de Francia, Italia y Colombia. A pesar de su importancia, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha desarrollado la figura en su integralidad. Por el contrario, las pocas referencias incluidas en la normativa son vagas y no establecen un tratamiento adecuado, pues se encuentran esparcidas a lo largo de los cuerpos normativos vigentes.

La validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad depende de la naturaleza jurídica que se les adscriba. Al respecto, la doctrina ha establecido dos posturas. La primera propugna la invalidez de las cláusulas restrictivas puesto que estas suprimen la diligencia del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, más aún cuando son exonerativas, bajo el argumento de que conllevan la renuncia al derecho de acción. La segunda postura, amparada por la mayoría de la doctrina, acepta la validez de este tipo de cláusulas, fundamentándose en el principio de la autonomía de la voluntad y libertad contractual.

Dentro de este contexto doctrinal, el presente trabajo busca responder a la pregunta: ¿son válidas las cláusulas restrictivas de responsabilidad? Este problema jurídico ha generado grandes discusiones y complejidades, principalmente para quienes realizan contrataciones masivas y buscan desligarse de las altas cuantías que implica un proceso judicial por daños en materia contractual.⁴

1 Cristina D. Doddi, *Cláusulas de restricción de responsabilidad contractual* (Buenos Aires: LexisNexis, 2005), 157.

2 Natalia Álvarez Lata, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil” *Universidad de Coruña* (1997): 535, <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/18211>.

3 Se utilizará el término “cláusulas restrictivas y de irresponsabilidad” como sinónimo para englobar a aquellas cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad.

4 En el derecho de consumo, estas cláusulas son denominadas ‘abusivas’ y se pactan dentro de los contratos de adhesión.

El tema en estudio adquiere relevancia doctrinaria y jurisprudencial en la medida en que las relaciones contractuales están presentes en la cotidianidad. Determinar la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad permitirá su regulación uniforme dentro del ordenamiento jurídico, brindará criterios al juzgador al momento de resolver casos concretos que las contengan y facilitará la determinación de la reparación.

Por lo expuesto, este trabajo abordará los límites sobre los cuales recaen las cláusulas restrictivas de responsabilidad, para permitir un estudio sobre cómo su validez se subsume dentro de los lineamientos establecidos por la propia ley, el orden público y los límites especiales. Aun así, antes de iniciar el análisis conviene aclarar que el tema de la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad se centra en las relaciones contractuales fuera del ámbito de consumo. Esto porque, en dicha materia, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (en adelante LODC) prescribe la nulidad de las referidas estipulaciones y enfatiza su carácter abusivo. Sin embargo, en este estudio sí se hará referencia al régimen de consumo, por contraste, argumentación o alcance. Para establecer los fundamentos de validez sobre el tema de análisis, se empleará la metodología doctrinaria, debido a que la doctrina ha esgrimido dos tesis sobre el problema planteado, que delimitan el alcance de este trabajo.

2. NORMATIVA RELEVANTE

Este trabajo se enfocará en determinar la validez de las cláusulas en las relaciones contractuales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la posible renuncia al derecho de acción, sobre la base de la doctrina, jurisprudencia e instrumentos internacionales que desarrollan el tema expuesto.⁵

La Constitución de la República del Ecuador contempla el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual.⁶ Se puede determinar, entonces, que los contratantes son libres de pactar las cláusulas que consideren más convenientes para cumplir con sus expectativas contractuales. Por ello, se analizará este principio gobernador en materia contractual civil y sus limitaciones respecto a la validez de las cláusulas restrictivas en dichos contratos.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce de forma superficial algunas referencias a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, sin establecer un régimen concreto para su tratamiento. En materia de consumo, por ejemplo, el artículo 43 de la LODC prescribe la sanción de nulidad –de pleno

5 El trabajo no abordará las cláusulas penales u otro tipo de cláusulas que están fuera del objeto del planteamiento del problema jurídico. La cláusula penal aumenta la indemnización o la sustituye, mientras que la cláusula restrictiva de responsabilidad, la reduce o suprime.

6 Artículo 66.16, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

derecho— para aquellas cláusulas que eximan, limiten o atenúen la responsabilidad y las categoriza como abusivas.⁷ Por el contrario, dentro del área civil y en lo que atañe a relaciones entre partes iguales, no existe prohibición alguna para pactar cláusulas de este tipo. Al respecto, el artículo 1561 del Código Civil (en adelante CC), materializa el principio de autonomía de la voluntad en la libertad contractual.⁸ Asimismo, el artículo 1563, que contempla las gradaciones de culpa en materia contractual, señala que aquellas disposiciones aplican, sin perjuicio de lo que la ley y las partes hayan pactado.⁹ En este sentido, en principio, se puede determinar que la autonomía de la voluntad y el principio de la responsabilidad están sujetos a modificaciones.

Es fundamental establecer que si bien el principio de libertad contractual es necesario, tiene sus límites en la ley, la moral y las buenas costumbres y, en definitiva, el orden público.¹⁰ Sobre esos límites establecidos, y precisamente en materia contractual, el artículo 1481 del CC establece que no vale la condonación del dolo futuro.¹¹ Por ello, es preciso determinar si las cláusulas restrictivas de responsabilidad se enmarcan en este supuesto, para establecer su validez.

En este orden de ideas, se hace referencia al artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe que los jueces en el ejercicio de sus funciones acudirán a la doctrina y jurisprudencia para interpretar y delimitar el ordenamiento jurídico.¹² Por ello, se utilizarán los criterios doctrinarios y jurisprudenciales para realizar el presente análisis.

Finalmente, se analizará la figura en la jurisprudencia colombiana, en los Principios *UNIDROIT* y Principios de Derecho Europeo de los Contratos para determinar el tratamiento que realizan tales instrumentos sobre las cláusulas restrictivas de la responsabilidad. Se considerará la validez de las estipulaciones en ciertos contratos civiles y mercantiles, para el estudio práctico del tema en cuestión.

3. AUTORES RELEVANTES EN LA MATERIA

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad han sido estudiadas y analizadas por la doctrina. Sin embargo, en el Ecuador no se ha hecho referencia al tema de estudio. A continuación se recogen posturas de autores relevantes que han discutido el tema.

7 Artículo 43, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor [LODC], R.O. Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

8 Artículo 1561, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

9 Id., Artículo 1563.

10 Id., Artículo 1477.

11 Id., Artículo 1481.

12 Artículo 28, Código Orgánico de la Función Judicial, [COFJ], R.O. Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

José Manuel Gual las define como aquellos pactos por los que las partes restringen las condiciones o efectos de la responsabilidad.¹³ Es en razón de la autonomía de la voluntad, que las partes podrían condicionar su responsabilidad para establecer estipulaciones que se adecúen a su modelo contractual.

Asimismo, Mazeaud considera que los sujetos, al amparo de la libertad contractual, pueden contemplar cláusulas de extensión, atenuación y exoneración para regular su responsabilidad.¹⁴ Las cláusulas restrictivas no solo exoneran al deudor de su cumplimiento, sino que pueden modular su responsabilidad y, de considerarlo conveniente, extenderla en ciertos casos.

María Bernal Fandiño, establece que la razón de ser de las cláusulas restrictivas es distribuir el riesgo en la contratación.¹⁵ Por ello, la finalidad de las cláusulas de irresponsabilidad es permitir a las partes pactar las condiciones necesarias para realizar sus transacciones, de la manera y forma que consideren conveniente para coadyuvar a la eficiencia del contrato.

Por otro lado, Manuel García engloba a las cláusulas restrictivas de responsabilidad bajo el concepto de cláusulas limitativas. Considera que, al hablar de la limitación, se entiende la exoneración y disminución de responsabilidad. Así, señala que el término limitación es “[...] el más expresivo y único capaz de comprender significativamente todas las situaciones que se aluden a restringir la responsabilidad contractual”.¹⁶

Otros autores como Barros Bourie, reconocen que aquello que resulta ilícito y, en consecuencia, da lugar a un daño indemnizable, puede ser alterado en virtud de las autorizaciones contractuales que contienen cláusulas de irresponsabilidad.¹⁷ En virtud de las estipulaciones que realizan las partes sobre la responsabilidad, se puede limitar el cumplimiento de determinadas obligaciones.

4. APROXIMACIÓN Y TESIS RESPECTO DE LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS

El derecho de daños, cuyo fundamento es la reparación de la víctima, se ha desarrollado dentro del ámbito contractual y extracontractual.¹⁸ En el primero, la responsabilidad nace del incumplimiento de la obligación contenida en el

13 José Manuel Gual Acosta, “Cláusulas restrictivas de responsabilidad. Un acercamiento a sus principales problemáticas”, en *Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico*, ed. Álvaro Echeverry Uruburo, José Manuel Gual Acosta y Joaquín Emilio Acosta Rodríguez (Bogotá: Ibáñez, 2013), 285.

14 Henri Mazeaud, Léon Mazeaud y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (Buenos Aires: Ejea, 1963), 7-9.

15 Mariana Bernal Fandiño, “Reflexiones sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad”, *Anuario de Derecho Privado* 1, (Enero 2019): 195, <http://dx.doi.org/10.15425/2017.201>.

16 Manuel García Amigo, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual* (Madrid: Tecnos, 1965), 87.

17 Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 1997.

18 *Ibid.*, 216.

contrato. En el segundo, por el contrario, la responsabilidad nace de diversas fuentes como el delito y el cuasidelito. En consecuencia, tanto en materia contractual como extracontractual se configura el principio de reparación integral del daño. Ello no impidió que la jurisprudencia y la doctrina establezcan que el principio no es absoluto. En este sentido, las cláusulas restrictivas de responsabilidad son una limitación al principio de la reparación integral y, sobre su validez, se han desarrollado dos tesis.

4.1. TESIS SOBRE LA INVALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS

Esta tesis rechaza la validez de las cláusulas bajo el argumento de que existe negligencia para con el acreedor, puesto que a través de ellas se exime o se limita la responsabilidad del deudor de reparar los daños causados en el cumplimiento de su obligación.¹⁹ Autores como Barros Bourie, afirman que no puede hablarse de un contrato si el deudor está facultado para su incumplimiento, en razón de que entonces sus obligaciones estarían determinadas por su mera voluntad.²⁰ Es trascendental, en ese sentido, diferenciar las cláusulas de irresponsabilidad de aquellas que tienen incidencia sobre el objeto, como las entregadas a la sola voluntad del deudor, que serán analizadas a lo largo del trabajo.²¹

Las objeciones a las estipulaciones de responsabilidad han tomado fuerza en materias con regímenes especiales, donde una de las partes contractuales está en posición de desventaja respecto de la otra, ya sea por factores de información o poder.²² Sin embargo, existe una problemática en la aplicación de estos límites en materias especiales, debido a que se ha vuelto complicado diferenciar entre aquellas cláusulas que atacan a las obligaciones del contrato, y las cláusulas restrictivas que surgen de la patología del incumplimiento imputable al deudor.²³

Algunos autores enfatizan en la invalidez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando existe una exoneración para el deudor.²⁴ En este contexto, el argumento se centra en que este tipo de cláusulas equivale a la renuncia al derecho de acción para el acreedor frente al incumplimiento.

19 Joel González Castillo, "Las cláusulas limitativas, exagerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites", *Revista Chilena de Derecho* 38 (Abril 2011): 91, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000100005>.

20 Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 1097.

21 La postura de validez establecerá que las cláusulas restrictivas serán eficaces únicamente si no se elimina la obligación esencial materia del contrato, tema que por su complejidad se analizará más adelante.

22 Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 233.

23 Indira Díaz Lindao, "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos", *Revista de Derecho Privado* 23 (Julio a diciembre 2012): 183, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662012000200007.

24 Ibid.

4.2. TESIS SOBRE LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD

Esta postura se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad,²⁵ que permite a las partes pactar las cláusulas restrictivas de responsabilidad en sus relaciones contractuales. A continuación, se revisarán los criterios expuestos por la doctrina.

La expresión de la autonomía privada se traduce en la posibilidad de contemplar las disposiciones que las partes requieran para sus vínculos contractuales. Así, Abeliuk y Somarriva las consideran válidas con base en el artículo 1563 del CC, precepto referente a la culpa del deudor que, en su inciso final, permite la alteración o adecuación de la responsabilidad por la convención entre las partes.²⁶

Los criterios que se toman en cuenta para dotar de validez a las cláusulas de responsabilidad, también tienen incidencia en el ámbito económico. Distintos ordenamientos de la Comunidad Europea, permiten su inclusión en los negocios jurídicos recordando que, si bien en principio son válidas, esa validez está subordinada a los límites de la libertad contractual.²⁷ En esta línea de ideas, José Gual establece que, por medio de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, las empresas pueden ser más competitivas y reducir la responsabilidad o riesgo que sin emplearlas podría ser más gravoso. Incluso, menciona que ellas permiten el crecimiento del sector financiero;²⁸ lo que coadyuva a que las empresas se inserten en la globalización y garanticen su eficiencia. El autor reconoce que, si existen cláusulas limitativas de responsabilidad que establezcan *plafonds*,²⁹ los procesos judiciales se desarrollarían con celeridad en razón de que, gracias a ellas, el juez no deberá emplear un tiempo excesivo en la cuantificación del daño.

De las posturas expuestas, se evidencia que la tesis de validez le otorga fundamental importancia al principio de la libertad contractual. Confirma tal punto de vista la mayoría de la doctrina y jurisprudencia de las altas cortes de Colombia. Las mismas establecen que las cláusulas de irresponsabilidad son válidas mientras no sobrepasen los límites establecidos por la ley, el orden público y los regímenes especiales.³⁰

25 José Manuel Gual, “Cláusulas restrictivas de responsabilidad”, 278.

26 René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 851.

27 Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 130.

28 José Manuel Gual Acosta, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría, equilibrio y abusividad* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 36.

29 *Ibid.* Los *plafonds* son techos indemnizatorios que sirven para limitar el monto a indemnizarse, se encasillan dentro de las cláusulas limitativas de responsabilidad.

30 Ver, José Manuel Gual Acosta, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil* (Bogotá: Ibáñez, 2012), 48.

La postura contraria es renuente a la validez de estas cláusulas por considerar que, a través de ellas, se impulsa la negligencia del deudor y que, al pactar cláusulas exonerativas, el cumplimiento de la obligación se sujeta a una expresión de la mera voluntad del deudor. Sin embargo, este punto de vista es criticable. La diferencia es sustancial cuando se trata de obligaciones esenciales y otras que recaen sobre obligaciones accesorias.³¹ Tal posición es aceptable tan solo en la medida en que se centre en las relaciones asimétricas,³² en las que existe un riesgo para la parte débil, como es el caso de las relaciones de consumo.³³

Una vez analizadas las posturas referentes al tema en discusión, se estudiarán las diferentes posiciones doctrinarias con la finalidad de sugerir un régimen que puede ser aplicable dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La segunda postura se adecúa al principio gobernador en materia civil: la autonomía de la voluntad y libertad negocial. Por ello, para dar respuesta a la interrogante planteada, se armonizará esta postura sobre la base de la experiencia del derecho comparativo y la jurisprudencia en la materia, anticipando que la validez de las cláusulas restrictivas se considera la posición más acertada.

5. PRINCIPIOS RELEVANTES A LA DISCUSIÓN

5.1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUNDAMENTO DE VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE IRRESPONSABILIDAD

La autonomía de la voluntad es el principio rector que gobierna el desarrollo y la evolución de los negocios jurídicos. A través de ella, los sujetos gozan de la potestad para definir y reglar sus intereses y, a su vez, lograr sus objetivos dentro del mundo jurídico.³⁴ Por medio de este mecanismo, las personas pueden crear relaciones jurídicas con las estipulaciones y contenidos, dentro del marco normativo, de tal forma que se garantice el equilibrio entre las partes.³⁵

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el principio de la autonomía de la voluntad se materializa en la libertad contractual, conforme lo establece el artículo 1561 del CC que prescribe “[t]odo contrato celebrado es ley para los contratantes [...]” o, *pacta sunt servanda*.³⁶ Esa libertad se resume en dos principios: (i) libertad de conclusión y (ii) libertad de configuración interna.³⁷

31 María Candelaria Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III – Obligaciones* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017), 294.

32 Se analizará en la sección 7.3 el ordenamiento jurídico ecuatoriano en este sentido.

33 Ver, Joel González Castillo, “Las cláusulas limitativas, exagerativas o agravantes”, 99.

34 Luis S. Parraguez Ruiz, *Régimen Jurídico del Contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 93.

35 *Ibid.*, 95.

36 Artículo 1561, CC. En este sentido, la Corte Constitucional estableció que la libertad de contratación es aquel derecho que “[...] permite a las personas suscribir contratos para poder realizar actividades económicas y productivas”. Causa No. 24-18-IN/21, Corte Constitucional, 22 de septiembre de 2021, párr. 40-42.

37 Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, 106.

Por un lado, a través de la libertad de conclusión, las partes pueden contratar libremente con los sujetos que elijan, para realizar las convenciones necesarias a sus objetivos y, consecuentemente, nadie puede ser obligado a celebrar contratos ni realizarlos con personas previamente establecidas.³⁸

Por otro lado, la libertad de configuración interna es el principio necesario que permite a las partes establecer los tipos contractuales previstos por la ley –contratos típicos– o, en su defecto, combinar elementos distintos y crear figuras no contempladas en el sistema jurídico –contratos atípicos–.³⁹ De esta manera, a través de ellos, es posible pactar las cláusulas que mejor equilibren los intereses contrapuestos de los sujetos intervinientes en la relación contractual. Cabe recalcar que si bien este principio y elemento es esencial para la formación del contrato y su nacimiento a la vida jurídica, no es absoluto en sí mismo. Al contrario, se encuentra temperado por los límites establecidos en la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, los cuales delimitan la libertad contractual con la finalidad de que prevalezcan aquellas estipulaciones que, de acuerdo con el ordenamiento, sean válidas.⁴⁰ Otros límites a este principio buscan el equilibrio contractual sobre la base de la buena fe y garantizan que los contratantes se miren como partes iguales. A manera de ejemplo, se contemplan las prohibiciones de ciertas cláusulas en materia de consumo.

La autonomía de la voluntad es el fundamento por el cual, en principio, los contratantes podrían pactar las cláusulas restrictivas de responsabilidad.⁴¹ El origen de estas cláusulas ha generado debates entre los doctrinarios, pues hay quienes establecen que las cláusulas restrictivas disminuyen la diligencia del deudor en el cumplimiento del objeto contractual. Por el contrario, quienes se respaldan en este principio, permiten su incorporación dentro de los contratos y resaltan la validez de dichas estipulaciones.

Se intuye que los límites a la autonomía de la voluntad aplicarían a las cláusulas de irresponsabilidad. Sin embargo, cabe preguntarse si estos serán los únicos límites aplicables a dichas cláusulas. Por el momento, se puede adelantar que la respuesta a esta interrogante es negativa. Si bien los límites a la autonomía de la voluntad se configuran para alcanzar a las cláusulas restrictivas, los regímenes especiales también se consideran un límite a esta figura. A lo largo de este trabajo se estudiarán los límites de la libertad contractual respecto a las cláusulas limitativas, para arribar al tema en análisis: su validez.

38 Ibid.

39 Ibid., 109.

40 Los límites a la autonomía de la voluntad y consecuentemente, a las cláusulas restrictivas de responsabilidad se analizarán en la Sección 7.

41 Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 56.

5.2. REPARACIÓN INTEGRAL

El principio de la reparación integral forma parte del sistema general de compensación del daño y rige su indemnización contenida en el artículo 2214 del CC.⁴² En el Ecuador y en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, esta figura goza de protección constitucional y tiene cabida cuando existe una afectación, principalmente, a los derechos fundamentales.⁴³ En este contexto, el deber de reparar nace como consecuencia de un menoscabo a los derechos y su alcance está determinado por los daños sufridos.⁴⁴ Se ha establecido que la reparación integral tiene limitaciones como la jurisprudencia, la ley y las estipulaciones convencionales. Estas limitaciones no derogan este principio, por el contrario, son enteramente compatibles con su reconocimiento.⁴⁵

A manera de ejemplo, la ley contempla *plafonds* que constituyen limitaciones a la reparación integral. Dentro de las indemnizaciones en materia de transporte de mercaderías marítimas, específicamente en el retraso de la entrega, el Código de Comercio establece en su artículo 1006, que la responsabilidad del transportador se limita “[...] a una suma equivalente a dos veces y medio el flete que deba pagarse por las mercancías pero no excederá de la cuantía total del flete que deba pagarse en virtud del respectivo contrato de transporte [...]”.⁴⁶ Por ello, en este ámbito se deja de lado la evaluación del daño y es evidente que existe una limitación al principio en estudio.

En una sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, dentro de un caso de transporte de mercaderías, se estableció que en el supuesto de que no se cumpla la obligación de señalar el valor de la mercancía, el transportador puede ampararse en una cláusula de limitación de la responsabilidad con sus *plafonds*. Sin embargo, a pesar de que la contraparte no llenó el formulario declarativo del valor de las mercancías, adjuntó la factura que demostraba dicho valor. En consecuencia, se declaró la invalidez de la cláusula y se otorgó la indemnización por el valor de la mercadería.⁴⁷

Los límites a las cláusulas en estudio también pueden ser convencionales. En este orden de ideas, las partes pueden acordar, por ejemplo, los techos máximos para la reparación ante un posible incumplimiento o, incluso, exonerar de la reparación al deudor. Estos límites encuentran su fundamento en el auge del comercio y las relaciones contractuales, que conllevan la asunción de riesgos

42 Pamela Aguirre Castro y Pablo Alarcón Peña, “El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Foro Revista de Derecho* (2018): 126, <https://doi.org/10.32719/26312484.2018.30.8>.

43 Aguirre y Alarcón, “El estándar de la reparación integral”, 124.

44 *Ibid.*

45 Ramón Domínguez Águila, “Los límites al principio de reparación integral”. *Revista Chilena de Derecho Privado* 15, (Diciembre 2010): 9, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200001>.

46 Artículo 1006, Código de Comercio, R.O. Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019.

47 Causa No. 11001-3103-026-2000-04366-01, Corte Suprema de Justicia Colombia, Sala de lo Civil y Mercantil, 8 de septiembre de 2011, pág. 107.

exorbitantes. En tal sentido, las cláusulas restrictivas de responsabilidad constituyen un verdadero límite a la reparación integral sin oponerse a ella.

En conclusión, se puede observar que el principio de reparación integral tiene limitaciones que son de diversa índole y pueden apreciarse en varios ámbitos de las relaciones jurídicas. Las limitaciones convencionales, a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, no vulneran en ninguna forma la reparación integral, sino más bien establecen disposiciones contractuales que, al disminuir el riesgo, fomentan las iniciativas para la creación de productos, actividad comercial y tráfico internacional.⁴⁸

6. TIPOLOGÍA DE CLÁUSULAS

6.1. CLÁUSULAS EXONERATIVAS Y LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD: UN TRATAMIENTO INTEGRAL

La amplia gama de cláusulas de irresponsabilidad obliga a definir y encasillar a los tipos de cláusulas restrictivas dentro de diversas categorías. El estudio de la tipología de estas cláusulas conlleva al análisis de su funcionalidad, pues es en el ámbito contractual donde se encuentra latente el desarrollo y la forma de operar de estas figuras.⁴⁹ En este contexto, el presente trabajo se limitará al análisis de las cláusulas exonerativas y limitativas, es decir, de aquellas que atacan a la obligación indemnizatoria *per se*.

La primera función de las cláusulas restrictivas es limitar la responsabilidad del deudor, antes de que nazca el incumplimiento y, consecuentemente, permitir a las partes reglamentar sus intereses. Es importante tomar en cuenta que las cláusulas de este tipo se crean antes del nacimiento de la obligación indemnizatoria y, por tanto, se anticipa de esta manera su diferencia ante una posible renuncia al derecho de acción.⁵⁰ Entonces, las figuras en estudio son aquellas que pretenden excluir de forma voluntaria a las normas que regulan la responsabilidad civil en materia contractual.⁵¹

Las cláusulas restrictivas son de dos tipos: exonerativas y limitativas. Las cláusulas exonerativas son aquellas que guardan relación directa con la obligación de resarcir el daño causado e inciden en los criterios de imputación de la responsabilidad.⁵² Las limitativas, por otro lado, se refieren al *quantum* indemnizatorio, es decir, al alcance del resarcimiento.⁵³ Sin embargo, la consideración de estas

48 Causa No. 11001-3103-026-2000-04366-01, pág. 107.

49 Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 22.

50 El debate sobre la existencia de renuncia de las acciones, se desarrollará en la Sección 8.

51 Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 125.

52 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 149.

53 *Ibid.*

últimas ha sido objeto de discusión. Una parte de la doctrina considera que ellas no solo se manifiestan al momento de la evaluación del daño, sino también a lo largo del período de incumplimiento imputable.⁵⁴

Esta diferenciación ha permitido establecer que, en ciertos casos, las cláusulas exonerativas de responsabilidad carecen de validez. Algunos autores mencionan que estas figuras constituyen una herramienta para liberar al deudor de su responsabilidad y dejar al acreedor sin ningún tipo de reparación,⁵⁵ posición que no se comparte en razón de que, aun cuando se exonere al deudor de la responsabilidad, quedan otros medios para el ejercicio y cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Ahora bien, en cuanto a ejemplos concretos, las cláusulas que pudieran pactar las partes en virtud de su libertad contractual son infinitas.⁵⁶ No obstante, algunos autores han realizado una enumeración –no taxativa– que permite dar luces de qué connotaciones pueden tener las diferentes cláusulas.⁵⁷ El siguiente cuadro ilustra algunas de las más utilizadas.

Tabla 1: Tipos de cláusulas de irresponsabilidad

Cláusulas exonerativas	Cláusulas limitativas
1. Aquellas que recaen sobre el tipo de daño a resarcir. ⁵⁸	1. Aquellas que permiten establecer el <i>quantum</i> o <i>plafond</i> para la reparación en caso de incumplimiento del contrato o de las obligaciones contractuales.
2. Aquellas que alteran el criterio de imputación subjetivo de responsabilidad, reduciendo el grado de diligencia que asume el deudor.	2. Aquellas que establecen un <i>quantum</i> o <i>plafond</i> para la reparación en alguno de los supuestos descritos en los numerales 1, 4 y 5 de las cláusulas exonerativas.
3. Aquellas que alteran el criterio de imputación objetivo de responsabilidad.	3. Aquellas que determinan una modalidad específica para la reparación.
4. Aquellas que eximen la responsabilidad del deudor cuando existe retardo en el cumplimiento de sus obligaciones.	
5. Aquellas que eximen de responsabilidad al deudor en situaciones específicas.	

Fuente: elaboración propia a partir de Indira Díaz Lindao.⁵⁹

54 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 106. La forma de entender las cláusulas de irresponsabilidad será todo pacto en el que el deudor no incurrirá o incurrirá de manera limitada en las sanciones que deriven de su incumplimiento.

55 Domínguez, *Curso de Derecho Civil*, 292-294.

56 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 115.

57 *Ibid.*, 118-121. Otros autores han clasificado las cláusulas restrictivas en directas e indirectas. Las directas son aquellas establecidas por las partes en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones. Las indirectas son aquellas que excluyen de forma tácita la operatividad de las reglas comunes de responsabilidad.

58 Por ejemplo: daño emergente o lucro cesante.

59 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 150.

Del cuadro anterior se desprende que existen diferencias sustanciales entre los distintos tipos de cláusulas de irresponsabilidad. Por un lado, las cláusulas exonerativas tienen mayor incidencia en la obligación de resarcir el daño ocasionado y, por otro lado, las limitativas –en general– tienen relación con el *quantum* resarcitorio.⁶⁰ En este contexto se reconoce que, evidentemente, las cláusulas exonerativas son más gravosas para el principio de reparación integral del daño, como se mencionó anteriormente.

Así, dentro de un contrato de compraventa se podría pactar que el vendedor no responde por los vicios ocultos de la cosa vendida.⁶¹ Esta cláusula de irresponsabilidad será válida en virtud de la voluntad de las partes y porque la ley permite esta renuncia. Sin embargo, su nulidad podría estar supeditada al conocimiento previo del deudor sobre el vicio de la cosa o al hecho de que se pactase la cláusula con dolo o culpa grave.⁶² La presente cláusula se encasilla en las limitativas de responsabilidad, pues el deudor no responde únicamente por la figura de vicios ocultos, lo que dejaría a salvo los otros derechos del comprador.

Los distintos instrumentos de carácter internacional, que buscan una uniformización del derecho de los contratos y las obligaciones que se desprenden de ellos, también conceden el mismo tratamiento tanto a las cláusulas exonerativas como a las limitativas.⁶³ En este contexto, los principios *UNIDROIT* (*Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*), que parten de la premisa de la libertad contractual, establecen en su artículo 7.1.6, un régimen sobre cláusulas de exoneración.⁶⁴ La importancia de que los principios *UNIDROIT* contemplen la regulación de las cláusulas exonerativas, brinda luces sobre el tratamiento equivalente a las cláusulas de irresponsabilidad. Así, dicho instrumento prevé los principios generales aplicables a las cláusulas limitativas y exonerativas de responsabilidad bajo un mismo título.

De igual forma, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (en adelante PDEC), en su artículo 8:109, alinean en conjunto, en el mismo epígrafe, el régimen de validez de ambos tipos de cláusulas. Finalmente, el Código Europeo de Contratos otorga el mismo tratamiento a las figuras.⁶⁵ Estos instrumentos internacionales denotan la trascendencia de contemplar las cláusulas en el régimen jurídico y de establecer disposiciones guía para su uso contractual. De esta manera, se reviste de validez a las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

60 Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 102.

61 Ver, José Alejandro Bonivento Fernández, *Los principales contratos civiles y mercantiles*, (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2017), 144.

62 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 350.

63 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 350.

64 Consejo Directivo de Unidroit - Principios Unidroit, 2016, <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>

65 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 654.

6.2. CLÁUSULAS DE IRRESPONSABILIDAD SOBRE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Es importante establecer las diferencias entre las cláusulas de irresponsabilidad respecto de aquellas que, por el contrario, afectan a la obligación *per se*. Indira Díaz se refiere a las primeras como aquellas que actúan sucesivamente a la definición de las obligaciones.⁶⁶ Ello implica que las cláusulas restrictivas actúan al momento de la imputabilidad de su cumplimiento.⁶⁷ Es preciso mencionar que, si no existe una obligación previamente pactada, no puede hablarse de una cláusula exonerativa o limitativa.

Por otro lado, las cláusulas que se refieren a la obligación esencial tienen incidencia en el cumplimiento de aquello a lo que el deudor se ha obligado en virtud del contrato. Algunos autores consideran que no es viable pactar una cláusula que pueda eximir al deudor de su obligación principal.⁶⁸ La jurisprudencia establece que la causa del contrato y su finalidad son los límites de las cláusulas exonerativas.⁶⁹ Asimismo, en virtud del equilibrio contractual, pactar este tipo de cláusula conllevaría a poder burlar cualquier intención seria de obligación y afectaría la validez de la convención.

La diferencia entre ellas es necesaria para esclarecer el régimen de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Por un lado, está la autonomía de la voluntad de las partes que no puede interferir con el serio cumplimiento de la obligación y, por otro, se encuentra la interrogante de la validez de las cláusulas exonerativas halladas dentro de la patología, una vez producido el incumplimiento de la obligación.⁷⁰

La jurisprudencia de distintos países se ha pronunciado para buscar diferenciar las cláusulas de irresponsabilidad de aquellas que recaen sobre la obligación esencial.⁷¹ A pesar de que la línea se torne casi imperceptible dentro de la diferenciación de dichas cláusulas, se han logrado establecer parámetros que permiten juzgarlas con apropiado discernimiento. Este análisis se evidencia en el caso *Chronopost*, que sentó las bases para la jurisprudencia francesa de aquella validez sobre las cláusulas de irresponsabilidad, y su estudio en una doble línea sobre la obligación principal.⁷²

66 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 183.

67 *Ibid.*, 183.

68 Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 34.

69 *Ibid.* 32.

70 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 183.

71 Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 33.

72 Thomas Genicon, "El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: inventario y perspectivas". *Revista Chilena de Derecho Privado* 13 (Diciembre 2009): 123-125, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722009000200003>. Posteriormente, se emitió la sentencia del Caso EDF, en el que la empresa de electricidad se exceptuó del *quantum* indemnizatorio por los daños en los equipos de una empresa, debido a una cláusula limitativa en el contrato. La Corte de Apelación estableció que al tratarse de una cláusula que no se refiere a cualquier tipo de incumplimiento, sino a uno en específico, es válida.

El caso hace referencia a un contrato de transporte de correo que ofrecía la Sociedad *Chronopost*. Su obligación consistía en entregar un documento dentro de un término específicamente señalado dentro del contrato, entrega que no se produjo de conformidad al mismo. El contrato incluía también una cláusula a través de la cual, en caso de incumplimiento, se respondería únicamente con el precio del envío. Es decir, se estableció un *plafond* por el incumplimiento de la obligación.⁷³ La Corte de Casación de Francia señaló que la naturaleza del contrato de transporte tiene como propósito intrínseco el garantizar la celeridad y fiabilidad del servicio. De existir un plazo para su cumplimiento, la cláusula que limitaba la responsabilidad sobre la obligación esencial debía reputarse como no escrita.⁷⁴ El argumento utilizado por la Corte se fundamentó en la ausencia de causa.

A pesar de que este razonamiento brinda luces para diferenciar las cláusulas en estudio; es importante mencionar que, al momento de la emisión del fallo mencionado, el mismo fue objeto de numerosas críticas. Tales puntos de vista señalaban que, por medio de esta sentencia, se declaraba casi totalmente la invalidez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Entre dichos argumentos se alega la imprecisión sobre la definición de obligación esencial.⁷⁵

La Corte Suprema de Justicia de Colombia analizó un contrato de servicios de lavado de vehículos, en el que existía una cláusula que obligaba al proveedor únicamente a la prestación del servicio, liberándolo de la custodia del bien. La Corte señaló que, a partir de un análisis sobre el objeto del contrato se puede constatar que, en todo servicio que requiera la entrega de un bien, implica, necesaria e indispensablemente, la obligación de cuidado de ese bien.⁷⁶ Así, esta cláusula recae sobre la obligación esencial. Por otro lado, estimó, a través de un segundo análisis, que la cláusula exonerativa de responsabilidad sería inválida por existir dolo, en razón de que el deudor se exime, por intermedio de dicha cláusula, de la obligación esencial que es propia de la naturaleza de ese contrato.⁷⁷

Al respecto, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es interesante considerar el contrato de seguros. Este permite pactar cláusulas delimitadoras que describen, especifican e individualizan el riesgo que será objeto de cobertura.⁷⁸ Evidentemente, este contrato incluye estipulaciones que tienen una incidencia directa sobre su objeto contractual, pues las partes lo celebran por su aversión al riesgo. Al mismo tiempo, la aseguradora tiene la

⁷³ Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 30.

⁷⁴ *Ibid.*, 125.

⁷⁵ Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 30.

⁷⁶ Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 187.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Abel B. Veiga Copo, "Sobre el seguro de responsabilidad civil", en *Derecho de Daños 2013*, dir. M. Herrador (Pamplona: Thomson Reuters. 2013), 710.

obligación de delimitar las obligaciones y, consecuentemente, establecer los riesgos que serán cubiertos dentro del mismo.⁷⁹

Sobre este contrato ha existido un debate en relación al tipo de cláusulas que se deben pactar para que cumpla con su finalidad. La jurisprudencia y la doctrina han establecido que, dentro del contrato de seguro, es posible pactar cláusulas delimitadoras respecto de su objeto mismo, en razón de que los riesgos son diversos y de diferente índole.⁸⁰ De esta manera, aquellas cláusulas escapan al tamiz de validez al que están sometidas las cláusulas limitativas, y se permiten aquellas que versan sobre la obligación principal.

Cabe recalcar que, en algunos regímenes jurídicos como Alemania, Inglaterra y Estados Unidos, se ha superado el debate de las cláusulas que versan sobre la obligación esencial. Por ello, se permite que las partes estipulen cláusulas de irresponsabilidad únicamente con la salvedad de que estas no contraríen el principio de la buena fe contractual y que, en dicha cláusula, exista un equilibrio entre las partes.⁸¹ De esta manera, se indica que no tiene sentido prohibir la estipulación de cláusulas de responsabilidad sobre el incumplimiento de obligaciones esenciales.

Es necesario entonces que el juzgador pueda hacer un análisis de doble control para que, antes de declarar la nulidad de una cláusula por tratarse de la obligación principal, pueda definir exactamente si la estipulación perjudica la integridad contractual y la obligación inherente a la convención. Se destaca en este punto el trabajo de la Corte Suprema de Colombia, pues realizó este análisis desde dos perspectivas.

Si bien la diferencia entre las cláusulas puede ser relativamente simple de observar dentro de la teoría, determinar esta diferencia en la práctica no es trabajo fácil. En consecuencia, resulta indispensable que la jurisprudencia aplique un control de validez único, que permita examinar los límites frente a cada caso concreto, pues las partes podrían redactar las cláusulas de una manera tal que no sería factible diferenciar entre unas y otras.⁸²

En el sistema jurídico ecuatoriano, ya existe un régimen especial para los consumidores, el cual prohíbe las cláusulas eximentes, restrictivas o limitativas de responsabilidad y se refieren a ellas como 'cláusulas abusivas' en los contratos de adhesión.⁸³ Por ello, a continuación, se estudiarán los límites generales a

79 Ibid., 688.

80 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 148.

81 Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 33.

82 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 150.

83 Artículo 42, LODC.

las cláusulas restrictivas de responsabilidad para, posteriormente, llegar a los límites especiales: las relaciones de consumo.

7. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y A LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD

7.1. ORDEN PÚBLICO

La autonomía de la voluntad y, consecuentemente, la libertad contractual no son facultades absolutas. Los límites generales a estos principios se encuentran establecidos en los artículos 1561 y 1477 del CC, delimitaciones que guían a la autonomía privada, para que, en virtud de los negocios jurídicos celebrados, se garantice la protección y no vulneración de la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.⁸⁴

En primer lugar, el orden público contempla aquellas cláusulas generales que regulan y otorgan flexibilidad a los negocios jurídicos, para salvaguardar los valores y creencias de un determinado lugar.⁸⁵ Así, el orden público está conformado por aquellos preceptos o directrices que se consideran no disponibles jurídicamente. Las leyes imperativas, principios generales del derecho y valores recogidos por el ordenamiento jurídico conforman el orden público.⁸⁶

Para efectos de este análisis, se considerará que el orden público engloba a las limitaciones legales, valorativas y morales que inciden en el orden privado. El orden público contractual se considerará a través de dos aristas: (i) el orden público político y (ii) el orden público económico. El primero hace referencia a la organización social del Estado y la libertad del individuo. El segundo a un conjunto de reglas imperativas que aplican cuando se produce un daño a los sujetos de derecho.⁸⁷

Para garantizar que las partes no vulneren el orden público en virtud de la autonomía de la voluntad, es necesario que las estipulaciones contractuales se enmarquen en la ley y la buena fe. Dicho esto, debe tomarse en cuenta que hay ámbitos dentro de los cuales los particulares podrán excluir o limitar la responsabilidad, en virtud de las cláusulas que permiten lograr ese efecto —eximentes o limitativas—, siempre y cuando en aquellas no exista una vulneración al orden público.⁸⁸

⁸⁴ Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 130.

⁸⁵ Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 161.

⁸⁶ Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 132.

⁸⁷ Gual, *Cláusulas de limitación y exoneración*, 220.

⁸⁸ Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 137.

El orden público, además, contempla normas imperativas que limitarán la libertad de los particulares. Así, la LODC establece la prohibición de pactar las cláusulas abusivas en relaciones donde existe una parte débil como son las relaciones de consumo, un ámbito dentro del cual se evidencia la presencia de un orden público proteccionista respecto al equilibrio contractual.⁸⁹ De esta forma, se salvaguardan los intereses de los consumidores en sus relaciones jurídicas.⁹⁰

El artículo 1563 del CC permite a las partes modificar la responsabilidad en virtud de la convención. Queda entonces establecido que, el pactar este tipo de cláusulas en otras relaciones diferentes de aquellas establecidas entre proveedor y consumidor es, en principio, válido. Sin embargo, resulta importante recordar que otros límites pueden también interferir dentro de la regulación de las cláusulas restrictivas y, a su vez, poner en discusión la posibilidad de que una cláusula restrictiva de responsabilidad puede constituir o no una renuncia de la acción para el acreedor.

Finalmente, el orden público se refiere también a la posibilidad de pactar cláusulas respecto a los daños sufridos,⁹¹ la buena fe y el abuso del derecho. Este trabajo no pretende analizar cada uno de estos aspectos, pero debe mencionarse que la amplitud del orden público es, sin lugar a dudas, una limitación a las cláusulas restrictivas de responsabilidad. A continuación, se desarrollará el dolo futuro como límite legal a las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

7.2. DOLO FUTURO Y CULPA GRAVE

Otro límite que incide dentro del pacto de las cláusulas restrictivas de responsabilidad es el dolo. El dolo en materia contractual debe ser entendido como la actitud del deudor por la que “[...] de forma deliberada y sin que haya causa extraña que se lo impida, incumple sus obligaciones [...]”.⁹² Cabe señalar que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito extracontractual, no se precisa que el deudor tenga la intención de causarle un daño al acreedor; basta tan solo el incumplimiento deliberado de la obligación.

El dolo constituye la acción u omisión del deudor en la que, de forma consciente, incumple sus obligaciones.⁹³ A partir de este incumplimiento se genera el daño y las consecuencias que nacen de aquel son las que el deudor buscó y, sin embargo, no adoptó las medidas necesarias para evitar que suceda. Por

89 Gual, *Cláusulas de limitación y exoneración*, 221.

90 *Ibid.*, 221.

91 Las cláusulas restrictivas de responsabilidad en relaciones médico-paciente han sido altamente discutidas. La posición a favor de pactarlas contempla que ciertos tratados internacionales establecen *plafonds* que avalúan las pérdidas sufridas por las personas en accidentes. Otros autores consideran que las relaciones médicas son de orden público, por tanto, la limitación del médico podría ser muy perjudicial para el desarrollo del tratamiento al paciente.

92 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, (Bogotá: Legis, 2010), 11-31.

93 Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 156.

ello, para hablar de su existencia, es fundamental que el sujeto conozca la cualidad del daño producido, de lo contrario se trataría del vicio de error.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo 1481 del CC prescribe que la condonación del dolo futuro no tiene validez.⁹⁴ Manuel García ha mencionado que este artículo tiene particular relación con el límite descrito en la sección anterior —el orden público—; puesto que las convenciones que atenúan la responsabilidad procedente del dolo atentan contra este límite. García menciona que el contrato es un instrumento base para la organización social y, por tanto, el eliminar la responsabilidad por dolo, conllevaría a la supresión del contrato mismo.⁹⁵

Se ha mencionado, por otro lado, que las cláusulas restrictivas que condonen el dolo futuro, pueden interferir con el principio fundamental que establece que el contrato es ley para las partes, facultando así el incumplimiento del deudor.⁹⁶ De hecho, se han desarrollado otras consideraciones respecto al dolo como límite de las cláusulas materia de estudio puesto que, al pactar este tipo de estipulaciones, se configuran condiciones suspensivas meramente potestativas del deudor, prohibidas por el CC. Dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento de la obligación, conlleva la nulidad de dicha cláusula.⁹⁷

También se ha establecido que el contemplar cláusulas restrictivas de responsabilidad dolosas en los contratos onerosos, incide sobre el elemento —causa— de los contratos, pues al pactarlas no existiría una contraprestación para el cumplimiento del deudor. De estas consideraciones se entiende que la autonomía de la voluntad de los contratantes no puede sobrepasar el límite del dolo y, por ende, las cláusulas de irresponsabilidad que condonen el dolo futuro no tendrían validez.

La jurisprudencia ecuatoriana ha establecido la nulidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando exista dolo. En este contexto, la Corte Suprema de Justicia señaló —con motivo de un contrato de transporte— que limitar la responsabilidad del deudor a 1.000,00 sucres respecto de la pérdida de la mercadería, atentó contra la prohibición de condonar el dolo futuro. Ello, puesto que se comprobó por facturas, que el valor de la mercadería era superior al que estableció la cláusula de limitación de responsabilidad.⁹⁸ El análisis realizado por la Corte en este caso se subsume en que, si el acreedor pudo comprobar el valor de las mercaderías, pactar una cláusula limitativa de responsabilidad implicaría condonar el incumplimiento, pues lo que corresponde es resarcir por el monto exacto.

⁹⁴ Artículo 1481, CC.

⁹⁵ García, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad*, 139.

⁹⁶ *Ibid.*, 138.

⁹⁷ *Ibid.*, 139.

⁹⁸ Juan José Bustamante c. Víctor Encalada, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 9 de abril de 1998, pág. 2787.

Cabe preguntarse si el límite del dolo respecto a las cláusulas restrictivas de responsabilidad se extiende hacia la culpa grave, pues no es ajeno el debate de equiparar la culpa grave al dolo. En el sistema jurídico ecuatoriano existen artículos que corroboran esta similitud. El artículo 29 del CC establece en su primer inciso que la culpa grave equivale al dolo.⁹⁹ En este sentido, se deja de lado el debate que, en otros ordenamientos, por falta de una norma expresa que contenga tal equiparación, todavía existe. No obstante, hay criterios que optan por declarar la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad aun cuando existe culpa grave.¹⁰⁰

Estos criterios surgen de un análisis extensivo de la norma pues hay quienes consideran que, si bien la culpa grave se equipara al dolo, no sucede lo mismo de forma contraria. Así, aquellas cláusulas que incurran en la culpa grave del deudor, serían en principio válidas por no alcanzar el límite prescrito sobre la condonación del dolo futuro y, para analizar si el deudor ha incurrido en culpa grave, se debe comparar su conducta respecto a un deudor ideal.¹⁰¹ Se adelanta al lector que el criterio anteriormente expuesto no se comparte en razón de que, a pesar de que no exista una prohibición expresa como es la condonación del dolo, la culpa grave también constituye materia de orden público.¹⁰²

Por otro lado, el artículo 1574 del CC contempla que el deudor responde únicamente por aquellos perjuicios que se previeron o pudieron preverse al momento de la suscripción del contrato. La norma establece que, si existe dolo, el deudor responde por aquellos perjuicios que son resultado inmediato o directo de cumplirse la obligación.¹⁰³ Entonces, el legislador realiza una extensión de la responsabilidad en caso de verificarse la conducta dolosa del deudor, ratificando su consideración como límite en el tema tratado. En este contexto, una cláusula que exima o limite la responsabilidad del deudor respetando los límites del dolo y culpa grave, sería, en principio, válida.¹⁰⁴

7.3. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE CONSUMO COMO LÍMITE ESPECÍFICO A LAS CLÁUSULAS DE IRRESPONSABILIDAD

El derecho de consumo en el Ecuador es proteccionista respecto a los sujetos que intervienen dentro de dichas relaciones, en especial el consumidor. La asimetría existente en los negocios jurídicos de este tipo justifica la preocupación del legislador por establecer normas que salvaguarden los derechos del

99 Artículo 29, CC.

100 Tal es el caso de Albaladejo y Castán (Manuel Albaladejo García y José María Castán Vázquez), quienes optan por declarar la validez de las cláusulas por cuanto no existe prohibición de renunciar la acción para exigir la responsabilidad proveniente de culpa, siempre que no deje de ser culpa y se convierta en dolo. García, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad*, 145.

101 *Ibid.*, 146.

102 *Ibid.*, 147.

103 Artículo 1574, CC.

104 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 162.

consumidor, considerado como la parte débil en la relación contractual. En consecuencia, el principio de protección del consumidor es el “[...] responsable del endurecimiento de las condiciones de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad”.¹⁰⁵

Las relaciones de consumo son aquellas en las que el consumidor es el destinatario final del producto o servicio materia de la relación contractual.¹⁰⁶ En otras relaciones, si bien hay proveeduría de bienes o servicios, como en el caso de la distribución, el distribuido no es el destinatario final de ese producto, y, por lo tanto, no se encuentra en la esfera de protección de las relaciones de consumo. La LODC en su artículo 42 establece la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas,¹⁰⁷ entre ellas: las que “[...] limiten, exoneren o atenúen la responsabilidad”.¹⁰⁸ En este contexto, existe una prohibición expresa y consecuentemente, una sanción de nulidad para aquellos contratos que las contemplan.

La doctrina ha realizado distintos análisis sobre la sanción, la presunción de abuso y el carácter de las cláusulas de irresponsabilidad en materia de consumo, considerando este ámbito un límite especial para la autonomía de la voluntad. Incluso, ha establecido que pactarlas contraría el orden público.¹⁰⁹ De esta manera, la particular desventaja encontrada es la inclusión de las cláusulas restrictivas dentro de los contratos de adhesión.¹¹⁰ Los contratos de adhesión son una figura que ha recibido varias críticas por considerar que en ellos no existe la voluntad —el elemento esencial para celebrar un contrato—. Esto se fundamenta en que, generalmente, las cláusulas existentes en dichos contratos no fueron discutidas por las partes, sino interpuestas por el proveedor del bien o servicio.¹¹¹

El derecho colombiano se ha encargado de clasificar dichas cláusulas en tres tipos: (i) cláusulas blancas: aquellas en las que el juez debe determinar en cada caso el carácter abusivo; (ii) cláusulas grises: implican una presunción legal que admite prueba en contrario para demostrar que estas no son abusivas; (iii) cláusulas negras: establecen una presunción de derecho respecto de lo abusivo de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.¹¹²

Con la finalidad de dejar sentada una idea sobre las cláusulas abusivas en materia de derecho de consumo, se describe el caso chileno de *Milad vs. ADT Securities*. Las mencionadas empresas celebraron un contrato de servicios de

105 Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 233.

106 Artículo 2, LODC.

107 En materia de consumo, las cláusulas abusivas engloban a las limitativas, exonerativas y atenuantes.

108 Artículo 42, LODC.

109 José Manuel Gual Acosta, “Cláusulas restrictivas de responsabilidad. Observaciones al régimen vigente y propuestas de reforma” *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* 8, (Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2008): 26.

110 Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 17.

111 Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, 214. En el mismo sentido, la sentencia No. 10253 de Colombia, establece que en los contratos de adhesión opera la autonomía de la voluntad. Es decir que, la adhesión como tal, no excluye la participación voluntaria de quien la hace.

112 Díaz, “Límites a las cláusulas modificativas”, 171.

supervisión remota de alarmas, en el que ADT se obligó a supervisar la seguridad de los establecimientos de Milad. Sin embargo, estos fueron objeto de robo sin que la empresa de seguridad lo haya detectado. En su defensa, ADT alegó que el contrato tenía una cláusula eximente de responsabilidad en caso de que se cortaran los cables que transmitían la señal de la alarma.¹¹³

La Corte de Apelaciones declaró la invalidez de ese tipo de cláusulas por considerarlas abusivas, debido a que excluyen el deber de la empresa de responder por la obligación de seguridad.¹¹⁴ A partir del presente caso, se evidencia que el tratamiento de las cláusulas abusivas en materia de consumo es totalmente distinto de aquel establecido en materia civil, en virtud de que se presume lo abusivo de la estipulación cuando se trata de la responsabilidad de la persona que presta el servicio o vende el producto.¹¹⁵

El ordenamiento jurídico ecuatoriano ha establecido cláusulas que contemplan la presunción de derecho y la sanción de nulidad absoluta, por lo que podrían considerarse negras.¹¹⁶ Si bien esta posición enmarca una protección y facilidad para la parte débil de la relación jurídica, muchos autores han criticado las normas de este tipo, por considerarlas excesivas.¹¹⁷ Es importante recordar que los derechos del consumidor tienen rango constitucional.¹¹⁸ Por ello, estipular las cláusulas restrictivas en cualquiera de sus tipos conllevaría a un análisis constitucional sobre las facultades del consumidor, y consecuentemente, de reforma de la LODC. Por el momento, el presente trabajo dejará de lado las relaciones de los consumidores.

Finalmente, los límites estudiados –generales o específicos– en materia de cláusulas restrictivas de responsabilidad, permiten delimitar el campo de actuación de estas figuras, dejando a salvo si es que una vez cumplidos estos límites las partes pueden pactarlas en sus relaciones contractuales o si, por el contrario, establecer estas estipulaciones constituye una renuncia al derecho de acción y, por lo tanto, serían inválidas dentro de los contratos. Tal como se ha establecido en los acápites precedentes, la respuesta no resulta sencilla. A continuación, se configurará la posición dentro del debate propuesto a lo largo del presente trabajo.

8. VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD:

113 Snack Adventure Alimentos Limitada c. ADT Security Services S.A, Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de octubre de 2014, párr. 468.

114 Rodrigo Momberg Uribe, "Derecho de Consumo", *Revista Chilena de Derecho Privado* 25, (2015): 282.

115 Un caso similar ocurrió en Ecuador. Ver Expediente de Casación 254, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de junio de 2006, pág. 5.

116 Las cláusulas mencionadas se observan en la LODC.

117 Abeliuk, *Las obligaciones*, 851.

118 Artículo 52, Constitución de la República del Ecuador.

¿EXISTE UNA RENUNCIA AL DERECHO DE ACCIÓN?

Luego de analizar los límites a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, es necesario acudir a la discusión sobre la renuncia al derecho de acción que finalmente desemboca en la validez o invalidez de la figura. En primer lugar, se establece que las cláusulas de irresponsabilidad se pactan con anterioridad a la producción del incumplimiento y del daño y, consecuentemente, la responsabilidad a la que da lugar. Dado que las estipulaciones contractuales son previas al incumplimiento, no puede existir una renuncia al derecho de acción pues, por definición, ésta es el abandono de un derecho que se tiene o de una situación en la que se está.¹¹⁹

Entonces, tal como menciona Natalia Álvarez, las cláusulas restrictivas no son una renuncia al derecho de acción sino, por el contrario, un acto de exclusión de la eficacia de la ley.¹²⁰ Los actos de exclusión de la eficacia de la ley son aquellos pactos a través de los cuales los sujetos intervinientes excluyen disposiciones normativas que aplicarían si no se realizara tal estipulación. En este sentido, las cláusulas restrictivas no son una renuncia a un derecho adquirido, porque este nace únicamente con el incumplimiento que da lugar a la acción para reclamar los daños y perjuicios. Sin su existencia, las partes no renuncian a un derecho sino a la mera expectativa de aquel.

Cabe señalar que, si la renuncia se produce después del incumplimiento, ello no acarrearía los problemas que atañen al presente enunciado pues, si las partes ya conocen el valor de la reparación por el incumplimiento, se vuelve menos riesgoso pactar las cláusulas de irresponsabilidad.¹²¹ Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa mercantil donde la pérdida de mercadería y el daño tengan un valor de 700 dólares, será más fácil poder renunciar al derecho de indemnización, toda vez que las partes tendrían pleno conocimiento previo del posible daño.

En síntesis, la renuncia *per se* ataca a un derecho subjetivo, es decir, a aquellas facultades que tienen las personas de hacer o no hacer algo. Hernando Devis Echandía explica que la renuncia se realiza sobre un derecho sustancial subjetivo y la obligación correlativa del sujeto.¹²² Por el contrario, las cláusulas eximentes y limitativas de responsabilidad atacan al derecho objetivo, es decir a la norma misma.

En materia de responsabilidad contractual, el pacto de estas cláusulas excluye a la disposición del artículo 1573 del CC, que establece que la indemnización

119 Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 6-8.

120 Ibid.

121 Ibid., 7.

122 Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004), 79.

de perjuicios se debe a partir de que el deudor es constituido en mora o desde el momento de la contravención, en caso de obligaciones de no hacer.¹²³ En consecuencia, al no existir una renuncia del derecho de acción, los fundamentos de validez toman fuerza. De esta manera, cumplidos los requisitos de los límites a la autonomía de la voluntad y los límites especiales, se establece que las cláusulas restrictivas de responsabilidad son válidas.

9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El presente trabajo determinó dos posturas sobre la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. La postura que defiende la invalidez de dichas cláusulas considera que emplearlas constituye impulsar la negligencia del deudor en el cumplimiento de las obligaciones o el uso de estas cláusulas como una renuncia al derecho de acción. La posición que se argumentó en este trabajo es novedosa porque recoge la validez de la figura dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, tema que no ha sido abordado anteriormente.

La validez de las cláusulas se respaldó sobre la base de criterios doctrinarios de José Manuel Gual y Natalia Álvarez, quienes esgrimen el argumento sólido de que pactar dichas cláusulas no constituye una renuncia al derecho de acción. Por el contrario, constituye una exclusión de la eficacia de la ley, pues su pacto se realiza previo al incumplimiento y consecuentemente a la existencia de un daño. De esta manera, se evidencia que es la autonomía privada el poder concedido a los particulares para que regulen sus intereses y puedan pactar las cláusulas restrictivas de responsabilidad en sus relaciones comerciales.

A su vez, la legislación y documentos internacionales recogen los principios que promueven la uniformidad en el tratamiento de las cláusulas restrictivas para dotar de validez a su estipulación. En consecuencia, las relaciones comerciales requieren la implementación de las cláusulas restrictivas en el marco de la contratación, para disminuir o suprimir el riesgo que acarrearán los negocios jurídicos.

Dentro de este contexto, se recuerda al lector que el carácter de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad está supeditado a los límites propios de los negocios jurídicos y los especiales que inciden en su tratamiento. Se describió cada uno de ellos para delimitar que esta validez no es absoluta, sino que debe cumplir con el respeto al orden público y que no aplica en las relaciones de consumo o si estas cláusulas versan sobre la obligación principal. Respecto de las cláusulas que versan sobre la obligación principal, es necesario recalcar que el pactarlas elimina cualquier intención seria del cumplimiento de la obligación. Por lo tanto, a través de la jurisprudencia, se debe realizar un control de validez que permita examinar los límites en cada caso concreto,

123 Artículo 1573, CC.

de manera que se declare la invalidez de las cláusulas que tengan por objeto suprimir el cumplimiento de la obligación principal.

Una de las limitaciones que se encontró a lo largo del estudio, es la falta de doctrina y jurisprudencia que traten las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el Ecuador. No obstante, el desarrollo de esta figura en otros países permitió su estudio y delimitación. Específicamente, a través de un análisis de derecho comparativo con la jurisprudencia colombiana, se determinó que, en ciertos casos, la invalidez de las cláusulas se produce porque fueron pactadas con dolo o porque se subsumían en relaciones de consumo, expresamente prohibidas por la ley.

Es imprescindible que la Corte Nacional de Justicia estudie a fondo las cláusulas restrictivas de responsabilidad en sus decisiones y desarrolle una línea jurisprudencial aplicable para el tratamiento de validez de las cláusulas. De esta manera, se contribuye al mejoramiento de las relaciones contractuales en cada caso en concreto.

Finalmente, a partir de este trabajo nacen dos recomendaciones. La primera es el desarrollo de un sistema uniforme dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano que regule el tratamiento de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Ello, con la finalidad de limitar las arbitrariedades en su valoración y brindar una guía al intérprete. Como segunda recomendación, una vez analizada la validez de estas cláusulas en el ámbito contractual, en trabajos futuros se podrá estudiar su validez en el ámbito extracontractual.

A | G Almeida
— | — Guzmán
& | A Asociados

ESTUDIO JURÍDICO | LAW FIRM

Dirección: Whymper N27-70 y
Orellana, Edificio Sassari, Piso 8
Teléfonos: (593-2) 292-8115 /
292-8148 / 292-8181

Email: law@almeidaguzman.com
Web Site: www.almeidaguzman.com
Quito D. M., Ecuador





ABOGADOS

**estamos con
nuestros clientes**
en todas las fases del conflicto.

somos especialistas
en disputas cuya resolución
requiere de un manejo
minucioso y estratégico.

Derecho de competencia y economía digital en Ecuador: reflexiones sobre mercados relevantes y abusos de posición de dominio

Competition Law and Digital Economy on Relevant Markets and Abuses of Dominant Position

KEVIN DAMIAN ORTIZ ARIAS*

Recibido / Received: 21/01/2023

Aceptado / Accepted: 10/03/2023

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2892>

Citación:

Ortiz Arias, K. “Derecho de competencia y economía digital en Ecuador: reflexiones sobre mercados relevantes y abusos de posición de dominio”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 1, mayo de 2023, <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2892>

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: ortizariaskevin6@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/%200000-0002-3865-5550>

RESUMEN

En 2021 se publicó el examen inter-pares sobre el Derecho y Política de Competencia en Ecuador, realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) junto con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Una de las conclusiones a las que arriba el informe es que los mercados digitales presentan a la autoridad de competencia un nuevo conjunto de desafíos. El presente artículo brinda una aproximación hacia ellos. Para esto, revisita los conceptos de definición de mercado y abuso de posición dominante a la luz de la actual ley de competencia. Así mismo, ofrece recomendaciones sobre las particularidades que la agencia de competencia ecuatoriana debería considerar a la hora de efectuar la definición de mercados digitales. Finalmente, estudia los principales tipos de abuso que pueden tener lugar en esta clase de economías.

PALABRAS CLAVE

Derecho de competencia; economía; mercados digitales; mercados relevantes; dominancia; abusos de poder de mercado

ABSTRACT

In 2021, the peer review on Competition Law and Policy in Ecuador carried out by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) together with the Inter-American Development Bank (IDB) was published. One of the conclusions reached by the report is that digital markets present competition authorities with a new set of challenges. This article provides an approach to such challenges. To do this, it revisits the concepts of market definition and abuse of a dominant position in light of the current competition law. Likewise, it offers recommendations on the particularities that the Ecuadorian competition agency should consider when defining digital markets. Finally, it studies the main types of abuse that can take place in this kind of economies.

KEYWORDS

Competition law; economy; digital markets; relevant markets; dominance; abuse of market power

1. INTRODUCCIÓN

“Se nos ha reservado a nosotros el «privilegio» de participar de lleno en todo aquello que, por lo general, la historia asigna cada vez a un solo país y un solo siglo”.

Stefan Zweig a la humanidad, 1941.¹

Los mercados digitales poseen ciertas características que los diferencian por completo de los mercados tradicionales. En general, cuando se trata de un entorno digital, los operadores económicos no despliegan la dinámica competitiva en el mercado, sino por el mercado.² Visto así, los agentes que participan de este contexto tienen incentivos diferentes para operar. Verbigracia, los mercados digitales generalmente funcionan sobre la base de los efectos de red, pues el valor de los bienes o servicios ofertados aumenta en la medida en que más usuarios los adquieran. Por ello, a corto plazo, las compañías están incentivadas a direccionar sus esfuerzos hacia el crecimiento operativo, prefiriéndolo incluso por sobre la maximización de su utilidad individual.³

Además, los mercados digitales son altamente concentrados debido a que existen muchas barreras de entrada de índole tecnológico y financiero.⁴ Así mismo, cuentan con la particularidad de ser dinámicos ya que los operadores económicos no compiten solo por precios sino, sobre todo, por innovación.⁵ Observado lo anterior, no es extraño que el examen inter-pares sobre el derecho de competencia ecuatoriano haya concluido que la economía digital representa para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM), un nuevo conjunto de desafíos.⁶

Considerando la naturaleza de esta clase de mercados, definirlos, determinar si hay o no operadores que ostenten dominancia, y establecer el cometimiento de un abuso; son tareas especialmente complicadas.⁷ Por ello, en este trabajo se revisarán los enfoques tradicionales sobre definición de mercado pertinente, dominancia y abusos, en Ecuador, a fin de complementarlos con reflexiones sobre los mercados digitales. Además, se analizarán las particularidades a tomar en cuenta al momento de definir estos entornos, con énfasis

1 Stefan Zweig, *El mundo de ayer: Memorias de un europeo* (Barcelona: Acanalado, 2012), 3.

2 Alison Jones, Brenda Suffrin, y Niamh Dunne, *EU Competition Law. Text, cases, and materials* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 60.

3 Claudia C. Cantell, “Abuse of Dominance in the Digital Era”, *Stockholms Universitet* (2021): 9-10, <https://su.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A1635272&dsid=-1421>.

4 Daria Kostecka-Jurczyk, “Abuse of Dominant Position on Digital Market: Is the European Commission Going back to the Old Paradigm?”, *European Research Studies Journal* 24, no. 1 (Febrero 2021): 121, 10.35808/ersj/2033.

5 Ibid.

6 OECD, *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Ecuador* (Ecuador: OECD, 2021), 148. <https://www.oecd.org/daf/competition/ecuador-examenes-inter-pares-sobre-el-derecho-y-politica-de-competencia-2021.pdf>.

7 Kostecka-Jurczyk, “Abuse of Dominant Position on Digital Market”, 121.

en las mutaciones que puede experimentar el ejercicio de delimitación por la naturaleza de los mismos. Finalmente, se examinarán los principales tipos de abusos que pueden ocurrir en ellos.

2. DESARROLLO

2.1. HACIA UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

En aras de explicar este acápite de forma apropiada, se debe partir de un presupuesto indispensable. A saber, que “previo a determinar un abuso de posición dominante, es necesario establecer la existencia de una posición dominante en un mercado determinado, lo que presupone que dicho mercado ya ha sido definido”.⁸ Como se puede advertir, los conceptos de mercado relevante, dominancia y abuso, se encuentran íntimamente relacionados entre sí. En caso de faltar el primer elemento, no podría concluirse que un operador ostenta poder de mercado sustancial y, consecuentemente, tampoco tendrían cabida las distintas hipótesis de abusos. A continuación, se analizará cada componente.

2.1.1. DEFINICIÓN DE MERCADOS RELEVANTES EN ECUADOR

La definición de mercado relevante es una herramienta que sirve para identificar qué productos o servicios son sustitutos, tan cercanos entre sí, que ejercen presiones competitivas sobre el comportamiento de los operadores económicos.⁹ De ello se desprende que la definición del mercado no es un fin en sí mismo. Más bien, es un medio para evaluar el grado de competencia efectiva.¹⁰ En Ecuador, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM o, simplemente, la Ley) prescribe que, antes de determinar el cometimiento de cualquier infracción y aplicar su correlativa sanción, la SCPM debe necesariamente establecer el mercado relevante caso por caso.¹¹ Para ello, la Ley señala que se debe tomar en cuenta el mercado de producto o servicio y el geográfico.

Por un lado, el mercado producto comprende los bienes o servicios que se consideran como sustitutos por parte del consumidor. Al respecto, es preciso tomar en cuenta –entre otros factores– las preferencias del cliente, las características, usos y precios de los productos o servicios examinados, las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.¹² Al momen-

8 Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law. Text, cases, and materials* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 63.

9 Ibid., 62.

10 Simon Bishop y Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), 119.

11 Artículo 5, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM]. R.O. Suplemento 555, de 13 de octubre de 2011.

12 Id.

to de determinar si ciertos bienes o servicios integran el mismo mercado, la dimensión más importante es la sustitución de la demanda —aunque, por supuesto, también se debe tomar en cuenta la sustitución de la oferta—. La sustituibilidad desde el lado de la demanda sirve para establecer si el consumidor considera a dichos bienes o servicios como intercambiables. De ser este el caso, entonces se puede concluir que integran el mismo mercado relevante.¹³

Por otro lado, el mercado geográfico comprende la zona en la que se comercializan los productos o se prestan los servicios, y en donde las condiciones competitivas son tan homogéneas, que es posible diferenciarla de otras zonas geográficas.¹⁴ Para arribar a dicha conclusión, es menester considerar los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras existentes.¹⁵ En este punto es forzoso recalcar que, aun cuando no se menciona expresamente en la Ley, también es indispensable delimitar al mercado temporal, ya que “las condiciones competitivas pueden variar de una temporada a otra, por ejemplo, debido a cambios climáticos o a los hábitos de los consumidores. Visto así, un operador puede ostentar poder de mercado durante una parte del año, pero no en otras”.¹⁶

A la hora de efectuar definiciones de mercados digitales, la SCPM debe tomar en cuenta los tres mercados mencionados. Sin embargo, dado que esta clase de economías tienen una operatividad muy distinta, se deben considerar varios puntos que, en caso de pasar desapercibidos, pueden conllevar a una errónea delimitación del mercado pertinente.

A manera de ejemplo, y como se analizará en detalle posteriormente, una de las herramientas más empleadas al momento de realizar la definición de un mercado es el test *Small but Significant Non-transitory Increase in Price* (en adelante SSNIP). Este consiste en aumentar hipotéticamente el precio de un bien o servicio, para evaluar si tal incremento provoca que el consumidor deje de adquirirlo y migre hacia otro.¹⁷ De por sí, dentro de un mercado tradicional, el test ya presenta una limitación importante: aun cuando un operador económico no pueda subir sus precios de forma rentable, eso no implica necesariamente que no sea dominante. Tal postulado se conoce como la falacia del celofán, cuyo antecedente histórico fue el caso *E.I du Pont* en 1956.¹⁸ Por un lado, el Departamento de Justicia acusaba a *du Pont* de ser dominante en el mercado del celofán. Por otro lado, la compañía demostró que, al aplicar el SSNIP y aumentar el precio de este material, el resultado era que sus clientes migrarían hacia otros productos supuestamente sustitutos. Con base en este razonamiento, la Corte Suprema de Estados Unidos falló a favor de la firma y declaró que no poseía dominancia.¹⁹

13 Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 63.

14 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (New York: Oxford University Press, 2012), 39.

15 Artículo 5, LOCRPM.

16 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 41.

17 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 31.

18 *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, Corte Suprema de Estados Unidos, 11 de junio de 1956.

19 Lawrence J. White, “The Dead Hand of Cellophane and the Federal Google and Facebook Antitrust Cases: Market Delinea-

Sin embargo, la Corte no consideró que si un operador económico ya ostenta dominancia, y cobra precios supra competitivos desde antes de la elaboración del SSNIP, por supuesto que el aumento hipotético del precio provocará que el usuario migre hacia otros bienes o servicios, pero no necesariamente porque sean sustitutos, sino porque el monopolista ya está cobrando el precio máximo que el cliente está dispuesto a pagar.²⁰ Ahora bien, la situación se agrava en un mercado digital donde el precio que se cobra por un bien o servicio generalmente es cero. En este caso, además de enfrentar la incuestionable complejidad que trae consigo la falacia del celofán, la SCPM debe franquear el obstáculo de que, al aplicar el SSNIP, es muy probable que no cuente con un precio que aumentar o reducir.

En Ecuador, la importancia jurídica de efectuar correctamente la definición de un mercado relevante es que, si esta presenta fallas, se puede declarar la nulidad del procedimiento administrativo sancionador. Al respecto, resulta ilustrativo el caso Conecel S.A. en el que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones denunció al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones por haber incluido cláusulas de exclusividad en los contratos de arrendamiento de inmuebles donde tenía instalada su infraestructura. Esto, supuestamente, generaba barreras de entrada para los nuevos operadores económicos. Sin embargo, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM definió erróneamente el mercado pertinente y eso conllevó la anulación de la decisión por parte del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.²¹

Con base en todo lo expuesto, cuando la SCPM efectúe definiciones de mercados digitales, es obligatorio que posea sólidos conocimientos sobre las características de este tipo de economías, ya que tales cualidades obligarán a transformar el proceso de delimitación tradicional. Una definición defectuosa permanecerá susceptible de ser anulada.

2.1.2. DOMINANCIA A LA LUZ DE LA LORCPM

Desde una perspectiva jurídica, la Ley conceptualiza a la posición dominante como la capacidad que tienen los operadores económicos de “actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado”.²² Se trata de una definición esencialmente legal, que trae consigo más interrogantes que respuestas a la hora de establecer si un operador ostenta dominancia. Verbigracia, no se aclara si la independencia tiene que ser con respecto de uno solo o todos los actores mencionados.

tion Will Be Crucial”, *The Antitrust Bulletin*, no.1 (Marzo 2022): 114-115, <https://doi.org/10.1177/0003603X211067709>.

20 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 32.

21 OECD, *Exámenes inter-pares*, 100.

22 Artículo 7, LORCPM.

Así pues, en la práctica, se ha optado por concluir la posición de dominio desde una perspectiva más bien económica. En este sentido, existe un amplio espectro de posibilidades en cuanto a la posición de un operador en un mercado determinado. Por un lado, está un escenario de competencia perfecta en el que nadie ostenta dominancia. Por otro lado, está un contexto de monopolio donde una sola firma tiene el control. Ahora bien, ambos escenarios son extremos poco probables. En el medio existen varios grados de poder de mercado y toda empresa posee cierto poder.²³ Económicamente, la dominancia o poder de mercado sustancial es la capacidad que tienen los operadores de cobrar precios supra competitivos de manera rentable.²⁴ La jurisprudencia ha sostenido la tesis de que la rentabilidad es fundamental para determinar una posición dominante pues, si estas conductas no le significan una utilidad al operador, está claro que existen suficientes presiones competitivas como para que este no pueda actuar unilateralmente.²⁵

Al considerar el dinamismo de los mercados digitales, es necesario interpretar el concepto de precios en sentido amplio. Esto incluye cualquier forma en que la competencia pueda ser restringida, como las limitaciones en la producción, supresión de la innovación, reducción en la calidad de bienes o servicios, etc.²⁶

Visto así, igual se reputaría dominante al operador que tenga la aptitud de reducir la calidad de sus productos o servicios de manera rentable. Por último, la dominancia no puede “determinarse simplemente por referencia a la cuota de mercado de una empresa”,²⁷ sino que hace falta considerar otros factores en la estructura del mercado como la competencia actual o potencial, barreras de entrada, etc.²⁸

2.1.3. ABUSOS DE PODER DE MERCADO

Por sí solo, no es negativo que un operador económico sea dominante en un mercado determinado. Muchas veces, esto demuestra únicamente la eficiencia del operador respecto de los demás. Así también lo reconoce la LORCPM al prescribir que “la obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general”.²⁹ Según se infiere, lo que se considera pernicioso es abusar de esta

23 Olga Batura, Nicolai van Gorp y Pierre Larouche, “Online Platforms and the EU Digital Single Market”, *E-Economics*, (2015): 10, https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-7/nikolai_van_gorp_-_response_economics_to_the_uk_house_of_lords_call_for_evidence_14020.pdf.

24 OECD, “Practical approaches to assessing digital platform markets for competition law enforcement”, *OECD*, (2019): 21, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2019\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2019)4/en/pdf).

25 U.S. c. Microsoft Corp., Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia, 28 de junio de 2001.

26 Richard A. Posner y William M. Landes, “Market power in antitrust cases”, *Harvard Law Review* 94, no.5 (Marzo 1981): 953, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2551&context=journal_articles.

27 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 181.

28 Ibid.

29 Artículo 7, LORCPM.

posición, para excluir a los competidores por razones distintas a su eficiencia –abusos exclusorios– o para extraer el excedente del consumidor y afincarlo en el proveedor dominante –abusos explotativos–.³⁰ Además, los abusos pueden estar o no relacionados con precios.³¹ Esta categorización tan solo tiene una finalidad práctica, pero no tiene consecuencias jurídicas distintas. De hecho, un acto puede ser explotativo y exclusorio a la vez.

Existen ciertos abusos que pueden cometerse tanto en mercados tradicionales como en mercados digitales y no resultaría útil erigir diferencias en cuanto a su forma de configuración. A pesar de lo anterior, hay nuevas figuras de abusos que, por las características de las economías digitales, únicamente pueden ocurrir dentro de ellas. Estas figuras se analizarán en lo sucesivo.

2.2. MÁS ALLÁ DE LA LORCPM: PARTICULARIDADES EN LA DEFINICIÓN DE MERCADOS DIGITALES

En Ecuador, el desarrollo de economías digitales ha sido relativamente escaso con respecto a otros países de la región. Quizá esto puede explicar por qué el examen inter-pares no dedica recomendaciones exhaustivas al respecto.³² Sin embargo, es innegable que “con la llegada de la pandemia originada por el Covid-19, el mercado ecuatoriano ha vivido un incremento notorio en la comercialización de bienes y servicios a través de plataformas digitales”.³³ Visto así, aun cuando esta clase de economías no sean una realidad patente, su crecimiento *a posteriori* es inevitable. Por lo expuesto, este artículo se anticipa a las consideraciones que debería tomar en cuenta la SCPM a la hora de definir un mercado digital.

2.2.1. MERCADOS DE PRECIO CERO

Como ya se ha mencionado, en mercados digitales el precio no es la única dimensión competitiva, ni siquiera la más importante.³⁴ A pesar de que los productos tienen un precio cero en dinero, no por eso los usuarios los adquieren de forma gratuita, siempre dan algo a cambio.³⁵ Por un lado, teniendo en cuenta que “[l]a moneda de hoy son los datos”³⁶, “[l]os clientes

30 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 192.

31 Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 270.

32 OECD, *Exámenes inter-pares*, 148.

33 Diana Emilia Heredia Pincay y Freddy Lenin Villareal Satama, “El comercio electrónico y su perspectiva en el mercado ecuatoriano”, *ComHumanitas* 13, no. 1 (Junio 2022): 21, <https://doi.org/10.31207/rch.v13i1.333>.

34 OECD, “Abuse of dominance in digital markets”, *OECD*, (2019): 14, <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>.

35 David Adam Friedman, “Free Offers: A New Look”, *New Mexico Law Review* 38, (Agosto 2008): 52, <https://ssrn.com/abstract=1010238>.

36 Edward Wyatt, *Edith Ramirez Is Raising the FTC’s Voice* (New York: New York Times, 2014), <https://www.nytimes.com/2014/12/22/business/federal-trade-commission-raises-its-voice-under-its-soft-spoken-chairwoman.html>.

frecuentemente entregan información como pago a cambio de acceso a productos de precio cero como correos web, búsquedas, redes sociales y servicios de contenido creativo”.³⁷ Tan solo por citar un ejemplo, Google proporciona sus búsquedas de forma gratuita. Sin embargo, con cada una de ellas, el usuario le entrega al buscador información valiosa, por la que no se ve compensado.³⁸ Por otro lado, si bien no se trata de algo monetario sino intangible, los usuarios también pagan prestando su atención a los anuncios. Esto es así porque los servicios digitales gratuitos se sustentan con retribuciones por concepto de publicidad, efectuadas por otros operadores económicos que persiguen el apalancamiento de su reputación con la ayuda de estos mecanismos.

Existe un debate doctrinario respecto del alcance del derecho de competencia en esta clase de mercados. Algunos autores sostienen que si el consumidor no paga por el bien o servicio porque el precio es cero, entonces no podría afectarse su bienestar ni podría medirse la disminución de su excedente, por lo que los mercados digitales deberían escapar a la lógica de la competencia.³⁹ No obstante, hay otro sector de la doctrina que, al parecer, supera esta idea argumentando que, aun cuando el intercambio no es monetario, de todas maneras hay un canje. En este caso, la información y la atención del consumidor funcionan como una suerte de divisa.⁴⁰

Por lo expuesto, a la hora de efectuar la definición de mercados digitales, la SCPM no debe tomar en cuenta la dimensión del precio como algo principal, pues esta arista no siempre reflejará con fidelidad la dinámica competitiva. Lo recomendable en estos casos es realizar la definición con un enfoque cualitativo que se base en la competencia sin precios. Esto se logra a través de “una sólida comprensión de las preferencias, la elasticidad y la sustitución, sea mediante encuestas o documentos internos de la empresa sobre el comportamiento esperado del consumidor”.⁴¹

2.2.2. PLATAFORMAS

Al analizar los mercados digitales, se debe considerar la existencia de plataformas electrónicas que conectan a diferentes grupos de consumidores.⁴² Aunque por regla general estas son de dos lados, eso no excluye la posibilidad de que puedan ser de múltiples lados si es que incorporan a varias partes en una misma

37 John M. Newman, “Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations”, *University of Pennsylvania Law Review* 164, (Julio 2014): 167, https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9504&context=penn_law_review.

38 Para mayor información, ver Mark R. Patterson, “Google and Search-Engine Market Power”, *Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series*, (Julio 2013). <https://jolt.law.harvard.edu/assets/misc/Patterson.pdf>.

39 Miguel Sousa Ferro, “Ceci n’est pas un marché: Gratuity and competition law”, *Concurrences*, no.1 (Septiembre 2014): 11, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2493236>.

40 John Newman, “Antitrust in Zero-Price Markets”, 167.

41 OECD, “Abuse of dominance in digital markets,” 14.

42 *Ibid.*, 15.

transacción. Las plataformas han demostrado generar eficiencia al momento de conectar los lados de la oferta y la demanda, ya que han permitido reducir las asimetrías informacionales que generan incertidumbre en las operaciones.⁴³ Por ejemplo, Amazon enlaza a consumidores y comerciantes para reducir los costos transaccionales en los que ambos pudieren incurrir de no contar con este nexo.⁴⁴

Ahora bien, cuando las plataformas son de dos lados, existe un segmento subvencionado y otro con fines de lucro.⁴⁵ El primero sirve para atraer la mayor cantidad de usuarios posibles y crear un efecto de red. Cuando esto ha ocurrido, los usuarios del segundo lado de la plataforma —que sí es pagado— tienen mayores incentivos para formar parte de la operación.⁴⁶ Es decir, “[l]a plataforma no vende tanto productos, sino que funciona como un medio de conexión, y se le compensa, generalmente a través de alquileres o comisiones, por proporcionar esta conectividad”.⁴⁷ El reto para la SCPM al definir un mercado digital está en decidir si los diferentes lados de una plataforma son mercados distintos o son uno solo. La economía de las plataformas sugiere que no es posible ser dominante en un lado del mercado, pero enfrentar presiones competitivas en el otro.⁴⁸

2.2.3. SSNIP vs. SSNDQ

La prueba del monopolio hipotético o SSNIP, consiste en simular un aumento del 5 al 10 por ciento del precio de un determinado bien o servicio, para evaluar si ese incremento provoca que los consumidores dejen de adquirirlo y, en su lugar, persigan bienes sustitutos.⁴⁹ Si la respuesta es sí, entonces ambos forman parte del mismo mercado relevante.⁵⁰ Tradicionalmente el SSNIP ha sido una herramienta muy útil para determinar la sustituibilidad de los bienes. Al contrario, considerando la lógica de operación de las economías digitales, el test “[n]o funciona cuando el precio inicial es cero y no tiene en cuenta la interdependencia de los precios en diferentes lados de las plataformas”.⁵¹

Por esas razones se ha discutido sobre la posibilidad de transformar el SSNIP en *Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality* (en adelante

43 Geoffrey Parker, Georgios Petropoulos y Marshall Van Alstyne, “Digital Platforms and Antitrust”, *Bruegel Working Papers*, no.6 (Noviembre 2020): 2, <https://www.bruegel.org/sites/default/files/wp-content/uploads/2020/11/WP-2020-06-1.pdf>.

44 Stephane Ciriani y Marc Lebourges, “The Market Dominance of US Digital Platforms: Antitrust Implications for the European Union”, *SSRN Electronic Journal* (Abril 2018): 2, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2977933>.

45 Jean-Charles Rochet y Jean Tirole, “Platform Competition in Two-Sided Market”, *European Economic Association* 1, no.4 (Junio 2003): 992, <https://doi.org/10.1162/154247603322493212>.

46 Marc Rysman, “The economics of two-sided markets”, *Journal of Economic Perspectives* 23, no.3 (Julio 2009): 130, 10.1257/jep.23.3.125.

47 Bruce Hoffman y Garrett D. Shinn, “Self-Preferencing and Antitrust: Harmful Solutions for an Improbable Problem”, *CPI Antitrust Chronicle* (Junio 2021): 3, <https://www.clearygotlieb.com/-/media/files/cpi--hoffman--final-pdf.pdf>.

48 OECD, “Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms”, *OECD*, (2018): 12, <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>.

49 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 192.

50 Alison Jones y Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 67.

51 Olga Batura, Nicolai van Gorp y Pierre Larouche, “Online Platforms and the EU Digital Single Market”, 10.

SSNDQ). La diferencia estriba en que, lejos de simular un aumento en el precio del producto o servicio, se aparenta una disminución en su calidad para evaluar si el consumidor estaría dispuesto a migrar hacia un sustituto. Esto tiene sentido en mercados digitales pues, en ausencia de precios positivos, los consumidores deciden con base en sus consideraciones respecto de la calidad del bien o servicio.⁵² Aun así, el SSNDQ presenta varios problemas de aplicación práctica. Verbigracia, determinar qué nivel de degradación de calidad es equivalente a un aumento del 5 al 10 por ciento de los precios sería algo completamente subjetivo que podría llevar a la SCPM a establecer falsos sustitutos.⁵³ Debido a ello, se recomienda que el análisis de mercado pertinente continúe siendo integral y no aislado.

2.3. PRINCIPALES FORMAS DE ABUSOS EN MERCADOS DIGITALES

En Ecuador, la LORCPM prescribe un listado de conductas que constituyen infracciones por abuso de poder de mercado.⁵⁴ Al respecto, es acertado realizar algunos comentarios. En primer lugar, no se trata de un listado taxativo. La misma Ley reconoce que, más allá de los ejemplos comunes de abusos expresamente enumerados, es posible sancionar cualquier otra conducta mediante la cual uno o varios operadores económicos, valiéndose de su poder de mercado, “impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general”.⁵⁵ Por lo expuesto, no hace falta añadir nuevas infracciones para los mercados digitales ya que estas pueden ser de todas formas castigadas. Lo que sí es necesario para establecer una sanción, es demostrar el nexo de causalidad entre una posición dominante dentro de un mercado específico y una afectación a la competencia.

En segundo lugar, si bien los mercados digitales se diferencian de los tradicionales por su dinamismo y concentración, esto no implica que ciertas conductas de la LORCPM no puedan efectuarse en ellos. Por consiguiente, acciones como la negativa injustificada a contratar o las ventas atadas, son actos que pueden suceder en el ámbito digital.⁵⁶ En tercer lugar, este artículo se enfocará en analizar nuevos tipos de abusos de posición de dominio que, por las características de los entornos digitales, únicamente pueden tener cabida en su interior.

52 Daniel Mandrescu, “The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies: Considerations for Online Platforms”, *European Competition and Regulatory Law Review* 2, no.4 (Diciembre 2018): 10, <https://ssrn.com/abstract=3337765>.

53 The World Bank, “Approach to market definition in a digital platform environment”, *The World Bank* (Agosto 2020): <https://digitalregulation.org/approach-to-market-definition-in-a-digital-platform-environment/>.

54 Artículo 9, LORCPM.

55 Id.

56 OECD, “Abuse of dominance in digital markets”, 53.

2.3.1. FORCED FREE RIDING

El *forced free riding* ocurre “cuando una plataforma se apropia de la innovación de otras empresas que dependen de ella para acceder a los consumidores”.⁵⁷ Este fenómeno tiene varias formas de manifestación en los mercados digitales. Una de ellas es el *content scraping*, un proceso automatizado que las plataformas “pueden usar para recopilar [...] grandes cantidades de datos específicos de diferentes sitios web”⁵⁸ pertenecientes a otras compañías. Pueden ofrecer esta información como si fuera propia, para excluir a sus competidores potenciales. Por ejemplo, en 2011 Google tuvo una acusación por *content scraping* tras haber presentado como suyo el contenido de Yelp en un cuadro especializado de resultados que, para efectos prácticos, eliminaba gran parte del tráfico de usuarios que Yelp podría haber tenido en su página.⁵⁹

De esta práctica, pueden resultar al menos dos efectos anticompetitivos que la SCPM debería evaluar. Primero, la afectación de la eficiencia dinámica, pues los competidores –aguas abajo– no tendrán incentivos para innovar a sabiendas de que, tarde o temprano, su esfuerzo será aprovechado por otro operador –aguas arriba–. Segundo, la generación de barreras de entrada estratégicas, mediante la imposición de condiciones desfavorables a los operadores entrantes, por ejemplo, obligándoles a entregar su información a cambio de poder ingresar en la plataforma.

2.3.2. SELF-PREFERENCING

Para sostener que en un mercado digital existe *self-preferencing*, se deben verificar tres circunstancias: (i) la existencia de una plataforma digital; (ii) su integración vertical y (iii) que se otorgue a los productos propios –aguas abajo– una ventaja de algún tipo.⁶⁰ Como se explicó anteriormente, las plataformas son un conducto para que los oferentes de bienes o servicios puedan conectar con los consumidores interesados en adquirirlos. Por lo tanto, una plataforma se integra verticalmente cuando, además de generar esta conexión, introduce sus propios productos como una nueva opción para el consumidor. Esto, por sí solo, no es algo pernicioso. De hecho, puede llegar a ser eficiente para el mercado en su conjunto, tal como se explicará a continuación.

57 Howard A. Shelanski, “Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet”, *University of Pennsylvania Law Review* 161, no.6 (Enero 2013): 1699, https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol161/iss6/6/.

58 Shepard Goldfein y James Keyte, “Big Data, Web ` Scraping` and Competition Law: The Debate Continues”, *New York Law Journal* 258, no.49 (Septiembre 2017): 1, <https://www.skadden.com/-/media/files/publications/2017/09/bigdatawebscrapingandcompetitionlawthedebatecontin.pdf>.

59 Howard Shelanski, “Information, Innovation, and Competition”, 1699.

60 Bruce Hoffman y Garrett Shinn, “Self-Preferencing and Antitrust”, 3.

El incentivo del dueño de una plataforma digital es generar el mayor tráfico de usuarios posible dentro de ella. Es preciso suponer que, al introducir un bien o servicio propio que compita con los demás, lo que se busca es generar más presiones competitivas y que los usuarios tengan mayores incentivos de ingresar a la plataforma. Esto es así, incluso si se da preferencia al producto propio, pues de todas maneras se está incentivando al resto a competir. Los otros operadores optarán por mejorar la calidad de sus bienes y servicios, o se diferenciarán de alguna otra manera. Pero, al final del día, esto se traducirá en un incremento al excedente del consumidor.⁶¹ Además, si lo que se quisiera con la integración vertical fuera excluir a los competidores, se podrían utilizar mecanismos más idóneos y menos riesgosos para tal efecto como, por ejemplo, cobrarles más para otorgarles las facilidades de ingreso a la plataforma.⁶²

Ahora bien, cuando el *self-preferencing* se utiliza pura y simplemente para excluir a los competidores por razones distintas a su eficiencia, la SCPM podrá notar –cuando menos– dos tipos de afectaciones al mercado. Por un lado, los entrantes ya no tendrán incentivos para invertir en esa plataforma. Por otro lado, los usuarios perderán su excedente ya que se verá una disminución en la calidad de los bienes o servicios en general, y el operador dominante no necesariamente tendrá las presiones competitivas suficientes para ofertar algo de óptima calidad.

2.3.3. PRIVATE POLICY TYING

Antes de reflexionar acerca de esta figura, es conveniente hacer mención de que existen por lo menos tres categorías de datos. Primero, aquellos que se recolectan a nivel individual, en contraposición a los que se obtienen de forma grupal. Cuando los datos son individualizados, los operadores económicos pueden rastrear, de un modo más específico, los comportamientos de cada consumidor. En cambio, cuando los datos son grupales, tan solo cuentan con referencias contextuales de la conducta de la población en general, lo que otorga menos control al operador respecto del consumidor y, por ende, es menos gravoso.⁶³ Segundo, los datos que el consumidor intencionalmente cede a las plataformas, frente a los que se consiguen sin su consentimiento. Es claro que los segundos son más gravosos pues, generalmente, se tratará de información que el consumidor valora mucho más y por la que no está recibiendo nada a cambio. Al contrario, a través de ella, el proveedor está en la capacidad de extraer su excedente.⁶⁴ Tercero, los datos personales que permiten individualizar

61 Ibid., 6.

62 Ibid., 8.

63 Daniele Condorelli y Jorge Padilla, "Harnessing Platform Envelopment in the Digital World", *Journal of Competition Law & Economics* 16, no.2 (Junio 2020): 23, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa006>.

64 Ibid., 24.

a una persona –verbigracia, domicilio, edad, nombres, etc.–, comparados con aquellos que son anónimos.⁶⁵

Es cierto que la información de los usuarios puede ser utilizada para proveer bienes y servicios de mejor calidad, que se ajusten a las necesidades del consumidor y que, de este modo, se incremente su excedente. Sin embargo, no es menos cierto que esta tarea conlleva un riesgo alto pues, “[c]uanto más datos pueda combinar una empresa, mayores serán sus posibilidades de obtener conocimientos que puedan utilizarse para fortalecer su posición en el mercado”⁶⁶ y abusar de ella. De manera general, la información individual, que se rastrea sin el consentimiento del usuario, y que se refiere a sus datos personales, será mucho más sensible que la información agregada, recopilada con el permiso del consumidor, y que no lo individualiza.

En este sentido, se conoce como *private policy tying* a “la estrategia de vincular las políticas de privacidad de los mercados de origen y destino para extraer el consentimiento del usuario a la combinación de datos generados en ambos mercados con fines comerciales”.⁶⁷ De esta definición se desprende que, cuando existe *private policy tying*, el proveedor obtiene la autorización del consumidor para utilizar sus datos en un amplio espectro de circunstancias en las que no necesariamente habría obtenido la misma libertad en caso de haber realizado solicitudes de tratamiento de datos diferenciadas.⁶⁸

La SCPM debe tener presente que esta estrategia puede generar al menos dos efectos anticompetitivos. Primero, el operador que recopila los datos de ambos lados de la plataforma puede tener información agregada, que le permita conocer cuál es el precio de reserva del consumidor y extraer más excedente del que normalmente habría obtenido. Segundo, puede utilizar la información adquirida en el mercado de origen para ingresar al mercado de destino, sin las incertidumbres competitivas que naturalmente habría tenido que enfrentar de no haber contado con esos datos. Por ejemplo, “un motor de búsqueda podría predecir nuevas tendencias a partir de las búsquedas de los consumidores y por lo tanto enfrentar menos incertidumbre en el diseño de su nuevo producto”.⁶⁹

65 Ibid.

66 Nils-Peter Schepp y Achim Wambach, “On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment”, *Journal of European Competition Law & Practice* 7, no.2 (Febrero 2016): 120-121, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpv091>.

67 Daniele Condorelli y Jorge Padilla, “Harnessing Platform Envelopment”, 22.

68 OECD, “Abuse of dominance in digital markets,” 55.

69 Daniele Condorelli y Jorge Padilla, “Harnessing Platform Envelopment”, 28.

3. CONCLUSIÓN

Como se ha expuesto, los mercados digitales se caracterizan por su alto grado de concentración y su dinamismo. Estos componentes hacen que la sola determinación de mercados relevantes sea ya una gran empresa, no se diga los diagnósticos de dominancia y los dictámenes de abusos. La autoridad de competencia ecuatoriana tiene un gran desafío por delante pues las herramientas utilizadas en los mercados tradicionales, no siempre resultarán suficientes. Será necesario expandir el análisis e implementar nuevas tácticas tomando en cuenta que, en el espectro digital, los precios no son la dimensión competitiva más importante sino la innovación. Así mismo, se deberán valorar los efectos de red y la existencia de plataformas digitales que, dependiendo de cada caso, pueden o no ser un solo mercado.

Además, aunque algunos tipos de abusos que se producen en los mercados tradicionales también pueden ocurrir en los mercados digitales, existen otros como *forced free riding*, *self-preferencing* o *private policy tying*, que únicamente suceden en el ámbito digital. Estas prácticas no siempre son perniciosas. En determinadas circunstancias pueden dar origen a nuevos niveles de eficiencia y beneficiar al consumidor. No obstante, cuando se implementan para extraer su excedente y afincarlo en el proveedor dominante, o para excluir a un operador económico por razones distintas a su eficiencia, claramente se convierten en un abuso de poder de mercado.



BUSTAMANTE FABARA, una firma orgullosamente ecuatoriana, reconocida internacionalmente.

EXPERTOS LÍDERES ESTRATEGAS INNOVADORES



**BUSTAMANTE
FABARA**

La Firma del futuro

Oficina Quito

Av. Patria E4-69 y Amazonas
Edificio COFIEC
+593 2 256 2680
info@bustamantefabara.com

Oficina Guayaquil

Av. Juan Tanca Marengo y
Joaquín Orrantía | Edificio 100
Business Plaza, Oficina 405
info@bustamantefabara.com

www.bustamantefabara.com    /BUSTAMANTEFABARA

CABEZAS
WRAY
& ALBÁN

—
Nuestros resultados
son producto de la
experiencia, integridad,
preparación y creatividad.
—

usticia
presenta
Ley de
Nacional
umento



CW&A

Av. de los Shyris N33-134 y República del Salvador. Edificio Libertador, piso 14.
Telf: (593 2) 382 4613 / 382 4653 /382 4693 /382 4694

www.cywlegal.com

El metatagging: ¿una práctica desleal?

Metatagging: An unfair practice?

LORENA NICOLE SÁENZ PROAÑO*

Recibido / Received: 17/01/2023

Aceptado / Accepted: 16/03/2023

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2887>

Citación:

Sáenz Proaño, N. “El metatagging: ¿una práctica desleal?”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 1, mayo de 2023, <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2887>

* Fexlaw Abogados, Directora del Área Societaria y Cooperativismo, Av. Naciones Unidas N2-30 y Núñez de Vela, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: nicoesaenzp@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0008-4387-3246>

RESUMEN

La presente investigación busca determinar bajo qué circunstancias la práctica del metatagging puede llegar a ser sancionada por el Derecho de Competencia Desleal. Así, se analizan principalmente los actos desleales que han sido directamente relacionados con la práctica en estudio, los actos de confusión y el aprovechamiento de la reputación ajena. Adicionalmente, se investiga si el fenómeno bajo análisis puede ser considerado una práctica desleal bajo la aplicación de la cláusula general de prohibición de la Competencia Desleal prevista en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. El artículo busca también ser una guía para la autoridad de competencia al momento de identificar casos de *metatagging* desleal, además de ser un aporte al desarrollo de los competidores de un mercado, quienes a partir de dicha identificación, podrán diseñar sus estrategias publicitarias dentro de las normas, principios y parámetros de la Competencia Desleal.

PALABRAS CLAVE

Competencia Desleal; Prácticas Desleales; *Metatagging*; Confusión; Explotación Indevida

ABSTRACT:

The present dissertation seeks to assess under what circumstances metatagging can be deemed unfair trade practices. We will thus analyze the types of unfair trade practices that have been closely related to metatagging, such as deceitful practices. We will also consider if metatagging can be considered an unlawful trade practice under the general provision set forth in Article 25 of the Ecuadorian Competition Act. This article aims to provide guidance to the authorities in the assessment of whether metatagging can be considered an unfair trade practice, in addition to being a contribution to the development of undertakings to design their advertising strategies without infringing Unfair Competition regulations, principles and parameters.

KEY WORDS:

Unfair Competition; Unfair Trade Practices, Metatagging; Confusion; Improper Exploitation

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad no es novedad que para cualquier empresa la presencia dentro del mercado en línea es de vital importancia pues ello no solo conlleva que sus productos y servicios sean conocidos a nivel local e internacional, sino que implica la rápida localización de toda información que pueda llevar a los posibles consumidores a sus páginas y por ende consolidar transacciones comerciales. De esa manera, dos son los factores que deben considerarse para lograr que determinado sitio *web* sea reconocido i) la visibilidad y ii) el posicionamiento.¹

En el primer caso, se hace referencia a la facilidad con la que un potencial usuario, consumidor o visitante puede encontrar una página *web* de entre diversos servidores que poseen las mismas características. El segundo hace alusión a la utilización de distintas técnicas de programación para lograr que ciertos sitios *web* se distribuyan en la parte superior y principal de una lista de resultados tras realizarse una búsqueda de un servicio o producto específico.² Así, la correcta introducción de elementos descriptivos dentro de las páginas *web* con la finalidad de obtener una mejor presencia en la internet ha llevado a la aparición de las metaetiquetas, también conocidas como *metatags* por su nombre en inglés.

En ese sentido, la figura del *metatag* consiste en la utilización de etiquetas dentro de la configuración del código fuente HTML de un sitio *web*, entendiéndose a este como un archivo de texto con una serie de rótulos que interpretan la información que contiene una determinada página *web*.³ Es decir, los *metatags* son aquellas etiquetas utilizadas dentro de toda página *web*, destinados para que los buscadores los detecten y generen así una coincidencia entre la palabra clave ingresada en la búsqueda y el *metatag* empleado dentro de un determinado sitio *web*.

Es así que la práctica del denominado *metatagging* nace y se configura como una “práctica por la que un operador económico introduce como *metatag* en el código de su sitio *web* una marca renombrada ajena de forma que se aprovecha del prestigio de dicha marca para mejorar su posicionamiento en los resultados de búsqueda”,⁴ incrementando en consecuencia, el tráfico y ventas de su página *web*.

1 Carlos Lopezosa, et al. “Mapa de visibilidad y posicionamiento en buscadores de los principales grupos mediáticos españoles”. *El profesional de la Información*, no. 2 (Mayo 2020): 23-25. <https://doi.org/10.3145/epi.2020.mar.03>.

2 *Ibid.*

3 Laura Mejía, Natalia Vargas y Freddy Moreno. “Visibilidad de la investigación científica en las universidades pertenecientes a la AUSJAL: Caracterización de los sitios Web”. *Revista Salutem Scientia Spiritus*, no. 1 (Junio 2016): 303. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/salutemscientiaspiritus/article/view/1389/pdf>.

4 Carlos Amunátegui Perelló. “Los Metatags en el Comercio Electrónico. Un Análisis de la Jurisprudencia Norteamericana y la Doctrina Española”. *Revista Chilena de Derecho*, no. 2 (Septiembre 2006): 101-103- <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000200003>.

De esa forma, las prácticas de *metatagging* han facilitado que los operadores económicos saquen provecho de un posicionamiento de mercado. De ahí que cada vez sea más elevada la cantidad de empresas que dediquen parte de sus recursos a implementar *metatags* como palabras clave y elementos descriptivos para elevar su ubicación en el mercado, al optimizar las coincidencias para los buscadores.

Sin embargo, dado que el *metatagging* podría implicar un comportamiento parasitario, desde su aparición han surgido dudas referentes a su legitimidad.⁵ Así, tomando en cuenta la carga moral y ética que este tipo de prácticas implica, el *metatagging* se ha catalogado doctrinariamente como un área gris del derecho que a lo largo de los años ha generado cierta discusión en torno a su posible sanción.

Por ello, la investigación aquí presente se centrará en analizar en qué casos el *metatagging* podría constituir una práctica de Competencia Desleal, así como determinar si la misma puede ser objeto o no de sanción bajo el Derecho de Competencia Desleal. De ahí que sea necesario estudiar a profundidad la figura del *metatagging* con la finalidad de definir las circunstancias bajo las cuales esta podría ser categorizada como deshonesto y desleal.

En cuanto a la metodología, el presente trabajo utilizará un análisis inductivo con enfoque cualitativo, pues para el estudio se hará uso de casos específicos analizados dentro de la jurisprudencia estadounidense, con el objetivo de llegar a un acercamiento de la práctica en referencia hacia la realidad ecuatoriana. De igual manera, se utilizará ampliamente doctrina internacional con miras a identificar los requisitos y elementos necesarios para establecer si el *metatagging* es o no una práctica desleal.

2. NORMATIVA DEL DERECHO DE COMPETENCIA DESLEAL EN ECUADOR

Dentro del presente trabajo, es pertinente hacer referencia a las normas que a lo largo de los años han regulado al Derecho de Competencia Desleal en el Ecuador, pues en el contexto global esta rama nace de dos formas: 1) vinculada al Derecho de Propiedad Intelectual, y 2) de la Responsabilidad Civil Extracontractual en la jurisprudencia francesa.⁶

⁵ Ibid.

⁶ Alfonso Mirando Londoño, Juan David Gutiérrez Rodríguez, "Historia del Derecho de la Competencia", *Revista Boliviana de Derecho*, no. 3 (2007), 202.

2.1. LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

En Ecuador, el Derecho de Competencia Desleal se origina en un medio histórico-mundial, pues apareció en un inicio en la hoy derogada Ley de Propiedad Intelectual expedida en el año 1998, que dedicaba su Libro IV a la Competencia Desleal. En el apartado, la ley definía a la Competencia Desleal⁷ como “todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas”.⁸ Ello permite ver que, desde su primera aparición en la legislación ecuatoriana, la Competencia Desleal se vería guiada por la buena fe comercial, un concepto que se encuentra presente hasta la actualidad en el régimen ecuatoriano.

Posteriormente, la Ley de Propiedad Intelectual fue reemplazada por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Código INGENIOS, mismo que entró en vigencia el 9 de diciembre de 2016.⁹ Pese a que la Ley de Propiedad Intelectual contenía un apartado dedicado exclusivamente a la Competencia Desleal, el mismo fue derogado con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en el año 2011.

2.2. DECISIÓN 486 DE LA COMUNIDAD ANDINA

En el año 2000, la Comisión de la Comunidad Andina,¹⁰ de la cual Ecuador forma parte desde el año 1969,¹¹ expidió la Decisión 486¹² en donde los actos de Competencia Desleal se ven contemplados bajo la rama de la Propiedad Industrial, puesto que el artículo 258 de la decisión define a estos como: “todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos”.¹³ Como se puede apreciar, nuevamente se define a las prácticas desleales bajo la idea de la buena fe comercial; no obstante, la definición no logra cubrir a cabalidad el espectro de lo que una práctica desleal puede conllevar, por lo que la Decisión 486 se convierte en la línea base para un posterior desarrollo especializado en la materia dentro de cada país miembro.

7 Para efectos del trabajo, se utilizarán indistintamente los términos práctica desleal y acto de competencia desleal como sinónimos.

8 Artículo 284, Ley de Propiedad Intelectual [LPI], R.O. Suplemento 320 de 19 de mayo de 1998.

9 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, [Código INGENIOS], R.O. Suplemento 899 de 9 de diciembre de 2016.

10 Es un mecanismo de integración subregional creado en el año 1969, tras el Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo del mismo año. En la CAN se encuentran como países miembros a Bolivia, Perú, Colombia y Ecuador.

11 “Comunidad Andina (CAN)”, Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, Gobierno de la República del Ecuador, accedido el 26 de septiembre de 2021, <https://www.aduana.gob.ec/comunidad-andina-can/>.

12 Decisión 486: Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Cartagena, septiembre de 2000, ratificada por el Ecuador el 14 de septiembre de 2000.

13 Artículo 258, Decisión 486: Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

2.3. LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, LORCPM,¹⁴ el Derecho de Competencia y la Competencia Desleal se regularon dentro de un mismo cuerpo pese a que protegen dos bienes jurídicos distintos, algo que transformó en inusual al régimen ecuatoriano.

De esa manera, los artículos 25, 26 y 27 de la LORCMP se enfocan en detallar de manera ejemplificativa y no taxativa las diversas formas en las que las prácticas desleales pueden materializarse; creándose así una guía especializada de lo que podría constituir un acto desleal en el territorio ecuatoriano. En ese sentido, la presente ley define a los actos desleales como “[...] todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria”;¹⁵ lo que deja ver que, al igual que las leyes antes mencionadas, la LORCPM sigue la línea de la buena fe comercial como principio rector.

3. EL *METATAGGING* COMO PRÁCTICA DESLEAL

Con lo antes mencionado, varias autoridades en materia de competencia han catalogado al *metatagging* como una práctica desleal. En específico, han clasificado esta nueva metodología publicitaria bajo dos conceptos: actos de confusión y actos de aprovechamiento de la reputación ajena. Todo ello puesto que, durante las últimas décadas, diversas empresas giraron sus estrategias publicitarias al internet, una plataforma universal que les permite obtener cierto reconocimiento nacional e internacional sobre los servicios y productos que se ofrecen.

En ese sentido, las prácticas tradicionales de marketing se vieron en la necesidad de evolucionar y aparecieron así nuevas estrategias como el *metatagging*, que, por medio del uso de *metatags*, también conocidos como metaetiquetas, permiten a un competidor mejorar su posicionamiento y ubicación en el resultado de navegación de buscadores como Google, Yahoo y Bing.

En este contexto, el *metatagging* se vale de una cantidad de metaetiquetas cuyo objetivo es describir el contenido de lo que una página *web* puede ofrecer, y las introduce en la codificación HTML¹⁶ de un servidor. Es decir, para que una página *web* de determinada empresa pueda escalar en el posicionamiento

14 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, [LORCPM], R.O. Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

15 Artículo 25, LORCPM.

16 Sirve para delimitar y definir el contenido de una página *web*, además, describe los elementos que componen a determinado sitio *web*, tales como, imágenes, videos, entre otros.

en la red, requiere utilizar diversas metaetiquetas que consisten de nombres de marcas, servicios, y otros factores que, generalmente, pertenecen a otras empresas de mejor posicionamiento, para que así, se facilite la localización en el radar de búsqueda del navegador y por ende, el sitio *web* de la empresa sea más visible y pueda aparecer entre las primeras opciones de búsqueda cuando determinadas palabras clave han sido introducidas en la barra del buscador de internet por parte del usuario.

De esta manera, la problemática del uso del *metatagging* surge al momento en que una empresa se sirve de elementos distintivos de terceros como palabras clave para la búsqueda que potenciales consumidores vayan a realizar, toda vez que dicho uso no autorizado de las características y estrategias de marketing de otra empresa podría entenderse como un abuso de reconocimiento del tercero o bien un intento de acto de confusión que podría generar, en consecuencia, un cambio en la decisión de compra del consumidor que bajo esta situación se encuentra frente a un marco de competencia distorsionada.

3.1. UNA NUEVA TEORÍA

Como se ha expuesto, tradicionalmente la jurisprudencia internacional ha calificado al *metatagging* como una práctica desleal por el efecto potencial de error que este puede tener en el consumidor medio.¹⁷ Sin embargo, recientemente se ha generado una nueva propuesta respecto de cómo podría considerarse al *metatagging* bajo otra perspectiva.

Bajo esta nueva teoría, en casos como *CCBN.com, Inc. vs. C-call.com, Inc.*, se ha resuelto que el *metatagging* no puede ser sancionado bajo el Derecho de Competencia Desleal, puesto que cualquier tipo de confusión o aprovechamiento que podría configurarse a través del empleo de esta práctica, no llega a tener verdaderamente un lugar, dado que no cumple con los requisitos que caracterizan y constituyen a un acto desleal como tal.¹⁸

De esa manera, la postura señala que el *metatagging* —pese a que podría llegar a ser una práctica de publicidad parasitaria— no constituye una práctica desleal, por la naturaleza misma del *metatagging*.¹⁹ Todo ello dado que resulta sumamente difícil probar que un error real y efectivo se llegó a generar dentro del consumidor al momento de concretar una compra, ya que el uso de metaetiquetas no se encuentra a la simple vista de un usuario.²⁰

17 Para efectos del trabajo, se considerará a un consumidor medio como aquel que se encuentre normal o medianamente informado del producto o servicio al que está expuesto, sea razonablemente atento y perspicaz en cuanto al mercado en el que se encuentra participando para su consumo.

18 *CCBN.COM, Inc. c. C-CALL.COM, Inc.*, Tribunal de Distrito de Massachusets, 18 de noviembre de 1999, párr. 106. (Traducción no oficial).

19 José Massaguer Fuentes, "Conflicto de Marcas en Internet", *Revista Themis*, no. 39 (2016), 409-432.

20 *Ibid.* 416.

Así, el presente trabajo se centrará en determinar si, de acuerdo con la normativa de Competencia Desleal ecuatoriana, el uso de marcas, servicios y productos de terceros como palabras claves dentro de las estrategias de *meta-tagging* de una empresa en buscadores como Google, Bing y Yahoo, podrían considerarse una práctica desleal por acto de confusión o, a su vez, por acto de aprovechamiento de la reputación ajena frente al entendimiento de un consumidor medio dentro del mercado en estudio. Para tal efecto, se tomará como línea de partida la nueva teoría expuesta en este apartado para analizar diversos pronunciamientos relevantes sobre el *metatagging* en tribunales extranjeros, así como posiciones encontradas en la doctrina.

4. ESTADO DEL ARTE

Previo a iniciar con el desarrollo de la problemática propuesta, es preciso mencionar que la noción de Competencia Desleal es un tópico que ha causado gran debate doctrinario, lo que ha llevado a que no exista uniformidad al momento de definir qué configura una práctica desleal.

En ese sentido, el reconocido autor Hermenegildo Baylos Corroza indica que los actos de Competencia Desleal pueden entenderse como aquellos que buscan modificar el libre consentimiento de los consumidores, utilizando medios inaceptables que contrarían la costumbre de operación dentro de los oferentes de un mercado.²¹ Ello quiere decir que la Competencia Desleal se manifiesta a través de conductas maliciosas que van en contra de la buena fe comercial, cuya consecuencia se refleja en un debilitamiento del mercado.

Por otra parte, el doctrinario José Massaguer Fuentes²² indica que para que un acto desleal se materialice, es necesario que este persiga fines concurrenciales, y por tanto, que el acto suponga competir en el mercado con ofertas similares o idénticas y tener el objetivo oculto de equiparar el producto propio al de un tercero. En ese sentido, una práctica desleal no es tan solo aquella que contraría a las costumbres de los oferentes de un mercado, sino que además, es aquella práctica que se opone a la buena fe objetiva que sirve como regla de conducta ético-valorativa en un período de tiempo determinado.

Al contrario, el autor Hugo Becerra ha dicho que las prácticas desleales se definen como actos opuestos a los usos y costumbres honestas de un mercado, que se caracterizan por tener la intención de causar daño o aprovecharse de determinadas circunstancias que puedan terminar perjudicando a un competidor del mismo mercado en el que se opera.²³ Así, las prácticas desleales pueden

21 Hermenegildo Baylos Corroza, *Teoría de los derechos sobre creaciones espirituales: (la "propiedad intelectual" y la "propiedad industrial", naturaleza jurídica y relaciones* (Madrid: Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1969).

22 José Massaguer Fuentes, *Comentario a la ley de Competencia Desleal* (Madrid: Civitas, 1999).

23 Hugo E. Becerra Acevedo, "Supuestos de Competencia Desleal en Propiedad Industrial", *Revista Jurídica UNAM*, no. 79 (2019), 195-223.

considerarse como una herramienta por medio de la cual se coloca al resto de competidores bajo una situación de inferioridad o desigualdad.

Dentro de este contexto, tras el gran crecimiento que ha involucrado el diario uso del internet y todas sus plataformas de búsqueda en la red, varios autores han definido al *metatag* y el *metatagging* de diversas maneras. Por ejemplo, el magíster Alex Sosa,²⁴ señala que el *metatag* no es más que un código escrito en lenguaje HTML que sirve para que los buscadores de internet sepan sobre qué trata un determinado sitio *web*. Es decir, el objetivo de estas metaetiquetas no es otro que lograr que cualquier buscador, sea este Google, Bing, o Yahoo, comprenda el contenido de la página que se ha creado y pueda, de esa manera, ubicarla con mayor facilidad dentro de sus páginas indexadas.

Por otro lado, María Enciso Alonso-Muñumer et al.,²⁵ establecen que el *metatag* es aquel código insertado en la matriz de toda página *web* al momento de configurarla; volviéndose invisible a ojos de los internautas, ya que, pese a que los buscadores están facultados para leer y detectar las metaetiquetas en su base de datos, estas jamás quedan a la simple vista de un navegador que no hace más que concentrarse en los nombres principales que el mismo buscador indica dentro de sus resultados.

En cuanto al *metatagging*, los escritores Alberto Palomar y Carmen Pérez han mencionado dentro de sus estudios que este consiste en utilizar a los *metatags* para hacer uso del renombre o marca de terceras personas que se encuentran dentro de un mismo mercado; logrando un aprovechamiento del prestigio ajeno y la publicidad de otros para dar prioridad a su sitio *web*, una vez que determinadas palabras sean empleadas dentro de un buscador para llegar a diferentes productos y servicios.²⁶

De forma distinta, José Massaguer Fuentes²⁷ indica que el *metatagging* es una práctica publicitaria en línea desarrollada durante los últimos años, por medio de la cual se vinculan a los *metatags* de una marca registrada ajena, lo cual provoca confusión cuando el potencial consumidor busque a través de internet una empresa en concreto y termine por encontrar una empresa competidora distinta que ofrezca servicios o productos similares a lo requerido por el usuario.

24 Alex Sosa, "Uso de marcas de terceros competidores en Google ads sin autorización en el Perú ¿infracción marcaria o acto de competencia desleal?", *Derecho & Sociedad*, no. 54 (2020), 140-155.

25 María Enciso Alonso-Muñumer, Manuel García-Villarrubia Bernabé, Daniel Vázquez Albert y Javier Fernández Lasquetty Quintana, "Impacto de la economía digital en el alcance del Ius Prohibendi de los derechos de marcas", en *Actualidad: Propiedad Industrial & Intelectual*, ed. E. Ortega (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2020), 87-106.

26 Alberto Palomar Olmeda y Carmen Pérez González, "¿Qué se entiende por ambush marketing y el Metatagging? ¿Existe normativa en España que regula y proteja a los afectados por estas prácticas?", en *Derecho Deportivo. Legislación, Comentario y Jurisprudencia*, (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2019), 632-634.

27 José Massaguer Fuentes, "La Justificación del Cambio de Orientación Normativo", en *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, (Barcelona: Editorial Tirant lo Blanch, 2017), 131-134.

Siguiendo esta línea de ideas, José Castelló²⁸ define al *metatagging* como el ejercicio por el cual un operador económico se sirve de los *metatags* insertados en las páginas *web* de otras empresas reconocidas y bien posicionadas, para utilizarlos en su propia codificación y así mejorar su lugar dentro de los resultados de búsqueda; generando, en consecuencia, un incremento en el tráfico y ventas de su sitio *web*.

5. DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

De acuerdo a lo expuesto por autores como Diego Bauche, la diferencia principal de ambas subramas radica en el bien jurídico que protegen, pues en el caso del Derecho de Defensa de la Competencia, lo que se busca proteger es a la competencia en sí misma; entendiéndose a esta como aquella situación del mercado donde los competidores tienen la facilidad de desarrollar sus actividades económicas y los consumidores están en la capacidad de tomar sus decisiones de libre compra, con la posibilidad de tener a su disposición la suficiente información sobre los productos y servicios ofertados.²⁹

Es así que, el Derecho de Defensa de la Competencia, también llamado derecho antimonopolio, tiene como fin sancionar y prevenir aquellas conductas que afectan la competencia en los mercados; enfocándose en la erradicación de conductas como los cárteles, los oligopolios, fusiones dañinas entre competidores, abuso de posiciones dominantes, entre otras. En ese sentido, esta rama se ocupa de lidiar con los efectos nocivos que una libre competencia podría generar si no se controlase el poder de mercado de cada operador económico.

De esta manera, el derecho antimonopolio centra su investigación en conductas que tienen o podrían causar un efecto negativo sobre determinado mercado y sus consumidores, como un todo. Pues como se ha mencionado, el Derecho de la Defensa de la Competencia, y como a su vez su nombre lo indica, tiene como objetivo primario garantizar la competencia entre los operadores económicos que participen en el mercado y, con ello, fomentar la calidad de los bienes y servicios ofertados, así como promover los derechos de los consumidores.

5.1. DERECHO DE COMPETENCIA DESLEAL

Contrario a lo antes explicado, la autora Cristina Samaniego señala que el Derecho de la Competencia Desleal vela por la concurrencia de los operadores económicos dentro de un mismo mercado, con la finalidad de que la

28 José Juan Castelló Pastor, "Problemas Derivados del uso de la Marca en Internet", en *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2020), 291-313.

29 Mario Bauche Garciadiego, *La Empresa* (México: Editorial Porrúa, 2002), 198-267.

competencia se vea desarrollada a través de prácticas honestas, así como también de los buenos usos y costumbres.³⁰

Es decir, para Samaniego, esta área se encarga de evitar y sancionar las conductas deshonestas de las empresas, tanto si afectan o no al mercado, puesto que busca proteger los derechos de los consumidores, así como fomentar una competencia limpia y sana.

De esa manera, el Derecho de Competencia Desleal se ocupa de sancionar y prevenir las conductas desleales de las empresas dentro de un mismo mercado, independientemente de que estas tengan o no efectos negativos. En ese sentido, esta rama trata de impedir que las empresas utilicen malas prácticas para dañar a sus competidores y por extensión, a los consumidores del mercado. Dentro de las conductas que el Derecho de Competencia Desleal sanciona se encuentran: la publicidad engañosa, actos de confusión, denigración, explotación de reputación ajena; entre otras.

En esta línea de ideas, cabe recalcar que la Competencia Desleal es considerada una de las ramas con mayor dificultad, en cuanto a interpretación se refiere, para el legislador, pues el adjetivo “desleal” no constituye un término jurídico en sí mismo, ya que al contrario, se encuentra estrechamente relacionado con la moral y la ética, mismos que están dentro de un ámbito sumamente subjetivo y difícil de delimitar.³¹

6. EL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Teniendo como punto de partida las definiciones mencionadas, la doctrina ha determinado elementos que permiten identificar la existencia o no de un acto de Competencia Desleal en el mercado. Entre ellos se encuentran: i) que el acto se genere dentro del mercado, ii) que tenga fines concurrenciales, y iii) que la práctica sea objetivamente contraria a la buena fe y los buenos usos mercantiles.³²

6.1. ACTO DESARROLLADO EN EL MERCADO

En relación al primer requisito, el autor Juan Sánchez señala que para que una práctica desleal pueda consolidarse como tal, debe entenderse al mercado desde un “sentido amplio, como equivalente al ámbito económico de las relaciones humanas”.³³ De esta manera, debe considerarse como acto dentro

30 Óscar Contreras Blanco, *La Competencia Desleal y el Deber de Corrección en la Ley Chilena* (Santiago de Chile: Edición Universidad Católica de Chile, 2012), 41.

31 Jorge Jaeckel Kovacs, *Apuntes sobre Competencia Desleal* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001), 78-90.

32 Mauricio Velandía, “Competencia Desleal y Signos Distintivos”, *Boletín Latinoamericano del Derecho de Competencia y Competencia Desleal*, no. 17 (2003), 36-74.

33 Juan Sánchez-Calero Guilarte, *El Concepto de Competencia Desleal* (Madrid: Civitas, 2010), 394-396.

del mercado aquel que puede desarrollarse antes, durante o después de una actividad comercial; independientemente de si la operación en sí misma logra llevarse a cabo o no.

Asimismo, el autor Rafael García menciona que para el efecto, la práctica debe tener cierta trascendencia externa dentro del mercado, sea esta potencial o real, pues considera que una vez que determinado acto se encuentre dentro del mercado, no es necesario que subsista una relación directa entre el sujeto infractor y el sujeto afectado, ya que basta con que el acto o conducta realizada se dé dentro de un mercado para que la normativa referente a Competencia Desleal sea aplicable.³⁴

6.2. FINES CONCURRENCIALES

Respecto al segundo requisito, el doctrinario Massaguer destaca que la concurrencia “hace referencia a la pluralidad de empresarios oferentes en el mercado de bienes o servicios similares o intercambiables”.³⁵ Por lo que tener fines concurrenciales debe comprenderse como aquellos que revelan objetivamente su idoneidad para asegurar o promover la transmisión de las prestaciones propias o de un tercero en el mercado.

De ello, se puede extraer que el fin concurrencial no se traduce a una colaboración conjunta de dos operadores económicos. Por el contrario, significa competir con prestaciones semejantes con la meta de asimilar el producto propio a uno ajeno, con la finalidad oculta de generar un perjuicio hacia los otros competidores.

Con ello dicho, cabe recalcar que la finalidad concurrencial es una característica casi inherente al mercado, pues son excepcionales las actividades que se pueden desarrollar dentro de un mercado que no tengan en el fondo una finalidad concurrencial. Teniendo en cuenta que como se mencionó anteriormente, el propósito mismo de una práctica comercial recae en promover o asegurar la difusión de las operaciones económicas.

6.3. SOBRE LA BUENA FE Y LOS USOS MERCANTILES

En cuanto al tercer requisito, y específicamente sobre lo que se refiere a la buena fe, doctrinariamente se ha indicado que dentro de la competencia desleal, es la buena fe subjetiva la que se aplica al estudio, pues esta “[...] se traduce en el uso de la libertad de competir, en el hecho de que las reglas de conducta imponen

³⁴ Juan Sánchez-Calero Guilarte, *El Concepto de Competencia Desleal* (Madrid: Civitas, 2010), 394-396.

³⁵ Massaguer Fuentes, *Comentario a la ley*, 124.

la obligación de permitir el libre ejercicio de la competencia entre los agentes”.³⁶ De esa forma, Jaeckel señala que la buena fe en la esfera comercial se encuentra entendida como la conciencia que los operadores económicos deben tener de no perjudicar a otro competidor o, a su vez, “la convicción de honestidad, honradez y lealtad en la concertación y cumplimiento de los negocios”.³⁷

En ese sentido, es obligación de todo operador económico emplear los medios habituales y comunes para cerrar un negocio, sin utilizar a su favor herramientas que puedan colocar a los demás agentes en una posición de inferioridad o bien, de desigualdad. Por ello, para que un acto de Competencia Desleal se configure, es necesario que el mismo se caracterice por tener la intención de causar daño o aprovechar determinadas circunstancias que puedan terminar perjudicando a cierto competidor.

Por otra parte, en relación a los actos contrarios a los buenos usos y costumbres honestas, la doctrina resalta que la jurisprudencia colombiana ha indicado que para que una práctica se considere desleal, “basta con que la conducta desborde las prácticas usuales”.³⁸ Sin embargo, la costumbre mercantil tomada a consideración a lo largo de la historia difiere de dicha aseveración, pues esta considera que una práctica desleal se configura en el momento en el que se cumpla con todos los requisitos establecidos por el cuerpo normativo que regule el mercado en estudio para poder determinar la existencia o no de una sanción.

Es así que la Comunidad Andina, dentro de su Tribunal de Justicia (en adelante TJCAN), ha establecido que al referirse a buenos usos mercantiles, se hace referencia a la costumbre como fuente de la rama del derecho comercial y que, cuando se hace alusión a la noción de las buenas costumbres, por el contrario, se tiene en mente a la cautela moral socialmente aceptada según el lugar y época en la que determinado acto se esté llevando a cabo.³⁹

7. ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL QUE PODRÍAN VERIFICARSE EN EL *METATAGGING* SEGÚN LA NORMATIVA ECUATORIANA

En el caso ecuatoriano, las prácticas de Competencia Desleal se encuentran clasificadas de manera ejemplificativa dentro del artículo 27 de la LORCPM, donde se enumeran algunos actos considerados como desleales, entre los cuales se encuentran: los actos de confusión, la explotación de la reputación ajena, actos de comparación, actos de imitación, actos de engaño, entre otros.⁴⁰

36 Concepción Molina Blázquez, *Protección jurídica de la lealtad en la competencia* (Madrid: Montecorvo, 1993).

37 Jaeckel, *La Competencia Desleal*, 59.

38 Banco Santa Fe c. Hotel Humboldt, Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, 3 de febrero de 1992, párr. 61.

39 Kraft General Foods Inc. v. Frutera Colombiana S.A., Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 12 de septiembre de 1997, pág. 17.

40 Artículo 27, LORCPM.

Ahora bien, para efectos del trabajo en cuestión, únicamente se analizarán aquellas prácticas desleales que han sido directamente correlacionadas con el *metatagging*. Estos son: i) los actos de confusión y ii) el aprovechamiento o explotación de la reputación ajena.

7.1. ACTOS DE CONFUSIÓN

Conforme a lo prescrito en el artículo 27 de la LORCPM, debe entenderse por acto de confusión como la “[...] conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad [ajena]. [...] [Siendo] desleal el empleo de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas [...] que se asocien a un tercero”.⁴¹

En ese sentido, como bien explica Jorge Otamendi, la forma más habitual y clásica de Competencia Desleal dentro del mercado, sin importar los bienes y servicios que se ofrezcan, se centra en el intentar confundir al consumidor con la finalidad de cambiar la elección que realice; demostrándole una realidad distinta a la verdadera, ya sea por medio de la confusión sobre las prestaciones que existen, o respecto del origen empresarial del que provienen.⁴²

Siguiendo esta línea de ideas, el autor Portellano indica que la confusión se genera por medio de todas las actividades que se manifiesten como aptas para incitar en el consumidor un error efectivo sobre la procedencia de un bien, un producto o servicio como tal.⁴³ De igual manera, el doctrinario Massaguer define a los actos de confusión como todo comportamiento ideal para crear desasosiego con la actividad, establecimientos ajenos, prestaciones y procedencia empresarial de otros competidores.⁴⁴ Por su parte, Delio Gómez ha señalado que “en la confusión hay el deseo de engañar para lucrarse cabalgando sobre el prestigio del empresario rival, sus signos distintivos, sus productos o servicios y el de sus establecimientos de comercio”.⁴⁵

Es así que la confusión, de acuerdo a los principios doctrinarios mencionados y siguiendo lo dispuesto en el artículo 27 de la LORCPM, posee un amplio espacio de aplicación que lleva a que cualquier método suficiente para causar confusión en los consumidores pueda ser sancionado. De esta manera, es menester resaltar que la doctrina insiste en recalcar que para que exista un correcto funcionamiento de la economía de mercado, resulta esencial que sea posible distinguir entre las diferentes compañías que confluyen dentro de un mismo

41 Artículo 27, LORCPM.

42 Jorge Otamendi, “La Competencia Desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, no. 2 (1998), 143-178.

43 Pedro Portellano Díez, *La Imitación en el Derecho de la Competencia Desleal* (Madrid: Civitas, 1995).

44 Massaguer Fuentes, *Comentario a la ley*, 125.

45 Delio Gómez Leyva, *De las restricciones, del abuso y de deslealtad en la competencia económica* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1998).

mercado, así como entre los distintos productos y servicios que se encuentran siendo ofertados.⁴⁶ Por lo que, al protegerse la distintividad de las actividades se vela por el interés de los competidores, así como también se busca proteger el derecho de todos los consumidores que, dentro de un mercado guiado por el principio de libre competencia, deberían estar seguros de su elección.⁴⁷

Ahora bien, en el ordenamiento ecuatoriano la confusión se encuentra también regulada por la Decisión 486 y el Código INGENIOS, dos cuerpos legales dentro de los cuales el riesgo de asociación genera una imposibilidad para registrar cualquier signo distintivo.⁴⁸ Consecuentemente, dentro de los mismos se establece como derecho del titular de una marca la posibilidad de impedir que un tercero utilice un signo que pueda causar confusión o, a su vez, riesgo de asociación con su marca, sin previo permiso del titular.⁴⁹

Al respecto cabe recalcar que la confusión, como figura contemplada tanto dentro de la Propiedad Industrial como dentro de la Competencia Desleal, constituye en realidad una sola figura que hace referencia a la utilización de prestaciones de manera tal que no sea posible la distinción de estos frente a los productos de un tercero, o a su vez, que exista equivocación sobre el origen empresarial de los cuales estos provienen.⁵⁰ Dentro de este contexto, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, se ha destacado que la semejanza de los signos puede dar cabida a “dos líneas definitorias del acto de confusión; una interpretada en sentido estricto y la otra en sentido amplio”.⁵¹

7.1.1. CONFUSIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

La jurisprudencia señala que la confusión en sentido estricto se genera cuando existe “un error acerca de la identidad de la empresa de la que procede la prestación”.⁵² Lo que implica que el consumidor medio considere que las diversas prestaciones ofertadas se originan de la misma empresa. En ese sentido, dos son las subdivisiones que pueden identificarse dentro de la confusión en sentido estricto i) confusión directa o inmediata y ii) la confusión indirecta o mediata.

En el primer caso, se hace alusión a aquella confusión que se da cuando el consumidor, dada la similitud o gran aproximación de las prestaciones, concluye

46 Alfredo Bullard González y Carlos Patrón. “El otro poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, no. 39 (Enero 1999): 54. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10442>.

47 José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig. “Ambush marketing en eventos deportivos”. *Revista para el Análisis del Derecho*, no. 2 (Abril 2007): 38. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/439_es.pdf.

48 Artículo 360, Cogido INGENIOS.

49 Artículo 155, LPI.

50 Karina Espinoza. “El acto de confusión como acto de competencia desleal y el riesgo de confusión marcaría como infracción a los derechos de la propiedad industrial”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, no. 5 (Mayo 2007): 254. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rpci/article/view/115>.

51 Portellano Díaz, *La Imitación en el Derecho*, 268.

52 Portellano Díaz, *La Imitación en el Derecho*, 266.

que se trata de un mismo signo distintivo al momento de tomar la decisión de compra.⁵³ Por esta razón, el TJCAN, sostiene que este tipo de confusión lleva por característica principal que “el vínculo de semejanza induzca al comprador a adquirir un producto o usar un servicio determinado en la creencia de que está comprando o usando otro, lo que implica la existencia de un cierto nexo también entre los productos o servicios”.⁵⁴

En cuanto a la confusión indirecta, se ha indicado que esta resulta de aquellos casos en los que un consumidor medio se encuentra en la posibilidad de identificar que se trata de signos distintivos diferentes, pero su similitud le lleva a pensar que ambos provienen de la misma empresa, asumiendo que las escasas diferencias se atribuyen a una modernización del producto o bien, que los mismos proceden de distintos establecimientos o sucursales.⁵⁵ Por este motivo, el TJCAN advierte que la confusión indirecta se destaca porque el vínculo de similitud “hace que el consumidor atribuya, en contra de la realidad de los hechos, a dos productos o dos servicios que se le ofrecen, un origen empresarial común”.⁵⁶

7.1.2. CONFUSIÓN EN SENTIDO AMPLIO

Al hablar de confusión en sentido amplio se hace referencia al escenario frente al cual un consumidor aun siendo consciente de que ambas prestaciones tienen un distinto origen empresarial, supone erróneamente que entre las empresas oferentes de cada producto o servicio existe una relación, sea esta comercial, económica o de organización.⁵⁷

Así, es preciso señalar que a partir de esta categorización se plantea la clasificación del riesgo de asociación, una figura con la cual el consumidor desarrolla una relación mental entre determinada prestación y un origen empresarial que, en realidad, no existe.

Sobre el riesgo de asociación, el TJCAN ha resaltado que se trata de “la posibilidad de que el consumidor, que aunque diferencie las marcas en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo piense que el productor de dicho producto y otra empresa tienen una relación o vinculación económica”.⁵⁸

En este contexto, pese a que la confusión resulta ser una misma figura dentro de ambas ramas, tanto en Competencia Desleal, como en Propiedad Industrial, varias son las distinciones en los criterios utilizados por las autoridades competentes para definir la existencia o no de un acto de confusión.

53 Ibid.

54 Proceso No. 108-IP-2012, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 03 de octubre de 2012, párr. 9.

55 Portellano Díaz, *La Imitación en el Derecho*, 259.

56 Proceso No. 108-IP-2012, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 03 de octubre de 2012, párr. 9.

57 Portellano Díaz, *La Imitación en el Derecho*, 257.

58 Proceso No. 265-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 26 de febrero de 2015, párr. 8.

Es así que, como bien indica Massaguer, en el derecho de marcas el riesgo de confusión visto desde la perspectiva de la Propiedad Industrial se encuentra guiado por la Decisión 486 y el Código INGENIOS en el caso ecuatoriano. Por otra parte, en el sistema de la Competencia Desleal, la confusión se estudia bajo los parámetros de la LORCPM.

Otra diferencia que la doctrina destaca entre la observación de la confusión dentro de la Propiedad Industrial y la Competencia Desleal, recae en que en el primer caso la confusión se rige por los principios de especialidad y registro. De esa manera, la protección sobre el riesgo de asociación se determina en base al título de registro y se limita a las prestaciones protegidas o a su vez, a aquellos productos o servicios que se encuentren directamente relacionados; exceptuando de ello a las marcas de alto renombre y notorias.

Por otro lado, la Competencia Desleal se enfoca en la protección de signos no inscritos o a su vez, de otros medios de distinción que no sean susceptibles de resguardo por la Propiedad Industrial, lo que conlleva a que la aplicación de esta área de estudio se remita a dichos supuestos.⁵⁹

De ello que la doctrina indique mayoritariamente que la confusión como acto de competencia desleal no tiene como finalidad el duplicar la protección que se ofrece por medio del derecho marcario, por el contrario, ambas ramas incluyen esta figura de manera complementaria con la finalidad de lograr una protección más amplia.⁶⁰

7.2. APROVECHAMIENTO DE LA REPUTACIÓN AJENA

Sobre los actos de aprovechamiento o explotación de la reputación ajena, la LORCPM establece que “se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado”.⁶¹ De esa manera, respecto de la deslealtad y tal como lo señala Eva Domínguez, los actos de aprovechamiento de la reputación ajena se fundamentan en el empleo del buen nombre y fama de terceros para difundir la propia oferta dentro del mercado y así llamar con mayor facilidad a la clientela.⁶² Es decir, bajo esta figura el competidor desleal logra beneficiarse del esfuerzo ajeno y de los costos incurridos por terceros en actividades de promoción dentro de un mercado para ganar un espacio en el mismo.

59 Montiano Monteagudo Monedero, “El riesgo de confusión en derecho de marcas y en derecho contra la competencia “desleal”, *Revistas Jurídicas UNAM*, no. 13 (2015), 67-114.

60 Espinoza, *El Acto de Confusión*, 127.

61 Artículo 27, LORCPM.

62 Eva María Domínguez Pérez, “Algunas cuestiones sobre la distribución de productos de imitación: el aprovechamiento de la reputación ajena desde la perspectiva del derecho de marcas y del derecho contra la competencia desleal”, en “Marcas y Distribución Comercial”, coord. Eduardo Galán Corona y Fernando Carabajo Cascón (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011).

Al respecto, la doctrina ha precisado determinados requisitos que deben verificarse a fin de constatar la configuración de un acto de explotación de la reputación ajena. Dentro de los cuales se encuentran i) la existencia de prestigio adquirido por el tercero, ii) presencia de un comportamiento apto para conseguir un aprovechamiento de dicho prestigio ajeno y iii) que la explotación sea indebida.⁶³

7.2.1 EXISTENCIA DE PRESTIGIO

En relación a este requisito, la jurisprudencia de la Comunidad Europea señala que no todos los agentes económicos que operan dentro de un mercado poseen reputación o prestigio; al contrario, quienes ostentan esta calidad son únicamente aquellas que han logrado cierta consolidación, llegando a ella a través del posicionamiento de una marca en el mercado.⁶⁴ Consecuentemente, mientras mayor sea el grado de dicha implementación del signo distintivo, mayor sería el riesgo de explotación de reputación ajena que determinada empresa posea.

7.2.2. COMPORTAMIENTO APTO PARA EL APROVECHAMIENTO DEL PRESTIGIO

Por otra parte, cuando se habla de la presencia de un comportamiento idóneo para lograr el aprovechamiento de la reputación ajena, resulta necesario resaltar que la actividad en cuestión debe efectivamente implicar una explotación de la reputación ajena como, por ejemplo, la utilización de signos distintivos de manera no autorizada por el tercero.

De ahí que el empleo de estos signos por parte del operador desleal, causarían una asociación en beneficio del supuesto operador desleal, “diluyendo la capacidad de atracción del signo distintivo utilizado indebidamente”.⁶⁵ Asimismo, Silvia Barona resalta que el uso de signos distintivos comprende la traslación del buen nombre y la fama ganadas con esfuerzo a un competidor desleal que inadecuadamente obtiene y logra aprovecharse de la reputación y prestigio de una empresa.⁶⁶

63 SPA y Eurotronic c. Distribuciones Sergipack, Audiencia Provisional de Barcelona, 05 de marzo de 2013.

64 Domínguez, *Algunas cuestiones sobre*, 330.

65 Nicolás Esteban Martínez Neira, *Explotación de la Reputación Ajena* (Madrid: Civitas, 2001).

66 Silvia Barona Vilar, *Competencia Desleal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008).

7.2.3. EXPLOTACIÓN INDEBIDA

Respecto de este requisito, Baldo Kresalja destaca que es lógico que la explotación de la reputación ajena tenga como condición el uso indebido “pues la reputación industrial no puede considerarse como una propiedad excluyente de su titular, ya que en muchos casos los terceros pueden hacer mención o uso de ella dentro de las normas de corrección generalmente aceptadas”.⁶⁷

Así, es preciso enfatizar en que el aprovechamiento para ser sancionado por la competencia desleal debe ser indebido, puesto que puede darse lugar a supuestos de uso de buena fe de los signos distintivos, así como casos en los que el uso de la marca de terceros se encuentre respaldado por licencias otorgadas por los titulares de dichos signos distintivos a favor del competidor que se encuentra aprovechando de la reputación de un tercero legítimamente. Siguiendo esta línea de ideas, el TJCAN ha establecido que:

En un mercado competitivo ganar prestigio es muy difícil; lograr posicionar una marca es un trabajo soportado en grandes esfuerzos empresariales. Por lo tanto, si un competidor se aprovecha de la reputación ajena con la finalidad de falsear la competencia y causar daño a un competidor específico, estaríamos en frente de un acto de competencia desleal vinculado con la propiedad industrial. El aprovechamiento del prestigio ajeno se materializa en el hecho de que un competidor se cuelga o utiliza la fama, el prestigio o la notoriedad de determinada marca para distorsionar la competencia y causar perjuicio a un competidor, que bien podría ser la disminución de las ventas o la dilución de la capacidad distintiva de la marca.⁶⁸

Como bien lo indica la autora María Llobregat, el motivo por el cual el legislador sanciona las prácticas de explotación de la reputación ajena se debe a que, de no hacerlo, se reprimiría el esfuerzo de los operadores económicos, quienes para continuar con el dinamismo del mercado deben tener un espacio de protección sobre su reputación alcanzada.⁶⁹ A partir de esto, en lo que respecta al consumidor, si bien el reprimir esta conducta no protege de forma directa sus intereses, de todas formas se busca salvaguardar la confianza de los consumidores en el prestigio del operador afectado, impidiendo que los productos y servicios seleccionados frustren sus expectativas.

67 Baldo Kresalja Rosselló, “Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la Competencia Desleal”, *Revista de Derecho*, no. 47 (1993): 42.

68 Proceso 032-IP-2013, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 23 de agosto de 2013, párr. 20.

69 María Luisa Llobregat Hurtado, *Temas de Propiedad Industrial. Madrid* (Barcelona: Wolters Kluwer, 2007), 346-467.

8. EL *METATAGGING* COMO ACTO DE CONFUSIÓN

Varios autores al estudiar el *metatagging* coinciden en que dentro de la misma se forma principalmente un acto de confusión, pues como se indicó con anterioridad, la confusión puede darse de distintas formas y, en el caso en estudio, ha sido ampliamente mencionado que dentro de este es posible verificar un riesgo de asociación. Así, generalmente se ha mencionado que estas prácticas implican que el consumidor medio concluya que existe algún tipo de relación o vínculo económico entre el competidor desleal que se encuentra ofertando el producto o servicio, y el titular de la marca que se está utilizando como *metatag*.

En ese sentido, la doctrina ha destacado que ciertos actos de *metatagging* en efecto pueden generar confusión a través de la actividad publicitaria que se realiza, puesto que al utilizar una marca reconocida como palabra clave o *adword* en su código HTML podría conllevar a que el consumidor piense que los productos o servicios ofrecidos tienen un vínculo, sea este comercial, económico o de organización con el competidor leal.⁷⁰

A modo de ilustración, se puede tomar el siguiente ejemplo de la experiencia estadounidense. Un empresario sin relación alguna con la compañía Walt Disney utilizó en su código HTML como palabras clave “disney transportation”, con la finalidad de promocionar en su sitio *web* un servicio de transporte a las atracciones de Disney en Orlando. Por ello, la empresa Walt Disney demandó al empresario, alegando que dicha obra constituía un riesgo de asociación apta para hacer creer al consumidor que Walt Disney patrocinaba o poseía algún vínculo con el servicio de transporte.⁷¹ Sin embargo, la corte resolvió que el vínculo entre una empresa y la otra no era deducible, puesto que pese a que, si bien el distintivo “disney” estaba siendo utilizado para identificar un servicio ajeno a lo ofrecido por Walt Disney, en ningún momento se daba a entender a los consumidores que la prestación provenía de la misma empresa Walt Disney.

De esta manera, se estaría hablando de una confusión en sentido amplio que genera que el consumidor, aun teniendo conocimiento de que ambas prestaciones provienen de un origen empresarial distinto, supone equivocadamente que entre las empresas existe algún tipo de relación, dado que al buscar a una empresa en específico, los resultados resaltan los sitios *web* de otro competidor que ha utilizado el buen posicionamiento y renombre de otra empresa para mejorar su ubicación en el navegador.

70 Jane C. Ginsburg, Jessica Litman y Mary Kevlin, *Trademark and Unfair Competition Law* 428 (New York: Wolters Kluwer, 1996).

71 Nuria Bermejo Gutiérrez, “Prácticas Promocionales en Internet: ¿Una nueva frontera?” *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6248>

No obstante, en casos como, *Corporación EMC c. Hewlett-Packard Co. (HP)*⁷² y *CCBN.com Inc. c. C-call.com Inc.*,⁷³ se ha determinado que, si bien puede afirmarse que una confusión inicial toma lugar en la mente del consumidor al dar el primer clic de búsqueda e incluso al ingresar por error a la página *web* con mejor posicionamiento en la red, es simplemente irreal concluir que cualquier confusión inicial sobre las marcas de servicio se traduciría en una confusión real en la compra de productos de las partes,⁷⁴ puesto que cualquier consumidor medio que explore la página visitada con la mínima diligencia podrá aducir que entre una empresa y otra no existe relación alguna, en tanto no se encontrara mención de signos distintivos de la otra empresa en el diseño visual de la página *web* ingresada que puedan inducir al consumidor a creer que existe un vínculo comercial o económico.

En este orden de ideas, es preciso mencionar que existe una gran diferencia entre lo que el *metatagging* implica y el diseño que se deja a la vista del consumidor, pues en el primer caso y como se ha explicado con anterioridad, la configuración del *metatagging* no es posible ser identificada por un navegador común que tan solo basa sus búsquedas en los resultados arrojados por buscadores como Google y Yahoo y que solo tiene la posibilidad de ver como producto final el nombre de la página *web* en sí misma; mientras el diseño de la página *web* se ve compuesto por el nombre de la empresa a la que se ha ingresado y los signos distintivos de la misma.

Así, en la sentencia *Playboy Enterprises, Inc. c. Calvin Designer Label*,⁷⁵ la corte señaló que respecto de los *metatags*, no existe configuración alguna de un acto de confusión por riesgo de asociación cuando la utilización de una marca de renombre se ha hecho bajo el principio de buena fe con el objetivo de indexar el contenido de su sitio *web* a una mejor visualización; dejando de lado cualquier intención de asociar las prestaciones a los de otra empresa.

Adicionalmente, en el caso *Brookfield Communications, Inc. c. West Coast Entertainment Corp.*,⁷⁶ la corte estableció que dado que los *metatags* constituyen lenguaje HTML que no es visible para el consumidor al momento de una búsqueda, sería poco probable que una confusión resultase de la utilización de marcas en la configuración de una página *web*, ya que al ingresar a un sitio *web* la dirección de dominio es evidentemente distinta a la de la marca empleada como *metatag*, por lo que cualquier tipo de confusión inicial desaparece al

72 *Corporación EMC c. Hewlett-Packard Co.*, Corte del Distrito de California, San Francisco, 14 de febrero de 2004, párr. 63.

73 *CCBN.COM, Inc. c. C-CALL.COM, Inc.*, Tribunal de Distrito de Massachusets, 18 de noviembre de 1999, párr. 106. (Traducción no oficial).

74 *CCBN.COM, Inc. c. C-CALL.COM, Inc.*, párr. 106.

75 *Playboy Enterprises, Inc. c. Calvin Designer Label*, Corte del Distrito de California, San Francisco, 8 de septiembre de 1997, párr. 204.

76 Rachel Jane Posner, "Manipulative Metatagging, Search Engine Baiting, and Initial Interest Confusion", *Hein Online* (2000): 439-505.

momento en que un consumidor ingresa a la página y puede observar que se trata de una empresa en específico, que poco o nada tiene que ver con aquella empresa que en principio se encontraba buscando.

Siguiendo esta línea de ideas, el autor Gustavo Ghidini ha indicado que para identificar la presencia de un riesgo de asociación en prácticas de *metatagging* no es suficiente con probar una confusión efectiva, por el contrario, para ello es indispensable acreditar la aptitud del acto para confundir.⁷⁷ Así, la legislación ecuatoriana no determina una regulación especializada atinente a la carga de la prueba, por lo que, aplicando el principio *onus probandi incumbit actoris*, aquel que alega la ocurrencia de un hecho en específico es quien deberá probarlo.⁷⁸

Dentro de este contexto, y teniendo en cuenta que son los intereses de los consumidores los que se busca salvaguardar bajo la figura de los actos de confusión, la prueba tendría que corroborar la probabilidad de que un consumidor medio estime que existe una relación económica entre quien lleva a cabo el posicionamiento a su favor y el operador económico afectado.

De esta manera, para que esta práctica tenga lugar, la conducta debe ser apta para generar confusión y, como se ha establecido en el desarrollo de diversas sentencias, esto no tiene cabida, pues si un competidor emplea la marca de un tercero como *metatag*, lo hace con la finalidad de que su oferta aparezca en los primeros resultados indexados al buscador de internet, más no para identificar su oferta como la de otro operador económico.

Asimismo, el autor Alex Sosa ha destacado que la práctica del *metatagging* no se realiza a título de marca, por lo que no sería susceptible su categorización como un acto de confusión, dado que el efecto buscado no es que el consumidor se vea imposibilitado de diferenciar entre una oferta y otra, sino que sus prestaciones aparezcan “como opción más cercana o alternativa cuando el consumidor busque por la oferta competidora”.⁷⁹ Es así que el efecto causado por la práctica del *metatagging* no es que el consumidor medio no pueda diferenciar entre una oferta y la otra. Al contrario, lo que busca el competidor supuestamente desleal es que su oferta, evidentemente distinta a la que el consumidor demanda por su reputación comercial, salga como la opción más parecida o, a su vez, alternativa, cuando se busque por la oferta competidora.⁸⁰

77 Gustavo Ghidini, *La Concorrenza Sleale* (Roma: UTET, 2001).

78 Juan Carlos Galindo Vácha, *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2018).

79 Alex Sosa, Uso de marcas de terceros competidores en Google ads sin autorización en el Perú ¿infracción marcaria o acto de competencia desleal?, *Derecho & Sociedad*, 2(54), 146.

80 *Ibíd.*

9. EL *METATAGGING* COMO ACTO DE APROVECHAMIENTO DE LA REPUTACIÓN AJENA

Una parte de la doctrina ha identificado a las prácticas de *metatagging* como un acto de aprovechamiento de la reputación ajena dado que, en el caso en estudio, la empresa supuestamente parasitaria utiliza el renombre y reputación de otra con el objetivo de obtener un mejor lugar de posicionamiento en los resultados indexados a determinado buscador de internet.

Con ello, resulta preciso mencionar que para que un acto de aprovechamiento de reputación ajena se configure, es indispensable que exista una protección jurídica sobre el renombre de la empresa afectada en tanto este acto signifique un coste de garantía referente a la fidelidad de los consumidores hacia una marca determinada. Por ello, los operadores luchan por adquirir y conservar una buena fama y reputación a lo largo de la existencia de sus actividades económicas. De este modo, el ordenamiento jurídico busca impedir que la buena reputación y renombre de una empresa sea injustamente menoscabada o que, a su vez, otro competidor “obtenga una ventaja inmerecida al aprovecharse indebidamente de la reputación ajena”.⁸¹

En ese contexto, tanto la jurisprudencia como la doctrina han determinado que, para que una práctica de *metatagging* sea susceptible de sanción bajo la figura en análisis, es necesario que ciertos requisitos se verifiquen, siendo estos: i) existencia de prestigio adquirido por el tercero, ii) presencia de un comportamiento apto para conseguir un aprovechamiento de dicho prestigio ajeno y iii) que la explotación sea indebida; mismos que se han mencionado con anterioridad.⁸² Así, es indispensable una valoración caso por caso para poder determinar si es que se cumplen los criterios indicados.

Dentro de este marco, en primer lugar se debe verificar que exista prestigio o reputación adquirida por el agente económico supuestamente afectado. En el caso del *metatagging*, por la naturaleza misma de la práctica, efectivamente este requisito se constata, dado que la misma busca utilizar como *metatag* el nombre de una empresa que se encuentre bien posicionada en los buscadores de internet con la finalidad de impulsar el sitio *web* en cuestión; implicando que por tanto, la empresa goza de un alto nivel de reputación.

En cuanto al segundo requisito, para que el *metatagging* se considere una práctica desleal es preciso corroborar que se trata de un acto idóneo para lograr el aprovechamiento de la reputación ajena. De ello, Carlos Molina recalca que claramente la práctica en cuestión resultaría un medio idóneo para alcanzar

81 Portellano Díaz, *La Imitación en el Derecho*, 276.

82 Eurotronic c. Distribuciones Sergipack, Audiencia Provisional de Barcelona, 05 de marzo de 2013, párr. 110.

el aprovechamiento del prestigio de otra empresa, pues es justamente del posicionamiento de otro competidor de lo que se vale el *metatagging* para incrementar o bien elevar la ubicación de la empresa supuestamente infractora dentro del mercado en línea.⁸³ De esta manera, el debate de si el empleo del *metatagging* conlleva o no a la configuración de una práctica desleal por parte del operador económico, recae en el tercer requisito, donde se examina la existencia de un uso indebido del aprovechamiento.

Así, resulta indispensable tener en mente que la explotación indebida se observa bajo la noción de la buena y la mala fe subjetiva. Es decir, mientras exista un uso de buena fe por parte del agente supuestamente parasitario en cuanto a la marca reconocida como *metatag*, podría argumentarse que un aprovechamiento indebido no tiene cabida. Mientras que, si de mala fe se habla, entonces una clara explotación indebida tendría lugar.⁸⁴

Dentro de este contexto, una parte de la doctrina ha enfatizado que el uso de signos distintivos sin autorización alguna del tercero y, en especial de mala fe, conllevan a que se constituya un acto de aprovechamiento de la reputación ajena. De ahí que, en los casos en los que el *metatagging* sea empleado con la sola intención de dañar al tercero afectado, con el ánimo de menoscabar la reputación y demanda en la oferta del competidor, no cabría duda de que dicha práctica sería sancionable.⁸⁵

Sin embargo, otro grupo doctrinario, bien representado por el autor Montiano Monteagudo,⁸⁶ sostiene que la finalidad del *metatagging* recae en lograr que el competidor supuestamente desleal posicione su oferta en una mejor ubicación dentro de las páginas indexadas al buscador *web*, siendo así más que evidente que un agente económico emplea este tipo de práctica con el objetivo de elevar su oferta frente a la del resto; dejando de lado la intención de dañar a otro competidor y constituyendo por tanto una actividad realmente competitiva que carece de motivación para dañar a otro competidor en su propio beneficio.

Adicionalmente, dado que los *metatags* se encuentran ocultos a la vista del consumidor, podría decirse que estos no poseen mala fe subjetiva, ya que para que el menoscabo sea potencial o real frente a un operador económico en cuanto a explotación indebida se refiere, el consumidor tendría que ingresar a las páginas indexadas en el buscador y encontrar en su diseño gráfico elementos que dañen la reputación y renombre del tercero supuestamente afectado.

83 Carlos Alberto Molina Sandoval, "La competencia desleal en Latinoamérica". *Revista Crítica de Derecho Privado* No. 12, vol. 2.

84 María Llobregat, *Temas acerca de*, 401.

85 Miguel Del Pino y Mariano Peruzzotti, *Nuevo Régimen de Lealtad Comercial en Argentina* (Buenos Aires: Editorial Planeta, 2019).

86 Montiano Monteagudo, *La protección de la marca renombrada* (Madrid: Civitas 1995).

Ahora bien, en caso de encontrar elementos que constituyan una explotación indebida de la reputación ajena al ingresar en el sitio *web*, queda claro que estos solo podrían evidenciarse en el diseño gráfico, lo cual excluye por completo a los *metatags* y, por lo tanto, al *metatagging* como práctica desleal, ya que entonces la intención de dañar al competidor caería en otro método publicitario.

En tal sentido, y dado que los dos primeros supuestos parecen constarse en el uso del *metatag*, si la autoridad competente decide obviar el requisito de explotación indebida y por tanto de mala fe subjetiva, como elemento indispensable para la sanción del *metatagging* como práctica desleal, de todas formas deberá poner en una balanza los intereses confluyentes para decidir finalmente cuál debe proteger. Pues en este escenario dos son los intereses que se contraponen, los del empresario supuestamente afectado y los del consumidor.⁸⁷

Así, se deberá tener en consideración que dentro de los efectos que la restricción de esta modalidad podría causar, se encuentran: i) la pérdida de información para el consumidor quien, gracias al uso de esta práctica, posee más conocimiento sobre las prestaciones a las que puede tener acceso en el mercado, ya que al tener en su lista de resultados más ofertas competidoras puede obtener mejores beneficios en cuanto a precios y calidad del producto o servicio; y ii) la “reducción de la competencia, toda vez que eliminaría una herramienta que actualmente usan las empresas para identificar e informar a los consumidores que han expresado interés en los productos de sus competidores”.⁸⁸

De igual forma, la autoridad de competencia deberá tener en mente como contrapartida que existe un costo de oportunidad en no sancionar este tipo de práctica, siendo esta la pérdida de información a la que el consumidor podría haber accedido en ausencia del *metatag*.

10. LA CLÁUSULA GENERAL EN LA COMPETENCIA DESLEAL

Con todo lo antes mencionado, resulta indispensable dedicar un apartado a la cláusula general de la Competencia Desleal. En ese sentido, tal como señala el doctrinario Pinkas Flint, las distintas legislaciones de Competencia Desleal usualmente optan por incluir una cláusula general en la cual se señala una definición de práctica desleal para posteriormente enlistar de manera ejemplificativa ciertos actos que se consideran ilícitos y el caso ecuatoriano no es la excepción.⁸⁹ Ahora bien, la importancia de dicha cláusula recae en la adaptabilidad que la misma posee a las situaciones posteriores a la promulgación de

87 Sosa, *Uso de marcas*, 148.

88 Elisa V. Mariscal, David S. Evans, “The Role of Keyword Advertising in Competition among Rival Brands”, *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, no. 619 (2012), 6-14.

89 Pinkas Flint Blanck, *Estudio del Tratado de Defensa de la Libre Competencia* (Madrid: Civitas, 2016).

la norma. Por ello, Juan Ignacio Peinado y María José Carazo mencionan que su flexibilidad posibilita que “conductas antijurídicas se subsuman en ella, sin haber sido previstas por el legislador”.⁹⁰

De esa manera, la inclusión de una cláusula general tiene un carácter interpretativo, puesto que permite a la autoridad de competencia aplicar caso por caso aquellos criterios valorativos expuestos por la cláusula. Además, cabe recalcar que esta otorga seguridad jurídica, teniendo en cuenta que, gracias a ella, el competidor conoce que los actos contrarios a la buena fe, usos y costumbres honestas, clasifican como desleales.⁹¹

Sin embargo, su gran amplitud provoca cierta problemática, ya que como bien manifiesta la doctrina “[...] las cláusulas generales tienen una textura abierta o vaguedad que complica extraordinariamente su aplicación”.⁹² Todo esto puesto que “[...] la cláusula general tipifica un acto de Competencia Desleal en sentido propio, distinto a los actos [...] que la ley ha estimado tipificar en concreto”.⁹³ Por ello, Felipe Palau indica que la aplicación de la cláusula general supone la exclusión o descarte de aplicación de los tipos específicos de la ley, siendo por tanto improcedente un análisis conjunto.⁹⁴

En Ecuador, la cláusula general de prohibición de competencia desleal se encuentra contemplada en el artículo 26 de la LORCPM, el cual indica que “[...] quedan prohibidos y serán sancionados [...] los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten [...] cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia [...]”.⁹⁵ Esta disposición reviste de gran importancia, ya que permite la restricción y sanción de una conducta que posiblemente no encaje en ningún supuesto previsto por el legislador al poder ser aplicada de forma autónoma; logrando así que la protección contra la Competencia Desleal no se convierta en obsoleta frente a la aparición de nuevas prácticas comerciales.

Sin embargo, en el caso del *metatagging*, para que esta pueda ser catalogada como práctica desleal, el competidor presuntamente afectado debería probar que el uso del *metatag* por otro operador resulta en impedimento de la competencia leal, algo que no podría darse, ya que el uso del *metatagging* permite a varios operadores poco posicionados dentro del mercado obtener

90 Juan Ignacio Peinado Gracia. “La Publicidad Desleal: aproximación a la publicidad comparativa en su proyectada regulación en la Unión Europea”. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (ed.) *La Constitución Española en el Ordenamiento Comunitario Europeo* (Madrid: Centro de Publicaciones, 1999), 565-612.

91 Alberto Empanza Sobejano, *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia* (Madrid: Civitas, 2004), 404-432.

92 Daniel Irigoyen Fujiwara y Rafael García Pérez. “La cláusula general de la Ley de Competencia desleal tras su reforma la por Ley 29/2009, de 30 de diciembre”, en *Cuestiones actuales del Derecho de la Empresa III Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derechos Mercantil* (La Mancha: Universidad de Castilla-La Mancha, 2011), 158.

93 José Ramón Ferrándiz Gabriel, *Jurisprudencia sobre propiedad industrial, publicidad y Derecho de la Competencia* (Madrid: Tirant Lo Blanch, 2007), 814-967.

94 Felipe Palau Ramírez y Jaume Martí Miravalls, *Retos en el sector agroalimentario: regulación, competencia y propiedad industrial* (Madrid: Tirant Lo Blanch, 2022).

95 Artículo 26, LORCPM.

una mejor visibilidad hacia el público consumidor, lo cual en ningún caso supondría un impedimento de competencia honesta, al contrario, significaría un aumento en el nivel de competencia que a su vez se traduciría en un beneficio para el consumidor.

Si se habla de una restricción o falseamiento de la competencia, la doctrina ha señalado que para lograr tener este tipo de efectos es necesario poseer un poder de mercado significativo.⁹⁶ Por lo que, teniendo en mente que en su mayoría, aquellos operadores que utilizan los *metatags* son justamente quienes carecen de una posición dominante en el mercado, la verificación de este supuesto resulta sumamente difícil, puesto que no cuenta con uno de los requisitos fundamentales para generar estos efectos en la competencia.

En cuanto a la distorsión de la competencia, llegar a probar el supuesto sería igualmente complicado, ya que el empleo del *metatag* permite a varios competidores estar al alcance del conocimiento de los consumidores, por lo cual se estaría hablando de una práctica altamente competitiva, al incrementar la oferta y calidad de los productos a disposición de los consumidores. Adicionalmente, para probar una distorsión del mercado tendría que haberse falseado, restringido o impedido la competencia honesta,⁹⁷ algo que ha sido descartado anteriormente.

Con ello analizado, parecería difícil catalogar al *metatagging* como una práctica desleal bajo la cláusula general. Sin embargo, mal se haría en excluir por completo esta posibilidad, ya que muy bien podría darse que operadores económicos bien posicionados utilicen al *metatagging* con la finalidad de evitar que nuevos agentes aparezcan en las páginas de búsqueda indexadas. Resultando así en un afianzamiento de su poder de mercado, así como también en una disminución en la competencia y consecuentemente, en una restricción de los derechos del consumidor. Por lo que, la autoridad de competencia deberá analizar caso por caso, las circunstancias bajo las cuales la práctica del *metatagging* se está llevando a cabo.

11. CONCLUSIONES

De lo antes estudiado se evidencia que el *metatagging* constituye una nueva herramienta publicitaria que permite a diferentes empresas lograr un buen posicionamiento en el mercado en línea, así como facilita su exposición en plataformas de recorrido mundial como Google, Yahoo y Bing. Sin embargo, y puesto que esta práctica publicitaria se sirve de nombres de empresas y marcas de renombre para subir su posición dentro de las páginas indexadas en los buscadores *web*, una buena parte de la doctrina cataloga al *metatagging*

⁹⁶ Antonio Robles Martín-Laborda, *Libre competencia y competencia desleal* (Madrid: La Ley, 2001).

⁹⁷ Mario De La Puente, *Propiedad intelectual y distorsión de la Competencia: el caso de Estados Unidos* (Bogotá: Editorial UTA-DEO, 2017).

como un ejercicio que debe ser sancionado por del Derecho de Competencia Desleal, al considerarse como una práctica parasitaria.

No obstante, como se demuestra por medio de la investigación del presente trabajo, antes de encasillar a cualquier uso de *metatagging* como una práctica desleal, sea por acto de confusión, por aprovechamiento de la reputación ajena, o bien por la cláusula general de la Competencia Desleal; es necesario realizar un estudio de los hechos, caso por caso, para poder llegar a una decisión sobre su sanción. Pues, como se puede ver, no es factible una categorización *a priori* de este tipo de prácticas.

Así, se debe tener en mente que el Derecho de Competencia Desleal tiene como finalidad la protección de la competencia honesta, limpia y sana, además de los derechos de los consumidores. Por lo que, una vez analizadas las dos prácticas por las cuales la doctrina se enfoca en sancionar al *metatagging*, es posible concluir que, en primer lugar, si bien existen autores que plantean que el *metatagging* se relaciona con los actos de confusión, no es factible tal suposición, puesto que esta práctica podría ser sancionable solo si generase un riesgo de asociación. En tal sentido, un consumidor medio debería considerar que existe un vínculo económico entre el operador supuestamente desleal y aquel que ostenta de un renombre, todo lo cual debe ser probado por el presunto operador afectado para que la práctica sea sancionable. Sin embargo, aquello no sería posible, principalmente porque dada la naturaleza misma de los *metatags*, estos no están a la vista de los consumidores, ya que se encuentran inmersos únicamente en la codificación HTML de un sitio *web*. Siendo casi imposible que un consumidor medio pueda conocer los contenidos de estos, sin poseer conocimientos de programación, o bien inmiscuirse en la codificación de cada página *web* que visita. Es decir, no podrían concluir que existe cualquier tipo de relación entre una empresa y la otra, ya que desde un inicio los consumidores no se encuentran expuestos a este tipo de confusión.

En cuanto al aprovechamiento de la reputación ajena se concluye que, para su sanción, resulta necesaria la constatación de una explotación indebida guiada por una mala fe subjetiva, un elemento sumamente difícil de probar, pues el *metatagging* se lleva a cabo a nivel de codificación fuera del alcance de la vista del consumidor, por lo que podría decirse que no tiene la posibilidad de causar un daño a otros competidores, ya que para que el menoscabo sea potencial o real, el consumidor tendría que ingresar a las páginas indexadas en el buscador y encontrar en su diseño gráfico elementos que dañen la reputación y renombre del tercero supuestamente afectado. Caso en el cual se estaría hablando de una práctica publicitaria completamente ajena al *metatagging*. Así, parecería ser que la regulación del *metatagging* caería bajo la cláusula general de Competencia Desleal, pues su amplitud abarcaría sin problema todo el fenómeno que constituye esta práctica, al considerar como desleal todo acto

que falsee, restrinja o distorciona la competencia. Empero, estos supuestos resultan sumamente difíciles de verificar, por la esencia de lo que constituye el *metatagging* y por quienes suelen utilizar esta práctica publicitaria. No obstante, su exclusión definitiva no es recomendable, ya que podrían existir casos en los que probar la aplicación de estos supuestos sea factible.

Es así que, a juicio de la presente investigación, las prácticas de *metatagging* resultan en su gran generalidad exentas de ser catalogadas como una práctica desleal ya que, en su mayoría, significan una práctica que potencia y estimula la competencia dentro del mercado, al impulsar a los operadores económicos a mejorar sus prestaciones con el objetivo de ser preferidos por los consumidores que ahora se encontrarían altamente expuestos a nuevos oferentes dentro del mercado.



CARMIGNIANI PÉREZ

ABOGADOS

AV. 9 DE OCTUBRE 100, EDIF. LA PREVISORA OF. 2202.
T: 593-4-2300600 GUAYAQUIL - ECUADOR | EC090306

AV. NACIONES UNIDAS E20-30 Y NUÑEZ DE VELA, EDIF. METROPOLITAN, OF. 1107.
T: 593-2-3959590 QUITO - ECUADOR | EC170507 | WWW.CPLAW.EC

ÁREAS DE PRÁCTICA



Resolución de
Conflictos



Derecho Laboral



Derecho Civil y
Comercial



Banca, Fideicomisos y
Mercado de Valores



Sector Público y
Privatizaciones



Derecho
Aduanero



Propiedad
Intelectual



Derecho Marítimo y
Portuario



Derecho de
Competencia



Derecho
Tributario



Compliance

**MARCAMOS LA DIFERENCIA
EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

RECONOCIMIENTOS



IFLR1000



Personas privadas de libertad en Ecuador: ¿una categoría sospechosa inexplorada?

People deprived of liberty in Ecuador: an unexplored suspect classification?

BAIRON IVÁN ESPINOZA GUILLÉN*

Recibido / Received: 05/01/2023

Aceptado / Accepted: 16/03/2023

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2875>

Citación:

Espinoza Guillén, B. “Personas privadas de libertad en Ecuador: ¿una categoría sospechosa inexplorada?”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 1, mayo de 2023, <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2875>

* Universidad Carlos III de Madrid, Maestrando en Derecho Penal y Procesal Penal. Abogado por la Universidad Católica de Cuenca UCACUE, Cuenca 010101, Azuay, Ecuador. Correo electrónico: baironespinozag@gmail.com, ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0007-7090-5656>

RESUMEN

El desarrollo doctrinal de las categorías sospechosas ha coadyuvado a que varias distinciones prohibidas de discriminación sean reconocidas con este estatus. No obstante, sobre la distinción de privación de libertad de una persona, no existe pronunciamiento alguno. Este trabajo tiene como objetivo principal, analizar desde un enfoque crítico si tal distinción merece ser reconocida como una categoría sospechosa. Para ello, se utilizó un método deductivo que profundizó los criterios jurisprudenciales de las categorías sospechosas y protegidas sobre la base de una norma *jus cogens* y una reciente medida restrictiva-diferenciadora implementada en el sistema penitenciario. El análisis concluye exponiendo que la distinción de privación de libertad no supera los estándares para este reconocimiento, pues si se le concediera esta calidad complicaría el ejercicio de libertad configurativa de la norma penal, lo que generaría un porvenir de satisfacciones normativas inconstitucionales que difícilmente vencerían el test de escrutinio estricto.

PALABRAS CLAVE

Categorías sospechosas; discriminación; personas privadas de libertad; principio de igualdad; sistema penitenciario

ABSTRACT

*The development of doctrine regarding suspect classification has contributed to the fact that several distinctions, prohibited from discrimination, are recognized with this status. However, there is no pronouncement about the distinction of deprivation of liberty of a person. The main objective of this thesis is to analyze, from a critical approach, whether such a distinction deserves to be recognized as a suspect class. For this, a deductive method was applied, which deepened the jurisprudential criteria of the suspect classification protected by a *jus cogens* norm and a recent restrictive-differentiating measure implemented in the penitentiary system. The analysis concludes by stating that the distinction of deprivation of liberty does not exceed the standards for this recognition given that if this quality or status were granted, it would complicate the exercise of configurative freedom of the criminal law norm, which in the future would generate unconstitutional normative satisfactions that would hardly overcome the strict scrutiny test.*

KEYWORDS

Suspect classification; discrimination; persons deprived of liberty; principle of equality; penitentiary system

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los presupuestos básicos de un Estado constitucional radica en que el andamiaje jurídico debe adaptarse de acuerdo con lo que promulga la Constitución. En el año 2008, Ecuador experimentó, a través de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), una nueva era para el constitucionalismo. Principalmente, porque su innovado texto constitucional reconoció un amplio catálogo de derechos que se encontraban ausentes en la carta magna que le precede. De esta forma, por ejemplo, el artículo 35 de la CRE¹ reconoció a las personas privadas de libertad (en adelante PPLs) como un grupo de atención prioritaria, aunque se centró en el reconocimiento de derechos que tienen la función exclusiva de velar por su bienestar.

Por otro lado, algunos principios y derechos constitucionales —anteriormente reconocidos— experimentaron un notorio avance en cuanto a su percepción conceptual y su proyección casuística. El principio de igualdad y su componente de no discriminación comenzaron a ser desarrollados minuciosamente gracias a la jurisprudencia, estableciendo algunas directrices que refuerzan la protección y contribuyen con el ejercicio judicial a la hora de identificar si existe o no vulneración al mencionado principio constitucional. Pese a ello, algunas instituciones del Estado no han atendido adecuadamente a dichos presupuestos constitucionales, ya que una reciente medida diferenciadora incorporada por el legislador en el Código Orgánico Integral Penal² (en adelante COIP) generó un polémico asunto dentro del sistema penitenciario.

Esta medida será un punto de análisis clave en este trabajo en virtud de que representa el camino hacia la repuesta de si la condición de privación de libertad debe ser reconocida como una categoría sospechosa y si tal reconocimiento, de forma eventual, auxiliaría a erradicar algunos yerros producto de la debacle legislativa que, en la actualidad, ha contribuido a la expansión desmesurada del derecho penal.

1 Artículo 35, Constitución de la República del Ecuador Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformado por última vez el 25 de febrero de 2021. “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad” (énfasis añadido).

2 En las reformas al COIP de fecha 24 de diciembre de 2019, el legislador decidió restringir el acceso a los regímenes semiabierto y abierto solamente para a aquellas PPLs sentenciadas por determinados delitos recogidos en los artículos 698 y 699 del texto penal.

2. BREVES MATICES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO

Evitando caer en la mera subjetividad con la que el Derecho ha concebido a la igualdad, es importante que su concepto sea abordado de manera sutil, en tanto comprende un término que parte de la idea de hacer efectivo un trato idéntico, desechando cualquier característica que ocasione una diferencia entre las personas. Esta idea conceptual resulta muy general, pues ni siquiera la CRE ha establecido un concepto de igualdad, pero sí la ha concebido como un elemento fundamental para el alcance de los objetivos establecidos en el pacto social.

A modo de ejemplo, en su artículo 9 la CRE ha sido precisa a la hora de reconocer que las personas extranjeras gozan de igualdad de derechos en relación a los nacionales.³ En tal sentido, no sería posible disminuir los derechos de los extranjeros porque esto ocasionaría la vulneración al derecho de igualdad cuando se refiere a la idea de alcanzar un trato idéntico. A pesar de aquello, algunos supuestos fácticos siempre se manifestarán, pero esto no conlleva *per se* un acto discriminatorio.

Siguiendo esta línea ejemplificativa, el artículo 70 del mismo cuerpo normativo se encuentra encaminado a garantizar la igualdad de género⁴, excluyendo los modelos sociales, en los que brotaba una cantidad considerable de tratos discriminatorios que ante todo, recaían sobre la mujer.

Con lo expuesto, se denota que la igualdad va más allá de una vaga noción conceptual de trato idéntico, pues cada ámbito en el que se manifiesta procura alcanzar un objetivo en concreto que no necesariamente conlleve a un trato igualitario. Para vencer esta idea conceptual insuficiente, la doctrina se ha encargado con asiduidad de establecer definiciones concretas que faciliten la comprensión de la naturaleza y alcance de este principio a partir de dos dimensiones: igualdad formal e igualdad material. De ahí que, la Constitución de Montecristi acoja a ambas dimensiones en el marco de los derechos de libertad.⁵

Ronconi establece una definición sencilla y precisa sobre lo que se entiende por igualdad formal, proponiendo que aquella implica “una igualdad de trato ante la ley”.⁶ Por su parte, la igualdad material ha sido definida por la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE) aduciendo que corresponde a

3 Artículo 9, CRE.

4 Id., Artículo 70.

5 Artículo 66, número 4, CRE: “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

6 Liliana Ronconi, “Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, no. 49 (Octubre 2018): 105. <http://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/2515>

una igualdad que atiende a sujetos que se encuentran en condiciones distintas y necesitan un trato diferenciado para igualar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la norma suprema.⁷ Esta dimensión de la igualdad recae sobre grupos vulnerables que por su distinción —ajena a su voluntad— no pueden gozar de la plenitud de sus derechos y, por ende, es necesario equipararlas con las demás personas a fin de lograr una igualdad real.

Atendiendo a la definición de igualdad formal, cabe preguntarse: ¿somos iguales ante la ley? Según Javier Pérez Royo, no. El autor sostiene que somos iguales ante la Constitución, más no ante la ley.⁸ Este razonamiento conlleva a afirmar que las diferencias que hace la ley son permitidas mientras no contradigan la norma constitucional. En contraste, una diferenciación sobre preceptos constitucionales *a priori* sería inconstitucional hasta que se justifique lo contrario.

En resumen, el concepto de igualdad se encuentra ligado a las dimensiones que ha desarrollado la doctrina. Desde ellas se podría evidenciar un trato discriminatorio y ser declarado vulnerador de un principio constitucional. La CCE estableció una regla que condiciona a que el análisis para constatar la vulneración del principio de igualdad sea a partir de ambas dimensiones, siempre y cuando una norma jurídica establezca un trato diferente para un mismo presupuesto fáctico.⁹ Mientras esta regla no concorra, la CCE señaló que examinará si existe o no vulneración al principio de igualdad atendiendo a una sola dimensión, es decir, sobre la cual se ha identificado que recae el posible trato discriminatorio.¹⁰ Bajo este entendimiento, el concepto de igualdad, a merced de los aportes doctrinarios y jurisprudenciales, ha experimentado una transición indudablemente positiva.

2.1. TRATO DIFERENTE EN EL SISTEMA PENITENCIARIO, UNA PANACEA LEGISLATIVA

El sistema penitenciario en Ecuador no enfrenta su mejor momento. En los últimos dos años ha experimentado varios motines producto de la lucha entre organizaciones criminales que se han consolidado en el territorio. Esta situación ha generado que los problemas penitenciarios —hacinamiento, reincidencia, entre otros— no hayan sido resueltos de forma eficiente, sino por el contrario, han entorpecido el alcance de los objetivos planteados por el Estado para superar la crisis penitenciaria. La Comisión Interamericana de Derechos

7 Sentencia No. 117-13-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 11 de diciembre de 2013.

8 Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional Revisada*, rev. Manuel Carrasco Durán. 13ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 2012), 255.

9 Sentencia No. 003-14-SIN-CC, caso No. 0014-13-IN y acumulados, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de septiembre de 2014.

10 Sentencia No. 117-113-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador.

Humanos (en adelante CIDH), frente a estas circunstancias, ofreció algunas recomendaciones para frenar y erradicar —en lo posible— algunos de los problemas,¹¹ sin embargo, poco resultado se ha observado.

Seguido a esto, se suma la precaria tarea del legislador, quien decidió restringir el acceso íntegro al sistema progresivo de rehabilitación social¹² a cierto grupo de PPLs. Este sistema se compone de un régimen cerrado que el COIP lo define como “el período de cumplimiento de la pena que se iniciará a partir del ingreso de la persona sentenciada a uno de los centros de privación de libertad”¹³; luego, nos encontramos con el régimen semiabierto que comprende “el proceso de rehabilitación social de la o del sentenciado que cumple con los requisitos y normas del sistema progresivo para desarrollar su actividad fuera del centro de ejecución de penas de manera controlada por el Organismo Técnico”¹⁴; finalmente, el régimen abierto constituye “el período de rehabilitación tendiente a la inclusión y reinserción social de la persona privada de libertad, en el que convive en su entorno social, supervisada por el Organismo Técnico”.¹⁵ Se observa que las tres cumplen una secuencia lógica, por tanto, si no se supera la primera fase, no es posible escalar a la siguiente.

Retomando la idea anterior, cabe indicar que esta restricción generada por el legislador, se basa en una medida normativa que recae, según los artículos 698 y 699 del COIP, solo para las PPLs que hayan recibido sentencia condenatoria por los delitos que se detallan a continuación:

Asesinato, femicidio, sicariato, delitos contra la integridad y libertad personal con resultado de muerte, robo con consecuencia de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, enriquecimiento privado no justificado, delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en alta y gran escala, terrorismo, delincuencia organizada, abigeato con resultado de muerte y graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario.¹⁶

11 Personas privadas de libertad en Ecuador 2022, Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2022, OEA/Ser.L/V/II.4 de 21 febrero 2022. Destaca la CIDH que “la corrupción es uno de los problemas que enfrenta el sistema penitenciario ecuatoriano, dicho problema afecta en tres aspectos: a la primacía de la ley; a la búsqueda del bien común, y; a la independencia de las autoridades, al tener que comprometerse de forma exclusiva con intereses particulares”.

12 Para mayor detalle, Ver, artículo 696, Código Orgánico Integral Penal, R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, señala que este sistema concentra tres fases: régimen cerrado, semiabierto y abierto (énfasis añadido).

13 Id., artículo 697.

14 Id., artículo 698.

15 Id., artículo 699.

16 Id., artículos 698 y 699.

Prima facie, se aprecia un quiebre de la finalidad del sistema de rehabilitación social, en razón de su contradicción con lo que establece la CRE¹⁷, es decir, el cierre a una posible rehabilitación social como derecho inherente de todas las PPLs. Asimismo, se avizora un incremento de efectos negativos que coadyuvarían a que los problemas penitenciarios subsistan y se exterioricen hacia el resto de la población. De igual manera, es necesario puntualizar que en dicha medida se perciben otras circunstancias que denotan que el legislador no atendió a los potenciales fundamentos de una correcta aplicación de la política penal y política criminal.¹⁸ Por lo tanto, cabe plantearse dos cuestiones al respecto: ¿existe trato diferente en el sistema penitenciario en razón de la medida implementada?, ¿este trato diferente vulnera el principio de igualdad y no discriminación según los criterios jurisprudenciales?

2.2. DE TRATOS DIFERENTES A TRATOS DISCRIMINATORIOS, UNA CONVERSIÓN INDESEABLE

Llegados a este apartado, donde se tratará de brindar una respuesta a las cuestiones planteadas, es fundamental referirse, en cierta medida, a la tarea del legislador, quien a través del principio de libertad configurativa de la norma, puede adentrarse en el ordenamiento jurídico e implementar, por ejemplo, este tipo de medidas. En este sentido, la CCE delimitó el alcance —en materia penal— manifestando que:

Esta libertad configurativa se refleja en la competencia de diseñar el catálogo criminal, es decir, determinar las conductas punibles penalmente y sus consecuencias [...] pero esta libertad no es absoluta, ya que debe ejercitarse dentro del marco de los valores consagrados en la Constitución y en respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos [...].¹⁹

Según la CCE, la tarea del legislador debe estar orientada a una rigurosa atención de los preceptos constitucionales, a fin de evitar contradecir los mismos sin causa legítima. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) parte del reconocimiento esencial del principio de igualdad como norma *jus cogens*²⁰, lo cual ha provocado el efecto de que cualquier disposición contraria a una norma de este tipo sea anulada.²¹ Pese a ello, años más tarde la Corte IDH declaró responsable al Estado nicaragüense por

17 Cf., artículo 201, CRE: “El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas” (énfasis añadido).

18 Ver, Felipe Rodríguez Moreno, *La expansión del Derecho Penal Simbólico* (Quito: Cevallos, 2013), 25: “[...] la política penal estudia cómo sancionar y cómo prevenir, mientras que la política criminal estudia qué prevenir y qué sancionar”.

19 Sentencia No. 6-17-CN/19, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de junio de 2019, párrs. 20-22.

20 Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Se refiere a “normas de derecho internacional imperativo que integran un orden público internacional, al cual no pueden oponerse válidamente el resto de las normas del derecho internacional, y menos las normas domésticas de los Estados”.

21 Id.

vulnerar una norma *jus cogens* y advirtió que los Estados se encuentran en la obligación de no implementar regulaciones que carezcan de justificación objetiva, razonable y, en consecuencia, discriminatorias.²²

Sobre estas premisas, es momento de analizar la primera cuestión. Para ello es importante tomar en consideración el elemento de comparabilidad, mismo que conduce a determinar si se observa un trato discriminatorio. De hecho, la CCE, en la sentencia sobre el matrimonio igualitario, expuso tres condiciones para la constatación de un trato discriminatorio²³: deben existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones (elemento de comparabilidad); la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas en el art. 11.2 (CRE)²⁴; y la verificación del resultado por el trato diferenciado.

Así pues, la CCE, en posteriores sentencias se ha visto encaminada a identificar el elemento de comparabilidad para analizar si el trato es o no discriminatorio.²⁵ Siguiendo estos parámetros, es clara la identificación de la primera regla, ya que se aprecian dos (o más) sujetos de derechos que se encuentran en igualdad o semejantes condiciones (PPLs). En segundo orden, las PPLs sí encontrarían su espacio en el artículo 11.2 de la CRE, pero esta situación genera una interrogante: ¿cómo categoría sospechosa o solo protegida?²⁶ Y, en tercer lugar, el trato diferenciado se verifica con el simple hecho de que una persona procesada sea condenada por alguno de los delitos determinados en los artículos 698 y 699 del COIP. Trayendo a colación una comparativa jurisprudencial, la Corte Constitucional de Colombia (en adelante CCC) determinó tres reglas a la hora de analizar el principio de igualdad:

- (1) Antes de examinar la adecuación entre normas legales y el principio de igualdad, se debe identificar dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas (carácter relacional).
- (2) Determinar si estos grupos se encuentran en situaciones iguales o desiguales (categorías sospechosas y protegidas).
- (3) Constatar si un trato distinto entre iguales o un trato igual entre desiguales es justificadamente razonable (fin constitucional).²⁷

Con estas reglas —y en comparación con las establecidas por la CCE—, se identifica el carácter relacional; las PPLs con acceso íntegro al sistema de

22 *Yatama c. Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de junio de 2005.

23 Sentencia No. 11-18-CN/19, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de junio de 2019, párr. 82.

24 Artículo 11 numeral 2, CRE: “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.

25 Ver, Sentencia No. 14-18-CN/20, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de enero de 2020, párr. 25 y Sentencia No. 48-14-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 05 de mayo de 2021, párr. 43.

26 Si bien todas las distinciones del artículo 11.2 de la CRE son categorías protegidas, no todas constituyen categorías sospechosas.

27 Sentencia No. C-78/14, Corte Constitucional de Colombia, 26 de marzo de 2014, párr. 9.6.

rehabilitación social y PPLs sin acceso íntegro al sistema de rehabilitación social. Segundo, la determinación de si pertenecen a tales categorías. Pertenecen, pero se mantiene la interrogante que en lo posterior será analizada con profundidad. Por último, la CCC exige una justificación razonable sobre el trato diferente; justificación que no existe para tal medida restrictiva.²⁸ Esta regla compagina con lo establecido por la Corte IDH, pues recordemos que también exige una justificación razonable sobre una norma *jus cogens* —principio de igualdad y no discriminación—.

En síntesis, siguiendo las reglas impuestas por las Cortes mencionadas, es lógico y razonable la identificación del elemento de comparabilidad, y con ello la presencia de un trato diferenciado en el sistema penitenciario. Es preciso continuar con el análisis para identificar si dicho trato diferenciado es discriminatorio.²⁹ Este examen comprende un riguroso ejercicio judicial, por lo que no es propósito de este trabajo inmiscuirse en dicha tarea. Sin embargo, es fundamental reflejar las directrices jurisprudenciales que orientan al juzgador a determinar si existe o no un trato discriminatorio y, desde una posición crítica, brindar una respuesta con argumento.

3. CATEGORÍAS SOSPECHOSAS: RAZÓN DE SER DESDE UNA PERSPECTIVA CONCEPTUAL

En los últimos años, la jurisprudencia de la CCE ha fortalecido sus reglas con relación a las categorías sospechosas. Desde el año 2013 hasta la actualidad, ha tomado mayor relevancia a la hora de examinar una vulneración al principio de igualdad. En este marco, la CCE brindó algunas pautas conceptuales sobre la doctrina de las categorías sospechosas aduciendo que:

Son criterios utilizados tanto por el Estado, como por los particulares con miras a realizar diferencias que nunca parecerían justificarse; y que en otros casos se presentan también como justificativos utilitaristas apelando a categorías como: el orden jurídico, el orden público, la moral pública, las buenas costumbres, etc. [...] Al final, puntualiza que son categorías utilizadas para realizar tratos “diferentes” respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados [...].³⁰

28 Los plenos realizados por la Asamblea Nacional del Ecuador para debatir las reformas al COIP del año 2019, estuvieron orientados a la despenalización del aborto, y nada se justificó sobre la medida que restringía el acceso a los regímenes (semiabierto y abierto) de rehabilitación social a un grupo de PPLs.

29 Sentencia No. 184-18-SEP-CC, 74, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018. En este aspecto, aduce la CCE que un trato diferenciado no equivale una práctica discriminatoria.

30 Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 09 de octubre de 2013.

Por su parte, la CCC procura definir a esta institución como “un conjunto de criterios no taxativos que han sido usados históricamente para afectar el derecho a la igualdad y otros derechos”.³¹ Estos aspectos “históricos” que señala la CCC encuentran su raíz en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos (en adelante CSEU), país al que se le debe el origen y desarrollo de las categorías sospechosas. De hecho, fue la funesta época de la discriminación racial uno de los motivos principales por los que el Estado americano decidió reconocerlas y desarrollarlas en su jurisprudencia.

Desde un punto de vista doctrinal, Besson señala que las categorías sospechosas son “aquellas características personales que como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos, tales como la raza, religión y el sexo, y que el ordenamiento jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación arbitraria”.³² De esta manera, cuando se hace alusión a una categoría sospechosa, significa que la ley está realizando una distinción de rasgos personales determinados en la CRE³³, por ende, se presume inconstitucional a menos que se justifique lo contrario a través de razones suficientes y válidas.³⁴

Con lo dicho, las categorías sospechosas comprenden una razón de ser plausible que, conforme sostiene la CCE, se encuentra encaminada a brindar una mayor protección a grupos que han sido histórica, sistemática y estructuralmente excluidos.³⁵ Esto nos lleva a reafirmar que no todas las distinciones reconocidas en el artículo 11.2 de la CRE responden a tales características para ser reconocidas como una categoría sospechosa. Por consiguiente, no serían merecedoras de una consideración tan exclusiva como la del escrutinio estricto.

3.1. NIVELES DE ESCRUTINIOS, PROCEDENCIA Y ADOPCIÓN JURISPRUDENCIAL

Se le atribuye a la CSEU la fórmula de los niveles de escrutinio, los cuales permiten que el juzgador determine la rigurosidad con la que se llevará a cabo el análisis de un —posible— trato discriminatorio. De este modo, el nivel de rigor va a depender del criterio-distinción sobre el cual recae el trato diferente. Por ejemplo, el escrutinio estricto implica el nivel de mayor rigurosidad, su aplicación estriba de manera exclusiva sobre una distinción reconocida como categoría sospechosa.

31 Sentencia No. C-586/16, Corte Constitucional de Colombia, 26 de octubre de 2016.

32 Samantha Besson, “Evolutions in Non-Discrimination Law within the ECHR and the ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe”, *The American Journal of Comparative Law* 60, no.1 (2012). Citado en José Manuel Díaz de Valdés, “Las Categorías Sospechosas en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* no. 50 (Julio 2018): 190, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512018000100189>.

33 Artículo 11.2, CRE.

34 Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 15 y ss.

35 Sentencia No. 28-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de noviembre de 2021, párr. 148.

Desde la doctrina se han generado varias críticas a los mencionados niveles, siendo una de ellas la que señalan Baker y Strauss cuando refieren que la aplicación de un escrutinio distinto al estricto complica innecesariamente la tarea del juzgador, pues tendría la labor especial de desarrollar directrices concretas para cada nivel.³⁶ A fin de cuentas, para los autores lo que verdaderamente importa es el grado de intensidad del convencimiento, esto es, las razones que justifican al juez que un trato diferenciado no es discriminatorio. No obstante, tal crítica supondría desvirtuar la aplicación jurisprudencial de los distintos niveles de escrutinio desarrollados por las altas Cortes, siempre y cuando los criterios distintivos sobre los cuales no se permite un trato discriminatorio se encuentren debidamente reconocidos, sea como categoría sospechosa o como categoría protegida.

En esta línea, la CCE ha implementado tres niveles de escrutinio a la hora de examinar si existe o no un trato discriminatorio y, a su vez, brinda una respuesta a cuándo elegir un escrutinio determinado. Se tiene un nivel bajo cuando el trato diferenciado no se lo hace sobre una categoría sospechosa o categoría protegida; un nivel medio, cuando el trato diferenciado recae sobre una categoría protegida; y un nivel estricto, cuando el trato diferenciado reposa sobre una categoría sospechosa.³⁷ De igual forma, la CCE ha establecido parámetros para su aplicación, los cuales responden al qué analizar según el escrutinio identificado. Por ejemplo, con respecto al escrutinio bajo lo que corresponde analizar es si la medida se encuentra justificada y resulta razonable, es decir, implica la aplicación del test de mera razonabilidad.³⁸ Luego, el escrutinio de nivel medio opera, por ejemplo:

Si se analiza una diferencia que se realiza con base en la categoría sexo-hombre, la cual constituye una categoría protegida, el uso del test de proporcionalidad debe tener un menor rigor, por lo que, en el ejemplo se debe analizar si: (i) la medida adoptada persigue un fin constitucionalmente válido o legítimo; (ii) la medida es adecuada para cumplir tal fin constitucional; (iii) la medida es la menos gravosa para el ejercicio de los derechos; y (iv) la medida busca que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.³⁹

Por otro lado, el escrutinio estricto obra:

Si se analiza una diferencia que se realiza con base en la categoría sexo-mujer, la cual constituye una categoría sospechosa, se debe aplicar el test de igualdad⁴⁰ en conjunto con el test de proporcionalidad de escrutinio estricto. Es decir que, en el

36 Aaron Baker y Marcy Strauss, *Reevaluating Suspect Classifications*, citado en José Manuel Díaz de Valdés, “Las Categorías Sospechosas en el Derecho Chileno”.

37 Sentencia No. 28-15-IN/21, párr. 147.

38 Sentencia No. 1-18-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 08 de septiembre de 2021, párr. 30.

39 Sentencia No. 28-15-IN/21, párr. 152.

40 Ver, Sentencia No. 7-11-IA/19, párr. 31. Implica examinar: la legitimidad del objetivo del trato diferenciado, racionalidad de la causal (idoneidad), la necesidad y la proporcionalidad.

ejemplo mencionado se debe analizar si, (i) el fin de la distinción es constitucionalmente imperioso; no solo constitucionalmente legítimo o válido; además, se debe evaluar que: (ii) la medida sea perfectamente diseñada para el fin, en cuanto a su idoneidad; (iii) la medida sea la única idónea y la menos gravosa en lo referente a su necesidad; y (iv) la medida adopte un equilibrio preciso entre la protección y restricción constitucional en lo alusivo a la proporcionalidad.⁴¹

En semejante posición, la CSEU brinda algunas indicaciones para que el escrutinio estricto sea aplicado con efectividad.⁴² En primer lugar, la carga probatoria la tiene el demandado.⁴³ Luego, se requiere que la medida impuesta por el legislador selle una adecuación medio-fin (constitucionalmente válido). Después, exige un criterio de necesidad para constatar que la medida sea fundamental para alcanzar el fin perseguido (idoneidad-necesidad). Finalmente, el análisis de proporcionalidad. Así, se aprecia que la CSEU plasmó los criterios que hoy en día han sido introducidos y desarrollados en la jurisprudencia latinoamericana, ya que, en su mayoría, el escrutinio estricto se encuentra sometido a un test de proporcionalidad riguroso por cuanto su origen está seditado a las distinciones reconocidas como categorías sospechosas.

Sobre estas bases, y una vez que se ha identificado —en líneas anteriores— la existencia de un trato diferenciado (elemento de comparabilidad) habría que determinar a qué nivel de escrutinio corresponde la medida restrictiva que distingue a las PPLs. *A priori*, daría la impresión de que el análisis del trato discriminatorio estaría orientado a un nivel de escrutinio bajo, por ende, solamente sería aplicable el test de mera razonabilidad. Aquello es así porque la distinción de privación de libertad de una persona no está reconocida explícitamente en el artículo 11.2 de la CRE.

Sin embargo, como se señaló en un inicio, si atendemos a lo que señala el artículo 35 de la CRE⁴⁴, encontramos que las PPLs han sido reconocidas como un grupo de atención prioritaria, lo que constituiría una categoría protegida. Por tanto, el nivel de escrutinio medio sujeto a la aplicación de un test de proporcionalidad con menor rigor⁴⁵ sería el idóneo para determinar si frente a dicho trato diferenciado existe (o no) un trato discriminatorio. Es claro descartar la aplicación de un nivel de escrutinio estricto, pues conviene aclarar

41 Sentencia No. 28-15-IN/21, párr. 151.

42 Lucas Giardelli, Fernando Toller, y Juan Cianciardo, “Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y el Sistema Interamericano de derechos humanos sobre el Derecho a la Igualdad”. Citado en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (eds.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho* (México: Marcial Pons, 2008), 318 y ss.

43 Cf., Sentencia No. 2317-2010-AA/TC, Tribunal Constitucional del Perú, 3 de septiembre de 2010, párr. 34. Será deber del demandado y no del demandante, probar que no se ha producido tal trato discriminatorio [...]. En el mismo sentido, coinciden la Corte IDH y la CCE.

44 Artículo 35, CRE.

45 Correspondería analizar si la medida adoptada persigue un fin constitucionalmente válido o legítimo; si la medida es adecuada para cumplir tal fin constitucional; si la medida es la menos gravosa para el ejercicio de los derechos; y, si la medida busca que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

que la jurisprudencia de la CCE no ha reconocido a tal distinción como una categoría sospechosa.

En tal sentido, considerando el test de proporcionalidad, es necesario atender a sus parámetros a fin de determinar si tal medida incurriría en un trato discriminatorio.⁴⁶ Para ello, habrá que responder si la medida restrictiva persigue un fin constitucionalmente válido. Antes, es importante destacar que el Estado tiene varias tareas fundamentales para con la nación, entre ellas, la de garantizar al pueblo el derecho a la seguridad, la paz y a vivir en un ambiente libre de corrupción⁴⁷, tal como lo promulga la carta magna. Otro de los deberes del Estado es el establecimiento de medidas que garanticen la protección de grupos vulnerables reconocidos por la CRE, por ejemplo, la función legislativa debería atender a los presupuestos de la política criminal y política penal para desentrañar un ejercicio de libertad configurativa —sobre la norma penal— de manera óptima y sin sobrepasar el límite que exige la CCE.

Un fin constitucionalmente válido del sistema penitenciario sería garantizar la rehabilitación integral de las PPLs, fin que no está orientado a un grupo exclusivo, sino a todas las PPLs en general. De esta manera, a partir de la medida restrictiva, es claro evidenciar que la rehabilitación integral está orientada a un grupo exclusivo de PPLs, *ergo*, para garantizar una rehabilitación social integral es fundamental garantizar el acceso pleno al sistema de rehabilitación social compuesto por tres regímenes: cerrado, semiabierto y abierto. Con lo dicho, la medida no perseguiría un fin constitucionalmente válido.

En virtud de la ausencia de este primer parámetro, no sería necesario emprender un análisis de los demás elementos⁴⁸, por lo que la medida restrictiva vulneraría el principio de igualdad y no discriminación al no superar el test de escrutinio medio. Sin embargo, como lo hizo en su momento la CCE en la sentencia del matrimonio igualitario, será importante aplicar el test en su integridad.⁴⁹ De ahí que, si se observa el segundo parámetro, se exige que la medida sea la adecuada para cumplir el fin constitucional, empero este fin no ha sido justificado y únicamente da la impresión de estar compuesto de razones fundadas en la vigencia de un derecho penal máximo que advierte con la teoría de la prevención general, negativa de la pena.⁵⁰

Además, abraza ciertos matices con objetivos utópicos y de mera satisfacción simbólica, por ejemplo, el de erradicar los delitos sobre los cuales recae la medida restrictiva y el de erradicar las preocupaciones sociales. Por ello, es

46 Este análisis no tiene el fin de entrometerse en el ejercicio estricto del juzgador, no obstante, es necesario para asentar una base orientadora que nos brinde un complemento de respuesta y resultado a la cuestión principal objeto del presente trabajo.

47 Artículo 3 numeral 8, CRE.

48 Sentencia No. 28-15-IN/21, párr. 163.

49 Sentencia No. 11-18-CN/19, párr. 88.

50 La finalidad de esta corriente de prevención general corresponde a un efecto intimidatorio, amenazante, que coadyuve a que las personas eviten delinquir o de lo contrario tendrán un castigo (pena).

necesario adherirse a la afirmación de von Bar: “allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedian con nuevas leyes penales o agravando las que existen, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad”.⁵¹

Por otra parte, la medida debe responder a si es necesaria. Esta necesidad implica que la medida adoptada sea menos gravosa que la existente. Aquí conviene destacar que antes de la reforma, el acceso al sistema de rehabilitación social no gozaba de ninguna restricción, es decir, todas las PPLs podían acceder a él siempre que hayan cumplido con los requisitos que establece el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. Por esto, la medida actual resultaría más gravosa al afectar los derechos de un grupo determinado de PPLs que anteriormente no eran afectados. El último parámetro debe responder si la medida posee un equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. No se aprecia que el legislador haya pretendido lograr un equilibrio entre derechos y principios. De ser así, habría atendido a la naturaleza y alcance del principio de igualdad y no discriminación. Es menester recordar que sobre este principio reposa todo el ordenamiento jurídico y de él se deslindan varios derechos constitucionales que se verían vulnerados por un trato discriminatorio.

En conclusión, considerando el examen de escrutinio medio por tratarse de un trato diferenciado sobre una categoría protegida, y analizados los parámetros del test de proporcionalidad —mismos que no han sido superados— es preciso señalar que se evidencia una ausencia de justificación razonable por parte del legislador al implementar esta medida restrictiva, obteniendo como resultado la existencia de un trato discriminatorio que vulnera el principio de igualdad y no discriminación de un grupo de PPLs. Este resultado conlleva a afirmar que frente a una contradicción entre principios constitucionales y normas del COIP, no cabe discusión, pues aduce Ramiro Ávila que “prevalecen los derechos fundamentales de la Constitución y el efecto es que invalidan las normas inconstitucionales del COIP”.⁵²

3.2. ESTÁNDARES PARA RECONOCER UNA DISTINCIÓN COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA

A partir de la adopción jurisprudencial de las categorías sospechosas se han reconocido varias distinciones con este carácter. Desde luego, esto genera la impresión de que la naturaleza y alcance de una categoría sospechosa está siendo empleada e interpretada de manera errónea. Si bien el origen de ellas

51 Ludwig von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien* (Berlín: Aalen, 1992), 334. Citado en Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal – Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid: Edisofer, 2006), 1.

52 Ramiro Ávila Santamaría, *Código Orgánico Integral Penal – Hacia su mejor comprensión y aplicación*, comp. (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 22.

constituye una finalidad protectora, tal ámbito de protección requiere estar debidamente justificado para evitar que la distinción reconocida como categoría sospechosa no ocasione el declive de dicha finalidad.

La CCE ha considerado algunos factores que sirven de guía para identificar si una distinción pudiese ser reconocida como categoría sospechosa.⁵³ Primero, que el grupo sea sujeto de discriminación. Segundo, que el grupo sea desaventajado y sistemáticamente discriminado. Tercero, que el grupo haya sufrido históricamente o sufra una amplia e intensa discriminación en mayor medida. Cuarto y último factor, que la discriminación se dé por razones inmutables a la voluntad de la persona sobre la que recae una distinción, por ejemplo, haciendo alusión al caso *González Lluy c. Ecuador*⁵⁴, la Corte IDH reconoció como categoría sospechosa la distinción de una persona portadora de VIH.⁵⁵ En suma, los estándares señalados por la CCE se pueden apreciar en la afirmación que realiza Saba al sostener que “si un grupo es histórica y sistemáticamente excluido, segregado o marginalizado, estructuralmente tratado en forma desigual, y si el trato derivado del recurso a esa categoría perpetúa o profundiza su condición, entonces esa categoría será sospechosa”.⁵⁶

Conviene aclarar que la CCE, cuando introdujo a las categorías sospechosas en su jurisprudencia, denotaba algunas falencias a la hora de identificar de forma minuciosa qué distinción podía ser considerada una categoría sospechosa. Se observa tal situación en la Sentencia No. 080-13-SEP-CC, en razón de que reconoció a todas las distinciones que se encuentran en el artículo 11.2 de la Constitución con este estatus.⁵⁷ Más tarde, en la sentencia No. 11-18-CN/19, tuvo en cuenta la clasificación entre categoría sospechosa y protegida; sin embargo, lo poco que se desarrolló al respecto ocasionaba ciertos vacíos a la hora de comprender si la una dependía o no de la otra. Asimismo, la CCE aparenta pretender alejarse del reconocimiento que se hizo hace años atrás al manifestar que “[...] la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas [...]”.⁵⁸

53 Sentencia No. 28-15-IN/21, párr. 146.

54 Sentencia *González Lluy y otros c. Ecuador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de septiembre de 2015.

55 *Id.*, párr. 238 y ss. La Corte IDH deja claro que una persona con VIH no constituye una persona con discapacidad; sin embargo, tuvo en cuenta que los tratos discriminatorios que podría enfrentar una persona con VIH le podrían colocar en una situación de discapacidad. Este argumento es acogido por lo que recomendó el Programa Conjunto sobre VIH/SIDA de las Naciones Unidas (ONUSIDA) cuando señaló que el VIH debía ser considerado como una discapacidad en la medida en que las personas que presentan el virus sufren una constante discriminación en razón de su condición.

56 Roberto P. Saba, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?” en Roberto Gargarella (ed.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, tomo II, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010), 731.

57 Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 15-16.

58 Sentencia No. 11-18-CN/19, párr. 82 y 84. La CCE señala: el artículo 11 (2) de la Constitución establece una enumeración de las categorías protegidas y que pueden ser sospechosas de discriminación si se las utiliza para diferenciar (énfasis añadido).

Es posible que tales desconciertos se hayan dado porque la CCE todavía no profundizaba en los niveles de escrutinio, ni tampoco sobre los estándares para identificar a una distinción como categoría sospechosa. De ahí que, en la sentencia No. 28-15-IN/21, la CCE desarrolló de manera más amplia el contenido de las categorías sospechosas y rectificó algunos criterios de la jurisprudencia que le precede. Así, por ejemplo, destacó la importancia de diferenciar si un trato diferenciado reposa sobre una categoría sospechosa o una categoría protegida.⁵⁹ Del mismo modo, aclaró que todas las distinciones reconocidas en el artículo 11.2 de la CRE constituyen categorías protegidas; sin embargo, no todas son categorías sospechosas.⁶⁰ Al final, aclarado este punto, la CCE desarrolló los niveles de escrutinio y dio luces para su aplicación en cada caso.⁶¹

Por su parte, la Corte Suprema de Argentina (en adelante CSA) introdujo criterios similares para identificar a una categoría sospechosa de aquellas que no lo son.⁶² Primero, aduce que una categoría es sospechosa al ser contraria a la Constitución porque su uso para realizar distinciones enfrenta una palmaria inconstitucionalidad. Segundo, establece que la categoría es sospechosa porque es irrazonable, es decir, que resulta casi imposible hallar algún caso en el que la categoría pueda justificar un trato diferente en razón del principio de razonabilidad.⁶³ Tercero, se reconocen por su objeto de proteger a grupos que han sido sistemáticamente discriminados. Considerando estos criterios la CSA, ha reconocido a la nacionalidad, sexo y ciudadanía como distinciones con carácter de categoría sospechosa.

Es claro que la introducción de tales distinciones al catálogo de las categorías sospechosas ha estado ligado a los criterios emergidos de la CSEU. De esta manera, las distintas Cortes latinoamericanas⁶⁴ han ido adoptando y puliendo algunos criterios acordes a sus ordenamientos jurídicos. Vale destacar de la CSEU los parámetros establecidos de cara a la aplicación de uno u otro nivel de escrutinio para las cuatro distinciones (raza, nacionalidad, sexo y edad) reconocidas como categorías sospechosas. Así, la CSEU ha establecido que si el trato diferenciado recae sobre la raza o nacionalidad, se tendrá en cuenta el escrutinio estricto. En otro lado, si la diferenciación está basada en el sexo, el escrutinio intermedio será el aplicado. Por último, si tal trato diferente está dirigido hacia la edad, se aplicará el escrutinio de mera racionalidad.⁶⁵ Algo semejante, pero con el obstáculo de no haber determinado de forma precisa qué distinción del artículo 11.2 de la

59 Sentencia No. 28-15-IN/21, párr. 150.

60 Id., párr. 149.

61 Id., párr. 150 y ss.

62 Saba, "Igualdad, clases y clasificaciones", 698-699.

63 Ibid., 698. Principio entendido como la relación funcional medio-fin.

64 Cf., Sentencia No. 2317-2010-AA/TC, Tribunal Constitucional del Perú, reconoció a la discapacidad como categoría sospechosa. Más adelante, en la Sentencia No. 05157-2014-PA/TC, daría paso al reconocimiento de la edad como categoría sospechosa.

65 Anne F. Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", ed. Stephanie Farrior, *Human Rights Law Journal*, vol. II, (London: Routledge, 2015), 18-23.

CRE constituye una categoría sospechosa, fue realizado por la CCE, lo cual ya fue expuesto y analizado en acápite anteriores.

En cierto modo, la CCE ha procurado otorgar tal reconocimiento a algunas distinciones como el género⁶⁶, la discapacidad⁶⁷ y la filiación.⁶⁸ No obstante, estos pronunciamientos —anteriores a la sentencia No. 28-15-IN/21—, solo coadyuvaron a la necesidad de reforzar y ampliar la noción de categorías sospechosas. En su momento, la CCE se limitó al reconocimiento de dichas distinciones, partiendo de aspectos que se desprendían del principio de igualdad y no discriminación. Uno de ellos tiene que ver con el acervo discriminatorio de una distinción, ejemplo: las diferenciaciones que histórica y culturalmente se han dado por el sexo en el ámbito laboral y, con ello, el argumento de la “debilidad física” para excluir a las mujeres de la realización y ejecución de determinadas labores, *ergo*, remuneraciones inferiores a las de los hombres.

La Corte IDH desde que incorporó en su jurisprudencia la institución de las categorías sospechosas y protegidas se ha amparado en las distinciones que promulga el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁹ (en adelante CADH) para reconocer a varias de ellas —y otras que no se encuentran expresamente en el artículo— con el estatus de categoría protegida. En este sentido, la Corte IDH ha brindado algunas directrices para identificar a una categoría como sospechosa. Teniendo así: características permanentes a la persona de las cuales no se puede prescindir; la existencia de grupos que de manera reiterada han sido excluidos, subordinados o marginados; y, criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales.⁷⁰ Estos elementos no han alcanzado un grado de rigidez en estricto sentido, por lo que la Corte IDH fácilmente puede alejarse o traer a colación nuevos aspectos que corroboren a la certeza de identificación de una distinción como categoría sospechosa.

De esta forma, la Corte IDH ha reconocido algunas distinciones del artículo 1.1 de la CADH como una categoría protegida, por ejemplo: la discapacidad⁷¹,

66 Sentencia No. 292-16-SEP-CC, 21.

67 Sentencia No. 004-18-SEP-CC, 37 y ss. “[...] estas actuaciones, promovidas y toleradas por las autoridades de la entidad pública en la que prestaba sus servicios, constituyen contravenciones a su derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, en razón de su condición de persona con discapacidad”.

68 Sentencia no. 057-17-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 08 de marzo de 2017.

69 Artículo 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 11 de febrero de 1978. “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

70 Trilce Valdivia Aguilar, “¿Sospechar para igualar? Un análisis «estricto» de la doctrina de las categorías sospechosas a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Derecho PUCP*, 84 (Enero-Junio 2020): 13, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.001>.

71 Sentencia Furlán y familiares c. Argentina, Corte IDH.

las personas adultas mayores⁷², las personas migrantes indocumentadas⁷³, etc. Algunas de estas distinciones y otras que ha hecho la Corte IDH, han sido a partir de la interpretación del artículo 1.1 de la CADH que en su parte final señala: “cualquier otra condición social”. La Corte IDH expresó que esta frase debe ser interpretada a partir del principio de la norma más favorable al ser humano, por tanto, se debe elegir la alternativa que más favorece y tutela los derechos.⁷⁴ En razón de lo expuesto, reconoció al origen étnico⁷⁵, a la condición de persona con VIH⁷⁶, entre otros, como una categoría protegida implícita. Entre tanto, los pronunciamientos de la Corte IDH generan cierta ambigüedad, ya que no han sido lo suficientemente claros a la hora de determinar si tal distinción corresponde a una categoría sospechosa, sino más bien, se apoya de la categoría protegida que, *per se*, implica la prohibición de trato discriminatorio.⁷⁷

En este punto, el lector podrá darse cuenta de que si bien los estándares desarrollados por las altas Cortes poseen un grado considerable de similitud, todavía queda mucha tela que cortar, debido a que es una institución adoptada hace pocos años atrás en las distintas Cortes latinoamericanas. Resulta entonces necesario que los criterios desarrollados por la CCE, en cierto modo no desempeñen un rol de aplicación mecánica, ya que la doctrina de las categorías sospechosas, a partir de la sentencia No. 28-15-IN/21, se encuentran reforzando los criterios vagos y ambiguos que le preceden. Por lo dicho, es fundamental comprender que el reconocimiento de una distinción como categoría sospechosa no guarda una finalidad meramente simbólica, sino, desentraña una tarea de gran relevancia frente a la protección de derechos constitucionales.

3.4. LA DISTINCIÓN DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE UNA PERSONA, ¿MERECE SER RECONOCIDA COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA?

Durante años las PPLs han sido objeto de tratos discriminatorios, antes, durante y posterior al cumplimiento de su condena. En su acervo histórico se puede observar, por ejemplo, la crueldad con la que se imponían las penas, que más allá de estar orientadas a la infracción cometida, estaban encaminadas a ser impuestas de acuerdo al nivel social de pertenencia. Sin necesidad de dilucidar más en este acervo histórico que deviene de un sistema inquisitivo apartado por

72 Sentencia Poblete Vilches y otros c. Chile, Corte IDH.

73 Sentencia Vélez Loor c. Panamá, Corte IDH.

74 Ver, Sentencia No. 05157-2014-PA/TC, Tribunal Constitucional del Perú, párr. 19. Se señaló que “la expresión ‘de cualquier otra índole’ es una fórmula adoptada por el constituyente que permite actualizar el contenido de la Constitución frente al surgimiento de nuevas situaciones de vulnerabilidad. De esta manera, lejos de ser una cláusula *numerus clausus*, el artículo 2.2 —Constitución Política del Perú—, habilita la posibilidad de reconocer e identificar que existen colectivos que, por su particular situación, ameritan la adopción de medidas especiales de protección por parte de todo el aparato estatal”.

75 Sentencia Norián Catrimán y otros c. Chile, Corte IDH.

76 Sentencia González Lluy y otros c. Ecuador, Corte IDH.

77 Así, la Corte IDH en la sentencia Atala Riffo y niñas c. Chile, párr. 83 y ss., ratificó a la distinción de orientación sexual como una categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH.

un sistema acusatorio pretendiente a evitar tales actos que menosprecien y excluyan de la sociedad a las PPLs, es importante tomar como base de estudio los derechos que ha reconocido la Constitución de Montecristi a favor de las PPLs. Conviene recordar que la CRE ha reconocido a las PPLs como un grupo de atención prioritaria y con protección especial. Algunos de los derechos que se deslindan de este reconocimiento han sido desarrollados en el artículo 51, que prescribe:

1. No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria. 2. La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho. 3. Declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de libertad. 4. Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad. 5. La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas. 6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad. 7. Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia.⁷⁸

Tales derechos se encuentran en yuxtaposición con el derecho a la rehabilitación y reinserción social, porque el mismo expone que:

El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas.⁷⁹

De esta forma, es claro identificar en primer orden que las PPLs, sin duda, comprenden una categoría protegida, ya que el ser reconocidas con el estatus de grupo de atención prioritaria significa que el Estado debe brindar una protección especial. Anteriormente, al analizar qué nivel de escrutinio correspondía aplicar a la diferencia de trato detectada en el sistema penitenciario, se plasmó de modo concreto que las PPLs pertenecían a una categoría protegida interna en el artículo 11.2 de la CRE. Sin embargo, al observar el listado de distinciones prohibidas de discriminación, en ningún lado aparece la distinción de privación de libertad de una persona.

En ese sentido, la Corte IDH ha señalado que el listado que establece la CADH en su artículo 1.1 no comprende un listado taxativo o limitativo, sino sencillamente enunciativo.⁸⁰ En la misma línea, se entendería, de acuerdo con el

⁷⁸ Artículo 51, CRE.

⁷⁹ Id., Artículo 201.

⁸⁰ Sentencia Atala Riffo y niñas c. Chile, párr. 85.

resultado de varios pronunciamientos de la CCE, que el catálogo de distinciones del artículo 11.2 de la CRE tampoco es taxativo. Por lo que, atendiendo a las directrices jurisprudenciales, la frase que reposa en el artículo *ut supra*: “ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente”⁸¹, deja abierta la posibilidad de que se incluyan nuevas distinciones que no hubiesen sido reconocidas de forma explícita en el listado, siendo así la distinción de privación de libertad de una persona una categoría protegida implícita en el texto constitucional. En consecuencia, sería otro artículo que garantiza y reconoce derechos constitucionales a las PPLs, en este caso asentado sobre la prohibición de tratos discriminatorios.

Se denota que el blindaje del que gozan las PPLs, se debe a la configuración de los factores jurisprudenciales que determinan una alta probabilidad de discriminación, esto es: (a) un grupo que histórica y sistemáticamente ha sido discriminado, (b) desaventajado, (c) con un mayor grado de discriminación y (d) con elementos inmutables a la voluntad de la persona. En atención a dichos factores es razonable considerarla una distinción que debería ser reconocida como una categoría sospechosa, pero las diferencias que se hacen sobre una PPL y una persona que no se encuentra en esta condición, resultan permisibles, razonables y debidamente justificadas. De igual manera, las diferencias que reposan sobre el mismo grupo o en su defecto sobre el sistema penitenciario, están orientadas a factores de diferenciación que por su naturaleza son permisibles —siempre que contenga una justificación razonable—, ejemplo: parámetros estrictamente procesales⁸² y el resultado de una conducta-pena.

Por su parte, la medida restrictiva, diferenciadora y discriminatoria que se analizó previamente, en efecto, sobrepasa el límite de la permisibilidad de originar tratos diferenciados sobre las PPLs, ya que aquella ataca directamente a los derechos constitucionales reconocidos hacia este grupo vulnerable, en concreto, sobre la garantía de rehabilitación y reinserción social. Con ello, se aprecia que el legislador procura realizar diferencias a partir de la conducta, y en este aspecto, Saba ha sido claro al manifestar que “ese criterio no puede ser utilizado para perpetrar situaciones de exclusión y debe ser utilizado para revertir y dismantelar tratos discriminatorios preexistentes”.⁸³

Además, es preciso rescatar que los derechos reconocidos a su favor están orientados para todas las PPLs sin exclusión alguna, en consecuencia, realizar una diferenciación irrazonable sobre este grupo sería contradecir la idea de que las PPLs mantienen su condición de persona⁸⁴ y que lo único que han perdido es

81 Artículo 11.2, CRE.

82 Ver, Sentencia No. 50-21-CN/22, párrs. 75-93. La CCE realiza un análisis de un trato diferenciado sobre PPLs con base en normas penales de carácter procesal, obteniendo como resultado un trato discriminatorio vulnerador del principio de igualdad y no discriminación.

83 Saba, “Igualdad, clases y clasificaciones”, 708.

84 La expresión persona en la dogmática penal entraña un asunto polémico, porque con los presupuestos de la teoría penal del enemigo por parte de Günther Jakobs, se inicia una discusión que condiciona a considerar a una persona que ha infringido

su derecho a la libertad. De ahí que, frente a estos signos de poder irrestrictos, como sostiene Zaffaroni “el derecho penal debe operar como dique para represar ese poder. El carácter represivo subsiste, pero como contenedor de las pulsiones irracionales de las personas que operan el poder punitivo del estado”.⁸⁵

Pese a tener la certeza de que la distinción de privación de libertad de una persona constituye una categoría protegida, no existe la misma convicción en determinar si merece ser reconocida como una categoría sospechosa, pues las medidas que se han impuesto sobre aquella, no superan los estándares jurisprudenciales. Particularmente porque no se evidencia un trato diferenciado reiterativo con matices irrazonables que recaigan sobre aquella distinción, por tanto, dotarle de tal reconocimiento complicaría el ejercicio de libertad configurativa de la norma y las categorías sospechosas se verían creadas con el propósito de corregir los desperfectos que subyacen de los órganos estatales.

Es claro notar que las PPLs se encuentran ampliamente protegidas por nuestra carta magna y otras normas tanto internas como internacionales, *ergo*, es suficiente sentar razón de que —por ahora— merecen única y exclusivamente el reconocimiento de ser una categoría protegida. Sin embargo, este criterio al no ser taxativo, es posible que provengan nuevas normas o medidas diferenciadoras irrazonables e injustificadas, y en consecuencia que la distinción de privación de libertad de una persona supere los estándares jurisprudenciales y sea reconocida con el estatus de categoría sospechosa.

En suma, el reconocimiento de una distinción como categoría sospechosa debe ser proyectada más allá del carácter proteccionista de un grupo potencialmente discriminado. De modo que los reconocimientos sean debidamente fundamentados por razones de estricta necesidad y no de mera discrecionalidad. Solo así, el test de escrutinio estricto será aplicado de forma eficiente, atendiendo a su naturalidad de uso y no supondría un límite al ejercicio del legislador, quien al observar un amplio catálogo de distinciones reconocidas como categorías sospechosas ve más compleja su tarea configurativa de la norma y, en consecuencia, es más susceptible de inferir tratos diferenciados que terminen siendo discriminatorios.

Por ello, para evitar falencias es menester tener claro que la aplicación de un test de escrutinio estricto, como señala Bernal Pulido, debe ser fundamentalmente excepcional, en tanto que la aplicación del test débil es la regla general.⁸⁶ Aquello

la norma penal como no persona o enemigo. Esta teoría apoyada en lo que manifestó Rousseau que, “cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que, se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”. Ver más detalle en *Derecho Penal del Enemigo* (Madrid: Thomson Civitas, 2003), 26 y ss.

85 Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: EDIAR, 2006), 81.

86 Carlos Bernal Pulido, “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. En *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, eds. Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Soza, (Ciudad de México: UNAM, 2010), 51-74.

significa que el reconocimiento de una categoría sospechosa no implica una tarea sencilla, sino que constituye una tarea en demasía arriesgada que, adicional a encontrarse en oposición con el principio de igualdad y no discriminación, debe tener en cuenta los factores conclusivos que eventualmente podrían generar un déficit en el funcionamiento de un Estado constitucional de derechos.

4. CONCLUSIONES

Por todo lo analizado en este trabajo, es posible concluir que el principio de igualdad y no discriminación obedece a un mandato de norma *jus cogens*, de ahí que la sutileza con la que se debe tratar a este principio resulta de tamaño relevancia porque de ella se desprende la doctrina de las categorías sospechosas como un chaleco a prueba de tratos diferenciados que pretende soportar los daños que sufre un grupo en concreto que ha sido objeto de exclusión-discriminación de forma histórica y sistemática. Se ha podido evidenciar que las directrices plasmadas por las altas Cortes, principalmente por la CCE, inicialmente fueron precarias, no obstante, con el desarrollo de la jurisprudencia se amplía la doctrina de las categorías sospechosas y se direcciona de forma más meticulosa la aplicación de los distintos niveles de escrutinio.

A pesar de ello, todavía queda mucha tela que cortar al respecto de esta doctrina, en razón de que muchos de los pronunciamientos que ha hecho la CCE resultan un tanto ambiguos, y al tratarse este tema no es posible realizar interpretaciones turbias que ocasionen una desnaturalización de las categorías sospechosas. Lo que sí ha dejado claro la CCE es que, si bien todas las distinciones recogidas en el artículo 11.2 de la CRE son categorías protegidas, no todas constituyen categorías sospechosas. En otras palabras, esto implicaría que una categoría sospechosa necesariamente es una categoría protegida —no puede renunciar a esta calidad—; sin embargo, una categoría protegida no necesariamente debe gozar del estatus de categoría sospechosa.

De este modo, quedó en evidencia que la distinción de privación de libertad de una persona reúne las cualidades suficientes para ser reconocida como una categoría protegida fundamentalmente en el marco del sistema penitenciario. En contraste, la doctrina y jurisprudencia analizada a lo largo de esta investigación arroja como resultado que la mencionada distinción no encuentra la necesidad de ser reconocida como categoría sospechosa. Si bien la medida restrictiva-diferenciadora impuesta por el legislador, la cual ha sido base de este trabajo, concluye que existe un trato discriminatorio sobre un mismo grupo en igualdad de condiciones; esto no trae consigo que todo trato discriminatorio sea merecedor de un estatus de categoría sospechosa.

Ahora, si producto de esta medida sobrevienen nuevos tratos diferenciados que no se encuentran en armonía con el test de proporcionalidad, entonces,

los estándares jurisprudenciales que identifican a una categoría sospechosa fácilmente serán superados. En consecuencia, no solo se extenderá el catálogo de distinciones reconocidas como categorías sospechosas, sino que se ampliarán las deficiencias que existen a la hora de garantizar derechos constitucionales, y en definitiva, la aplicación de un escrutinio estricto para verificar si un trato diferenciado es o no discriminatorio, difícilmente será superado, *ergo*, tendremos un porvenir de medidas diferenciadoras que desde un inicio se presumirán inconstitucionales.

Conviene que la CCE considere que el reconocimiento de una distinción como categoría sospechosa entraña una tarea compleja que no se enfoca en brindar únicamente una “súper” protección, y con ello erradicar tratos diferenciados que resulten discriminatorios, sino que comprende la constatación certera del factor de necesidad. Así mismo, la CCE debe tener claro que la naturaleza de las categorías sospechosas no puede ser distorsionada pretendiendo simplemente acrecentar el catálogo de distinciones reconocidas con esta calidad, pues esto no genera en lo absoluto mayor robustecimiento de un Estado garantista. Al respecto, cabe advertir que la medida diferenciadora y restrictiva se opone a la naturaleza de un Estado garante de derechos, ya que, obvia la función elemental del sistema de rehabilitación y reinserción social al establecer barreras normativas sobre los regímenes penitenciarios, lo cual no corrobora a garantizar y cumplir con los objetivos previstos, sino todo lo contrario, agrava la crisis en el sistema penitenciario y genera mayor preocupación a la sociedad, a tal punto que las recomendaciones brindadas por la CIDH al Estado ecuatoriano, no serán las únicas.

Finalmente, los pronunciamientos de la Corte IDH —en parte de su jurisprudencia— no han sido precisos a la hora de diferenciar de manera concreta si las distinciones reconocidas e incorporadas en el artículo 1.1 de la CADH comprenden una categoría protegida, sospechosa o ambas. Queda la incertidumbre de conocer en los siguientes años el desarrollo jurisprudencial que efectuará la CCE, principalmente, a la hora de constatar si los niveles de escrutinio serán indispensables en la doctrina de las categorías sospechosas.

CORRAL
ROSALÉS 

FIRMA **PREFERIDA** POR
LAS MULTINACIONALES
EN EL ECUADOR

in

f



ECUADOR

info@corralrosales.com

QUITO

Robles E4-136 y Av. Amazonas
Edif. Proinco Calisto, piso 12
Ecuador
T.: +593 2 2544144

GUAYAQUIL

Av. Francisco de Orellana 234
Edif. Blue Tower, piso 6, of. 607
Ecuador
T.: +593 4 2630441

ECIJA GPA

Quito

Av. 12 de octubre, N26-97 y Lincoln
Edificio Torre 1492, 170516, piso 10, oficina 1005
Telf.: +(593-2) 2986528/29/30/31
Info.ecuador@ecija.com

Guayaquil

Av. Numa Pompilio Llona s/n
Puerto Santa Ana
Edificio The Point, Piso 8, oficina 806
Telf.: +59343883007

Cuenca

Av. Roberto Crespo y Alfonso Uriguen
Telf.: +(593-7) 2817664
info.ecuador@ecija.com

Manta

Calle M3 y Avenida 24
Edificio Fortaleza, piso 8
Telf.: +(593-5) 5003008
info.ecuador@ecija.com

Law Firm
Full-service
Digital Economy
Iberoamérica



www.ecija.com

El principio de no devolución: sus propiedades y la nueva categoría de expulsión impropia en la jurisprudencia ecuatoriana

*The principle of non-refoulement: its properties
and the new category of irregular expulsion in
Ecuadorian jurisprudence*

FERNANDO BAJAÑA TOVAR*

Recibido / Received: 12/01/2023

Aceptado / Accepted: 10/03/2023

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2880>

Citación:

Bajaña Tobar, F. “El principio de no devolución: sus propiedades y la nueva categoría de expulsión impropia en la jurisprudencia ecuatoriana”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 1, mayo de 2023, <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2880>

* Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Coordinador Jurídico de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Av. Amazonas N37-101, Quito 170135, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: fernando.bajana@cortecnacional.gob.ec; fbajana95@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5348-3742>

RESUMEN

Este artículo plantea una forma de analizar el principio de no devolución a través de tres propiedades: informalidad, interdependencia y esquema de interacción entre dos espacios; para luego abordar el contenido normativo de cada una de estas propiedades y los efectos que tienen sobre la calificación de las personas bajo la calidad de refugiados. En esta línea, se revisará la sentencia constitucional No. 983-18-JP/21 y el replanteamiento que dicho fallo ha propuesto respecto del principio de no devolución, mediante el reconocimiento de la figura de expulsión impropia, la misma que extiende el ámbito de protección de este principio hacia personas nacionales del Estado receptor, e incluye en su ámbito de tutela, la defensa contra actos lesivos que no impliquen propiamente una expulsión o inadmisión.

PALABRAS CLAVE

Principio de no devolución; refugiados; primacía de la realidad; derecho a la igualdad; expulsión impropia

ABSTRACT

This article proposes a way to analyze the principle of non-refoulement through three properties: informality, interdependence, and interaction scheme between two spaces. Then, the normative content of each of these properties and their effects on the qualification of people with the quality of refugees, and the operation and protective spectrum of this principle will be studied. Finally, the constitutional sentence No. 983-18-JP/21 will be reviewed and the rereading that said ruling has caused on the principle of non-refoulement of binding jurisprudence, particularly with the creation of the figure of improper expulsion, which extends to the protection principle in reference to nationals and violations that do not necessarily imply an expulsion or non-admission.

KEY WORDS

Principle of non-refoulement; refugees, primacy of reality; right to equality; irregular expulsion

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la migración forzada obedece a una multiplicidad de factores. Entre estos, la falta de vivienda y hábitat digno, la ausencia de derechos y prestaciones sociales, la escasez de agua y alimentos, y conflictos bélicos y demás escenarios de violencia sistémica. Esta variedad de factores mueve a que año tras año aumente la cantidad de personas que se desplazan del territorio de un Estado a otro, en busca de mejorar su situación vital.¹

Junto al aumento de la migración forzada y el arribo de personas migrantes en situación de pobreza y vulnerabilidad a otros Estados, se ha experimentado una proliferación de los discursos sociales y políticos que demandan la expulsión, reducción y, en el mejor de los casos, la limitación y “regularización” de los extranjeros que han ingresado o pretenden ingresar al territorio nacional.² En algunas situaciones, los discursos que propugnan la restricción u obstaculización de las dinámicas de movilidad humana han llegado a materializarse en agendas y políticas gubernamentales, e inclusive en actos normativos que restringen o limitan los derechos de los migrantes que han decidido abandonar sus países por la existencia de riesgos latentes contra su vida, libertad o integridad.

Frente a este escenario, el principio de no devolución configura una garantía indispensable para la protección de estos grupos humanos, a los que de forma general puede llamárseles refugiados, toda vez que funciona como una norma que prohíbe la expulsión o no admisión de los mismos, cuando su vida, libertad u otros derechos conexos corran un riesgo cierto. Sin embargo, así como los fenómenos de movilidad humana evolucionan y se adaptan con el fin de adoptar estrategias más eficaces de supervivencia, los actos gubernamentales y no gubernamentales que buscan restringir los derechos de las personas refugiadas, impidiendo su ingreso o inserción en los Estados receptores, también han evolucionado acogiendo matices subrepticios e indirectos.³

En este contexto, la sentencia constitucional No. 983-18-JP/21 postula, con relación al contenido del principio de no devolución, la incorporación de la figura de la expulsión impropia. Esta figura ofrece una importante ventaja para responder a la problemática actual anti-refugiados, en tanto aboga por una protección que no se limita a las personas extranjeras en condición de refugiadas, sino que garantiza además la protección de los miembros de su grupo familiar e íntimo, que aun siendo nacionales del Estado receptor pueden sufrir

1 Paola Andrea Posada, “Refugiados y desplazados forzados. Categorías de la migración forzada creadas como medidas de contención a las migraciones no deseadas”, *Estudios Políticos*, Núm. 35 (Diciembre 2009): 136.

2 Fernando Arlettaz, “La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 49, Núm. 145 (abril 2016): 4-6.

3 Dunia Eduvijes Jara Solenazar y Jorge Morales Brito, “Política y discurso en el tratamiento al tema migratorio de la 4T”, *Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Vol. 15, Núm. 47 (junio 2021): 189.

actos de violencia o persecución debido a los vínculos que mantienen con las personas migrantes.

Asimismo, esta nueva institución jurídica plantea la posibilidad de acoger el principio de no devolución para solventar las violaciones de derechos humanos que padecen los refugiados, incluso cuando no se evidencie una intención explícita de su expulsión del territorio del Estado receptor, pero se los haga sufrir condiciones semejantes a las que existían en el lugar del cual huyeron. Es así como en el presente ensayo se revisarán críticamente las propiedades del principio de no devolución y los aportes de la jurisprudencia constitucional sobre el tema.

2. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN: CONTENIDO NORMATIVO

En lo que atañe a la protección de la movilidad humana, el artículo 41 de la Constitución del Ecuador reconoce el “principio de no devolución” y el derecho a “la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia”.⁴ Por su parte, el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recogen el principio de no devolución en los siguientes términos:

Art. 33.1.- Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.⁵

Art. 22. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.⁶

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto a este principio, ha admitido que si bien su contenido no es uniforme en los diversos instrumentos internacionales, “esta dispersión no impide que su interpretación se pueda armonizar aún más cuando la Constitución, [...], prevé que la interpretación se efectuará [...], en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos”. La Corte ha elaborado una definición propia, identificándolo como un principio por medio del cual “las personas refugiadas se encuentr[an] protegidas por el derecho a la no devolución aun cuando no hayan sido admitidas legalmente en el Estado receptor, no p[udiendo] ser devueltas o expulsadas a un país, sea o no de origen, donde su vida, libertad, integridad o la de sus familiares peligran”.⁷

4 Artículo 41, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

5 Artículo 33.1, Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951.

6 Artículo 22.8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

7 Sentencia No. 897-11-JP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de agosto de 2020, párr. 70-71.

En cuanto a su fuerza normativa, el principio en referencia ostenta la categoría de norma de *ius cogens*, lo cual ha sido ratificado en la Declaración de Cartagena de Indias de 1984 y la Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR). En dichos instrumentos internacionales se ha confirmado su calidad de “principio imperativo”⁸ y de norma de “derecho internacional consuetudinario”,⁹ lo cual le otorga una jerarquía superior en la regulación y control de las relaciones de la comunidad internacional, así como al interior de los sistemas jurídico-políticos de cada Estado.

De manera especial, la calidad de *ius cogens* del principio de no devolución le propicia un carácter “coactivo, compulsorio, imperativo, absoluto, perentorio, terminante, inderogable, inmutable en esencia, pleno, que protege bienes sociales fundamentales”.¹⁰ Especialmente, en virtud de su inderogabilidad, no puede ser desconocido, limitado o eliminado por normas nacionales de un Estado particular. En palabras de Drnas de Clément, este principio tiene tal importancia que “la comunidad internacional considere su contenido de tan superior jerarquía como para no tolerar su derogación”.¹¹ Finalmente, la calidad de *ius cogens* le da a este principio un peso abstracto superior y la calidad de criterio cúspide de corrección, de tal forma que prevalece cuando colisiona con normas positivas internas, y obliga que aquellas deban adaptarse a su contenido so riesgo de ser invalidadas.

Empero, igual de trascendente que el conocimiento de la jerarquía, carácter y naturaleza de este principio, la comprensión de su contenido resulta fundamental. En efecto, únicamente entendiendo su extensión y ámbito tuitivo, puede asegurarse y abogarse por su preeminencia frente a otras normas, actos y hechos gubernamentales y no gubernamentales. Todo con el objetivo de responder y reparar violaciones, restricciones o amenazas dirigidas en contra de los derechos de las personas refugiadas.

De este modo, con base en las definiciones precitadas, se puede proponer un estudio del contenido del principio de no devolución que responda a un diseño de tres propiedades: (i) informalidad, (ii) interdependencia, y (iii) construcción, como esquema de interacción entre dos territorios o espacios.

8 Quinta conclusión, Declaración de Cartagena de Indias, 22 de noviembre de 1984.

9 Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 26 de enero de 2007, párr.16.

10 Zlata Drnas de Clément, “Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Dimensión sustancial”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, (Córdoba-Argentina): 12.

11 Id., 9.

1.1. INFORMALIDAD

La informalidad es una consecuencia del imperativo de brindar primacía a la realidad sobre la forma en la protección de las personas refugiadas. Se entiende por este mandato a la obligación de interpretar los actos, instituciones y hechos jurídicos “sin limitarse a atender las formalidades que los revisten. En correspondencia con los efectos jurídicos que ciertamente se producen, haciendo prevalecer el contenido del acto [institución o hecho] jurídico sobre su continente”¹²

La propiedad de informalidad del principio de no devolución abarca dos dimensiones de aplicación: una subjetiva, relacionada al estatuto de las personas y la determinación de su condición de refugiados; y otra objetiva, atinente a los actos y las formas en que se puede lesionar este principio.

1.1.1. INFORMALIDAD SUBJETIVA

En lo que respecta a la informalidad subjetiva, la primacía de la realidad exige que la protección de una persona bajo el estatuto jurídico de refugiado no esté supeditada a un reconocimiento formal por parte del Estado receptor, sino que sea exigible desde que se compruebe la concurrencia fáctica de las condiciones y requisitos que en el derecho internacional se han estandarizado para la configuración de esta categoría de protección humanitaria. Las condiciones y requisitos que debe cumplir un individuo para ser apreciado como persona refugiada pueden colegirse de la definición que ofrece el artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados:

Artículo 1. - Definición del término “refugiado”

A. A los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona:

2) (...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.¹³

De igual manera, de la tercera conclusión de la Declaración de Cartagena de Indias de 1984, que califica como refugiado a aquellas personas que:

¹² Sentencia No. 47-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párr. 39.

¹³ Artículo 1, Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951.

[Han] huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.¹⁴

En este sentido, la calificación de una persona como refugiada depende de que: (i) aquella haya huido de un espacio físico en donde su vida o integridad personal y/o la del grupo humano al cual pertenece, corran un peligro cierto e inminente; y (ii) siempre que dicho peligro sea de carácter ilegítimo, arbitrario, injustificado, desproporcionado o genere una grave violación a los derechos humanos.

En este marco, la Corte Constitucional del Ecuador ha concluido “que una persona será refugiada en tanto reúna los requisitos enunciados en las definiciones referidas en ambos instrumentos internacionales, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado por el Estado receptor”.¹⁵ Ello conlleva tener como probado que, en una dimensión fenomenológica, el reconocimiento estatal de la condición de refugiado tiene una naturaleza netamente declarativa o descriptiva y nunca constitutiva o fáctica, limitándose a describir (acto formal) un hecho que en la realidad existe con antelación e independencia (condición de refugiado).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en consonancia con esta línea, ha argumentado reiteradamente:

[E]l reconocimiento de la condición de refugiado tiene una naturaleza declarativa, y las personas refugiadas se encuentran protegidas por el principio y derecho a la no devolución aun cuando no hayan sido admitidas legalmente por el Estado receptor. En términos de la Corte Interamericana, la importancia de este principio y derecho radica justamente en que las personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones.¹⁶

De igual forma lo ha hecho el ACNUR, quien en su Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución, estipuló que:

Dado que una persona es refugiada según el significado de la Convención de 1951 en el momento en que reúna los criterios contenidos en la definición de refugiado, la determinación de la condición de refugiado es de naturaleza declarativa: una persona no se convierte en refugiada porque se le reconoce como tal, sino que se le reconoce porque es refugiada.¹⁷

14 Tercera conclusión, Declaración de Cartagena de Indias, 22 de noviembre de 1984.

15 Sentencia No. 897-11-JP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de agosto de 2020, párr. 61.

16 Migración forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 150, 8 de septiembre de 2019, párr. 185.

17 Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención

Por consiguiente, con base en la dimensión subjetiva de la propiedad de informalidad, el espectro tuitivo de este principio acoge y protege por igual a refugiados reconocidos como a no reconocidos. Es decir, a quienes han sido calificados expresamente bajo esta fórmula por medio de un acto solemne de un órgano estatal (administrativo o judicial); y a quienes esta calidad aún no ha sido descrita por medio de un acto formal del Estado, sin perjuicio de que materialmente cumplan con los requisitos para ser protegidos.

1.1.2. INFORMALIDAD OBJETIVA

En lo que refiere a la dimensión objetiva de la informalidad, a través de esta se establece que los actos o hechos que violentan el contenido normativo del principio de no devolución, no se encuentran limitados a un catálogo de verbos específicos o a una modalidad *numerus clausus* de formas de expulsión o devolución. De ahí que, a pesar de que el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados,¹⁸ y el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁹ de manera general emplean los verbos “devolver” y “expulsar” para delimitar la orden prohibitiva del principio de no devolución, las opiniones autorizadas del ACNUR y de varios tribunales internacionales de derechos humanos parecen coincidir en que dichas disposiciones deben interpretarse en un sentido amplio y extensivo. Ello con el fin de asegurar el mayor grado de vigencia de los derechos de las personas refugiadas, sin que se le deba otorgar a este principio un enfoque que se reduzca únicamente a los dos verbos rectores antes señalados.

Así, en la Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución, el ACNUR enfatizó que:

[l]a prohibición de no devolución ante un peligro de persecución según el derecho internacional de los refugiados es aplicable a toda forma de expulsión forzosa, incluyendo la deportación, expulsión, extradición, traslado informal o “entrega”, y la no admisión en la frontera en las circunstancias descritas más abajo.²⁰

Esta precisión sobre la amplitud de la forma en que debe interpretarse el alcance de los términos “devolver” y “expulsar” es de suma importancia, especialmente teniendo en cuenta que por mucho tiempo la jurisprudencia de algunos tribunales de tradición anglosajona, vincularon el término “*refouler*”, que constituye la variante francesa del verbo “devolver”, que fue utilizada en

sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 26 de enero de 2007, párr. 6.

18 Artículo 33, Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951.

19 Artículo 22.8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

20 Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 26 de enero de 2007, párr. 7.

el texto original de la Convención de Ginebra de 1951, con los verbos “hacer regresar” y “repeler”. Ello redujo el alcance del principio de no devolución a aquellas situaciones en las cuales la persona refugiada ya se encontraba admitida o ya había ingresado en el territorio nacional del Estado receptor.

Un ejemplo paradigmático de esta interpretación literal y restrictiva, se halla reflejado en la sentencia del caso *Sale c. Haitian Centers Council, Inc.* resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos, en donde el voto de mayoría argumentó:

*This suggestion—that “return” has a legal meaning narrower than its common meaning—is reinforced by the parenthetical reference to “refouler,” a French word that is not an exact synonym for the English word “return.” Indeed, neither of two respected English-French dictionaries mention “refouler” as one of many possible French translations This suggestion—that “return” has a legal meaning narrower than its common meaning—is reinforced by the parenthetical reference to “refouler,” a French word that is not an exact synonym for the English word “return.” Indeed, neither of two respected English-French dictionaries mention “refouler” as one of many possible French translations to the extent that they are relevant, these translations imply that “return” means a defensive act of resistance or exclusion at a border rather than an act of transporting someone to a particular destination. In the context of the Convention, to “return” means to “repulse” rather than to “reinstate.” The text of Article 33 thus fits with Judge Edwards’ understanding that ‘expulsion’ would refer to a ‘refugee already admitted into a country’ and that ‘return’ would refer to a ‘refugee already within the territory but not yet resident there.’ Thus, the Protocol was not intended to govern parties’ conduct outside of their national borders.” *Haitian Refugee Center v. Gracey*, 257 U. S. App. D. C., at 413, 809 F. 2d, at 840 (footnotes omitted). From the time of the Convention, commentators have consistently agreed with this view.²¹*

Al contrario del criterio de la Corte Suprema de Estados Unidos, en la actualidad la opinión mayoritaria consiste en aceptar que el principio de no devolución no solo protege la expulsión de personas desde el territorio nacional de un Estado receptor hacia otro, sino que incluye los actos cometidos en “altamar, fronteras o de cualquier otro espacio geográfico distinto al suyo”.²² Por lo tanto, es plenamente aplicable para situaciones de expulsión, devolución, regreso o no admisión ejecutadas en embajadas, residencias diplomáticas, bases militares, embarcaciones estatales, concesiones en el extranjero u otras.

21 *Sale c. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993), Corte Suprema de los Estados Unidos, 21 de junio de 1993, sección A. “El texto de la convención”.

22 Yara Zulay Riascos Valencia, “Principio de no devolución y su aplicación extraterritorial. Pilar fundamental en el marco del derecho de los refugiados”, *Trans-pasando Fronteras*, Núm. 16 (Cali-Colombia, 2020): 17.

1.2. INTERDEPENDENCIA

En lo que atañe a la interdependencia del principio de no devolución, es importante resaltar que tal interdependencia se manifiesta tanto en un sentido causal como en un sentido consecutivo o final. De esta forma, si se parte de una conceptualización de interdependencia como aquella relación de reciprocidad que se manifiesta en los derechos y principios, ya sea porque uno es efecto del otro, o porque sus contenidos comparten elementos, reglas o fines comunes; podemos decir que el contenido del principio de no devolución reproduce una interdependencia causal con el derecho a la igualdad, y una interdependencia consecutiva o final con los derechos a la vida, la libertad, la integridad personal-familiar y otros conexos.

Para comprender esto, es necesario advertir que el principio de no devolución se estructura con fundamento en dos componentes esenciales: (i) un antecedente antidiscriminatorio o de interdicción de la arbitrariedad, y (ii) un consecuente organizado bajo la forma de una disposición prohibitiva; lo cual se puede esquematizar de la siguiente manera:

(i) Si: “a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”, “la vida o a la libertad personal [de un extranjero] está en riesgo de violación”.²³

(ii) Se sigue que: “ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligrar”.²⁴

1.2.1. ANTECEDENTE ANTIDISCRIMINATORIO

Respecto al antecedente antidiscriminatorio se puede evidenciar que persigue como finalidad vetar distinciones no justificadas (adoptadas por motivos raciales, de nacionalidad, de religión, u otros –categorías sospechosas–) y evitar que dicha distinción tenga una consecuencia lesiva, esto es, que ponga en riesgo la vida, la libertad, la integridad u otro derecho de la persona en condición de movilidad humana. Dentro de este aspecto, vale recordar que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación configura una norma de *ius cogens*, que aborda al menos cuatro dimensiones que se relacionan entre sí: la formal, la material, la estructural, y la dimensión argumentativa o de racionalidad de la igualdad (transversal a las otras).

²³ Artículo 33.1, Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951; y artículo 22.8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

²⁴ Id.

La igualdad formal “procura sustraer del ordenamiento jurídico cualquier diferenciación realizada entre personas en igualdad de condiciones, que se compruebe como no motivada y que provoque consecuencias nocivas para la parte que es sujeto de la distinción”.²⁵ La igualdad material, impele al Estado a “trabajar para que los efectos negativos provocados por el valor que se le da a ciertas categorías sociales que ubican de forma desventajosa a las personas dentro de la sociedad, desaparezcan (sexo, raza, religión, condición migratoria, etcétera)”.²⁶

La igualdad estructural, por su parte, busca garantizar la “dotación de recursos de todo tipo (educación, dinero, capital social, lengua, aspecto, etcétera), que dependen de la pertenencia a una u otra clase social, género o raza”, y la necesidad de su distribución equitativa a través de “políticas estructurales que faciliten la inclusión”.²⁷ Por último, la dimensión argumentativa o de razonabilidad de la igualdad, se enfoca en vigilar que las distinciones, medidas y políticas públicas adoptadas por los órganos estatales y por los particulares se encuentren justificadas mediante razones comprobables y objetivas.

1.2.1.1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

De forma habitual, los estudios sobre el vínculo causal que ocupa el principio de igualdad con el de no devolución, han parecido estar circunscritos a la dimensión formal del primero. Así, se ha venido explicando a las violaciones del principio de no devolución como un fenómeno relativo a la vigencia y eficacia de las disposiciones jurídicas, es decir, como afectaciones a dos de las propiedades clásicas de las normas: su vigencia formal y su eficacia material.

Con esta lógica, el presupuesto antidiscriminatorio del principio de no devolución podría lesionarse. Primero, porque entre en vigencia una disposición jurídica discriminatoria que expulse o impida el ingreso de personas con la calidad de refugiados a un Estado receptor. Segundo, a través de una vía de hecho que, en desconocimiento y contravención del principio de igualdad contemplado en el ordenamiento jurídico del Estado, actúe contrariando a este.

En el primer caso, la discriminación se efectúa en una dimensión formal o normativa, a través de la entrada en vigencia de una prescripción jurídica que introduce una distinción no justificada (discriminatoria). En el segundo supuesto, la contravención del principio responde a la falta de eficacia de

25 Fernando Bajaña Tovar, “Hacia un análisis estructural del derecho a la salud y la igualdad: Con propósito de las medidas laborales adoptadas por el Estado ecuatoriano durante la pandemia del covid-19 en 2020”, *Revista de Derecho Público*, Núm. 95 (Diciembre 2021): 8.

26 Ibid.

27 Ramón Máiz Suárez, “De la economía a la ética. ¿Qué fue de la Política? Para una teoría estructural de la igualdad”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 174 (Enero 2016): 19.

las normas, en la medida de que, pese a existir una norma que garantiza la igualdad y prohíbe la discriminación, ésta es desconocida en un plano fáctico, mediante una vía de hecho.

Como ejemplos de lesiones al principio de no devolución causadas por la vigencia de actos normativos discriminatorios, se pueden enumerar la Chinese Exclusion Act de 1882, que prohibió el ingreso de ciudadanos chinos a los Estados Unidos, indistintamente de las razones que hubiesen motivado su inmigración;²⁸ la Executive Order 13769 de 2017, firmada en el gobierno de Donald Trump, que suspendió por 120 días el Programa de Admisiones a Refugiados de los Estados Unidos (USRAP), para ciudadanos provenientes de Irán, Irak, Libia, Somalia, Sudan, Siria, y Yemen.²⁹ Además, el “Decreto Salvini” de 2018 que eliminó la categoría de protección humanitaria como causal para la concesión de permisos de residencia a refugiados.³⁰

Por otro lado, son ejemplos de contravenciones producidas por la falta de eficacia de las normas, los casos de expulsiones colectivas de ciudadanos venezolanos por parte del Estado ecuatoriano, conocidas y resueltas en la sentencia de la Corte Constitucional No. 639-19-JP/20.³¹ Asimismo, la expulsión colectiva de ciudadanos haitianos de República Dominicana con violación del debido proceso que fue materia del caso Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³²

En estos dos últimos casos, la violación del principio de no devolución no obedeció a un acto normativo que ordenase tales expulsiones, sino que respondió a conductas que restaban eficacia a las normas vigentes en dichos Estados, mismas que de forma expresa recogían el principio de igualdad y no discriminación, el derecho al debido proceso y hasta al propio principio de no devolución (al menos en su bloque de constitucionalidad).

Sin embargo, no todo acto normativo o conducta material que ordene la devolución o no admisión de una persona en condición de movilidad debe ser calificado *ipso facto* como una violación al principio de no devolución. De hecho, la propia Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados en su artículo 33.2 admite que, por razones fundadas, es decir comprobadas, podrá no aplicarse el contenido tutelar del principio de no devolución:

28 Chinese Exclusion Act, 47th United States Congress, 6 de mayo de 1882.

29 Executive Order 13769. Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States (Muslim ban), President of the United States of the America, 27 de enero de 2017.

30 Decreto No. 113/2018. Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. (18G00140), Presidente della Repubblica Italiana, 4 de octubre de 2018.

31 Sentencia No. 639-19-JP/20 y acumulados, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de octubre de 2020.

32 Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de octubre de 2012.

Art. 33.2.- Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.³³

Con relación a esto, las herramientas de escrutinio empleadas por la dimensión argumentativa o de razonabilidad de la igualdad son las que van a permitir diferenciar entre un acto con intenciones o efectos discriminatorios de otro apegado a derecho, y en consecuencia diferenciar entre un acto que lesiona al principio de no devolución de uno que no lo hace.

En relación a esta dimensión de la igualdad, la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia No. 28-15-IN/21, determinó que los niveles de escrutinio de un aparente trato arbitrario o discriminatorio, varían de medio a estricto, según afecten a una categoría protegida o sospechosa. Asimismo, añadió que, no obstante, de que el artículo 11.2 de la Constitución de la República del Ecuador reproduce una serie de categorías tuteladas por el principio de igualdad, esto no implica que todas aquellas deban tener un mismo nivel de protección, siendo las categorías sospechosas las que están sujetas a un mayor grado de escrutinio.³⁴

En este sentido, se estableció que, inclusive no existiendo un catálogo jurídico que identifique taxativamente a los grupos afectados por categorías sospechosas, pueden manejarse algunos criterios para establecer una presunción de inconstitucionalidad respecto de los actos ejecutados hacia ciertos grupos, para lo cual se debe comprobar que:

1. El grupo es un sujeto de discriminación; 2. El grupo es desaventajado y ha sido sistemáticamente discriminado; 3. El grupo ha sufrido –históricamente– o sufre una extensión e intensidad de discriminación en mayor grado; o 4. Los individuos del grupo han sido discriminados con base en factores inmutables que no podrían variarse con la voluntad de la persona.³⁵

De este modo, dependiendo de si la distinción se la ha realizado motivada por una categoría protegida o una categoría sospechosa, la dimensión argumentativa de la igualdad ordenará realizar un test estricto o medio de igualdad/proporcionalidad.

Para ambos exámenes se utilizan como base el análisis de los siguientes parámetros: “(i) la comparabilidad de los sujetos o titulares de derechos; (ii) la

³³ Artículo 33.2, Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. 1951.

³⁴ Sentencia No. 28-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de noviembre de 2021.

³⁵ Id., párr. 146.

constatación de si existe un trato diferenciado, con base en una de las categorías contempladas en el número 2 del artículo 11 CRE; y (iii) la verificación de si la diferencia es justificada o discriminatoria”.³⁶ Empero, en el caso de distinciones ejercidas con miramientos en una categoría sospechosa, adicionalmente deberá estudiarse la proporcionalidad de lo actuado, cerciorándose las siguientes variables:

(i) el fin de la distinción es constitucionalmente imperioso; no sólo constitucionalmente legítimo o válido; además, se debe evaluar que: (ii) la medida sea perfectamente diseñada para el fin, en cuanto a su idoneidad; (iii) la medida sea la única idónea y la menos gravosa en lo referente a su necesidad y (iv) la medida adopte un equilibrio preciso entre la protección y restricción constitucional en lo alusivo a la proporcionalidad.³⁷

Ahora bien, es necesario reparar en que las variables enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2 de la CRE se encuentran escritas como formulaciones lingüísticas generales. De ahí que requieran ser aterrizadas en un hecho u objeto concreto, o acompañarlas con una variable más específica (de la misma especie), para comprender si se trata de una categoría sospechosa o de una protegida.

En lo que atañe a la condición de movilidad humana, el artículo 11.2 de la CRE determina al “lugar de nacimiento” y a la “condición migratoria” como variables protegidas por el principio de igualdad.³⁸ Sin embargo, como antes se mencionó, fórmulas generales como éstas no permiten colegir *prima facie* si configuran categorías protegidas o sospechosas, para lo cual habrá que aterrizirlas en alguna noción más concreta. En efecto, no es lo mismo una diferenciación realizada bajo la categoría “condición migratoria-inversionista extranjero”, que una bajo la noción “condición migratoria-refugiado”.

En el caso específico de la categoría “condición migratoria-refugiado”, esta se encuadra dentro la concepción de categoría sospechosa, en tanto que, en palabras de la Corte IDH, reconoce a un grupo humano en situación de vulnerabilidad y en un estado “de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes [...]”.³⁹ Esta condición de vulnerabilidad tiene “una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de *iure* [...] y de *facto* [...]”.⁴⁰ A lo que habrá que añadirle que “[e]xisten también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de

36 Id., párr. 155.

37 Id., párr. 152.

38 Artículo 11.2, Constitución de la República del Ecuador.

39 Opinión Consultiva OC18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003, párr. 112.

40 Id., párr. 120.

vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad”.⁴¹

Con esto, el razonamiento y calificación que hace la Corte IDH sobre la situación de las personas refugiadas, se adecúa a los presupuestos previamente mencionados que la Corte Constitucional del Ecuador ha establecido para el reconocimiento de discriminaciones ejecutadas con base en categorías sospechosas, a saber, ser un grupo que adolece de una desventaja sistémica y que es discriminado de forma intensa con base en factores difíciles de revertir (culturales, ideológicos, etc.); por lo que todo análisis de una eventual violación al derecho a la igualdad que vincule derechos de refugiados deberá observar una fórmula de escrutinio estricto.

1.2.2. CONSECUENTE PROHIBITIVO

El consecuente prohibitivo contenido en el principio de no devolución impide a los Estados “por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran”.⁴² En este orden de ideas, el principio en referencia busca prohibir todo acto forzado que tenga como finalidad poner en riesgo los derechos de un refugiado al ser ubicado en una jurisdicción donde corra peligro inminente.

Ahora bien, con relación a este asunto es pertinente efectuar cuatro aclaraciones. Como primer punto, se debe tener en consideración que el consecuente prohibitivo del principio de no devolución resiste con una misma rigurosidad a los actos lesivos de naturaleza positiva como a los de carácter negativo. En este sentido, no sólo recrimina aquellos actos que involucran un movimiento físico que propicie la salida de las personas refugiadas de un lugar donde el Estado receptor ejerza su jurisdicción, tales como expulsiones, devoluciones, deportaciones o extradiciones (acto positivo). Sino también censura aquellas omisiones deliberadas del Estado receptor que impiden la protección de una persona refugiada, como en los supuestos de “no admisión” en frontera, en donde el Estado se abstiene de acoger en su jurisdicción a una persona que cumple con los requisitos y condiciones del estatuto de refugiado (acto negativo).

Por otra parte, como segundo punto, es trascendental evidenciar que el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos justifican la prohibición de expulsión o devolución de personas refugiadas bajo una premisa pro garantía de los derechos a la vida y la libertad,

⁴¹ Id., párr. 113.

⁴² Artículo 33.1, Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

indicando que no se debe “poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran”.⁴³ La referencia expresa a estos dos derechos no debe entenderse como una enunciación *numerus clausus*, sino únicamente como una expresión ejemplificativa o *numerus apertus*. En esta línea, el consecuente prohibitivo del principio de no devolución tiene como objetivo imposibilitar el traslado de “ningún individuo a otro país si esto causara su exposición a graves violaciones de sus derechos humanos [de forma general]”.⁴⁴ Por ende, debe activarse para frenar cualquier amenaza de daño inminente o irreparable de cualquiera de los derechos inherentes a la dignidad humana, tales como el derecho a la integridad personal, psíquica y sexual, a una vida libre de tortura, a la salud, al agua, entre otros.

Como tercer punto, ratificando lo que se manifestó anteriormente, el campo semántico del consecuente prohibitivo no debe ser interpretado de manera literal y reducirlo a los supuestos de expulsión o devolución del “territorio nacional” de un Estado receptor, sino que debe entenderse que es plenamente extensible donde quiera que el Estado en cuestión ejerza jurisdicción. Así, su campo de acción incluye actos ejecutados en embajadas, consulados, residencias diplomáticas, inmuebles en el exterior, bases militares en el extranjero, entre otras. Por consiguiente, debe reconocer que la plena vigencia formal y material del principio de no devolución demanda y conlleva su aplicación extraterritorial.

Finalmente, como cuarto punto, además de la extraterritorialidad del principio de no devolución, es necesario tener en consideración que su consecuente prohibitivo es extensible “a toda forma de expulsión forzosa, incluyendo la deportación, expulsión, extradición, traslado informal o «entrega», y la no admisión [injustificada] en la frontera”.⁴⁵ No existiendo una restricción a la ejecución de los verbos rectores descritos en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: devolver y expulsar.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han identificado cuatro modalidades que pueden adoptar los actos que prohíbe el *scope* del principio de no devolución. Estas son: lesiones directas, indirectas, formales y encubiertas. Las (i) lesiones directas vendrían siendo aquellas que tienen como objeto enviar a la persona migrante hacia su país de origen u a otro donde corra riesgo su vida, libertad, integridad u otros derechos; y (ii) las indirectas, aquellas donde el Estado receptor envía forzosamente al migrante hacia un tercer país, desde el cual pueda ser expulsado al lugar del cual huyó u a otro donde sus derechos peligran.⁴⁶

43 Id.

44 Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 26 de enero de 2007, párr.17.

45 Id., párr. 7.

46 Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2013, párr. 153.

Por su parte, (iii) las lesiones formales son aquellas que han sido precedidas por una actuación administrativa o jurisdiccional exteriorizada y formal;⁴⁷ mientras que las (iv) encubiertas, son aquellas en donde existe una salida forzosa de la persona migrante producto “de acciones u omisiones de dicho Estado o de situaciones en que ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus ciudadanos con miras a provocar la salida de personas de su territorio”.⁴⁸

Sobre las expulsiones encubiertas, la Corte Constitucional en la sentencia 983-18-JP/21 planteó varios casos ejemplificativos que permiten observar de mejor forma el modo en que operan las lesiones encubiertas. La Corte enuncia como un caso arquetípico de este supuesto a las privaciones injustificadas de servicios básicos y derechos esenciales a las personas refugiadas, siempre que dicha privación tenga como resultado la materialización de un escenario lesivo semejante al del ambiente que padecía la persona refugiada en el lugar del cual huyó. Ello con el objetivo de que el refugiado se vea impelido a abandonar la jurisdicción del Estado receptor:

En este sentido, recrean un ejemplo típico de devoluciones y expulsiones encubiertas, los casos de privación injustificada de servicios públicos y derechos esenciales a personas extranjeras, como el acceso al agua, a la alimentación, al trabajo, a la vivienda, a la salud, a la educación, etc.; en la medida en que se pone al extranjero en un escenario altamente lesivo para su integridad física, comparable al que ya habían sufrido en el lugar del cual huyeron, no dejándoles más alternativa -en el mejor de los casos- que la de regresar al territorio del cual huyeron o salir hacia el territorio de un tercer Estado, en donde consigan acceder a los servicios y derechos que les fueron privados.⁴⁹

Adicionalmente, en la sentencia 983-18-JP/21 se corroboró la fuerte interrelación que existe entre el principio de no devolución y el derecho a la salud, concluyendo que constituían formas de expulsión encubierta la privación del acceso a prestaciones de salud a personas migrantes, especialmente en escenarios en los que se requiera de una atención sanitaria de urgencia:

Con esto, el negar atención de salud de emergencia a personas en condición de movilidad humana en zonas fronterizas, que por su grave situación necesiten un diagnóstico y tratamiento urgente, como sucede en los casos de heridas profundas, apariciones súbitas de cuadros graves, empeoramiento de enfermedades crónicas, trabajos de parto, hemorragias abundantes, quemaduras severas, entre otras; siempre que dicha negativa obligue a las personas migrantes, a atravesar la frontera de regreso al país del cual huyeron o del cual llegaron, debe tenerse como una forma patente de devoluciones o expulsiones encubiertas.⁵⁰

47 Sentencia No. 983-18-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de agosto de 2021, párr. 230.

48 Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial. Documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, Organización de Naciones Unidas, párr. 42.

49 Sentencia No. 983-18-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de agosto de 2021, párr. 231.

50 Id., párr. 232.

1.3. ESQUEMA DE INTERACCIÓN ENTRE DOS TERRITORIOS O ESPACIOS

En cuanto a la última propiedad del principio de no devolución, de todo lo analizado se puede deducir que, en su concepción clásica, este principio ha estado ligado a un esquema de interacción entre dos territorios o espacios. El principio procura impedir que las personas refugiadas sean devueltas o expulsadas a otra jurisdicción, o no admitidas en la jurisdicción de un Estado receptor cuando sus derechos peligren. De esta suerte, sea que el acto lesivo sea de naturaleza positiva (expulsar, extraditar, devolver, etc.) o negativa (no admitir), la lógica con la cual opera el principio de no devolución responde a una relación de interacción entre dos espacios de diferente jurisdicción o soberanía.

En síntesis, en su construcción tradicional, el principio de no devolución tiene como finalidad:

- (i) O prohibir que una persona que se encuentre en el territorio o lugar donde un Estado receptor ejerza soberanía (bases, agencias, embajadas, etc.) sea obligada a transitar hacia un lugar que resulte lesivo para su integridad y dignidad;
- (ii) O impedir que a una persona que cumpla con las condiciones y requisitos para ser considerada refugiada se le obstaculice o prohíba de forma injustificada ingresar al territorio o lugar donde un Estado receptor ejerza soberanía.

Así, la operatividad de este principio ha dependido de la posibilidad de esbozar una relación de tránsito interrumpido o de tránsito forzado entre las circunscripciones de un Estado de origen o tránsito (E_{OvT}) y de uno receptor (E_R).

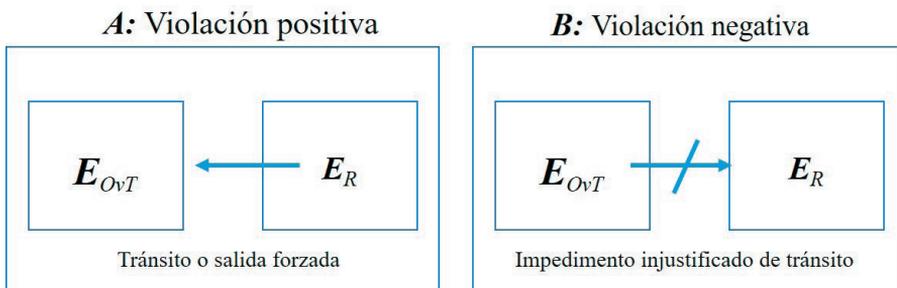


Gráfico 1: Esquemas de violación al principio de no devolución.⁵¹

Ahora bien, las formas involucradas en el esquema de interacción entre dos territorios pueden ser vistas en un parangón con las formas en que se puede ejercitar la libertad de locomoción entre dos jurisdicciones diferentes (derecho

⁵¹ Gráfico de construcción del autor.

a migrar); derecho que para lo que concierne a este ensayo se puede violentar ya sea por un tránsito forzado (migración o locomoción no volitiva) o por un impedimento de tránsito (restricción a la libertad de migración o locomoción).

Esto último serviría para advertir que el remedio procesal para la vulneración de este principio residiría *prima facie* en la acción de *habeas corpus*, garantía jurisdiccional que de conformidad con el artículo 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales (LOGJCC), tiene como objeto “proteger la libertad [...] de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona”.⁵²

Así, en el caso de no admisión de un refugiado, los agentes estatales estarían ejecutando un impedimento u obstaculización del tránsito. Ello sería razón suficiente para que se active un *habeas corpus* restringido, que en palabras de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana sirve para “los casos donde la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que configuran una seria restricción para su ejercicio”.⁵³

Mientras que en el caso de expulsiones o devoluciones propiamente dichas, el artículo 43.1 de la LOGJCC expresamente dispone que el *habeas corpus* procederá para proteger el derecho de una “persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad”.⁵⁴

Sin embargo, las posibles vulneraciones al principio de no devolución en la comunidad internacional actual, no se limitan a ejercicios de expulsión y no admisión. Es por esto que este esquema presenta dos desventajas a la hora de cubrir la multiplicidad de situaciones que se manifiestan en la actualidad producto del dinamismo inherente al fenómeno de movilidad humana.

Primero y particularmente, no tutela aquellas situaciones donde las personas refugiadas sin ser expulsadas del país receptor sufren condiciones lesivas semejantes de las cuales huyeron. Segundo, no protege a aquellas personas que no son extranjeras y que siendo nacionales del país receptor forman parte del núcleo familiar o personal del refugiado. Estas dos debilidades de la noción clásica fueron advertidas en el análisis de la sentencia constitucional No. 983-18-JP/21, lo cual motivó a que en el precitado fallo se amplíe el espectro tuitivo del principio de no devolución a una dimensión inmaterial, acogiendo además a nuevos titulares.

52 Artículo 43, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R.O. Segundo Suplemento 52, de 22 de octubre de 2009.

53 Sentencia No. 253-20-JH/22, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de enero de 2022, párr. 168.

54 Artículo 43.1, LOGJCC.

2. CAUSA No. 983-18-JP: ANTECEDENTES Y SENTENCIA

El 22 de mayo de 2015, los señores J.N.B.Q. y J. L.C., de nacionalidad colombiana, huyendo del conflicto armado de este país, ingresaron a territorio ecuatoriano con la finalidad de solicitar refugio. El 7 de junio de 2015, la señora J.L.C. ingresó al Hospital General Provincial “Luis G. Dávila” (hospital provincial de Tulcán, Ecuador), para ser atendida en labores de parto, naciendo su hijo F.B.L. a las 19:49 horas. Luego del nacimiento, el hospital comunicó a los padres del neonato por lo menos cuatro diagnósticos distintos sobre su cuadro clínico, a pesar de conocer con antelación el cuadro clínico de incompatibilidad sanguínea de la madre y el niño. Después de confirmado el diagnóstico, el hospital provincial informó a los padres sobre la carencia de insumos para realizar el tratamiento médico requerido (exanguinotransfusión), proponiéndoles regresar a Colombia porque en dicho país la pareja contaba con un seguro médico.

Ante la negativa de los padres de regresar a Colombia por el riesgo vital que corrían en dicho país, el personal médico del hospital les propuso que asumieran los costos de los insumos médicos (pintas de sangre), que podrían adquirirse en otra localidad ecuatoriana, o encargarse de la transportación de este insumo, toda vez que el hospital provincial carecía de una ambulancia. Ante la negativa e imposibilidad de los padres de solventar los costos, el hospital aconsejó enviar al niño sin acompañantes hacia Ipiales, Colombia, propuesta que también fue rechazada por los padres.

Ante la reiterada negativa de los padres del niño, inclusive agentes de la Dirección Nacional de Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN) intentaron hacerles firmar un documento asumiendo la responsabilidad por la salud y vida del niño. Finalmente, el 8 de junio, a las 11h10, el hijo de los señores J.N.B.Q. y J. L.C. falleció sin haber recibido el tratamiento médico requerido. La Corte decidió declarar la vulneración de los derechos a la salud, a la vida, al ISNNA, a la igualdad y no discriminación, a la prohibición de devolución, a la tutela judicial efectiva y a la reparación integral del niño F.B.L. y los accionantes.

2.1. LA CATEGORÍA DE EXPULSIÓN IMPROPIA

Analizando las particularidades del caso No. 983-18-JP/21, la Corte Constitucional del Ecuador introduce un replanteamiento del principio de no devolución e innova respecto a los límites ontológicos de sus propiedades. Por medio de este precedente constitucional, se admite que el espectro tuitivo del principio de no devolución pueda proteger a personas que no gozando de la calidad de extranjeros formen parte del núcleo familiar o personal de una que sí

goce de dicho estatuto (informalidad subjetiva). Adicionalmente, incluye como actos que pueden lesionar al principio de no devolución a aquellos que no involucran ninguna forma de tránsito o impedimento de tránsito, lo que hace viable que se pueda lesionar este principio dentro del propio Estado receptor (informalidad objetiva).

Esto conlleva a que, con relación al consecuente prohibitivo de este principio (interdependencia), quede vetada no solamente la expulsión, devolución o no admisión de una persona refugiada, sino que se prohíba también que los Estados receptores creen en su propio territorio o jurisdicción nacional un ambiente que lesione o amenace gravemente los derechos de las personas refugiadas, incluso cuando aquello no traduzca la salida forzosa de refugiados hacia el Estado del cual arribaron o hacia un tercer Estado. El esquema de interacción entre dos territorios o espacios, que constituía la tercera propiedad tradicional del principio de no devolución, también se verá innovado con la introducción de la categoría de expulsión impropia, toda vez que ya no será necesario un acto positivo de tránsito forzado o negativo de inadmisión para declarar la vulneración del principio de no devolución, pudiéndose lesionar dentro del propio Estado receptor.

2.1.1. LA DIMENSIÓN SUBJETIVA DE LA EXPULSIÓN IMPROPIA

En palabras de la Corte Constitucional, la expulsión impropia se caracteriza por el hecho de que la víctima no es una persona extranjera, sino que es un nacional del país receptor con algún tipo de vínculo familiar o personal con la persona refugiada. En estos casos, el Estado receptor persigue por medio de la expulsión de un nacional, que la persona migrante se encuentre en la necesidad de salir del territorio o jurisdicción del Estado receptor con el objeto de precautelar la vida, libertad o integridad del nacional expulsado, con el cual mantiene algún vínculo familiar, de cuidado o personal, que pueda llegar a correr algún tipo de peligro en el Estado al cual fue expulsado:

De esta manera, si bien de forma general los actos de devolución o expulsión tienen como sujeto pasivo o víctima a las personas migrantes, puede darse el caso, en el cual la devolución o expulsión se encuentre direccionada hacia aquellos nacionales que forman parte del núcleo familiar del migrante o que se encuentran bajo su cuidado o custodia. Este tipo de expulsiones y devoluciones que se llevan en contra de propios nacionales suele tener como objetivo el obligar al migrante a que abandone el territorio del Estado receptor, a fin de evitar o cesar cualquier amenaza o violación a la integridad física o a la vida que puedan sufrir en ese otro país sus familiares o las personas que están sujetas a su cuidado como consecuencia del vínculo personal que mantienen con él.⁵⁵

⁵⁵ Sentencia No. 983-18-JP/21, párr. 233.

A esta forma de expulsión impropia, se la puede denominar expulsión impropia subjetiva o de dimensión subjetiva, en la medida en que lo que difiere de la visión tradicional de los actos de expulsión, devolución o no admisión, reside en el sujeto pasivo: un nacional. Sin embargo, es importante precisar que la calificación de un acto como de expulsión impropia subjetiva, depende de la concurrencia de dos elementos: (i) el acto lesivo, que está dado por la expulsión de una persona con la nacionalidad del Estado receptor (*actus*), y (ii) la intención de que mediante dicha expulsión, la persona refugiada que comparte un vínculo personal o familiar con la expulsada se vea compelida a abandonar el Estado receptor, con el propósito de intentar precautelar la integridad y derechos del sujeto nacional (*animus*) en el territorio al cual fue expulsado.

Una noción semejante a la de expulsión impropia subjetiva, puede reconocerse en el concepto de “desnacionalización” desarrollado por la Corte IDG a partir del caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana*, el cual analizó las expulsiones ejecutadas por el gobierno de República Dominicana, entre los años 1999 y 2000, de varias familias de inmigrantes haitianos con descendencia nacida en territorio dominicano. En estos casos las familias eran expulsadas hacia Haití de forma completa, incluyendo a los inmigrantes haitianos y a sus hijos dominicanos, a los que además se les requisaba y destruía sus documentos de identidad, a efectos de que no puedan reclamar sus derechos como ciudadanos de República Dominicana.⁵⁶

Sin embargo, lo que diferencia a las expulsiones impropias subjetivas de los fenómenos de desnacionalización, es que en este segundo supuesto, la expulsión de las personas extranjeras se ejecuta de forma directa y en conjunto con las nacionales, y no de manera indirecta, a través de un acto que se ejecuta en un nacional. Pero ambas figuras se asemejan por el hecho de operar a través de un dispositivo discriminatorio que funciona en razón del origen familiar y/o de las relaciones interpersonales.

De hecho, el sujeto nacional que se expulsa es aquel que tiene algún parentesco por consanguinidad o afinidad con el refugiado, o algún tipo de relación cercana con aquel. Siendo esta la variable determinante para su expulsión, al punto de que si su contexto familiar o de relaciones interpersonales no incluyera el vínculo con un refugiado, la causa para expulsarlo desaparecería.

Sobre este asunto, la sentencia constitucional No. 983-18-JP/21, es clara al demostrar que la violación del principio de no devolución en dicho caso, respondió a un ejercicio de discriminación en contra del niño F.B.L. Con esto, al verificar los tres elementos que la jurisprudencia ha estandarizado para la comprobación de un trato discriminatorio (comparabilidad, uso de una

⁵⁶ Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2014.

categoría sospechosa o protegida y efectos negativos del resultado), constató, con relación a la comparabilidad, que las prácticas del sistema de salud pública del Ecuador diferenciaba entre los pacientes hijos de padres ecuatorianos, de aquellos hijos de padres extranjeros: “En el presente caso la comparabilidad se advierte con respecto a dos grupos claramente diferenciados, por un lado, los niños nacidos de padres ecuatorianos y, por otro lado, aquellos niños hijos de padres colombianos”.⁵⁷

Luego, en lo relativo a la revisión de la categoría con base en la cual se hizo la diferenciación, la Corte Constitucional precisó que para el caso en concreto se había empleado la categoría “nacionalidad de los padres”.⁵⁸ Esta constituía una categoría sospechosa, sin perjuicio de que no se encontraba contenida de forma expresa dentro de las variables que enuncia el artículo 11.2, ratificando el carácter no taxativo (*numerus clausus*) de dicha disposición constitucional.

Sobre este punto, destaca en el análisis de la Corte Constitucional, la gravedad de los hechos que se prueban a través las evidencias documentales aportadas por los propios órganos del sistema de salud pública del Ecuador, como la historia clínica elaborada por el Hospital General Provincial de Tulcán “Luis G. Dávila” y el Informe Técnico de la Dirección Nacional de Calidad de los Servicios de Salud, donde se prueba la negativa de los centros de salud ecuatorianos de prestar servicios sanitarios a la víctima y enviarla hacia Colombia, por el solo hecho de ser hijo de colombianos:

07/06/2015. 23h00. [...] Se informa al padre y madre sobre el estado del paciente que se encuentra crítico para poder realizar transferencia a Hospital de Ipiales debido a que padres tienen nacionalidad colombiana, sin embargo, padre y madre refieren que no aceptan la transferencia a Colombia porque “Regresar a Colombia pone en riesgo sus vidas”.⁵⁹

A pesar de que el objetivo de las acciones tomadas era preservar la vida del paciente, la información brindada a los padres del paciente, en relación de la posibilidad de una transferencia a Colombia, se enfocó en la nacionalidad de los padres, con el beneficio de contar con un seguro de salud colombiano vigente.⁶⁰

Ello quedó reafirmado a partir del testimonio de los accionantes, no objetado ni rechazado por los representantes del sistema de salud pública ecuatoriana, con base en el cual la Corte Constitucional reconoció que “la red pública de salud ecuatoriana manifestó su negativa de transferir o derivar al niño F.B.L. (...) debido a la nacionalidad de sus progenitores”⁶¹:

57 Sentencia No. 983-18-JP/21, párr. 207.

58 Id., párr. 209.

59 Id.

60 Id., párr. 210.

61 Id., párr. 211.

[...] le fue dicho por parte de los miembros del hospital, que establecieron que el sistema de referencia y contrarreferencia le habían indicado que si es que ellos eran colombianos no había cupo en el sistema nacional.

Sin embargo, el accionado en este proceso respondió y les dijeron a mis defendidos de forma expresa y conforme consta en sus testimonios que si ellos eran colombianos el sistema de salud ecuatoriano no tenía cupo para ellos, lo cual resulta absolutamente discriminatorio para los comparecientes de manera directa por su nacionalidad de origen, y también discriminatorio para F.B.L. quien recibió un tratamiento discriminatorio en virtud de la condición de sus progenitores.⁶²

Finalmente, en lo que atañe a la verificación del resultado, la sentencia constitucional concluye que la privación del acceso a servicios sanitarios de la víctima y el intento de enviarlo a Colombia (expulsión impropia), no tuvo una justificación objetiva o razonable para diferenciar entre “los niños ecuatorianos de padres ecuatorianos y los niños ecuatorianos de padres colombianos”.⁶³

Lo revisado comprueba el dispositivo discriminatorio que activa la expulsión impropia, donde un ciudadano nacional recibe un trato diferenciado, con la finalidad de conseguir de su envío o expulsión hacia un país del cual huyeron sus familiares o personas cercanas que están en el territorio del Estado receptor en calidad de refugiados. Esta discriminación que se produce con motivo de las relaciones familiares o interpersonales del sujeto nacional del país receptor, revela la conexión que puede llegar a existir entre la categoría de expulsión impropia subjetiva y la contravención del derecho a la unidad familiar de las personas en condición de movilidad humana, y de las niñas, niños y adolescentes migrantes.

La protección del derecho a la unidad familiar obliga a los Estados a no ejecutar ningún tipo de acción que pueda implicar la separación o división de las familias migrantes, y a la vez los constriñe a ejecutar medidas materiales y adoptar políticas públicas para promover y garantizar el mantenimiento de la unidad familiar de las personas en condición de movilidad humana, al igual que su reunificación en caso de que se encuentren separadas o divididas por los periplos migratorios.

En este sentido, el que un Estado se niegue injustificadamente a la reunificación de las familias cuyos miembros se encuentran en condición de movilidad humana, o trabaje activamente para mantener su división, además de atentar contra el derecho a la unidad familiar, traduce una lesión del derecho a desarrollar libremente un proyecto de vida individual, familiar y comunitaria. En efecto, las deportaciones y expulsiones arbitrarias de migrantes, que no respeten los principios y procedimientos del derecho internacional, son un claro ejemplo de este tipo de violaciones a los derechos humanos.

62 Id.

63 Id., párr. 214.

La Mesa Redonda de Expertos reunida en Ginebra entre el 8 y 9 de noviembre de 2001, por organización del ACNUR y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, entre sus conclusiones, resaltó la importancia del respeto del derecho a la unidad familiar en el ámbito de los derechos de los refugiados, en tanto que la familia configura un mecanismo primario de protección para sus miembros, y tiene un efecto multiplicador con relación a las ayudas recibidas por agentes externos:

El derecho a la unidad familiar es de particular importancia en el contexto de los refugiados, entre otras razones, porque constituye el mecanismo primario de protección de quienes integran el grupo familiar. Mantener y facilitar la unidad familiar ayuda a garantizar la atención física, la protección, el bienestar emocional y el apoyo económico de los refugiados individuales y sus comunidades. La protección que los familiares pueden brindarse mutuamente multiplica [el impacto de] los esfuerzos realizados por actores externos. En los países anfitriones, la unidad familiar incrementa la autosuficiencia de los refugiados y en el largo plazo reduce los costos sociales y económicos.⁶⁴

A pesar de que el derecho a la unidad familiar ha sido concebido tradicionalmente para supuestos donde son los padres o personas encargadas del cuidado de las niñas, niños o adolescentes quienes son expulsados, deportados o devueltos; junto al desarrollo de la categoría de expulsión impropia subjetiva, la Corte Constitucional le ha dado un enfoque nuevo a este derecho, ello con el fin de que los sujetos protegidos puedan ser tanto las niñas, niños o adolescentes como sus padres, dando origen a una doctrina innovadora:

En este sentido, si bien de forma general el análisis de posibles vulneraciones del derecho a la unidad familiar en contextos de migración, se configura siguiendo un esquema en el cual son los progenitores de la NNA los que son expulsados hacia otro país. En el presente caso, con determinación en las particularidades de la devolución intentada, esto es, una devolución impropia y encubierta direccionada hacia la persona del niño F.B.L. de nacionalidad ecuatoriana; la Corte Constitucional [reconoce] la violación de este derecho, en los casos donde la unidad familiar es amenazada por un intento de devolución impropia.⁶⁵

Bajo esta lógica, las garantías desarrolladas por la Corte IDH con relación al derecho a la unidad familiar, que obligaban a los Estados receptores a evaluar:

(a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como

⁶⁴ Consideraciones generales, Mesa Redonda de Expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, 8 y 9 de noviembre de 2001, párr. 6.

⁶⁵ Sentencia No. 983-18-JP/21, párr. 248.

el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.⁶⁶

Podrán ser replanteadas y alegadas con el objeto de aplicarse para la protección de los padres, familiares y personas a cargo del cuidado de las niñas, niños y adolescentes nacidos en el territorio del Estado receptor. Es por esto que, en los casos de este tipo de expulsiones impropias el estudio de la afectación que genera la ruptura familiar y el alcance de la perturbación en la vida diaria no solo debe estar dirigido a la evaluación de la integridad psíquica, física y familiar de las niñas, niños y adolescentes, sino también a la de sus padres, cuidadores y demás familiares (en un sentido amplio).

2.1.2. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LA EXPULSIÓN IMPROPIA

En sentencia No. 983-18-JP/21, la Corte Constitucional propone una relectura al contenido jurídico del principio de no devolución. La Corte manifiesta que el mismo no debe agotarse en una regla de no regresión geográfica, ni debe estar condicionado necesariamente a un tránsito físico entre países, siendo plenamente posible que se violente dentro del propio Estado receptor, cuando se somete a una persona extranjera a violaciones de derechos similares a las que motivaron su búsqueda de refugio:

Finalmente, la presente Corte tiene por señalar, que el objetivo del principio de no devolución, más allá de garantizar la permanencia de personas amparadas por un régimen específico de protección humanitaria internacional en un espacio geográfico determinado, lo que procura, es evitar que dichas personas vuelvan a ocupar la situación de riesgo que vivían en el lugar del cual huyeron. En este sentido, puede identificarse que el principio de no devolución, además de obedecer una dimensión material (no regresión territorial), se encuentra afectado por un plano inmaterial, por medio del cual se busca evitar que las personas refugiadas o asiladas, con o sin el reconocimiento estatal, retornen a una condición lesiva similar a la que sufrían antes.⁶⁷

Con respecto a esto, en la expulsión impropia objetiva, se puede verificar la presencia de dos elementos: (i) el acto lesivo, que en este supuesto es la grave privación de derechos y principios constitucionales a la persona refugiada o a su núcleo personal o familiar, de tal forma que se la ubica en una situación semejante a la que vivía en el lugar del cual huyó (*actus*), que puede o no, estar

⁶⁶ Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de agosto de 2014, párr. 279.

⁶⁷ Sentencia No. 983-18-JP/21, párr. 240.

acompañado (ii) de la intención de que la víctima abandone la jurisdicción del Estado receptor (*animus*).

De hecho, las expulsiones impropias, cuando no tienen el ánimo de que la persona refugiada abandone el país, pueden estar acompañadas de una pretensión de impunidad por parte de los agentes estatales, quienes asegurándose de que el refugiado se mantenga en el territorio o espacio del Estado receptor, procuran simular el cumplimiento integral del principio de no devolución.

En este contexto, el abanico de infracciones al principio de no devolución se abre y completa aún más. Dentro de su evolución histórica, se había admitido inicialmente la posibilidad de que este principio se infrinja cuando se encontraba de por medio el territorio nacional del Estado receptor, ya sea que se expulse a un refugiado de este o no se lo admita al mismo. Posteriormente, la defensa de la extraterritorialidad del principio de no devolución, impulsada por la ACNUR y otros organismos internacionales de derechos humanos, facilitó que se reconozca la posibilidad de violación de este principio mediante actuaciones ejecutadas en embajadas, consulados, residencias diplomáticas, inmuebles en el exterior, bases militares en el extranjero, entre otras, donde un Estado ejerza su jurisdicción.

Así, con base en la territorialidad se habían venido reconociendo las expulsiones desde el territorio de un Estado receptor al Estado del cual provino el refugiado a un tercer Estado (concepción clásica), y las expulsiones extraterritoriales, desde dominios o propiedades de un Estado en el exterior. Es decir, violaciones que funcionaban bajo el esquema de interacción entre dos territorios. No obstante, la sentencia constitucional No. 983-18-JP/21 rompe la dependencia a dicho esquema y postula la posibilidad de una vulneración a este principio con un carácter intraterritorial.

De este modo, las expulsiones impropias en su dimensión objetiva no implican un tránsito o “regresión territorial” como menciona la Corte Constitucional del Ecuador, sino que implican una reproducción en el Estado receptor del ambiente lesivo del cual huyo el refugiado. Por consiguiente, mientras que en las expulsiones tradicionales se mueve en contra de su voluntad a un refugiado a un territorio en donde peligran gravemente sus derechos a la vida, libertad e integridad; en las expulsiones impropias en una dimensión objetiva se replica dicho ambiente en el interior del Estado receptor, sin necesidad de que se mueva al refugiado al territorio de otro país.

Así las cosas, esta relectura que propone la expulsión impropia en su dimensión objetiva, complejiza la tarea de elección del remedio procesal, y específicamente de la garantía jurisdiccional para la tutela del principio de no devolución. Si bien en su concepción tradicional tanto la no admisión como

la expulsión podían ser cubiertas por medio de un *habeas corpus*, en el caso de la expulsión impropia objetiva la contravención de este principio no implica necesariamente una violación al derecho de libertad física y de locomoción.

Frente a este escenario, dado que lo que se ejecuta en contra del refugiado es la reproducción de un escenario igual o semejante al ambiente lesivo del cual huyó, el derecho a una vida digna ocupará el lugar que tiene en el enfoque tradicional el derecho a la libertad. Entendiéndose al derecho a la vida digna como el derecho a que “las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr [...] aquello que la sociedad, [...] y cada uno [...] valora como objetivo de vida deseable [...]”.⁶⁸

Para ello, de conformidad con el artículo 66.2 de la CRE es indispensable que se garantice el acceso a “la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, [...] educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”.⁶⁹ En este sentido, la amplitud con la cual está provista la acción de protección, permite identificarla como la garantía jurisdiccional idónea para proteger y reparar las violaciones al principio de no devolución por expulsiones impropias objetivas.

Finalmente, se deja constancia de que podrán darse eventos donde una expulsión impropia objetiva implique violaciones al mismo tiempo del derecho a una vida digna y a la libertad física. Por ejemplo, en situaciones donde se someta a refugiados a penas privativas de libertad o regímenes de prisión preventiva sin las condiciones mínimas de dignidad, por el mero hecho de su condición de movilidad humana. En estos casos se deberá preferir la garantía jurisdiccional más específica: el *habeas corpus*.

3. CONCLUSIÓN

Lo expuesto en el presente artículo ha permitido evidenciar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha innovado y superado el clásico enfoque material de concentración física, para proponer una dimensión inmaterial del principio de no devolución, de conformidad con la cual, no es imprescindible que se materialice un traslado fronterizo, en la forma de devolución o de expulsión. Es suficiente que se someta a la persona migrante a un escenario de violaciones de derechos similar al que vivía en el lugar del cual huyó.

Por último, destaca en la sentencia constitucional analizada la inclusión de una categoría de expulsión impropia, en donde el sujeto afectado por la expulsión

⁶⁸ Plan Nacional de Desarrollo 2009-2013, Decreto No. 410, Consejo Nacional de Planificación, Suplemento del Registro Oficial No. 144 de 5 de marzo 2010: 10.

⁶⁹ Artículo 66.2, Constitución de la República del Ecuador.

no necesariamente será una persona en condición de movilidad humana, sino que puede incluir a nacionales del Estado receptor que, por su vinculación personal o familiar con el extranjero, es expulsada de su propio país, a efectos de forzar al extranjero a salir del Estado receptor por los riesgos que podría correr su familiar o persona vinculada personalmente en el otro Estado.

Asimismo, esta modalidad de expulsión impropia no está condicionada al clásico esquema de interacción entre dos territorios o espacios, protegiendo la integridad y bienestar de los refugiados inclusive dentro del propio Estado receptor, a fin de evitar que se reproduzcan condiciones y ambientes similares a los de los cuales huyeron.



FEXLAW

A B O G A D O S

IMPLACABLE • GLOBAL • ROTUNDO



Firma de abogados altamente especializados, local e internacionalmente, en servicios jurídicos de excelencia.



Quito

+593 2-452-7300

+593 2-478-9015

Guayaquil

+593 4-460-5385

Bogotá

+57 300 3924025

 FEXLAW

 @fexlaw

 @Fexlaw

 @FexlawGlobal

 www.fexlaw.com

 info.ecuador@fexlaw.com

info.colombia@fexlaw.com

#MásQueAbogados



LEXVALOR

ABOGADOS

“Lexvalor Abogados es fundamental para nuestro negocio. La atención personalizada y la transparencia de sus abogados nos permiten obtener el apoyo jurídico que necesitamos en nuestras operaciones.”

Legal 500

“Lexvalor Abogados ofrece un servicio excepcional que se caracteriza por la inmediata disponibilidad de sus socios, así como por el asesoramiento oportuno y sólido.”

Chambers and Partners Latin America

www.lexvalor.com



TOP TIER
2023



@LexvalorEcuador



/lexvalor



@lexvalorabogados

La relevancia de la *lex artis* en la responsabilidad civil: un análisis de estándares de conducta

*The pertinence of the *lex artis* in civil liability: an analysis of conduct standards*

FELIPE CASTRO ZURITA*

MARÍA PAULA MONCAYO RACINES**

JEAN CARLO ONTANEDA***

Recibido / Received: 12/01/2023

Aceptado / Accepted: 10/03/2023

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2881>

Citación:

Castro Zurita, F. M.P. Moncayo Racines, J.C. Ontaneda Castillo. “La relevancia de la *lex artis* en la responsabilidad civil: un análisis de estándares de conducta”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 1, mayo de 2023, <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2881>

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: fcastroz@outlook.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7395-8920>

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mariapaulamoncayoracines@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5477-7155>

*** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: ontanedajeancarlo@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6056-4826>

RESUMEN

El presente trabajo estudia el concepto de la *lex artis* o ley del arte u oficio, y su relevancia y aplicación en la responsabilidad civil. Dentro de la responsabilidad civil extracontractual, se explora si la condición de profesional y sus conocimientos de la ciencia son relevantes para establecer la antijuridicidad de una conducta cuando se genera un daño durante el ejercicio de una determinada profesión. En la responsabilidad contractual, se observa si la *lex artis* es relevante en cuanto a la culpabilidad en el incumplimiento de una obligación, sobre la base de cada uno de los estándares de culpa: culpa lata, culpa leve o culpa levísima, dependiendo de si el contrato es bilateral o unilateral y de a quién beneficia.

PALABRAS CLAVE

Lex artis; responsabilidad extracontractual; antijuridicidad; responsabilidad contractual; culpa

ABSTRACT

The present paper studies the concept of the lex artis or rules of the professional practice and its relevance and application in civil liability. Within non-contractual civil liability, it is explored whether the condition of a professional and their knowledge of science are relevant to establish the unlawfulness of a conduct when damage is generated during the exercise of a certain profession. In contractual liability, it is observed whether the lex artis is relevant in terms of culpability in the breach of an obligation, based on each of the culpability standards: serious guilt, slight guilt, or very slight guilt, depending on whether the contract is bilateral or unilateral and who receives a benefit from it.

KEYWORDS

Lex artis; non-contractual liability; unlawfulness; contractual liability; negligence

1. INTRODUCCIÓN

La *lex artis* o ley del arte u oficio se refiere a las reglas técnicas que debe emplear un profesional al ejercer sus actividades de acuerdo con el estado del conocimiento y de la ciencia. Es un estándar de conducta exigido a los profesionales que ejercen determinadas actividades con un nivel de tecnicismo superior al de otras. La existencia de una *lex artis* en una profesión implica un alto grado de especialización del profesional que la ejerce. Este concepto ha sido desarrollado, especialmente, respecto de la responsabilidad del médico. La observancia de la *lex artis* de parte de un profesional durante el ejercicio de sus actividades es relevante para determinar si se genera o no responsabilidad civil.

La responsabilidad civil tiene dos grandes esferas, la contractual y la extracontractual. Cada una tiene matices distintos en cuanto a los elementos que las configuran. El objetivo de este trabajo es determinar la relevancia de la *lex artis* en la determinación de ambos tipos de responsabilidad civil. En el caso de la responsabilidad extracontractual, se analizará si las exigencias de la *lex artis* deben ser consideradas dentro del análisis de antijuridicidad de una conducta. Se observará esto sobre la base del deber general de cuidado y el estándar del ‘tercero razonable en las mismas circunstancias’, para llegar a una conclusión sobre si los conocimientos de la ciencia y el arte en una profesión deben ser considerados como parte de dichas ‘circunstancias’.

En la responsabilidad contractual, se realizará un análisis de culpabilidad, tomando en cuenta la gradación de la culpa en materia obligacional. Se determinará si la *lex artis* es relevante dentro de cada tipo de culpa, sea grave, leve o levísima, cuando un profesional que ejerce una actividad técnica interviene en una relación contractual e incumple una o más obligaciones. A lo largo del trabajo quedará claro por qué en la responsabilidad extracontractual la aplicación de la *lex artis* implica una cuestión de antijuridicidad, mientras que en la responsabilidad contractual se trata de un problema de culpabilidad. El trabajo analiza los distintos estándares de conducta del ordenamiento jurídico ecuatoriano para poder llegar a determinar en qué medida los conocimientos profesionales inciden en la configuración de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

2. LA *LEX ARTIS* O LEY DEL ARTE U OFICIO

La *lex artis* o ley del arte u oficio se define como el “conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio”.¹ Dichas reglas pertenecen solo a determinadas actividades por su naturaleza

1 Diccionario panhispánico del español jurídico, Real Academia Española (2022), s.v. “Lex artis”, <https://dpej.rae.es/lema/lex-artis#:~:text=Adm.,de%20su%20arte%20u%20oficio>.

técnica. Según Montaña, ciertas “profesiones cualificadas por su especialización y preparación técnica cuentan para su ejercicio con unas reglas que, en consonancia con el estado del saber de esa ciencia, marcan las pautas dentro de las cuales han de desenvolverse los profesionales”.² Por lo tanto, las personas que ejerzan determinadas profesiones u oficios estarán obligadas a actuar de acuerdo con las reglas que se deriven del estado de los conocimientos de la ciencia. No existe una lista concreta de las profesiones que se enmarcan dentro de una ley del arte, pero según De Ángel, “es constante la utilización del concepto de *lex artis* en casos de servicios médicos, de abogados, de auditores, y en relación con las actividades de construcción y fabricación”.³

Barros Bourie se refiere a la *lex artis* como los deberes de cuidado dados por la costumbre o los usos normativos. Este autor indica que “en principio, las meras prácticas o usos de determinada actividad no son vinculantes a la hora de determinar el deber de cuidado”.⁴ Sin embargo, reconoce posteriormente que “cuestión distinta ocurre con los usos normativos, aquellas reglas reconocidas espontáneamente como expresión de un buen comportamiento y que expresan aquello que usualmente se tiene por debido”.⁵ Este razonamiento indica que existen profesiones enmarcadas en normas específicas relativas a su ciencia que se deberán tomar en cuenta para la configuración de responsabilidad en caso de que se incumplan. Otro de los aspectos relevantes de la *lex artis* es que su aplicación depende de las circunstancias de cada caso. Según Vázquez López, el profesional debe “haber actuado conforme a los protocolos y normas de actuación de cada especialidad, normas que son cambiantes conforme [...] los descubrimientos científicos van avanzando. [S]u concreción depende del caso concreto y de las circunstancias de tiempo y lugar”.⁶ Es por ello que también se conoce a esta figura como *lex artis ad hoc*.

Este concepto ha sido ampliamente desarrollado en el ámbito de la responsabilidad del médico, indicándose que se trata de un:

[...]criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, en cuanto comporta no solo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias.⁷

2 Pedro Julio Montaña Gómez, *La responsabilidad penal de los médicos* (Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández, 1986), 48.

3 Ricardo de Ángel Yágüez, “Criterios o pautas, estándares de conducta: buen padre de familia/persona razonable/lex artis”, en *Conceptos multidimensionales del Derecho*, eds. María Paz García Rubio y Josep Joan Moreso (Madrid: Editorial Reus, 2020), 461.

4 Enrique Barros Bourie, “La culpa en la responsabilidad civil”, *Ensayos Jurídicos* 1 (2005): 14.

5 Ibid.

6 Enrique Vázquez López, “La ‘Lex Artis ad hoc’ como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”, *Cuadernos de Medicina Forense* 16, no. 3 (Julio 2010): 180.

7 Sentencia No. 1342/2006, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 18 de diciembre de 2006.

En el espacio de la medicina, el incumplimiento de la *lex artis* se conoce como *mal praxis*. La observancia o no de la *lex artis* del médico es determinante para que se configure su responsabilidad en el que caso de que haya generado un daño en su práctica. Este punto será relevante para este trabajo en el análisis de la relevancia de las leyes del arte u oficio para la determinación de la responsabilidad contractual o extracontractual de los profesionales.

En materia de daños, el concepto de *lex artis* guarda una estrecha relación con la llamada teoría de los riesgos del desarrollo. Los riesgos del desarrollo han sido estudiados, sobre todo, respecto del Derecho de consumo y la responsabilidad del médico. Esta expresión es utilizada para:

[...]aludir a los defectos de productos, sustancias, energías, actividades o instalaciones que no son susceptibles de ser reconocidos en el momento de su fabricación, elaboración, utilización, o puesta en el mercado, de conformidad con el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el referido momento temporal [...].⁸

En el caso *Escárte Lorca c. Servicios Clínicos San Carlos de Apoquindo*, se determinó que los riesgos del desarrollo son aquellos que “según el estado de los conocimientos o de la ciencia no se pueden prever”.⁹ Esta definición permite observar la relevancia de los conocimientos técnicos a la hora de ejercer determinadas profesiones cuando se genera un daño durante su ejercicio. En el caso referido, la pregunta que se realizó el tribunal fue: “¿impide el estado de la ciencia prever que una paciente puede auto infligirse un daño con una cánula que queda puesta en el dorso de su mano derecha?”¹⁰ Si un daño es imprevisible de acuerdo con el estado de los conocimientos y la ciencia en el momento en que se realiza la práctica que genera el daño, el profesional quedaría exento de responsabilidad.

Existe un precedente jurisprudencial en Ecuador al respecto. En el caso *Loor c. Combursátil*, la Corte Suprema aplicó una norma del Código de Comercio vigente a la fecha,¹¹ sobre la cual indicó que “la fuerza mayor consiste en lo imprevisto e irresistible; pero esas cualidades dependen de los hombres y muchas veces de su profesión: lo que es imprevisible para unos no lo es para otros que tienen mayores conocimientos de alguna ciencia o arte”.¹² La Corte decidió condenar a Combursátil, una casa de valores, a pagar una indemnización bajo la premisa de que, bajo el conocimiento del arte y la ciencia, debía prever el daño generado al demandante. Según la Corte:

8 José Manuel Busto Lago y Lidia María Rosa Garrido Cordobera, *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada. Derecho argentino y Derecho español* (Madrid: Editorial Reus, 2010), 153.

9 Sentencia No. 19.182-2017, Corte Suprema de Chile, Primera Sala, 29 de enero de 2018, pág. 5.

10 Id.

11 Código de Comercio. Art. 221.- [...] Son casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva. [...]. Norma derogada por Disposición derogatoria primera del Código de Comercio, R.O. Suplemento 497, 29 de mayo de 2019.

12 Héctor Eduardo Loor Gavilanes c. Comisionistas Bursátiles Combursátil Casa de Valores Sociedad Anónima, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Civil y Mercantil, 9 de abril de 2001.

[q]uienes están inmersos en la actividad bursátil, quienes ejercen la actividad de intermediarios en valores tienen, o deben tener suficiente información sobre la situación real de las instituciones que emiten valores como para poder llevar adelante las instrucciones de sus clientes o para no ejecutarlas, si por hacerlo, éstos van a sufrir perjuicios.¹³

En suma, la *lex artis* o ley del arte u oficio enmarca un estándar de conducta para los profesionales que ejercen ciertas actividades. Este estándar los obliga a cumplir con las reglas técnicas de su ejercicio de acuerdo con el estado de la ciencia y el conocimiento de cada área, en un lugar y tiempo determinados. Cuando un profesional genere un daño que se derive directamente del ejercicio de su profesión, para determinar su responsabilidad será relevante observar en qué medida ha cumplido con lo que su *lex artis* establece. Sobre la base de estas premisas, se analizará a continuación cuáles son las implicaciones de la *lex artis* dentro de la responsabilidad civil tanto extracontractual como contractual.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

3.1. CONCEPTO

La división entre responsabilidad civil contractual y extracontractual tiene su origen en la teoría dualista de la responsabilidad civil. Según Corral Talciani, “en la contractual existe un vínculo obligatorio preexistente, de cuya violación resulta el deber de indemnizar; mientras que en la extracontractual no hay obligación previa entre las partes, sino que es justamente el hecho ilícito el que genera la obligación de resarcir”.¹⁴ Esta teoría es la más aceptada y aplicada en el Derecho civil. En esa línea, la más grande diferencia entre estas dos especies de responsabilidad es que en la extracontractual no existe un vínculo jurídico previo entre el sujeto generador del daño y la víctima. Por su parte, en la responsabilidad contractual sí existe un vínculo previo, que generalmente es una obligación generada por la celebración de un contrato. En este espacio, el daño deviene del incumplimiento de dicha obligación contractual. Para que a un sujeto se le pueda atribuir responsabilidad extracontractual, también conocida como responsabilidad aquiliana o *ex lege Aquilia*, tienen que concurrir los siguientes elementos: (i) daño, (ii) hecho ilícito o antijurídico, (iii) nexo causal; y (iv) culpabilidad. A continuación, se introduciré brevemente cada uno de ellos.

¹³ Id.

¹⁴ Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2013).

3.1.1. DAÑO

En cuanto al primer elemento, el Código Civil ecuatoriano únicamente menciona el término ‘daño’, sin definirlo: “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.¹⁵ La doctrina ha determinado que debe entenderse por daño a todo “detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro, en la hacienda o la persona”.¹⁶ Para que un daño deba ser reparado por quien lo genera debe ser cierto, no eventual o hipotético.¹⁷

Resulta sencillo determinar la certidumbre de un daño cuando este se percibe directamente, como los menoscabos causados a un automóvil por una colisión. No obstante, en ciertos casos en los que, por ejemplo, no se lesiona un bien, sino simplemente un legítimo interés del afectado, el daño no se percibe directamente y los términos como ‘cierto’ o ‘no hipotético’ resultan abstractos. En virtud de ello, se ha creado un estándar para determinar la certidumbre de un daño que consiste en “la adecuación o derivación del hecho dañoso según el curso normal de los acontecimientos”.¹⁸ Esto quiere decir que un daño es cierto no solo cuando se perciba directamente, sino también si en el común recurrir de los acontecimientos, el daño podría suceder desde un punto de vista razonable, en relación con el hecho generador.

En suma, puede definirse a este elemento como toda afectación a la persona misma o a su patrimonio, incluyendo sus legítimos intereses que se hayan visto frustrados, siempre que pueda determinarse su certidumbre al tenor del mencionado estándar.

3.1.2. HECHO ILÍCITO O ANTIJURÍDICO

Se ha acostumbrado a denominar a este elemento ‘hecho ilícito’, ya que en el derecho romano existía la *delicta*, una categoría particular y concreta que se derivaba de la tendencia de los juristas romanos de tipificar conductas.¹⁹ Era la *delicta* (conducta ilícita tipificada) la que generaba la obligación de reparar el daño. Bajo esta concepción, el ilícito civil se resumiría en la transgresión de una conducta tipificada como ilícita.²⁰ Sin embargo, no todas las conductas

15 Artículo 2214, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 46, de 24 de junio de 2005.

16 Ibid.

17 Felipe Osterling Parodi, “La valuación judicial de los daños y perjuicios”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* 26 (1968): 94.

18 Jaime Santos Briz, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal* (Madrid: Montecorvo, 1991), 227, citado en Luis Moisset de Espanés, Guillermo Tinti y Maximiliano Calderón, “Daño emergente y lucro cesante”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (Marzo 2009): 5.

19 Fernando Vidal Ramírez, “La Responsabilidad Civil”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* 54 (2001): 390.

20 Héctor P. Zárate, “La responsabilidad civil y el concepto del acto ilícito”, *Lecciones y Ensayos* 26 (1964): 90.

que generan un daño y obligan a indemnizar resultan ilícitas. Esto ha generado que se formen dos categorías alrededor de la antijuricidad de los actos.

En primer lugar, se habla de antijuricidad formal, basada en la antedicha transgresión de normas positivas. Su exclusiva aplicación ha llevado a que las víctimas de delitos o cuasidelitos civiles deban ampararse en normas que, por su falta de derogación, siguen vigentes a pesar de no ser prácticas en la actualidad. Así sucedió en el caso *Gutiérrez c. Molinos Champión*. Los demandantes construyeron una hostería donde realizaban actividades agrícolas y avícolas. El criadero porcino con el que colindaban no seguía normas de higiene, ocasionando contaminación en los alrededores de la hostería.²¹ Para poder obtener una indemnización por daños, los demandantes tuvieron que ampararse en la Ley de Aguas y su reglamento, publicados en 1972 y 1973, respectivamente. En este caso, el daño podría haberse demostrado sin la necesidad de rebuscar normas para poder fundamentar la existencia de un hecho ilícito.

En segundo lugar, se habla de antijuricidad material, que no se basa exclusivamente en la transgresión de normas positivas, sino en la inobservancia de un deber denominado *neminem laedere o alterum non laedere*. Este se define como el “deber de no dañar a otros injustamente”.²² Se trata de un deber general de responsabilidad y cuidado que, de no observarse, configuraría un hecho antijurídico. Según Papayannis, si “la acción ilícita es aquella a la cual el sistema jurídico imputa una sanción; el deber es la conducta contraria al ilícito, es decir, aquella cuya realización por el agente evita normativamente la aplicación de la sanción”.²³ De esta forma, la categoría de antijuricidad material permite ampliar la cantidad de supuestos en los que una conducta pueda catalogarse como antijurídica, pues esta no solo se configura por la transgresión a una norma positiva, sino por la inobservancia del *alterum non laedere*. Se profundizará sobre el elemento de la antijuricidad y el deber general de cuidado más adelante por tratarse del núcleo de la presente sección de esta investigación.

3.1.3. NEXO CAUSAL

Respecto del tercer requisito, para que pueda trasladarse el daño a una persona distinta de la que lo sufrió, debe existir un nexo causal. El Derecho de daños “imputa los costes del daño a aquel al que más barato le resultaría prevenirlo”.²⁴ La regla general es que toda persona que sufre un daño debe soportarlo, pues no todos los daños son indemnizables. La excepción es la existencia de dicho nexo causal, que se define como “la relación de causalidad que debe

21 *Gutiérrez c. Molinos Champión*, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Comercial, 29 de septiembre de 1993.

22 Diego M. Papayannis, “La práctica del *alterum non laedere*”, *Isonomía* 41 (Octubre 2014): 23.

23 *Ibid.*, 26.

24 Juan Antonio García Amado, “El fundamento del derecho de daños. Una propuesta”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 1, (Noviembre 2019): 10.

existir entre la acción u omisión dañina y la lesión del bien jurídico del damnificado”.²⁵ También es definido por Pizarro como la “necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido”.²⁶ Este elemento se encuentra en el artículo 2214 del Código Civil: “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha **inferido** daño a otro”.²⁷ La Real Academia Española define al vocablo inferir como “**producir** o causar ofensas, agravios, heridas”²⁸ (énfasis añadido), por lo que este término se refiere al *iter* causal necesario para la atribución del daño.

Resulta generalmente sencillo identificar un nexo causal entre un hecho A y un daño B. Sin embargo, existen casos en los que varios hechos pueden llegar a ser la causa de un solo daño. Por ejemplo, un hospital compra *kits* de cirugía mayor que resultan ser defectuosos. Además, el hospital contrata a un médico cirujano de poca experiencia. Un paciente requiere de una extirpación de un tumor cerebral. En el momento de su cirugía, el anestesiólogo no proporciona la cantidad necesaria de anestesia para el procedimiento, y el médico cirujano falla en la extracción del tumor. El paciente muere. ¿Cuál de todos los hechos es el determinante para la muerte del paciente? No resulta tan sencillo determinarlo. La doctrina ha proporcionado una serie de teorías que ayudan a arribar a una conclusión. Como teorías individualizadoras se encuentran la causalidad eficiente, la causalidad preponderante, y la causalidad próxima. Como teoría generalizadora se encuentra la teoría *sine qua non*. Además, se ha desarrollado la teoría de causalidad adecuada, siendo esta una de las más aceptadas en la actualidad.²⁹ Depende de la teoría de causalidad que se aplique para determinar cuál de los hechos es el más determinante en la producción del daño y, por tanto, a quién se atribuye la responsabilidad.

3.1.4. ELEMENTO SUBJETIVO O CULPABILIDAD

Por último, se encuentra el elemento subjetivo o la culpabilidad. Este elemento se manifiesta en dos formas, el dolo y la culpa. Esta última se entiende como la negligencia, descuido o imprudencia en la conducta de un sujeto. Por su parte, el dolo civil se encuentra definido por el Código como “la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad del otro”. Un hecho culposo da lugar a un cuasidelito civil, mientras que un hecho doloso da lugar a un delito civil. A pesar de que dolo y culpa sean conceptos distintos, para el régimen de responsabilidad extracontractual resulta irrelevante esta gradación

25 Yuri López Casal, “El nexo causal en la responsabilidad civil extracontractual”, *Revista Judicial Costa Rica* 90 (Febrero 2009): 108.

26 Ramón Daniel Pizarro, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual* (Buenos Aires: Editorial La Ley, 2006).

27 Artículo 2214, CC.

28 Diccionario de la Real Academia Española, 2022.

29 Para conocer sobre el desarrollo de cada teoría, ver Jorge Alberto Beltrán Pacheco, “Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil”, *Derecho & Sociedad* 23 (2004); Iván Andrés Izquierdo Izquierdo, “Causalidad adecuada: una teoría de responsabilidad civil extracontractual aplicable al ordenamiento jurídico ecuatoriano”, *Repositorio USFQ* (Noviembre 2020).

del elemento subjetivo, pues la indemnización se determina por la magnitud del daño y no por la calificación de la conducta. Así lo sostiene Abeliuk Manasevich al mencionar que la culpa por más leve que sea da lugar a la responsabilidad extracontractual.³⁰

Se ha generado una discusión sobre el elemento subjetivo a partir de la concepción de que este puede encontrarse inmerso dentro del elemento del hecho antijurídico. El principio rector de este elemento es el *alterum non laedere* o deber general de no dañar, que “sirve [...] como estándar de debida conducta de los individuos”.³¹ Por el otro lado, Barros Bourie indica que “el concepto jurídico de culpa hace referencia a la inobservancia de las exigencias típicas y objetivas de cuidado”.³² Si se cumple con el estándar de debida conducta, la inferencia lógica es que no se han inobservado las exigencias típicas y objetivas de cuidado. Por lo tanto, se puede afirmar que toda conducta que cumpla con el *alterum non laedere* está libre de culpa o dolo. Actuar con culpa o dolo es, efectivamente, lo que hace que se incumpla con el deber general de cuidado y una conducta sea antijurídica. En conclusión, el elemento subjetivo y el hecho antijurídico pueden enmarcarse como uno solo, tesis que adoptamos para efectos del presente trabajo.

3.2. EL ESTÁNDAR DEL TERCERO RAZONABLE EN LAS MISMAS CIRCUNSTANCIAS

Hemos mencionado que, para la configuración del elemento de antijuridicidad de la responsabilidad civil extracontractual, se debe inobservar el principio del *alterum non laedere* o deber de no dañar. Es decir, debe transgredirse el deber general de responsabilidad y cuidado a través de una conducta que genera un daño. Ahora bien, cabe preguntarse en este punto, ¿cómo se determina que una conducta ha infringido el deber de no dañar? Para responder a esta pregunta se ha aplicado un estándar de conducta que consiste en “obrar como lo haría una persona razonable en las circunstancias de tiempo, persona y lugar, con miras a respetar los intereses ajenos”.³³ Esto significa que una persona debe “ponderar las circunstancias en que actúa, los intereses que pone en peligro, las probabilidades de que sus acciones causen daños a otros, es decir, la gravedad del riesgo que impone, y las medidas que tiene a su disposición para evitar el daño o reducir significativamente su probabilidad”.³⁴ La jurisprudencia ecuatoriana ha aplicado este estándar de conducta para el examen de antijuridicidad. En el caso *Generalí S.A. y otros c. EDEHSA S.A.*, la Corte

30 René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, Tomo II (Santiago de Chile: Editorial Temis, 2001), 137.

31 Ana Paula Flores Larrea, Iván Andrés Izquierdo Izquierdo, y Felipe Nicolás Guzmán Burbano, “La vigencia del *alterum non laedere* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ¿un principio general o un deber jurídico?”, *USFQ Law Review* 8, no. 1 (Mayo 2021): 156.

32 Enrique Barros Bourie, “La culpa en responsabilidad civil,” *Ensayos Jurídicos*, 1 (2005): 5.

33 Diego Papayannis, “La práctica del *alterum non laedere*,” *Isonomía* 41 (Octubre 2014): 50.

34 *Ibid.*

Nacional de Justicia determinó que se debe emplear una conducta “respecto a terceros con la corrección y prudencia necesarias para la convivencia social sea posible”.³⁵ Es relevante mencionar que las circunstancias a las que se refiere el estándar del tercero razonable son de carácter objetivo.

En suma, si alguien incumple el estándar del tercero razonable en las mismas circunstancias, habrá incumplido el deber de no dañar y, por lo tanto, incurrido en una conducta antijurídica. Adoptando la tesis de que los elementos de antijuridicidad y culpabilidad se enmarcan dentro de uno solo, la aplicación de la *lex artis* en la determinación de responsabilidad extracontractual implica un análisis de antijuridicidad. La razón radica en que tanto el elemento antijuridicidad como la *lex artis* representan dos tipos de estándares de conducta, uno general, y uno específico para los profesionales. No sucede lo mismo en el espacio de la responsabilidad contractual, pues como se observará más adelante, se trata en ese caso de una cuestión de culpabilidad. Como se indicó, en la responsabilidad extracontractual la culpa se encuentra inmersa en la antijuridicidad. Una vez que se han introducido los conceptos fundamentales para la presente investigación, se analizará si, para determinar la responsabilidad civil de los profesionales, el contenido de cada *lex artis* debe ser considerado como parte de las ‘circunstancias’ a las que se refiere el estándar de conducta del tercero razonable para el examen de antijuridicidad.

3.3. LA *LEX ARTIS* EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La cuestión radica en si, dentro del estándar que determina la antijuridicidad de una conducta (comportarse como un tercero razonable en las mismas circunstancias), se debe considerar la condición de profesional del sujeto que genera el daño y la *lex artis* de la profesión que ejerza. La citada definición del estándar ya presenta una primera aproximación, pues indica que una de las circunstancias a tomar en cuenta es lo relativo a la persona. El ejercicio de una determinada profesión es una circunstancia de ese tipo. Como se indicó, la *lex artis* es un estándar de conducta que implica deberes de cuidado inherentes al ejercicio de una actividad.³⁶ Por tanto, es de por sí un aspecto relevante para determinar cuál será el nivel de diligencia exigible a un profesional y conocer si ha incurrido en una conducta antijurídica. Si al hablar de antijuridicidad nos referimos a la inobservancia de un estándar de conducta en general, resulta lógico que, cuando se trate de un daño generado por un profesional en el ejercicio de su actividad u oficio, se deba considerar, a su vez, este estándar de conducta exigido a los profesionales. Todo el conocimiento sobre el arte

35 Sentencia No. 46-11, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 19 de enero de 2011, citada en Hernán Felipe Escudero Álvarez, “La vigencia del principio alterum non laedere y la inexistencia de la antijuridicidad como presupuesto material de la responsabilidad civil”, *Repositorio USFQ* (Octubre 2019).

36 Pedro Montaña Gómez, *La responsabilidad penal de los médicos* (Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández, 1986), 49.

y la ciencia de la profesión u oficio que ejerza quien haya generado un daño durante su ejercicio, debe ser tomado como parte de las ‘circunstancias’ para determinar la antijuridicidad de la conducta.

Según García Amado, para aplicar estándares de conducta a la hora de determinar la responsabilidad civil de un sujeto, se debe diferenciar “[e]ntre actividades de carácter técnico, normalmente ligadas a alguna profesión u oficio [...] y actividades que podemos llamar de la vida ordinaria y que no presuponen ningún tipo de peculiar pericia para su correcta realización”.³⁷ En el caso de las actividades de carácter técnico, se deberá considerar, además del estándar general de conducta, todo lo referente al estado de los conocimientos de la profesión. En el segundo caso, se trata de una determinación general sobre la base del estándar del *alterum non laedere* y cómo actuaría un tercero razonable en las mismas circunstancias, sin tomar en cuenta las condiciones profesionales del autor. Cabe hacer énfasis en este punto en que el daño debe derivarse del ejercicio de la profesión, pues si un médico u otro tipo de profesional estrellan su automóvil contra el de otra persona, evidentemente no será relevante considerar las reglas de su arte u oficio.

Para que se determine que no existe responsabilidad de un sujeto, este deberá probar que ha actuado como un tercero razonable en las mismas circunstancias. En el caso del profesional, deberá probar, además, que ha cumplido con lo que establece su *lex artis*. Este criterio ha sido recogido por Tribunal Supremo de España, pues en un caso se decidió exonerar al galeno de responsabilidad, argumentando que “la actuación médica dispensada al recurrente se ajustó a las exigencias de la *lex artis*”.³⁸ Para motivar su fallo, el Tribunal indicó que “[...] no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone”,³⁹ refiriéndose al cumplimiento de las leyes del arte u oficio.

Esto lleva a las siguientes conclusiones. Al tratarse de un problema de antijuridicidad, si el profesional cumple con las reglas de la *lex artis*, no se genera el elemento del hecho antijurídico y, por ende, no hay responsabilidad extracontractual. Esto implica que, para exonerarse de su responsabilidad, el profesional no deberá probar simplemente la diligencia estándar del tercero razonable en las mismas condiciones, sino también el cumplimiento de las reglas de la *lex artis* de su profesión u oficio.

37 Juan Antonio García Amado, “Estándares de conducta y responsabilidad jurídica (lex artis, buen padre de familia, persona razonable) qué son y para qué sirven,” en *Conceptos multidimensionales del Derecho*, eds. María Paz García Rubio y Josep Joan Moreso (Madrid: Editorial Reus, 2020).

38 Sentencia No. 1832/2016, Tribunal Supremo de España, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, 18 de julio de 2016.

39 Id.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

4.1. CONCEPTO

La responsabilidad civil contractual contiene elementos distintos a la responsabilidad civil extracontractual. El principal de ellos es que, en el caso de la primera, el daño surge del incumplimiento de una obligación derivada, generalmente, de un contrato. Según Alessandri, la responsabilidad contractual “procede cuando el perjuicio que sufre el acreedor proviene del incumplimiento por parte del deudor de una obligación contractual, cuasicontractual o legal que los liga”.⁴⁰ Como se indicó, en cambio, la responsabilidad extracontractual nace del daño causado por un hecho antijurídico sin que exista una relación jurídica previa entre el autor y la víctima. Además de su origen, existen otros aspectos que diferencian estos dos tipos de responsabilidad civil. Por ejemplo, la responsabilidad contractual requiere que el deudor sea constituido en mora para que se inicie la contabilización de los perjuicios, al tenor de lo que prescriben los artículos 1567⁴¹ y 1573⁴² del Código Civil. En cambio, en la responsabilidad extracontractual no hay mora.⁴³ Se debe la indemnización desde que se ha generado el daño.

Otra diferencia relevante se encuentra en los sujetos que resultan obligados cuando se genera responsabilidad. En materia contractual, la solidaridad debe ser expresamente pactada, no puede presumirse. Por otro lado, en la responsabilidad extracontractual, “la regla general es la solidaridad cuando el daño ha sido cometido por dos o más personas”.⁴⁴ Así mismo, la responsabilidad contractual y la extracontractual tienen diferentes plazos de prescripción. La primera se ajusta a la regla general de diez años para las acciones ordinarias contenida en el artículo 2415 del Código Civil y empieza a contar desde que la obligación es exigible.⁴⁵ Por su lado, la responsabilidad extracontractual tiene una regla excepcional de cuatro años contados desde la perpetración del acto, según el artículo 2235 de la misma norma.⁴⁶

40 Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, Tomo I (Santiago de Chile: EDIAR Editores, 1983), 80.

41 Código Civil. Artículo 1567.- El deudor está en mora:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

42 Código Civil. Artículo 1573.- Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

43 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Temis, 2016), 61.

44 *Ibid.*, 65.

45 Artículo 2415, CC.

46 Artículo 2235, CC.

La diferencia más relevante para el objeto de estudio de este trabajo es la gradación de la culpa. El artículo 29 del Código Civil distingue entre culpa lata o grave, culpa leve y culpa levisísima. De acuerdo con Abeliuk, “precisamente para señalar distintas responsabilidades según la naturaleza de los contratos, fue que se estableció la división tripartita de la culpa”.⁴⁷ En cambio, si el autor de un daño extracontractual ha actuado con culpa grave, leve o levisísima, no tiene mayor relevancia, ya que no hay diferencias en sus efectos entre delito y cuasidelito civiles.⁴⁸ El régimen de gradación de la culpa para la responsabilidad contractual se encuentra en el artículo 1563 del Código Civil:

Art. 1563.- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sucedido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.⁴⁹

En el primer caso, cuando el contrato es unilateral y solo le reporta un beneficio al acreedor, el deudor solo responde por dolo o culpa lata. Por lo tanto, el nivel de diligencia que deba emplear en la ejecución del contrato será bajo. Un ejemplo es el depósito gratuito, pues el depositario como deudor no recibe ningún tipo de contraprestación y solo será responsable si genera un daño a la cosa depositada con malicia o por extrema negligencia. En los contratos bilaterales, como la compraventa o el arrendamiento, los contratantes responden por culpa leve, que implica un cuidado ordinario. Finalmente, los contratantes responderán por culpa levisísima en aquellos contratos unilaterales que solo reporten beneficio al deudor, como el comodato. En este caso, el deudor debe procurar cumplir con un nivel de diligencia alto.

4.2. LA *LEX ARTIS* EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Existen dos aproximaciones en cuanto a la relevancia y aplicación de la *lex artis* en la responsabilidad contractual. La primera gira en torno al artículo 1574

47 René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, Tomo II (Santiago de Chile: Editorial Temis, 2001), 739.

48 René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, Tomo I (Santiago de Chile: Editorial Temis, 2001), 203.

49 Artículo 1563, CC.

del Código Civil, que indica: “Art. 1574.- Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”.⁵⁰ En el previamente citado caso *Escaráte Lorca*, se aplicó la norma chilena 19.966, que está dirigida a los funcionarios del Estado en materia sanitaria. Esta indica que “[n]o serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquellos”.⁵¹ La diferencia con la norma civil ecuatoriana se encuentra en que esta no se remite directamente a los conocimientos de la ciencia o de la técnica para determinar la previsibilidad.⁵² Sin embargo, bien podría interpretarse que dichos conocimientos son relevantes para dicho examen, pues lo que es previsible para un profesional puede no ser previsible bajo el régimen general.

La segunda aproximación se deriva del artículo 1562 del Código Civil: “Art. 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella” (énfasis añadido).⁵³ De acuerdo con Parraguez, ocurre que “el profesional contratado ejecuta la prestación debida pero no en la forma pactada ni correspondida a las normas de su ciencia o arte que se entienden incorporadas al contrato, a veces en forma expresa, o en su defecto, en virtud de la norma de integración del artículo 1562”.⁵⁴ Bajo este razonamiento, las reglas de la *lex artis* son por sí mismas vinculantes para el profesional porque emanan de la naturaleza de sus obligaciones.

Además de las mencionadas aproximaciones al tema, consideramos que la aplicación de la *lex artis* en la responsabilidad contractual implica una cuestión de culpabilidad. Debido a que existe gradación de la culpa, en este campo sí se encuentra una diferencia relevante entre lo que se puede llamar hecho antijurídico (incumplimiento de una obligación) y la culpabilidad del deudor incumplido. Suponga el lector que se celebra un contrato bilateral en el que interviene un profesional que ejerce una actividad enmarcada dentro de una *lex artis*. Por ser un contrato bilateral, los contratantes responden por culpa leve. Ante el incumplimiento del profesional, ¿es relevante considerar las reglas del arte u oficio para determinar la culpa, o simplemente se debe demostrar que se ha cumplido con el estándar general de la culpa leve? Así como se analizó la relevancia de la *lex artis* al nivel del estándar de conducta del tercero razonable en las mismas circunstancias para la responsabilidad

50 Artículo 1574, CC.

51 Ley 19.966, Artículo 41, Chile, 3 de septiembre de 2004.

52 El ya derogado Código de Comercio ecuatoriano de 1960 sí contenía una norma análoga al artículo de la ley chilena, que hacía referencia a la profesión como criterio para determinar la posibilidad de prever un daño. Fue citada en la nota al pie no. 11 a propósito de también citado caso *Loor c. Combusátil*.

53 Artículo 1562, CC.

54 Luis Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 685.

extracontractual, en los apartados siguientes se analizará su aplicación al nivel de los estándares de culpa grave, culpa leve y culpa levisísima contenidos en el artículo 29 del Código Civil.

4.2.1. ¿ES RELEVANTE LA *LEX ARTIS* PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LA CULPA GRAVE?

Conforme el artículo 29 del Código Civil, la culpa grave o culpa lata, “es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”.⁵⁵ En materia civil, esta es equivalente al dolo. Según Ramón Meza Barros, “la culpa grave es, pues, el descuido mayúsculo, la negligencia máxima. El descuido es tan grande, la desidia tan completa que la actitud del deudor parece inspirada en el preconcebido propósito de dañar”.⁵⁶ Para que efectivamente exista configuración de este tipo de culpa, es necesaria la ausencia de incluso un nivel mínimo de diligencia por parte de a quién se le ha confiado cierto deber.

Cuando una de las partes de una relación contractual se rige bajo el estándar de la *lex artis*, la posibilidad de que responda solo por culpa grave es poco probable. Es impensable que un profesional, que supone tener un determinado nivel de conocimientos sobre la actividad que ejerce, actúe como una persona negligente y de poca prudencia en el manejo de los negocios ajenos. Por ejemplo, si se contrata a un anestesiólogo para que se encargue de la administración de medicamentos antes y durante una cirugía, es difícil pensar que será responsable solo si su conducta deviene en una extrema negligencia. Una persona de poca prudencia no puede ser catalogada como un profesional debido a la rigurosidad que implican las profesiones técnicas que se enmarcan en una *lex artis*, pues su ejercicio implica todo lo contrario a un actuar de extrema imprudencia. En definitiva, la *lex artis* no resulta relevante para analizar la culpa grave debido a su difícil aplicación.

4.2.2. ¿ES RELEVANTE LA *LEX ARTIS* PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LA CULPA LEVE?

El artículo 29 del Código Civil indica que sobre la culpa leve:

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la **falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios**. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

⁵⁵ Artículo 29, CC.

⁵⁶ Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho civil de las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 242.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa (énfasis añadido).⁵⁷

El estándar para este tipo de culpa es la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. De acuerdo con Claro Solar, “esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano”.⁵⁸ En la misma línea, Meza Barros indica que “quien responde de la culpa leve debe emplear un celo, una acuciosidad, una diligencia medianos”.⁵⁹ Si se interpreta literalmente esta norma en conjunto con el artículo 1563 del Código Civil, el profesional contratante debería cumplir simplemente con una diligencia mediana para que no se configure su responsabilidad, incluso si eso implica apartarse de lo que establezca la *lex artis* de su profesión.

El artículo 2022 del Código Civil prescribe que “[l]os servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.”⁶⁰ Por lo tanto, como regla general, un contrato en el que intervenga un profesional sujeto a las reglas de una *lex artis*, se sujeta a las reglas del mandato. En ese sentido, el prestador del servicio profesional actúa en calidad de mandatario y la persona que contrata el servicio en calidad de mandante. El artículo 2033 prescribe lo siguiente:

Art. 2033.- El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga.⁶¹

El análisis toma mayor relevancia sobre esta especie de culpa, pues como se desprende del artículo, la regla general es que en los contratos de servicios profesionales se responda por culpa leve. Podría interpretarse que cuando el legislador menciona que la responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado, quería referirse a que este debe responder por culpa levísima. Sin embargo, consideramos que ello no se desprende del artículo. El médico, por ejemplo, tiene una obligación de medios. Si respondiese por culpa levísima, sería culpable ante el mínimo descuido del paciente o siempre que no pueda lograr un resultado. Este supuesto resulta inaceptable. Se

⁵⁷ Artículo 29, CC.

⁵⁸ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Volumen I, De las personas (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992).

⁵⁹ Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho civil de las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 243.

⁶⁰ Artículo 2022, CC.

⁶¹ Artículo 2033, CC.

profundizará sobre este punto en el apartado de la culpa levisísima. Lo que consideramos es que el mandatario sigue respondiendo por culpa leve, pero el examen de los hechos será más estricto.

Para este examen más estricto de los hechos, justamente debe observarse la naturaleza de las profesiones que tienen una ley del arte u oficio. Como se indicó, la *lex artis* aplica a profesiones que conllevan un alto nivel de tecnicismo, en las cuales se requiere un determinado grado de especialización para los profesionales que la ejercen. De esta forma, la expresión ‘negocios propios’ del artículo 29 del Código Civil, no debe tener la misma connotación para una actividad ordinaria que para las profesiones que tienen una *lex artis*. Cuando interviene un profesional, dichos negocios requieren de un alto grado de preparación técnica, por más que sean los negocios ordinarios que día a día realicen. De esta manera, el estándar de diligencia ordinaria de la culpa leve debe englobar también las leyes del arte u oficio cuando un profesional interviene en la relación contractual. Desde nuestra interpretación, lo que hace la expresión ‘recae más estrictamente’ del artículo 2033, es confirmar que, en estos casos, deberá considerarse la *lex artis* para el examen de responsabilidad.

La Doctrina se ha referido a la diferencia que existe cuando se trata de un profesional y un sujeto ordinario interviniendo en una relación contractual:

Para determinar si la actuación de un profesional ha sido cuidadosa y correcta no se emplea un criterio ordinario, propio de la persona normalmente diligente, sino un criterio técnico, más exigente y relativo al buen profesional del ramo o a la diligencia del buen especialista, que se deriva de su específica preparación científica y práctica desde la óptica del estado actual de la ciencia. En este contexto, ‘criterio técnico’ equivale a criterio especializado o profesional. Por ello, la *lex artis* no es el criterio extraordinario en su ámbito, sino el ordinario, normal o general de la profesión o especialidad.⁶²

Este criterio apoya la interpretación de que cuando interviene un profesional en una relación contractual, no se puede aplicar aisladamente el criterio de la diligencia ordinaria de culpa leve. A dicho criterio debe incorporarse todo lo que prescriba la *lex artis* del profesional que incumpla una obligación contractual. Debe recordarse que, según el artículo 1563 del Código Civil, en la responsabilidad contractual la prueba de la diligencia le corresponde a quien ha debido emplearla.⁶³ Por lo tanto, es el profesional quien deberá demostrar que ha cumplido tanto con los estándares de diligencia ordinaria como con la *lex artis* cuando haya generado un daño y quiera atribuírsele responsabilidad contractual.

62 José Antonio Seoane, “Lex Artis,” *Anuario de Filosofía del Derecho* 38 (2022): 283-284.

63 Artículo 1563, CC.

4.2.3. ¿ES RELEVANTE LA *LEX ARTIS* PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LA CULPA LEVÍSIMA? ¿ES PARTE DE LOS “NEGOCIOS IMPORTANTES”?

El Código Civil, en relación a la culpa levísima, prescribe lo siguiente: “culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”.⁶⁴ Este estándar se divide en tres supuestos. El primero, falta de la esmerada diligencia. Segundo, el deudor debe ser una persona juiciosa y, por último, la diligencia versa sobre los negocios importantes.

Es difícil encontrar una hipótesis en la que un profesional intervenga en la celebración de un contrato unilateral que solo beneficie al deudor, pues la mayoría de los negocios en los que intervenga un profesional serían bilaterales o, en todo caso, beneficiarían al acreedor del servicio. El supuesto en este caso sería el pacto de las partes que modifique la regla del Código Civil. Retomando el análisis de por qué los profesionales responden por culpa leve y por culpa levísima, De la Maza sostiene que:

al profesional médico no puede, normalmente, exigírsele que emplee en el cuidado y atención del enfermo ‘aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la atención de sus negocios importantes, esmerada diligencia que es lo opuesto a la culpa levísima’ (art. 44). En otras palabras, el profesional médico no responde de la culpa levísima, a menos que así se estipule. Únicamente responde de la culpa leve, que implica “diligencia y cuidado ordinario o mediano”.⁶⁵

Mantener un estándar de culpa leve no equivale a dejar impunes a los médicos o profesionales, sino simplemente que el análisis de su actuar para la determinación de responsabilidad no resulte tan severo. Para ello se tiene el examen más estricto de responsabilidad dentro de la culpa leve.

A pesar de la dificultad para encontrar un supuesto en el que un profesional deba responder hasta por culpa levísima por la naturaleza de los contratos que generalmente celebra, de todas formas se puede realizar un análisis en abstracto con el estándar de esta especie de culpa. Si es que en el estándar de la culpa leve, que implica los negocios propios ordinarios del contratante, concluimos que sí es determinante la *lex artis* para el examen de responsabilidad, con mayor razón esta será relevante en los negocios importantes de los agentes. Si un profesional sujeto a las reglas de una *lex artis* responde por culpa levísima, debe demostrar esmerada diligencia en el cumplimiento de las leyes de su

64 Artículo 29, CC.

65 Lorenzo de la Maza Rivadeneira, “Responsabilidad Contractual”, *Revista Chilena de Derecho* 16, no. 3 (1989): 623.

arte u oficio. Algunas profesiones que podrían llegar a verse enmarcadas en este supuesto son las de construcción o fabricación de productos, siempre y cuando las partes lo pacten en el contrato, pues sería un contrato bilateral con obligaciones de resultado.

5. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha explorado la relevancia y aplicación de la *lex artis* en la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Se ha presentado una definición de la *lex artis* o ley del arte u oficio, indicando que se trata de las normas técnicas que deben observar los profesionales que ejercen ciertas actividades que requieren de un alto grado de especialización. Se ha expuesto la relación de este concepto con la doctrina de los riesgos del desarrollo y como ha sido aplicada dentro de la responsabilidad del médico y la jurisprudencia local y comparada. A partir de estos conceptos, se ha entrado en el análisis de la relevancia de la *lex artis* en la responsabilidad civil.

En primer lugar, se indicó que en la responsabilidad extracontractual, la aplicación de la *lex artis* implica una cuestión de antijuridicidad, pues se ha adoptado la tesis que argumenta que culpabilidad y antijuridicidad pueden ser vistos como un solo elemento. De acuerdo con esta tesis, si un sujeto ha cumplido con el estándar de un tercero razonable en las mismas circunstancias, no generaría una conducta antijurídica, ya que al emplear el debido cuidado su conducta no es culposa ni dolosa. Sobre la base de este estándar, se ha explorado si la *lex artis* debe ser tomada en cuenta como parte de dichas 'circunstancias'. La conclusión sobre este punto es que, a la hora de determinar cuál es la diligencia que se exige a un profesional, necesariamente debe tomarse en cuenta su conocimiento sobre el arte y la ciencia. Por lo tanto, para que no se genere el hecho antijurídico, además de haber actuado como un tercero razonable en las mismas circunstancias, deberá demostrar que ha cumplido con dichas reglas técnicas como parte de las circunstancias personales del profesional.

En segundo lugar, respecto de la responsabilidad contractual, se ha expuesto que se trata de un problema de culpabilidad, pues en esta especie de responsabilidad existe gradación de la culpa. Por lo tanto, el análisis se ha dividido en tres partes, una por cada tipo de culpa de acuerdo con el artículo 29 del Código Civil. En el análisis de la culpa grave, se determinó que un profesional no podría responder solo por este tipo de culpa, pues las leyes del arte u oficio de una profesión técnica implican una diligencia especial. Por la importancia de los servicios que prestan, no sería aceptable que respondan únicamente por negligencia extrema. Sobre la culpa leve, se ha determinado que es este el estándar en el cual generalmente se enmarcan los negocios de los profesionales, ya que la mayoría de los contratos que celebran son bilaterales. Además, sus

contratos se rigen por las reglas del mandato y estas indican que se responde por culpa leve. Sobre la disposición de que la responsabilidad es más estricta cuando el mandato es remunerado, concluimos que siguen respondiendo culpa leve, pero se debe hacer un análisis más estricto de los hechos, justamente por la necesaria observancia de la *lex artis* de los profesionales dentro de este estándar. Finalmente, sobre la culpa levísima, se ha determinado que es complicado encontrar un supuesto en el que el profesional se beneficie como deudor en un contrato en el que preste sus servicios si esto no ha sido pactado por las partes. De todas formas, se ha analizado el estándar en abstracto, indicando que, al tratarse de sus negocios importantes, también es imprescindible que se observen la reglas de la *lex artis*.



NARANJO
MARTÍNEZ & SUBÍA

nmsslaw.com.ec



@nms_law



Naranjo Martínez & Subía (NMS)



NOBOA, PEÑA & TORRES

ABOGADOS ECUADOR

**SOLUCIONES INTEGRALES
ESTRATEGIAS INNOVADORAS
PROCESOS EFICIENTES**

Quito

Av. República de El Salvador N36-230 y Av. Naciones Unidas, Edificio Citibank, piso 2. Tel: (+593 2) 2970193 – 2970195 – 2970198

Guayaquil

Junín 114 y Malecón Simón Bolívar, edificio Torres del Río, piso 8. Tel: (+593 4) 2300814

www.legalecuador.com

info@legalecuador.com



@legalecuador



Noboa, Peña & Torres, Abogados

Responsabilidad civil extracontractual por omisión: ¿existe un deber de socorro en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Tort Liability for Omissions: Is there a Duty to Rescue in the Ecuadorian Legal System?

SERGIO NÚÑEZ DÁVILA*

Recibido / Received: 31/12/2022

Aceptado / Accepted: 11/03/2023

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2874>

Citación:

Núñez Dávila, S. “Responsabilidad civil extracontractual por omisión: ¿existe un deber de socorro en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 1, mayo de 2023, <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2874>

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, Profesor adjunto del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: nunezsergio9@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0588-1292>.

RESUMEN

La existencia de un deber jurídico de rescate cuyo incumplimiento genere responsabilidad civil extracontractual es sumamente controvertida. El presente trabajo analiza los distintos tipos de omisión y se pregunta si la omisión pura y simple, en la que el demandado no generó un riesgo en la víctima, acaso podría dar lugar a una obligación indemnizatoria para el agente cuya inacción no evitó el acaecimiento del daño. El trabajo concluye que el ordenamiento ecuatoriano, sustentándose en el estándar objetivo del buen padre o madre de familia, también conocido como el estándar del tercero razonable en las mismas circunstancias, sí podría contar, en algunos casos, con elementos suficientes para imponer una obligación reparatoria al que omitió evitar un daño en un tercero.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil extracontractual; omisión por acción; omisión pura y simple; deber de rescate; estándar objetivo de conducta; culpa

ABSTRACT

The existence of a general duty to rescue that, when breached, gives rise to tort liability is highly disputed. This paper analyzes the different types of omissions, and evaluates if nonfeasance, in which the defendant did not create a risky situation for the victim, could impose a compensatory obligation for the agent whose inaction did not prevent the damage. The current paper concludes that the Ecuadorian legal system, on the grounds of the duty of care of the good parent, also known as the standard of the reasonable third party under the same circumstances, could count, in some cases, with sufficient elements to impose civil liability to those who did not adopt an affirmative conduct to avoid damage to a third party.

KEYWORDS

Civil tort liability; misfeasance; nonfeasance; duty to rescue; objective standard of conduct; fault

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 manifiesta que “[l]a libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás”.¹ ¿Acaso esto significa que el derecho exige de sus ciudadanos nada más que una conducta negativa y pasiva que se limite a no generar perjuicios a terceros? ¿O existe también un deber de solidaridad que impone una orden de socorrer al prójimo?

El ordenamiento ecuatoriano demuestra una clara tendencia por reprochar jurídicamente ciertas omisiones. No hay duda de que, en materia civil, existen inacciones que pueden generar responsabilidad civil extracontractual y, por tanto, imponer una obligación indemnizatoria al que incurrió en esta conducta pasiva.

La doctrina clasifica dos tipos de omisiones: la omisión por acción y la omisión pura y simple. La primera, también conocida como *misfeasance*, parte de la premisa de que, si bien hay una inacción que generó un daño, hay también una conducta previa del agente que lo hizo posible. La segunda, la omisión pura y simple, conocida a su vez como *nonfeasance*, se refiere a aquella abstención de rescatar a otra persona cuando su integridad se encuentre gravemente amenazada, siempre y cuando esta situación desfavorable sea totalmente ajena al agente demandado. Si bien existe consenso en cuanto a que el Código Civil impone un gravamen indemnizatorio al que genere un daño producto de su omisión por acción, no es clara la situación de la omisión pura y simple, poniéndose así en tela de duda la misma existencia un deber civil de socorro o rescate.²

El Código Civil no contiene una norma explícita que ordene reparaciones para este tipo de omisiones. Cabe preguntarse, de cualquier manera, si acaso eso quiere decir que no las contempla. ¿Tienen las personas el deber jurídico de socorrer a sus vecinos cuando su vida corre peligro? ¿Podría alguien ser jurídicamente responsable por omitir hacerlo?

La existencia de un deber de socorro genera discusiones poco pacíficas a nivel mundial. La sola presencia de un deber genérico de solidaridad o cooperación es controvertida. El presente trabajo evalúa la viabilidad de que un deber jurídico de rescate sea, en algunos casos, legal y judicialmente exigido en el Ecuador. Para tal efecto, se analizará la esencia del derecho de daños como también la responsabilidad civil extracontractual, para determinar su compatibilidad con la imposición de un deber activo de socorro. Este análisis requiere indagar

1 Artículo 4, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Asamblea Nacional Constituyente, del 26 de agosto 1789.

2 Múltiples denominaciones se le han asignado a este deber. Entre ellas: deber de rescate, deber de socorro, *duty to rescue*, *duty of easy rescue*, *duty to prevent harm*, *affirmative duty to protect*.

profundamente en la naturaleza jurídica de cada tipo de omisión. Una vez comprendidos los tipos de omisión existentes, se identificarán las consecuencias jurídicas —de haberlas— que el Código Civil prevé para cada una de ellas.

Definida la postura que el Código Civil adopta con respecto de las omisiones, se profundizará en el concepto de culpa como presupuesto para la configuración de una obligación indemnizatoria o, en otras palabras, de responsabilidad civil extracontractual por negligencia.

De este análisis se concluirá que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, prima el estándar del buen padre (o madre) de familia, también conocido como el estándar del tercero razonable en las mismas circunstancias. Este estándar hace las veces de principio rector al momento de determinar el grado de diligencia que puede ser jurídicamente exigido. Así, el trabajo terminará preguntándose si acaso una persona prudente y razonable, un buen padre o madre de familia, en algunos casos adoptaría una conducta positiva por socorrer a otra cuya vida se encuentra en peligro. ¿Qué hubiera hecho un individuo prudente, moderadamente diligente y razonable en las mismas circunstancias? ¿Hubiera socorrido a su congénere en aprietos?

2. EL DERECHO DE DAÑOS Y EL PROBLEMA DE LA DISTRIBUCIÓN DE LOS INFORTUNIOS

El artículo 1453 del Código Civil enumera con espíritu taxativo³ cinco fuentes de las obligaciones: la ley, el contrato, el cuasicontrato, el cuasidelito civil y el delito civil.⁴ La responsabilidad civil extracontractual es una categoría amplia, en cuanto lidia no solo con los delitos y cuasidelitos civiles, sino también con la ley y los cuasicontratos como fuentes obligacionales, excluyendo únicamente a la materia contractual.⁵ Es así que la responsabilidad civil extracontractual nace “aparte de la ley, de hechos lícitos y de hechos ilícitos”.⁶ Los hechos lícitos en materia extracontractual son los cuasicontratos, mientras que los hechos ilícitos son los delitos y cuasidelitos civiles, en cuanto “son fuente directa de la obligación de reparar e indemnizar por el daño causado”.⁷

3 Luis Sergio Parraguez Ruiz, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro Cuarto. Teoría General de las Obligaciones, I* (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000), 87. El autor considera la posibilidad de que la declaración unilateral de voluntad sea también una fuente obligacional.

4 Artículo 1453, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 526 de 19 de junio de 2015.

5 Para una interesante discusión sobre el tratamiento que se le debe dar al régimen cuasicontractual, ver Marcela Natalia Cervantes Armijos, “La responsabilidad cuasicontractual en el Ecuador: ¿Una determinación contractual o extracontractual?”, *USFQ Law Review*, VIII, no. 1 (Mayo 2021), 29-48.

6 Alejandro Ponce Martínez, “Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad civil por hechos ilícitos”, *Revista de la sección académica de ciencias jurídicas de la Casa de la Cultura ecuatoriana Benjamín Carrión*, no. 5, *Época II* (Enero 2015), 78.

7 *Ibid.*, 79.

Así, con relación a los delitos y cuasidelitos civiles, el ordenamiento jurídico en general y el derecho de daños en particular lidia con el problema de la distribución de los infortunios.⁸ Por regla general, en aplicación del principio *casum sentit dominus*, los daños y sus consecuencias deben naturalmente ser asumidos por el titular del bien jurídico lesionado.⁹ Excepcionalmente, sin embargo, el detrimento experimentado por una persona puede ser jurídicamente endosado a otra distinta. El derecho de daños pretende dilucidar cuándo y en qué casos el daño debe ser asumido por una persona diferente de la que directamente lo sufrió. Es así como las consecuencias del infortunio se prorrogan o distribuyen a un tercero al que el bien jurídico perjudicado le es ajeno.

Teniendo como fuente obligacional a los cuasidelitos y delitos civiles, este endoso se materializa en una obligación jurídica indemnizatoria. La contrapartida de esta obligación, consecuentemente, es un derecho subjetivo patrimonial relativo de la víctima, un derecho personal o de crédito¹⁰ que compromete el patrimonio embargable del individuo al que se le atribuyó el daño y faculta a la víctima a exigir judicialmente una reparación.¹¹ Díez-Picazo ilustra con claridad el corazón del dilema que atañe al derecho de daños:

Cuando ocurre una desgracia, una calamidad o un accidente, del que se siguen daños para las personas o para las cosas, hay que decidir si el que experimenta el daño no tiene mas [sic] posibilidad o alternativa que la resignación (lo sufre él solo), o si puede esperar algo de los demás y, mejor, si tiene derecho a ello.¹²

El Código Civil contiene dos artículos de especial relevancia para el derecho de daños: el 2214 y el 2229. Por un lado, el artículo 2214 prescribe que “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización [...]”. Por otro, el artículo 2229 indica que “[p]or regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”. Ambos artículos apuntan a una misma dirección: el daño, en algunos casos, debe ser asumido por alguien diferente del que lo experimentó.

Para Díez-Picazo, estos artículos, así como sus semejantes en ordenamientos jurídicos comparados,¹³ “son razonables reglas jurídicas que sirven de profundo fundamento a la vida social. En este sentido, parecen significar sobre todo la

8 Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. La Responsabilidad Civil Extracontractual* (Madrid: Civitas, Thomson Reuters, 2007), 21. Si bien esta es una, el autor también identifica otras, tales como la función de demarcación, la función punitiva y la posible existencia de una función preventiva.

9 Enrique Barros Bourie, “La Culpa en la Responsabilidad Civil”, *Ensayos Jurídicos Universidad Alberto Hurtado* no. 1 (2005), 3.

10 Artículo 596, CC.

11 René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones. Tomo I* (Santiago: Editorial Temis S.A. y Editorial Jurídica de Chile, 2009), 6-10.

12 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, 21.

13 El artículo 2329 del Código Civil chileno es de igual tenor que el ecuatoriano; el artículo 1902 del Código Civil español prescribe que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”; el artículo 1382 del Código Civil francés prescribe que “cualquier hecho del hombre que causa daño a otro, obliga a aquél por cuya culpa hubiera ocurrido, a repararlo”.

consagración del imperio de la diligencia dentro de la mencionada vida social”.¹⁴ Esta consideración es absolutamente razonable en cuanto el legislador, a través de una obligación indemnizatoria, pretende disuadir conductas que dañen a terceros.

3. LA ACCIÓN Y OMISIÓN COMO GENERADORAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Es aparentemente intuitivo considerar que son las conductas activas las que podrían ser potencialmente dañinas. Es así como, por ejemplo, tendrá que indemnizar aquel que agrede físicamente a un tercero, o aquel que colisione negligentemente su vehículo contra el de su vecino. Es quizás natural rechazar la posibilidad de que sea una omisión —es decir, una inacción o abstención— la que origine una obligación reparatoria. Y así fue en un inicio. Díez-Picazo explica que, en los orígenes de la teoría sobre la responsabilidad civil extracontractual, eran únicamente las conductas activas las que se tomaban en cuenta al momento de imponer una obligación indemnizatoria.¹⁵

Esta noción de que solo las acciones —y no las omisiones— podrían generar un daño indemnizable tendría algún sentido si es que la causalidad fuera una figura fáctica antes que jurídica. Bajo esta premisa, una omisión no podría dar lugar a una obligación resarcitoria porque empíricamente es incapaz de producir un daño. Es cierto, como apunta Koziol, que desde un análisis fáctico la inacción no puede ser causa, en estricto sentido, de un perjuicio.¹⁶ Díez-Picazo explica que en algún momento de la historia se rechazaba la posibilidad de que una omisión dé origen a una obligación de reparar y que únicamente “las omisiones que se [tomaban] en cuenta [eran] aquéllas que se producen dentro de una acción o serie de acciones (p. ej., no frenar a tiempo un vehículo o no encender las luces del mismo cuando ha anochecido)”.¹⁷

Ahora bien, Koziol no tarda en sentenciar que “la causalidad desde la perspectiva del derecho de daños no es un concepto natural sino legal”.¹⁸ Es cierto que una omisión no podría ser causa empírica del daño, pero eso no significa que sea necesariamente incapaz de generar responsabilidad civil. La causalidad es, a fin de cuentas, uno de los “criterios normativos de imputación de responsabilidad”.¹⁹ De manera categórica García Amado aclara la situación:

14 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, 20.

15 *Ibid.*

16 Helmut Koziol, “Liability for Omissions – Basic Questions”, *Journal of European Tort Law* 2/2011 (2011), 130.

17 Luis Díez-Picazo, *Derecho de Daños* (Madrid: Civitas, 1999), 94.

18 Helmut Koziol, “Liability for Omissions – Basic Questions”, 130 (traducción no oficial).

19 Juan Antonio García Amado, “Sobre algunos mitos del derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastantes subjetivas”, en *Derecho de Daños*, coord. Mariano José Herrador Guardia (Pamplona: Thomson Reuters, Aranzadi, 2013), 83.

La doctrina civilista acostumbra a aceptar que una omisión puede ser causa de un daño. La falta de diferenciación entre causación empírica y causación normativa o, dicho de otro modo, la reticencia a la hora de admitir, en primer lugar, que la causalidad no es más que uno de los criterios normativos de imputación de responsabilidad y, en segundo lugar, que el sistema normativo reconfigurará su medida y para tal fin funcional la idea de causa con la que trabaja, arrastran a tal doctrina a asimilar «causación» por omisión a causación empírica.²⁰

Es así que el autor hace una clara distinción entre causación empírica y causación normativa. Será empírica si es que la conducta del agente activamente generó el daño, cosa que es físicamente imposible en materia de omisiones. Será normativa, en cambio, si es que, verificados los elementos de la responsabilidad civil delictual o cuasidelictual, se concluye que el demandado se abstuvo antijurídicamente de brindar algún tipo de ayuda.

Díez-Picazo comenta que, con el tiempo, la omisión empezó a ser entendida como una posible conducta antijurídica de manera autónoma e independiente.²¹ Hoy, la doctrina es unánime en aceptar que “[t]anto el delito como el cuasidelito civil pueden consistir en la ejecución de un hecho (*culpa in committendo*) o en una abstención (*culpa in ommittendo*). En el primer caso son de acción y en el segundo, de omisión”.²²

A decir de Tamayo Jaramillo, “[l]a conducta es activa cuando el agente con su propio comportamiento produce todos los mecanismos físicos necesarios para que la mutación del mundo exterior se produzca, como cuando con cosas o sin ellas, alguien lesiona a otro o deteriora o destruye una cosa”.²³ La omisión, por otro lado, se clasifica en dos: (i) la omisión por acción, y (ii) la omisión pura y simple.

4. LA OMISIÓN POR ACCIÓN Y LA OMISIÓN PURA Y SIMPLE

La omisión por acción ocurre cuando “el agente al realizar una conducta omite otra que es determinante en la producción del daño”.²⁴ Lo que caracteriza a este tipo de omisión es que el mismo agente cuya inacción se reprocha fue el que puso a la víctima en una situación de riesgo. Tal sería el caso del cocinero que olvida apagar la estufa y explota, lastimando a los comensales del local. Si bien hay una omisión claramente identificable, esta no sería causante del daño de no ser por la conducta previa del agente: prender la estufa.²⁵

20 Ibid., 83.

21 Luis Díez-Picazo, *Derecho de Daños*, 94.

22 Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno (Tomo I). Segunda edición* (Santiago: Ediar Editores Ltda., 1983), 17. De la misma manera, Barros Bourie sostiene que “[l]a negligencia que genera responsabilidad puede expresarse en haber actuado imprudentemente o en no haberlo hecho cuando existía el deber de hacerlo”. Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 124.

23 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I* (Bogotá: Legis, 2008), 190.

24 Ibid., 194.

25 En ese sentido se ha manifestado la Corte Nacional de Justicia, que responsabiliza extracontractualmente a una entidad bancaria “al existir una omisión ilícita que consistió en no eliminar al actor del registro de las firmas autorizadas para girar cheques

No hay discusión alguna sobre que la omisión por acción podría generar una obligación indemnizatoria. Tanto es así que el artículo 2229 del Código Civil establece de manera ejemplificativa que responderá civilmente por el daño causado “[e]l que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche”.²⁶ Si bien hay una clara omisión, el daño no hubiera ocurrido de no ser por una conducta anterior del agente: remover las losas de la acequia o cañería.

Situación distinta es la de la omisión pura y simple. Habrá una omisión de este tipo “cuando el agente realiza una conducta completamente ajena, desde el punto de vista físico, a la causación del daño y, al mismo tiempo, omite realizar una conducta que habría evitado la producción del perjuicio”.²⁷ Tal es la situación del que, pudiendo lanzar una cuerda para salvar a alguien que se ahoga en una piscina, omite hacerlo; o del que, viendo que un menor sin supervisión corre el riesgo de caer por la ventana de un vehículo en movimiento, se abstiene de hacer algo al respecto.

En este segundo caso, como se puede notar, el agente que se abstuvo de tomar cartas en el asunto no puso a la víctima en una posición de riesgo. Bien podría la situación desfavorable ser producto de la naturaleza, del azar o de la conducta de un tercero.

Si se cuestiona esta omisión como fuente de responsabilidad es por la ausencia de causalidad empírica entre la conducta del agente y el daño. Es a todas luces evidente que el demandado no fue el que perpetró el perjuicio, sino que simplemente se abstuvo de realizar una conducta que lo pudo haber evitado. García Amado vuelve a aclarar la situación:

Si A se abstiene de evitar, pudiendo hacerlo, el daño que sufre B, la conducta de A en modo alguno se inserta en la cadena causal empírica que tiene como efecto ese daño de B. Esto parece tan obvio, que apenas debería requerir mayor explicación. Si A no impide que B se ahogue, esa conducta omisiva de A no causa el ahogamiento de B. Otra cosa es que si A hubiera actuado para esa evitación del ahogamiento y lo hubiera impedido, tal conducta positiva de A habría evitado que aquellas causas empíricas del ahogamiento hubieran tenido ese efecto. Por consiguiente, si por razón de su no hacer se imputa a A responsabilidad por dicho daño, la razón no está en el nexo causal real entre su abstención y el daño en cuestión, sino en un nexo causal hipotético y alternativo al efectivamente acontecido. Se imputa a A la responsabilidad por *no haber causado* el efecto alternativo

en la cuenta corriente (...) y como consecuencia de aquello reportarlo como infractor al Reglamento a la Ley de Cheques para ser sancionado con la inhabilitación de un año para girar cheques en general”. Si bien la Corte reprocha una omisión, es una omisión que forma parte de una serie de conductas positivas que coadyuvaban a la materialización del detrimento. Sentencia 17711-2013-0486, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 15 de diciembre del 2014.

²⁶ Artículo 2229.3, CC.

²⁷ Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 194-195.

al daño: el no acaecimiento del daño. No se hace a A responsable por la causación del daño, sino por la no causación de un efecto opuesto al daño, si se permite la expresión (énfasis añadido).²⁸

Es así que, con respecto a la omisión pura y simple, el reproche jurídico no reside en la causalidad empírica del daño. Pudiendo haber hecho algo para socorrer a un tercero que estaba en aprietos, el agente omitió hacerlo. No se le acusa de ser el causante del daño, pero sí de haber omitido emprender una conducta positiva para impedirlo.

A diferencia de la omisión por acción, esta no tiene un reconocimiento así de expreso en el Código Civil. La capacidad que tiene una omisión pura y simple de generar responsabilidad civil extracontractual es controvertida y, con ello, la existencia de un deber activo de conducta, en particular de rescate, es incierta.

El presente trabajo lidia con esta dificultad. Se pregunta si es que en el ordenamiento ecuatoriano una obligación indemnizatoria podría surgir producto de una omisión pura y simple; es decir, de aquella omisión en la que el riesgo provino de causas ajenas a la persona que se abstuvo de obstaculizar la ocurrencia del detrimento.

5. EL DEBER DE SOCORRO EN EL *CIVIL Y COMMON LAW*

Borghetti explica que, durante el siglo XIX y una parte del siglo XX, la idiosincrasia jurídica parecía inclinarse hacia la postura de que el deber que tienen las personas para con la sociedad se limita a no dañar a sus congéneres; “no más, no menos”.²⁹

El sistema de la *common law*, de raigambre eminentemente individualista, ha sido históricamente renuente a aceptar la existencia de un deber de socorro.³⁰ En el emblemático caso *Donogue c. Stevenson*, Lord Atkins manifestó que “la regla de que usted debe amar a su vecino, deviene en el derecho en que usted no debe molestar a su vecino”.³¹

En *Stovin c. Wise*³², Lord Hoffman afirmó que existe una gran diferencia entre que una persona que realice una actividad deba tener un cuidado razonable para no inferir daño al resto, y que que la ley requiera que una persona que no

28 Juan Antonio García Amado, “Sobre algunos mitos del derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas”, 83.

29 Jean-Sébastien Borghetti, “Liability for not preventing harm in France”, *Journal of European Tort Law* 12, no. 2 (Septiembre 2021), 147 (traducción no oficial).

30 Eoin Quill, “Affirmative Duties of Care in the Common Law”, *Journal of European Tort Law* 2 (2011), 151; Mark Lunney, Donal Nolan y Ken Oliphant, *Tort Law. Text and Materials. Sixth Edition* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 472.

31 M’Alister (or Donoghue) (Pauper) c. Stevenson, Sala de Apelaciones, Reino Unido, 562, 1932. Citado en Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 124.

32 *Stovin c. Wise*, Sala de Apelaciones 932, Reino Unido, 1996. Citado en Lunney, Nolan y Oliphant, *Tort Law – Text and Materials, Sixth Edition* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 469.

está haciendo algo en particular tome pasos para prevenir que otra sufra un detrimento por la conducta de un tercero o de causas naturales.³³

Los autores James y Latham Brown encuentran una justificación para la mencionada postura dominante en el *common law*³⁴:

[El Estado no puede imponer un deber activo de socorro] porque ninguna ley humana (secular) puede forzarnos a tener especial cuidado en amar a nuestros vecinos, y el derecho inglés puede no estar equivocado en su rechazo a imponer un riesgoso papel de samaritano, por la vía de negar acción por daños y perjuicios contra la persona que ve a otro ahogándose y no hace esfuerzo por salvarlo.³⁵

La tendencia para negar la existencia de un deber jurídico de rescate en el *common law* es bastante evidente. Ahora bien, a pesar de que por regla general el sistema anglosajón rechaza la existencia de un deber de rescate, diversos autores lo fundamentan como una excepción que se materializa cuando entre el agente y el caso existe alguna relación especial.³⁶ Christandl, tras un análisis comparativo, concluye que existen ciertas consideraciones comunes que se suelen realizar para imponer un deber de rescate de manera excepcional:

En términos abstractos, ese deber puede generarse en dos situaciones: a) cuando otros son puestos en una situación de riesgo por el demandado; o b) cuando una relación especial entre el demandado y alguna circunstancia del caso justifican el deber de socorro. En ausencia de una actividad o relación especial con alguna circunstancia del caso, típicamente no se reconoce un deber de evitar un daño (casos de rescate o socorro), pero obligaciones específicas de ayudar a quienes se encuentren en un riesgo eminente podrían ser impuestas por la ley.³⁷

En cuanto a las relaciones especiales referidas, el autor identifica que son comúnmente entre: (i) el demandado y el lugar en el que ocurrió el menoscabo, como cuando una persona se tropieza en el piso resbaloso de un salón de la casa de su anfitrión; (ii) el demandado y el objeto que causó el daño, como cuando el dueño de un arma la olvida cargada en un lugar concurrido, o cuando el dueño de un perro agresivo omite ponerle un bozal; (iii) el demandado y la persona que generó el daño, como cuando un padre o una madre evitaron supervisar a su hijo aún incapaz que perpetró un daño en un tercero; o (iv) entre el demandado y la víctima, como cuando dos personas se fueron juntas a una excursión peligrosa y la una evitó brindar auxilio a otra cuando esta sufrió un accidente.³⁸

33 Stovin c. Wise.

34 The American Law Institute, *Restatement of the Law Third, Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotion Harm covers affirmative duties* (Philadelphia: The American Law Institute, 2010). El artículo 37 prescribe: "An actor whose conduct has not created a risk of physical harm to another has no duty of care unless a court determines that one of the affirmative duties provided in §§ 38-44 is applicable".

35 Philip S. James y David James Latham Brown, *General Principles of the Law of Torts*, 4ª ed. (Londres: Butterworths, 1978), 57. Citado en Fernando de Trazegnies Granda, *La responsabilidad extracontractual*. Tomo I, 89.

36 Eoin Quill, "Affirmative Duties of Care in the Common Law", 175.

37 Gregor Christandl, "The Duty to Prevent Harm in Challenging Times", *Journal of European Tort Law*. JETL 12 no.2 (Septiembre 2021), 95 (traducción no oficial).

38 Ibid., 97-99.

Sin perjuicio de estas excepciones, la postura individualista mayoritariamente recogida por el *common law* ha sido objeto de diversas críticas:

El derecho de daños necesita ser un sistema de respuesta y cuidado más de lo que es ahora. Su punto de atención debe estar en la interdependencia y responsabilidad colectiva antes que en el individualismo, y en la seguridad y en la ayuda para los damnificados antes que en la ‘razonabilidad’ y en la eficiencia económica.³⁹

Por otro lado, Ernest J. Weinrib defiende la postura minoritaria al considerar que un deber de fácil rescate (*duty of easy rescue*) en casos de emergencia es compatible con axiomas elementales del *common law*.⁴⁰ Argumenta que un deber jurídico de benevolencia y solidaridad, de buena fe, si bien cuenta con especial énfasis en el campo contractual, no debe limitarse a él y puede ser exigido en materia extracontractual.⁴¹

Ahora bien, la situación es menos pacífica en el campo del *civil law*. Fernando de Trazegnies sostiene que en el derecho civil peruano rige el deber general de solidaridad.⁴² El autor identifica que ciertas normas penales que sancionan la omisión de rescatar en determinados casos, así como el principio *alterum non laedere*, no son más que un esbozo o manifestación particular de un principio más grande:

[E]l deber de auxiliar al prójimo no está limitado a las normas del Código Penal sino que está permanentemente presente en las reglas de la responsabilidad civil como una obligación general de solidaridad. Dentro de ese orden de ideas, la clásica obligación de no causar daño a otro (*neminem laedere*), que ha sido siempre considerada como uno de los fundamentos básicos de la responsabilidad civil, no es sino la forma negativa de declarar esa obligación genérica de solidaridad. Consecuentemente, las normas del Código Penal no son a su vez sino la expresión específica del mismo principio para fines penales; pero no limitan la aplicación de las consecuencias del principio en el campo civil (énfasis añadido).⁴³

Además, sostiene que esta obligación genérica de solidaridad encuentra cabida en el estándar de la persona razonable, manifestando que “existe culpa por omisión ahí donde una persona razonable hubiera acudido en auxilio de la persona en peligro de sufrir un daño y; sin embargo, el sujeto no lo hizo”.⁴⁴ El autor acude a autores franceses para hacer valer lo que se conoce como deber general de no indiferencia:

39 Leslie Bender, “A Feminist’s Primer on Feminist Theory and Tort”, *Journal of Legal Education*, 38, no. 1/2 (Marzo-Junio 1988). Citado en Mark Lunney, Donal Nolan y Ken Oliphant, *Tort Law. Text and Materials. Sixth Edition* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 473 (traducción no oficial).

40 Ernest J. Weinrib, “The Case for a Duty to Rescue”, *The Yale Law Journal* 90, no. 2 (1980).

41 Ibid.

42 Fernando de Trazegnies Granda, *La responsabilidad extracontractual, Tomo I* (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999), 91.

43 Ibid., 92.

44 Ibid.

Sin embargo, Planiol y Ripert se refieren a un deber general de no indiferencia, aunque son muy cautos —y hasta diríamos que escépticos— en la aplicación jurídica de tal deber. En cambio, los hermanos Mazeaud y André Tunc tienen una concepción bastante más amplia de este tipo de responsabilidad jurídica y piensan que ella se presenta aún en casos en que otros autores consideran como de simple responsabilidad moral.⁴⁵

Alessandri, en la misma línea, considera que el derecho civil chileno sí contempla un deber de socorro. El autor manifiesta que se configura un delito civil de omisión en el caso “del que no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en des poblado, herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiese hacerlo sin detrimento propio”.⁴⁶ Es una postura curiosa considerando que ya no fundamenta esta responsabilidad en el Código Civil como hace en el resto de los ejemplos que plantea, sino que la cimienta en el artículo 494 número 14 del Código Penal chileno.⁴⁷

Así, tanto De Trazegnies como Alessandri, en parte fundamentan la responsabilidad civil extracontractual, como consecuencia del incumplimiento de un deber activo de socorro, con base en normativa penal de sus respectivos países. En un sentido diametralmente opuesto, Barros Bourie sostiene que en Chile la situación es similar al *common law*.⁴⁸ El autor considera que un deber activo de socorro impondría un injustificado límite a la libertad:

[U]n sistema jurídico que impusiera el deber de ocuparnos de evitar el mal que pueden sufrir los demás exigiría establecer un aparato compulsivo formidable, que resulta incompatible con la libertad personal. Desde esta perspectiva, el papel esencial del derecho civil es establecer reglas de responsabilidad por las consecuencias que se siguen de nuestros actos conforme a la justicia correctiva, pero no deberes positivos para asegurar el bienestar de los demás (según un concepto de justicia distributiva).⁴⁹

Si bien el *common law* parece estar de acuerdo en cuanto a que este deber en principio no existe y, por lo tanto, puede ser exigido no jurídica sino moralmente, el *civil law* parece tener la discusión más abierta, pues además de que existe menos consenso entre sus autores, incluso aquellos que coinciden lo hacen sobre la base de fundamentos diversos y localizados.

45 Marcel Planiol y Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français, t. VI, Les obligations* (París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1930), 703-704, no. 508; Henri y León Mazeaud y André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. T. I* (París: Éditions Montchrestien, 1970), 634, no. 541, ambos citados en Fernando de Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual, Tomo I*, 90.

46 Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno*, 17-18.

47 Artículo 494.14, Código Penal de Chile, Ley 18742, Ministerio de Justicia, del 12 de noviembre del 1874. Como se puede observar, el autor construye responsabilidad civil sobre la base de normativa penal.

48 Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 124.

49 Ibid.

6. LA SITUACIÓN ECUATORIANA

El artículo 604 del derogado Código Penal ecuatoriano prescribía que cometerán una contravención “los que no socorrieren o auxiliaren a una persona que en un lugar público se encontrase sola, herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudieren hacerlo sin detrimento propio, si el acto no estuviere reprimido como delito”.⁵⁰ Este artículo fue derogado, por lo que debe encontrarse un diverso fundamento para tal construcción que el utilizado por los autores mencionados.

De cualquier modo, sin embargo, existe plena unanimidad sobre que la omisión puede generar tanto responsabilidad civil como penal. El Código Orgánico Integral Penal prescribe que “[n]o impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”.⁵¹

En análogo sentido, el Código Civil contempla casos de responsabilidad por omisión, llegando incluso a aceptar la posibilidad de que una persona responda civilmente por la conducta de otra. El artículo 2220 prescribe que “[t]oda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado”. Los artículos 2221, 2222 y 2225 prescriben casos particulares en los que los padres serán responsables por los delitos o cuasidelitos civiles de sus hijos, los empleadores responderán por los daños cometidos por sus empleados domésticos, y, en general, los individuos tendrán que indemnizar los daños ocasionados por sus dependientes. Esto se conoce como responsabilidad vicaria o responsabilidad por hecho de tercero.

Lo que pretende la responsabilidad vicaria es obligar civilmente a una persona que, si bien empíricamente no causó el daño, sí omitió realizar una posible conducta para evitarlo. El artículo 2221, por ejemplo, prescribe que los padres serán civilmente responsables por los daños ocasionados por sus hijos menores cuando conocidamente provengan de su mala educación. Ciertamente el daño que perpetre el menor no será fácticamente imputable a sus padres, pero sí será jurídicamente reprochable a estos en cuanto el demandante pruebe que omitieron educar razonablemente al aún incapaz.⁵² Esto demuestra la tolerancia del ordenamiento ecuatoriano por reprochar omisiones a personas que, aunque empíricamente no intervinieron en el nexa causal del daño, se abstuvieran negligentemente de evitarlo.

50 Código Penal [CP], R. O. Suplemento 147 de 22 de enero de 1971, reformado por última vez el 10 de febrero de 2014 [Derogado].

51 Artículo 23, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R. O. 180, del 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 22 de agosto de 2022. Nuevamente el ordenamiento jurídico ecuatoriano da indicios de que la causalidad, tanto para materia civil como para penal, es jurídica antes que fáctica.

52 Javier Tamayo Jaramillo, “Responsabilidad civil por el hecho ajeno” (conferencia, Colegio de Abogados de Medellín, n/d), 132-133. Se presume la mala vigilancia (art. 2220), pero la mala educación sí deberá ser probada por el demandante (art. 2221).

Tampoco hay discusión alguna con respecto a que los artículos 2214 y 2229 del Código Civil, que proyectan con fidelidad el corazón del derecho de daños ecuatoriano, perfectamente permiten que sea una omisión la que genere el daño y, por tanto, la obligación reparatoria.

El artículo 2214 prescribe que “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. A decir de Sánchez Hernández, este artículo —y por tanto su análogo en Colombia— ha sido calificado como “la norma básica de responsabilidad civil extracontractual o, en términos más exactos, de la responsabilidad por encuentro social ocasional, es decir, donde las partes carecen de un vínculo obligacional previo al acaecimiento del daño”.⁵³ A su vez, el artículo 2229 del Código Civil prescribe que “[p]or regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”.

De estos artículos se desprenden los elementos esenciales de toda responsabilidad civil extracontractual por culpa o dolo. A decir de Velásquez Posada, fundamentándose en el Código Civil colombiano, de muy similar tenor al ecuatoriano, son los siguientes:

$$R = (C + c + D + N)$$

Donde (R) representa la incógnita que tiene el operador del derecho de identificar si alguien es o no responsable de reparar un daño. Para saberlo ha de verificar que cada uno de los factores de la fórmula esté demostrado en el juicio que se hace del caso. En primer lugar, ha de verificar que el demandado realizó una conducta (C), con culpa o dolo (c), en los casos de responsabilidades subjetivas. En segundo lugar, ha de probarse que el demandante sufrió un daño cierto, personal y anti-jurídico (D) y, por último, que existe un nexo causal entre la conducta y el daño causado.⁵⁴

En el mismo sentido la Corte Nacional de Justicia estableció que para determinar cuándo la perpetración de un daño genera obligación indemnizatoria se debe verificar “el deber de cuidado, su quebrantamiento [que sería el equivalente a la culpa], la causalidad y los daños”.⁵⁵ Con esto en mente, sin embargo, cabe preguntarse si es que el Código Civil adopta una posición particular con relación al deber jurídico de rescate.

53 Luis Carlos Sánchez Hernández, “De la culpa de la Lex Aquilia del derecho romano al principio de responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, no. 30 (Junio 2016), 319.

54 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Editorial Temis, 2016), 16. Como afirma el autor, para los casos de responsabilidad objetiva la culpa no es un requisito, pero lo demás se mantiene.

55 Causa 302-2013, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 7 de octubre de 2014.

El artículo 2229 del Código Civil prescribe que, en principio, todo daño que sea imputable a la malicia —dolo— o a la negligencia —culpa— de un tercero, debe ser resarcido. Posteriormente, esta disposición incluye cinco ejemplos que pretenden graficar cuándo habría de surgir esta obligación indemnizatoria. Dentro de estos cinco, dos son de interés para el estudio en cuestión, en cuanto son casos en los que una persona deberá responder civilmente por su omisión.

El primero de ellos, consagrado en el número tercero de la norma, se refiere al “que remueve las losas de una acequia o cañería en la calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche”. Como se vio, este es un claro ejemplo de una omisión por acción. Si bien es evidente que una inacción colaboró para la materialización del daño, también es notorio que fue una conducta activa anterior la que lo causó.

Se ha discutido si en realidad este caso trata sobre una omisión. Para Tamayo Jaramillo, “no hay omisión en sentido estricto”,⁵⁶ pues lo que ocasionó el daño fue que el agente haya removido activamente las losas de la acequia. Koziol identifica esta dificultad, pues está consciente de que en muchos casos la línea divisoria entre una acción y una omisión puede ser difusa.⁵⁷ Según el autor, se ha sostenido que la conducta debe considerarse activa si es que, en algún lugar de la cadena de hechos que terminó en el daño, hubo una acción.⁵⁸ Con arreglo a esta postura, por ejemplo, el cocinero que omite apagar la estufa y el constructor que no toma las precauciones serían civilmente responsables por su acción y no por su omisión. Esto en cuanto el daño fue empíricamente generado por su conducta activa y no por su conducta pasiva. Pero esta postura olvida que la negligencia debe ser verificada. De sostenerse aquello, ¿en dónde queda el elemento culpabilidad? ¿Cuál de las conductas —la activa o la pasiva— fue la negligente?

Para que un daño sea endosado a un tercero, en particular tratándose de la responsabilidad civil por culpa —a diferencia de la responsabilidad objetiva—, se debe verificar una conducta culposa o dolosa. Es preciso notar que, en ambos ejemplos, la negligencia no está en la acción —prender la estufa o remover las losas—, sino en la omisión: no apagar la estufa y no tomar las precauciones necesarias para con los transeúntes.

Así, Koziol sostiene que la corriente alemana ha hecho intentos por definir un parteaguas con base en el “centro de imputabilidad”⁵⁹: será acción u omisión dependiendo de hacia cuál de estas se dirija el juicio de reproche. A la final, prender la estufa y remover las losas no es antijurídico *per se*; la culpabilidad,

56 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 194.

57 Helmut Koziol, “Liability for Omissions – Basic Questions”, 129.

58 *Ibid.*

59 *Ibid.*

la negligencia, está en su inacción posterior. Por tanto, el tercer inciso del artículo 2229 recoge un ejemplo de una omisión por acción y no de una acción.

El segundo caso, del número cuarto, exige una reparación al “que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transiten por él”. No hay duda alguna de que este número ejemplifica una omisión. Si el agente está obligado a reparar un puente en malas condiciones y alguien se lastima porque omitió hacerlo, deberá responder civilmente por su inacción. El demandado no generó el daño fácticamente —pues ordinariamente no habrá sido este el que puso a la construcción en mal estado—, pero tenía una obligación jurídica anterior que lo vincula necesariamente con el detrimento.

Ninguno de estos casos se relaciona con el deber jurídico de socorro. El primero es incompatible en cuanto el incumplimiento de un deber rescate es una omisión pura y simple, mientras que la inacción del primer ejemplo constituye una omisión por acción. El segundo tampoco es aplicable porque el deber de rescate parte de la premisa de que no existe relación jurídica alguna entre la víctima y el posible demandado. En este caso, si bien el vínculo no es directo —en cuanto no había contrato entre ambos— es indiscutible que mantienen un vínculo indirecto, pues la víctima se lastimó en una construcción que el demandado estaba obligado a reparar. Al menos textualmente, el Código Civil no adopta una posición particular sobre un deber jurídico de rescate.

Procede analizar si acaso este deber puede ser construido con base en un análisis tanto normativo como jurisprudencial alrededor de la culpa o dolo. Así, más allá de que exista o no una conducta ilícita expresa por omitir socorrer a un tercero en aprietos, se evaluará la posibilidad de que dicha omisión, al ser negligente, genere una obligación indemnizatoria para el agente.

7. SOBRE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA CULPA

En materia de responsabilidad civil extracontractual se ha adoptado dos grandes clasificaciones. Por un lado, se encuentra la responsabilidad estricta u objetiva. Por otro, la responsabilidad por culpa o negligencia, mal llamada responsabilidad subjetiva⁶⁰.

La responsabilidad estricta “establece la obligación de reparar todo daño que se produzca a causa del ejercicio de cierta actividad, cualquiera sea la diligencia empleada (de manera similar a lo que en derecho contractual se conoce como obligaciones de garantía)”.⁶¹ Para este tipo de responsabilidad es indistinta la

60 Enrique Barros Bourie, “La Culpa en la Responsabilidad Civil”, 4. Mal se la suele conocer como responsabilidad subjetiva, pues “el juicio acerca de la culpa civil es objetivo, en el sentido que no atiende a las peculiares circunstancias personales del autor del daño, sino a la conducta que puede esperarse de una persona que responde al tipo ideal del ciudadano prudente y diligente”.

61 *Ibid.*, 2.

negligencia, imprudencia o impericia del agente, pues la sola verificación del daño, la conducta y el nexo causal entre ambas es suficiente para obligarlo. El ordenamiento “impone a todos los individuos, en forma expresa y taxativa, unos determinados comportamientos. En tales circunstancias, el incumplimiento de cualquiera de esos deberes u obligaciones genera *ipso facto* una culpa en cabeza del trasgresor de la norma”.⁶² Tamayo Jaramillo, al referirse a la responsabilidad estricta, identifica una “culpa por violación de un deber o por transgresión de una norma jurídica”.⁶³

Caso distinto es el de la responsabilidad por culpa o negligencia, en el que necesariamente debe hacerse un análisis particularizado de culpabilidad. Bajo este régimen, “la atribución de responsabilidad se *fundamenta* en que el daño ha sido causado por un hecho culpable”.⁶⁴ Esta constituye la regla general de la responsabilidad civil extracontractual, en cuanto la ley no puede ni debe ser exhaustiva al contemplar uno por uno los casos en donde la culpa se configura automáticamente por la sola verificación de la conducta.

Aquello es concordante con el artículo 2229 del Código Civil. Este artículo, como se vio, consagra la regla fundamental de la responsabilidad civil extracontractual: los daños imputables a la culpa o al dolo de una persona deberán, por regla general, ser resarcidos. A su vez el artículo enumera, de manera ejemplificativa, cinco ejemplos en los cuales los agentes estarán “especialmente obligados”. Al no ser una lista taxativa, el ordenamiento reprocha, en principio, todo daño jurídicamente relevante cuando se compruebe que hubo malicia o negligencia y se cumpla con los demás requisitos de la responsabilidad civil extracontractual.

Es lo que Tamayo Jaramillo denomina como “culpa por violación del deber general de prudencia”.⁶⁵ Este deber, concretado en el estándar objetivo de conducta que se le puede exigir a un buen padre (o madre) de familia, exige que el juez en cada caso examine la conducta del agente y la contraste con aquella que hubiera sido adoptada por un tercero razonable en las mismas circunstancias. No por casualidad Velásquez Posada afirma que “la responsabilidad civil históricamente es una de las áreas del derecho que más ha sido desarrollada por la jurisprudencia”.⁶⁶

62 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, 225.

63 *Ibid.*, 225-226.

64 *Ibid.*, 3.

65 *Ibid.*, 225 y 226.

66 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 90.

8. EL ESTÁNDAR DEL BUEN PADRE (O MADRE) DE FAMILIA O DEL TERCERO RAZONABLE EN LAS MISMAS CIRCUNSTANCIAS COMO EJE TRANSVERSAL DEL ORDENAMIENTO

En los orígenes del concepto jurídico de responsabilidad civil, el gravamen indemnizatorio partía de la misma premisa en la que se funda la noción de pecado.⁶⁷ Esto en cuanto lo que verdaderamente se valoraba no era la real conducta del agente, sino su intención interna e intrínseca a la hora de realizarla.⁶⁸ A decir de Fernando de Trazegnies, para que la responsabilidad civil se configure, no se debía examinar la conducta del agente, sino su alma.

Para esta postura subjetivista de la responsabilidad “se es culpable subjetivamente cuando no se han adoptado las medidas que estaban al alcance del sujeto para evitar el daño”.⁶⁹ La principal crítica a esta noción de responsabilidad consiste en que pretendía extender el concepto de culpa moral al ámbito jurídico: “si el daño no podía ser evitado por ese individuo en particular en esas circunstancias determinadas, no hay moralmente culpa”.⁷⁰ Incluso, se llegó a afirmar que “[p]ara haber tenido la obligación de evitar un daño, hay que haber tenido también la posibilidad de evitarlo. Pero el deber de un individuo está en proporción a su inteligencia. A nadie puede pedírsele que sea más listo de lo que Dios lo ha hecho”.⁷¹

Esta excesiva relativización de la culpa trae consigo la consecuencia de que, para valorarla, es necesario analizar elementos como la cultura, situación sentimental, posición socioeconómica, estado anímico y un largo etcétera, del agente que generó el daño. A raíz de estas dificultades, el concepto de culpa empieza a atravesar un proceso de objetivización⁷²:

Estas dificultades para introducirse en el alma de los hombres han obligado al derecho a reducir su análisis de la culpa a niveles más groseros pero más objetivos, que atienden fundamentalmente a las conductas antes que a las motivaciones, a los comportamientos socialmente esperados antes que a las posibilidades específicas de cada individuo. El derecho, sin abandonar todavía la noción de culpa sino para hacerla jurídicamente viable, inventó la ficción del “hombre razonable”, construida míticamente sobre la idea del “buen padre de familia” romano, que es un prototipo de ser humano que actúa siempre en la forma más adecuada, dentro

67 Fernando de Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual. Tomo I*, 14.

68 Ibid.

69 Ibid.

70 Ibid.

71 Korbinian Brodmann. Citado en Henri y León Mazeaud y André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I, 6ª ed.* (París: Éditions Montschrestein, 1965), 34-36. Citado en Fernando de Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual. Tomo I*, 14.

72 No se quiere decir que la responsabilidad se convierte en estrictamente objetiva, sino que los criterios para valorar la culpa se estandarizan.

de lo razonable; y este hombre inventado se convierte en modelo o patrón para juzgar la conducta de los hombres reales.⁷³

Las pautas de conducta exigidas por el legislador se analizan sobre la base de estándares objetivos. Lifante califica a las pautas de conducta tales como persona razonable, diligencia debida, buen padre de familia, etcétera, como “conceptos radicalmente indeterminados”.⁷⁴ Según la autora, optar por este tipo de conceptos significa adoptar una técnica legislativa particular que está consciente de que es imposible determinar *a priori* ciertas “acciones específicas que uniformemente deban ser realizadas u omitidas, por lo que parece preferible dejar a los individuos (sujetos al posible control de los tribunales) la tarea de valorar las pretensiones sociales que puedan surgir de forma no anticipable y de obtener así un razonable equilibrio entre ellas”.⁷⁵

El Código Civil ecuatoriano adopta una división tripartita sobre los grados de culpa. El artículo 29 distingue entre culpa grave, leve y levísima. Por un lado, la culpa grave aplica en los casos en los que no se necesita mayor diligencia. El agente responderá solo por un descuido notorio y grosero. Culpa levísima, en cambio, representa lo opuesto: cuando el agente responderá civilmente, en principio, por cualquier descuido, incluso si es nimio. Punto medio es el de la culpa leve. En este caso, el descuido será reprochable cuando se pruebe “la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano”.⁷⁶ Así, este estándar de diligencia es comparable con el empleado por el “que debe administrar un negocio como un buen padre de familia”.⁷⁷

Como explica Barros Bourie, el estándar del buen padre de familia, es decir, el que hace responder al agente por culpa leve, es la regla general dentro de los estándares de cuidado exigidos:

Del concepto de culpa del artículo 44 se sigue que en todo tipo de responsabilidad el estándar general de conducta es la culpa leve, que resulta aplicable cuando la

73 Fernando de Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual. Tomo I*, 15.

74 Isabel Lifante Vidal, “Sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Las «pautas de conducta y diligencia» en el derecho”, en *Conceptos multidimensionales del derecho*, ed. María Paz García, Josep Moreso e Ignacio Varela (Madrid: Editorial Reus, 2020), 130.

75 *Ibid.*, 131.

76 Artículo 29, CC.

77 Gema Tomás Martínez, “La sustitución del «buen padre de familia» por el estándar de la «persona razonable»: reforma en Francia y valoración de su alcance”, *Revista de Derecho Civil* II, no. 1 (2015), 64. En el año 2014 se eliminó del ordenamiento francés el concepto del buen padre de familia por su connotación sexista. La autora busca “subrayar que el modelo de conducta del «buen padre de familia» no toma el nombre, como modelo de conducta, *ni por ser hombre ni por ser padre*, sino por la consideración abstracta y objetiva de la prudencia y diligencia que debía observar con sus bienes e intereses propios como con los ajenos que le fueran confiados”. Tras la adopción del estándar de persona razonable, sospecha que el cambio no es solo terminológico en cuanto cada concepto tiene su propia raíz claramente identificada. Mientras que el primero viene del *paterfamilias* romano, el otro tiene un marcado origen anglosajón.

ley habla de culpa o descuido sin otra calificación (artículo 44 III). El patrón de conducta invoca una persona diligente, caracterizada por emplear un cuidado ordinario o mediano, porque, como se ha visto, la responsabilidad por culpa siempre tiene su fundamento en el desprecio de las legítimas expectativas normativas de los demás, quienes tienen derecho a esperar que nos conduzcamos como lo haría un ‘buen padre (o madre) de familia’ (énfasis añadido).⁷⁸

Este estándar de diligencia exigida, como principio rector y promedio del ordenamiento jurídico, no se limita al campo contractual, sino que alcanza asimismo lo extracontractual:

Aunque desde un punto de vista histórico existen buenas razones para afirmar que esta clasificación fue formulada teniendo en vista las obligaciones contractuales, todo indica que los principios en que se sustenta el concepto legal de culpa resultan asimismo aplicables, como una definición de aplicación general, en materia de responsabilidad extracontractual (énfasis añadido).⁷⁹

No por casualidad se ha catalogado al modelo del buen padre de familia como un “estándar transversal” del derecho civil ecuatoriano.⁸⁰ En conclusión, tanto ciertas relaciones contractuales como todas las extracontractuales se encuentran fundamentadas en el estándar jurídico del buen padre de familia recogido en el artículo 29 del Código Civil. Esta pauta de conducta es la principal inspiradora de las relaciones interpersonales resguardadas jurídicamente por el derecho privado.

8.1. EL ESTÁNDAR APLICADO AL DEBER DE RESCATE

El contrato social, como justificante de la relación de subordinación que existe entre el Estado y los ciudadanos, parte de la premisa de que estos ceden un tanto de su libertad a cambio de cierto grado de protección, orden y estabilidad.⁸¹ El rol del Estado consiste en garantizar, en la medida de lo posible, el bienestar de sus ciudadanos, limitando su libertad solo en cuanto sea estrictamente necesario.

Dentro de las limitaciones impuestas por el Estado están ciertos deberes y obligaciones que todas las personas deben acatar. El deber genérico de no dañar, también conocido como *alterum non laedere*,⁸² impone una orden que

⁷⁸ Enrique Barros Bouric, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 7-8.

⁷⁹ *Ibid.*, 7.

⁸⁰ Ana Paula Flores Larrea, Iván Andrés Izquierdo Izquierdo y Felipe Nicolás Guzmán Burbano, “La vigencia del *alterum non laedere* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ¿un principio general o un deber jurídico?”, *USFQ Law Review*, VIII, no. 1 (Mayo 2021), 169.

⁸¹ Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social* (Madrid: Edimat Libros, 2014).

⁸² Para un profundo análisis de esta figura, ver Flores, Izquierdo, Guzmán, “La vigencia del *alterum non laedere* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ¿un principio general o un deber jurídico?”, *USFQ Law Review*, VIII, no. 1 (Mayo 2021), 147-171.

prohíbe lesionar tanto el cuerpo como el patrimonio de otra persona.⁸³ Así mismo, por ejemplo, como contrapartida de los derechos reales, está el deber genérico de abstención.⁸⁴ Si bien es similar al *alterum non laedere*, por su relación con los derechos reales —que recaen sobre las cosas “sin respecto a determinada persona”⁸⁵— pretenden más proteger el patrimonio de las personas que a ellas mismas. Es así, por ejemplo, que el derecho real de dominio permite a su titular imponer a un sujeto pasivo universal un deber genérico de no interferir con su sano ejercicio.⁸⁶

Lo que tienen en común ambos deberes es que imponen una conducta negativa. Efectivamente limitan la libertad, pero de una manera muy holgada. Si un ciudadano está llamado a no hacer daño, todavía cuenta con un abanico infinito de conductas que puede realizar.⁸⁷ Esto es compatible con el contrato social, el principio de mínima intervención estatal y el principio de la autonomía de la voluntad.

Distinta es la situación de los deberes positivos de conducta. Al imponer un deber activo, se restringe severamente la libertad del sujeto con el fin de incrementar la libertad de otros.⁸⁸ En ese sentido, mientras que el deber de no hacer daño permite actuar de cualquier otra manera, el deber afirmativo de socorrer deja a la persona con nada más que una posible conducta jurídicamente deseable y exigible, cercenando filosa y gravemente su libertad.

Por tanto, el criterio para establecer un deber jurídico de socorro debe ser sumamente restringido. Fernando de Trazegnies es de la opinión de que, en algunos casos, una razonable dosis de prudencia exige que los individuos activamente socorran a terceros:

[D]iremos que existe culpa por omisión ahí donde una persona razonable hubiera acudido en auxilio de la persona en peligro de sufrir un daño y, sin embargo, el sujeto no lo hizo. Creemos que, dentro de nuestra cultura, ese criterio de razonabilidad importa también una obligación positiva de acudir en auxilio de otro,

83 Si bien es cierto que el *alterum non laedere* no goza de reconocimiento expreso en el ordenamiento ecuatoriano, los artículos 2214 y 2229 del Código Civil lo reconocen implícitamente. Entre que la norma prescriba que es deber jurídico no generar un daño, o que el que comete un daño está llamado a resarcir, la diferencia es solo terminológica o semántica mas no conceptual.

84 Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic H., *Tratado de las obligaciones. Volumen de las obligaciones en general y sus diversas clases. Tomo Primero* (Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2001), 17-22.

85 Artículo 595, CC.

86 Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *Tratado de las obligaciones. Volumen de las obligaciones en general y sus diversas clases*, 21.

87 Este es el génesis del conocido principio de la autonomía de la voluntad, que consiste en que en el derecho privado se puede hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido. Las restricciones a la voluntad, excepcionales que son, limitan un infinito. Para un análisis más profundo sobre este principio con relación al pacto comisorio, ver María Gracia Naranjo Ponce y Sergio Núñez Dávila, “Reflexiones sobre el pacto comisorio: una reaproximación a su naturaleza y alcance”, *Juris Dictio*, 30 (Diciembre 2022), 143-160.

88 Gregor Christandl, “The Duty to Prevent Harm in Challenging Times”, *Journal of European Tort Law. JETL* 12(2) (2021), 94. Sostiene que “[a] duty to protect others from harm imposes an affirmative duty to act in favour of others and thereby constrains the individual liberty of the obliged subject in order to increase the liberty of others. While the duty not to harm anybody leaves a person free to act in many other ways, the duty to prevent harm means that no alternative path of action is left. Hence, it becomes clear that establishing a general duty to protect others from harm would run against the principle of maximising individual liberty”.

cuando este se encuentra en peligro de sufrir un daño corporal: de ahí que la omisión de auxiliar sea una violación del *standard* del “hombre razonable” y, consecuentemente, origina culpa y obligación de resarcimiento.⁸⁹

Luis Díez-Picazo es del mismo parecer al manifestar que “toda omisión es reprochable si un hombre normalmente diligente, colocado en las mismas circunstancias, hubiera adoptado un comportamiento positivo”.⁹⁰ Pero ¿cómo se puede determinar si una persona razonable en las mismas circunstancias hubiera acudido en auxilio de otra? Si bien los estándares de conducta son modelos generales, su aplicación es casuística.⁹¹ Barros Bourie afirma que “aunque el estándar de cuidado es abstracto (la persona diligente y razonable), su *determinación se realiza en concreto*”.⁹²

La doctrina ha identificado ciertos criterios utilizados judicialmente para establecer si en el caso en cuestión hubo o no un deber jurídico infringido. Dos son de principal interés: (i) la intensidad y probabilidad del daño y el (ii) el costo de evitar el accidente.⁹³

8.2. INTENSIDAD Y PROBABILIDAD DEL DAÑO

Partiendo de la premisa de que un deber de socorro es excepcional porque limita con severidad la voluntad del agente, es lógico concluir que sería jurídicamente exigible solo cuando el posible daño sea tanto intenso como probable.

Heyman considera que un deber activo de rescate debe ser requerido solo si la víctima se enfrenta a un “sustancial riesgo de muerte o daño corporal”.⁹⁴ El potencial daño debe ser severo, pues no se justifica la imposición de un deber activo de rescate que lidie con amenazas insignificantes. Así se explica la relación directamente proporcional entre la intensidad del daño y la diligencia que razonablemente puede ser exigida por el juez: mientras más grave sea el potencial daño, más diligencia podría ser requerida.

Es oportuno recordar que no todos los daños son indemnizables. Corral Talciani manifiesta que serán indemnizables solo los daños jurídicamente relevantes.⁹⁵ A su vez, San Martín concluye que un requisito fundamental para que un daño sea

89 Fernando de Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual*, 92.

90 Luis Díez-Picazo, *Derecho de Daños*, 94.

91 Es por eso que el análisis no es absolutamente objetivo. Sería descabellado llegar a ese extremo. Al realizárselo en concreto, necesariamente se toma en cuenta *ciertas* características particulares del caso. ¿Qué pasa si el individuo tiene un miedo irrefrenable a la sangre que lo imposibilita prestar cualquier tipo de auxilio? ¿Y si el sujeto tiene un temor patológico al agua que lo impide socorrer de manera alguna al que se está ahogando? Pues esas consideraciones deberán ser tomadas en cuenta por el juez. Se trata de un estándar objetivo de conducta que consiste en determinar qué hubiera hecho un tercero razonable *en las mismas circunstancias*, con lo que eso naturalmente implica.

92 Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 106 (énfasis en original).

93 *Ibid.*, 105.

94 Steven J. Heyman, “Foundations of the Duty to Rescue”, *Vanderbilt Law Review*, 47 no. 3 (1994), 746 (traducción no oficial). En palabras del autor: “*substantial risk of death or serious bodily harm*”.

95 Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Chile: Thomson Reuters, 2013), 2.

jurídicamente relevante es que vulnere un interés legítimo de la víctima.⁹⁶ De aquí que la determinación de un deber de socorro exige que el daño sobrepase el umbral mínimo de relevancia jurídica y adquiera matices más perjudiciales para la víctima.⁹⁷

El ordenamiento jurídico ecuatoriano contiene ciertas aproximaciones hacia la conceptualización de daño grave. El artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prescribe que “[s]e entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce”.⁹⁸ En ese sentido, la violación de un derecho y la gravedad de su daño son independientes.⁹⁹ Esto en cuanto “[u]n daño se produce por el detrimento, menoscabo o perjuicio, lesión que una persona experimenta como consecuencia de una vulneración de derechos”.¹⁰⁰

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha caracterizado la gravedad de un daño de la siguiente manera:

[S]e puede concluir que un daño grave se produce ante el detrimento, menoscabo, perjuicio o lesión que una vulneración de derechos genera en una persona y que, es de tal magnitud, que produce efectos permanentes, irreversibles e intensos. Además, para analizar si en un caso existe un daño grave es necesario que se tome en cuenta la naturaleza del derecho que haya sido afectado. Para que un daño grave sea imputado a una persona, se requiere que exista un nexo causal entre su acción u omisión y el hecho generador del daño.¹⁰¹

Sobre los criterios de irreversibilidad, intensidad y frecuencia, la Corte Constitucional también se ha pronunciado:

Un daño es irreversible cuando no se puede volver a un estado o condición anterior. Un daño es intenso cuando el daño es profundo, importante, como cuando produce dolor o su cuantificación es considerable o difícil de cuantificar. Una violación es frecuente cuando sucede habitualmente o incluso cuando se puede determinar un patrón en la violación.¹⁰²

96 Lilian C. San Martín Neira, “La legitimidad del interés como requisito del daño indemnizable a propósito de los embarazos no deseados”, *El Mercurio* (2021).

97 María Isabel Troncoso, “El principio de precaución y la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Privado N. 18* (2010), 214. Ahora, ¿qué sucede cuando el daño no se llegó a concretar? Al ser un deber de rescate, parece que su incumplimiento es anterior al daño. ¿Se podría responsabilizar civilmente a una persona por no intervenir en una cadena fáctica que al final nunca perpetró un daño? Troncoso opina que podría ser el caso, pues “no se trata de desnaturalizar la función ‘curativa’ de la responsabilidad [...] sino de ampliar el espectro de actuación”.

98 Artículo 9, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC]. R. O. 52 del 22 de octubre de 2009.

99 Sebastián Abad Jara y Roberto Eguiguren Calisto, “La procedencia de la Acción de Protección contra particulares en Ecuador”, *Iuris Dictio* no. 29 (Junio 2022), 67.

100 Sentencia 832-20-JP-21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de diciembre de 2021, párr. 109.

101 Sentencia no. 832-20-JP/20, párr. 112.

102 Sentencia no. 66-15-JC/19, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de septiembre de 2019, párr. 29.

Estos criterios son concordantes con el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que, al referirse a los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, prescribe que un daño será grave “cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de violación”.¹⁰³

Por otro lado, la probabilidad del daño también debe ser considerada. Antes que probable, el daño debe ser inminente, casi materializado. Caso contrario, se llegaría al absurdo de que el deber de rescate podría ser exigible no solo cuando una persona se está ahogando en un lago o cuando un niño está por ser expulsado de un vehículo en movimiento, sino también cuando el agente omitió conseguir flotadores para el que no sabe nadar y solicitar al supervisor del vehículo que implemente mecanismos de prevención de accidentes para menores. Esto evita que respondan personas que se relacionan apenas indirecta y mediatamente con el daño; su relación, para ser un potencial responsable, debe ser inmediata.

Como explica Barros Bourie, la combinación de ambos elementos —intensidad y probabilidad del daño— determina el nivel de riesgo de una determinada conducta. En su criterio, “el riesgo de una actividad puede definirse en términos estadísticos como función, por un lado, de la intensidad del daño que amenaza ocasionar; y, por el otro, de la probabilidad de que ese daño ocurra”.¹⁰⁴ De esto se desprende que mientras más riesgosa, dañina y probable la situación sea para la potencial víctima, más razonable será para el juez exigir una conducta positiva del agente.

8.3. COSTO DE EVITAR EL ACCIDENTE

John Locke afirma que los deberes exigidos por la vida en sociedad no son solo negativos o de abstención, sino que también imponen una conducta positiva siempre y cuando “la propia [p]reservación no se vea amenazada”.¹⁰⁵ Un elemento fundamental para determinar la existencia de un deber de rescate es el grado de riesgo que para el agente implica incurrir en el socorro.

Ordinariamente, una persona será negligente si es que el costo de prevención es menor al daño experimentado tomándose en cuenta la probabilidad de que acaezca. Si bien implementar universalmente cinco carriles independientes reduciría la cantidad de accidentes de tránsito, el costo de prevención

¹⁰³ Artículo 27, LOGJCC. Por ejemplo, el artículo 41 de la LOGJCC prescribe que una acción de protección podrá ser presentada en contra de un particular cuando el daño sea grave; el artículo 2232 del Código Civil prescribe que el daño moral será resarcido cuando este sea grave.

¹⁰⁴ Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 110.

¹⁰⁵ John Locke, *Two Treatises of Government* (Cambridge: Cambridge U., 1988) (traducción no oficial). Citado en Steven J. Heyman, “Foundations of the Duty to Rescue”, 691.

probablemente sería superior al daño que periódicamente se genera. Se ha intentado racionalizar este análisis trasladándolo al plano matemático:

[E]l juez norteamericano Learned Hand elaboró en 1947 una fórmula aritmética para determinar la culpa, según la cual una persona actúa en forma negligente si el costo de evitar un accidente es menor que el daño susceptible de ser producido por la actividad que se trata multiplicado por la probabilidad de que ocurra.¹⁰⁶

En resumen, lo que pretende demostrar este cálculo es que ordinariamente un daño será culposo cuando el costo de prevención sea inferior a la magnitud y probabilidad del detrimento. En otras palabras, la culpa reside en el hecho de que se pudo haber evitado un daño severo sin un grado considerable de esmero o riesgo. Para efectos del deber de rescate, no solo el costo debe ser inferior, sino que en este caso —teniendo en mente que el agente no generó la situación de riesgo— debe ser insignificante.

Consciente de aquello, el artículo 4:103 de los Principios Europeos de Responsabilidad Civil (*Principles of European Tort Law*) impone un deber de auxilio tomando en cuenta la facilidad de evitar el menoscabo:

Art. 4:103. Deber de proteger a los demás de daños

Puede existir el deber de actuar positivamente para proteger a los demás de daños si la ley así lo determina, o si el agente crea y controla una situación riesgosa, o cuando media una relación especial entre las partes o si la *gravedad del daño por un lado y la facilidad de evitarlo por el otro apuntan hacia la existencia de ese deber* (énfasis añadido).¹⁰⁷

Según este precepto, se concreta un deber de auxilio si concurren dos situaciones: (i) si el daño es significativo, y (ii) si la persona pudo socorrer con facilidad, sin necesidad de arriesgar su propio bienestar.¹⁰⁸ Como bien apunta Heyman, “no existe justificación alguna para requerir que un individuo particular sacrifique su propia existencia para salvar la de alguien más”.¹⁰⁹ Parece razonable suponer que una persona prudente, de ver a otra cuya vida o seguridad esté amenazada, hubiera optado por una conducta positiva si es que para ella el rescate no representaba riesgo alguno.¹¹⁰

106 Estados Unidos c. Carroll Towing Co., Corte de Apelaciones, Segundo Circuito, 1947. Citado en Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 120.

107 Francisco D. Busnelli et al., *Principles of European Tort Law* (Vienna: Springer Vienna, 2005) (traducción no oficial).

108 Christandl, “The Duty to Prevent Harm in Challenging Times”, 100.

109 Steven Heyman, “Foundations of the Duty to Rescue”, 747.

110 Austria ha tomado pasos similares al prescribir lo siguiente: “*Everyone has a duty to prevent damage which discernibly threatens another if there is a special relationship to the endangered person, if he opens facilities to the public or creates or maintains a source of danger or if the threatened damage is grossly out of proportion to the burden of prevention*”. Así, impone un deber de rescate cuando el daño potencial es groseramente superior a su costo de prevención. Citado en Helmut Koziol, “Liability for Omissions – Basic Questions”, 132.

9. CONCLUSIONES

Si bien el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contempla expresamente un deber jurídico de socorro, este sí podría ser construido con base en el estándar objetivo de conducta. El estándar del buen padre o madre de familia, también conocido como el estándar del tercero razonable en las mismas circunstancias, representa un eje central y transversal del ordenamiento jurídico ecuatoriano, que excepcionalmente podría imponer un deber de socorro en sus particulares.

El infinito número de relaciones interpersonales que impone forzosamente una vida en sociedad se ve regido por una pauta objetiva de conducta que construye ficticiamente una persona moderada, prudente y diligente. Esta creación cumple con un fin particular: permite al juez, para resolver un caso, comparar la conducta probada durante el proceso con aquella que, según su sana crítica, hubiera sido adoptada hipotéticamente por una persona razonable y diligente en circunstancias análogas.

Si el juez considera que este modelo imaginario de conducta hubiera optado por socorrer a la víctima, entonces deberá hacer responder al demandado por aquella omisión. Si, en cambio, considera que una persona moderadamente diligente hubiera preferido no intervenir, entonces el demandado no tendrá obligación indemnizatoria alguna que satisfacer.

Elementos como la intensidad y probabilidad del daño, por un lado, y el costo de prevención, por otro, serían útiles al momento de realizar este ejercicio comparativo. La tendencia en el criterio es simple: mientras mayor sea la intensidad y probabilidad del daño, y mientras menor sea el costo de prevención en el que el demandado hubiera tenido que incurrir para socorrer a la víctima, con mayor razonabilidad el juez podrá determinar que existió efectivamente un deber jurídico de socorro. Por lo tanto, su incumplimiento, es decir, su omisión, podría ser jurídicamente reprochable. Este juicio de reproche se materializará en una obligación indemnizatoria cuya fuente es delictual o cuasidelictual, dentro del campo de lo civil.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no exige que los particulares sean héroes ni que se embarquen en arriesgadas travesías en beneficio de sus congéneres. Tampoco pretende interferir invasivamente en el fuero interno de las personas para maximizar conductas caritativas o altruistas. Pero sí parecen existir razones suficientes, estándares aplicables, para requerir que una persona socorra a otra cuando su integridad se encuentre gravemente amenazada y el costo de hacerlo sea nimio. Es quizás viable considerar la posibilidad de que un deber de rescate, como manifestación de un principio mayor de solidaridad y cooperación, esté plenamente vigente en el Ecuador.

VIVANCO & VIVANCO
WE ARE LATIN AMERICA

WE ARE LATIN AMERICA

Somos una firma de abogados con 120 años de experiencia con presencia en América Latina, Estados Unidos y Europa.

Incentivamos y promovemos la investigación jurídica como parte fundamental de nuestro servicio de excelencia para nuestros clientes.



Bogotá - Buenos Aires - CDMX - Guayaquil - Lima - London - Miami
Panama - Quito - San José - Santa Cruz - Santiago - São Paulo - Madrid

vivancoyvivanco.com | [in](#) [twitter](#) [instagram](#) [vivancoyvivanco](#)



PROSPECTUS

Somos una *firma innovadora*,
con visión y práctica internacional

Dirección: Francisco Salazar E10-37 y José Tamayo,
Atlantic Business Center / Oficina 801

Teléfono: (593) 222-4878 / **Whatsapp:** (593) 99 767 2031

www.prospectus.com.ec



The logo for Svar, featuring the word "SVAR" in a serif font followed by a circular emblem containing three stylized, curved lines that suggest a globe or a dynamic shape.

SVAR

Un servicio integral a las necesidades de nuestros clientes

Nos enorgullece ofrecer un servicio personalizado y de alta calidad, enfocado en la atención al cliente y basado en tres principios fundamentales: calidad, eficiencia y empatía.

www.svar.com.ec

Utilización y modificación de obras protegidas por derechos de autor en fotografías publicadas en el mundo digital

Usage and modification of copyrighted works in photographs published in the digital world

EGLE CAROLINA BORJA AULESTIA*

Recibido / Received: 12/01/2023

Aceptado / Accepted: 15/03/2023

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2860>

Citación:

Borja Aulestia, C. “Utilización y modificación de obras protegidas por el derecho de autor en fotografías publicadas en el entorno digital” *USFQ Law Review* vol. 10, no. 1, mayo de 2023, <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2860>

* Estudio Jurídico Barzallo Abogados, Abogada, Av. Colón E9-58 y Av. 6 de Diciembre, Quito 170528, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: carborja97@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0005-4655-5049>

RESUMEN

El uso de fotografías que contienen objetos protegidos por el derecho de autor que han sido digitalmente manipuladas y publicadas en redes digitales puede constituir una vulneración a los derechos de autor. Este ensayo realizará un análisis respecto de los parámetros y límites que deben ser tomados en consideración para determinar cuándo existe una infracción a los derechos de autor, ante la utilización y modificación de obras protegidas por el derecho de autor en fotografías publicadas en el entorno digital, en virtud de la legislación ecuatoriana. Para lograr este objetivo, se utilizará la dogmática jurídica descriptiva aplicada y la metodología deductiva. A partir de estas consideraciones, se concluirá que el uso de imágenes protegidas por el derecho de autor que han sido digitalmente modificadas por medio de programas de tratamiento digital y reproducidas en fotografías publicadas en redes sociales, no constituye una infracción al derecho de autor bajo la legislación nacional.

PALABRAS CLAVE

Derechos de autor; derechos morales; derechos patrimoniales; usos honrados; fotografía

ABSTRACT

The use of photographs that contain copyrighted objects that have been digitally manipulated and published on digital networks may constitute a copyright infringement. This essay carried out an analysis of the parameters and limits that must be taken into consideration to determine an infringement of copyright due to the usage and modification of copyrighted works in photographs published in the digital world under Ecuadorian law. The deductive methodology and the descriptive legal dogmatics were used to achieve this objective. It was concluded that the use of copyrighted dolls that have been digitally modified through graphic design software programs and reproduced in photographs posted on social media, does not constitute copyright infringement under national law.

KEYWORDS

Copyright; moral rights; economic rights; fair use; photography

1. INTRODUCCIÓN

Con el advenimiento del internet y, en especial, de las redes sociales, los usuarios del entorno digital pasaron de simples espectadores a generadores de contenido en línea; capaces de criticar, comentar, transformar, compartir y subir fotografías.¹ Ahora, con las facilidades e interactividad que provee el internet, es común que los usuarios utilicen y modifiquen fotografías protegidas por el derecho de autor y las reproduzcan a través de medios digitales.² Sin embargo, no muchos de ellos se encuentran conscientes de que la publicación de objetos protegidos en fotografías puede constituir una vulneración a los derechos de autor.

El objeto del presente ensayo consiste en identificar cuándo existe una vulneración a los derechos de autor al utilizar y modificar obras en fotografías publicadas en el entorno digital, en virtud de los parámetros y límites al derecho de autor contemplados en la legislación nacional. Aunque existen pronunciamientos internacionales respecto del tema, el asunto no se ha abordado desde la legislación, jurisprudencia o doctrina nacional y peor aún, desde una perspectiva digital interactiva, donde los internautas son capaces de generar contenido en línea. Esta perspectiva es de vital importancia en esta época para que los usuarios sepan cuándo existe una vulneración al derecho de autor y, de esta manera, eviten una infracción al subir fotografías que contengan algún tipo de obra artística, literaria o científica.

Para el desarrollo del presente ensayo, se analiza el caso particular de Mar Cantos, una joven ecuatoriana, que mediante la fotografía reproduce a las muñecas Bratz y las edita a través de programas de tratamiento de imágenes, modificando su maquillaje e indumentaria, para publicarlas en redes sociales.

2. DESARROLLO

2.1. VULNERACIÓN A LOS DERECHOS MORALES

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante COESCI), siguiendo lo dispuesto por el artículo 11 de la Decisión 351 en su artículo 118, recoge los derechos morales y establece que son aquellos derechos irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles que posee el autor. En la norma se encuentran recogidos aquellos derechos de carácter personalísimos que están íntimamente vinculados con la personalidad del autor para i) conservar la obra inédita o divulgarla, ii) reivindicar la paternidad, iii) oponerse a toda deformación, mutilación,

¹ Fernando Tomeo, *Redes sociales y tecnologías 2.0* (Buenos Aires-Bogotá: Editorial Astrea, 2014), 57.

² Lydia Esteve González, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet* (Granada: Editorial Comares, 2006), 81.

alteración o modificación que atenta contra el decoro de la obra, el honor o reputación del autor, y iv) acceder al ejemplar único o raro de la obra.³

Con la llegada de la tecnología, se puso en tela de duda esta concepción tradicional que recoge el COESCI y las Convenciones Internacionales ratificadas por Ecuador sobre los derechos morales. Se cuestionó su capacidad para poder adaptarse a los desafíos del mundo digital y hasta la necesidad de mantenerlos. Empero, estas perspectivas de visión ligera no prosperaron. Antequera, explica que no existe ninguna razón para que se supriman o adapten al mundo digital, por lo menos, los derechos fundamentales de integridad y paternidad.⁴ De igual manera, lo apoya Esteve al concluir que:

[...] los Tratados OMPI de derechos de autor y derechos conexos de 1996, permiten concluir que las obligaciones derivadas del art. 6 bis del Convenio de Berna respecto de la paternidad e integridad de las obras están vigentes para las obras que circulan a través de Internet.⁵

El derecho moral en el entorno digital tomó gran importancia porque el formato, digitalización e interactividad que ofrece el Internet hace mucho más fácil la vulneración de los derechos de paternidad e integridad. Ahora con las herramientas de copiado y pegado que existen, los usuarios se benefician de los trabajos ajenos protegidos por el derecho de autor.⁶ Igualmente, y con más frecuencia, se suben o se descargan obras y se modifican a través de programas de ilustración, tratamiento o edición, desnaturalizando así el concepto inicial de la obra.

[L]a digitalización de las obras y la interactividad permiten transformar, colorear o reducir las obras con gran facilidad, comprimir la información y/o deshacerse de parte de ella, en definitiva, con la digitalización y la transformación de las creaciones *on line* supone una modificación que permite cuestionar el respeto a la integridad de la obra.⁷

2.1.2. DERECHO DE INTEGRIDAD

El derecho de integridad faculta al autor a oponerse a cualquier deformación, mutilación, alteración o modificación de su obra. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la interpretación prejudicial 147-IP-2014, determinó que el derecho de integridad está conformado por tres supuestos; y definió que deformar es hacer que algo pierda su forma regular o natural, dando lugar

3 Artículo 118, Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, R.O. Suplemento 899, 09 de diciembre de 2016.

4 Ricardo Antequera Parilli, *Derecho de autor Tomo I* (Caracas: Editorial Venezolana C.A., 1998), 384-386.

5 Esteve, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en internet*, 92.

6 David Mallo Montoto, *La difusión en internet de contenidos sujetos al derecho de autor* (Madrid: Editorial Reus, 2018), 105, <https://elibro.net/es/reader/usfq/121262?page=106>, 106.

7 Esteve, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en internet*, 93.

a una interpretación errónea. Mutilar, es cortar o quitar una parte o porción de algo que en principio debió tenerlo; y modificar, es transformar o cambiar el contenido de la obra.⁸ El objetivo del derecho de integridad es que se preserve el producto intelectual del autor en su auténtica expresión y que este no sufra alteraciones.⁹

Sin embargo, no toda deformación, mutilación o alteración puede ser objeto de infracción. Esto dependerá de la teoría que cada país acoja para proteger la obra. En general, existen dos concepciones: la objetiva y la subjetiva. La concepción objetiva protege la obra contra cualquier deformación, mutilación o alteración en donde se pueda comprobar objetivamente un perjuicio a los intereses del autor, su reputación o al decoro de la obra. Mientras que la concepción subjetiva prohíbe toda deformación, mutilación o alteración prescindiendo del daño al autor o la obra.¹⁰ Ecuador adoptó la concepción objetiva pues al final del numeral 3 del artículo 118 del COESCI, se puede ver que se requiere del elemento objetivo. De igual manera, lo hace la Decisión 351, al recoger al final del numeral 3 del artículo 11 “[...] que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor”.¹¹

Además, la deformación, mutilación o modificación no necesariamente debe recaer sobre la obra sino también sobre el contexto en que se encuentre. El artículo 6 bis del Convenio de Berna agrega “[...] o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.¹² Con esta expresión el artículo, se refiere a los ataques indirectos, que son aquellos en los que no se deforma, mutila o modifica la obra como tal, pero que se la utiliza en un contexto que atenta contra el decoro de la obra o la reputación del autor.¹³

Por ende, para determinar bajo nuestra legislación una vulneración al derecho de integridad en el entorno digital de una obra protegida por el derecho de autor, se tiene que examinar: i) que la obra se encuentre almacenada en un soporte digital, ii) que exista una deformación, mutilación, alteración, o modificación de acuerdo a las definiciones anteriormente establecidas; iii) que recaiga sobre la obra o el contexto en donde se encuentre la obra, y por último, iv) que se atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

8 Proceso No. 147-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 24 de marzo de 2015, párr. 34.

9 Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, (Buenos Aires: Unesco, Cerlalc y Zavalía, 2006), 168.

10 Id., 169.

11 Artículo 11, Decisión 351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, 17 de diciembre de 1993.

12 Artículo 6 bis, Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Berna, 9 de septiembre de 1886, adhesión por Ecuador el 8 de julio de 1991.

13 Antequera, Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada, 29.

2.2. VULNERACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES

El artículo 120 del COESCI, en concordancia con el artículo 13 de la Decisión 351, recoge los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública, importación, distribución y transformación. Esta lista es ejemplificativa, ya que el derecho patrimonial confiere al titular de la obra la facultad exclusiva de autorizar o prohibir cualquier acto de explotación.¹⁴ El titular puede disponer de estos derechos ya sea a título gratuito u oneroso, es decir que puede percibir una contraprestación económica a cambio del uso autorizado de sus derechos y bajo las condiciones que determine.¹⁵ A diferencia de los derechos morales, estos derechos son renunciables, transmisibles, temporales y se encuentran sujetos a límites legales.¹⁶

Los derechos patrimoniales en el entorno digital sufrieron un cambio más grande que los derechos morales. En principio, los derechos de reproducción, comunicación pública y transformación fueron adaptados para que encajen en el mundo digital y así evitar las infracciones *on line*. Mientras que los derechos de distribución e importación quedaron excluidos porque no tenían sentido en la era tecnológica al recaer sobre objetos tangibles o materiales, como lo establecen las Declaraciones Concertadas Relativas al Tratado de la OMPI¹⁷ y el artículo 124 del COESCI.

2.2.1. DERECHO DE REPRODUCCIÓN

De acuerdo con el artículo 122 del COESCI, “[s]e entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de todo o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse”.¹⁸ Según Lipszyc, se entiende por reproducción i) la realización de uno o más ejemplares de todo o parte de la obra en cualquier forma, ii) la realización de ejemplares en tres dimensiones de una obra de dos dimensiones y viceversa, y iii) la fijación o inclusión de la obra en sistemas de almacenamiento interno de ordenador.¹⁹

Esta última concepción recogida, se la adoptó cuando se agregó en el inciso final del artículo 122 la frase “bajo cualquier medio o procedimiento, conocido

14 Esteban Argudo Carpio, “Las modificaciones al contenido del derecho de autor en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación”, en *Desafíos de la propiedad intelectual en el marco del proceso de integración andina: A propósito de los 50 años de creación de la Comunidad Andina*, dir. Hugo Gómez Arpac, Pablo Daniel Solines Moreno y Karla Margot Rodríguez Noblejas (Quito: Editorial Ecuador F.B.T. Cía. Ltda., 2019), 84, https://www.tribunalandino.org.ec/libros/Desafios_PI.pdf.

15 Manuel Pachón Muñoz, *Manual de derechos de autor* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988), 61.

16 *Id.*, 61-62.

17 Respecto de los artículos 6 y 7, Declaraciones Concertadas Relativas al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, 20 de diciembre de 1996.

18 Artículo 122, COESCI, 2016.

19 Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, 179.

o por conocerse”, que abrió la posibilidad a que el derecho de reproducción se encuentre presente en el entorno digital. La Conferencia Diplomática en las Declaraciones Concertadas Relativas al Tratado de la OMPI aclaró además que “[q]ueda entendido que el almacenamiento, en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna”.²⁰ Por lo que, en el entorno digital constituye un acto de reproducción el almacenar en un soporte digital obras protegidas por el derecho de autor. “La tecnología digital implica el almacenamiento de la obra en la memoria de un ordenador (<<*in put*>>), a los efectos de que la máquina pueda inteligir la información”.²¹

Por lo tanto, para determinar una vulneración al derecho de reproducción en el entorno digital se tendrá que analizar i) que exista un acto de reproducción, es decir que se almacene la obra protegida en un soporte digital, ii) que este almacenamiento permita la percepción, comunicación o la obtención de copias, y iii) que el uso o explotación no se encuentre comprendido dentro de los límites del derecho de autor.

2.2.2. DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

El derecho de comunicación pública está recogido en los numerales 2 y 6 del artículo 120 del COESCI. El numeral 2 recoge la versión tradicional de comunicación pública y el numeral 6 la versión que fue adoptada a nivel internacional a través del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (en adelante TODA²²), para afrontar los nuevos desafíos de la tecnología. A pesar de la distinción realizada, en los dos casos se trata del derecho de comunicación pública que está recogido y reconocido como un solo derecho patrimonial en el artículo 123 y en el artículo 15 de la Decisión 351. De acuerdo al COESCI, el derecho de comunicación pública es “[...] todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, y en el momento en que individualmente, decidan, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”.²³ Con esta definición dada por el COESCI, es claro que el derecho de comunicación pública está presente en el entorno digital, especialmente cuando se refiere a las frases “reunidas o no” y “en el momento en que individualmente, decidan, puedan tener acceso a la obra”, pues son acciones que cobran sentido cuando pensamos en el mundo digital.

En la red, la comunicación pública concurre al mismo tiempo que el derecho de reproducción, porque al almacenar la obra, primero se graba en un soporte electrónico, es decir, se reproduce y sucesivamente se le asigna un URL,

20 Respecto del artículo 1.4, Declaraciones Concertadas Relativas al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, 1996.

21 Antequera, *Derecho de autor Tomo I*, 438.

22 Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, Ginebra, 20 de diciembre de 1996, ratificado por Ecuador el 21 de junio de 2000.

23 Artículo 123, COESCI, 2016.

permitiendo el acceso a la obra.²⁴ “No hay que olvidar que la reproducción es un paso previo indispensable para la distribución de contenidos protegidos y para su comunicación”.²⁵ La puesta a disposición del público de la obra en soportes digitales, de tal forma que los usuarios puedan acceder a ella en cualquier momento y lugar constituye un acto de comunicación pública.

No obstante, para determinar una vulneración al derecho de comunicación pública en el mundo digital se tendrá que analizar, en primer lugar, que exista una reproducción de acuerdo a lo establecido en la subsección anterior y, por lo tanto, una comunicación pública; y, en segundo lugar, que el uso o explotación no se encuentre comprendido dentro de los límites del derecho de autor.

2.2.3. DERECHO DE TRANSFORMACIÓN

El derecho de transformación ha tenido una aplicación diferente con la llegada de la tecnología por la aparición de herramientas digitales que permiten alterar la obra. El derecho de transformación es el penúltimo derecho recogido en el artículo 120 del COESCI y el último en el artículo 13 de la Decisión 351. Este derecho permite cambiar la forma externa de la obra para darle un fin distinto al que tenía originalmente.²⁶ Es uno de los derechos más importantes y controversiales ya que, a partir de esta transformación puede surgir la creación de una obra derivada, la cual también es protegida por el derecho de autor. Sin embargo, para que esta obra esté protegida y sea concebida como tal, necesita contar con la autorización previa del titular de los derechos de la obra primigenia.²⁷

‘[L]o esencial es que se cree una obra nueva, que tendrá consideración de la obra (subjektivamente) derivada y (objetivamente) compuesta’ correspondiendo la autoría, en este último caso, ‘exclusivamente a la persona o personas que llevan a cabo la transformación’, aunque la obra producto de dicha transformación ‘no se podrá explotar si no se cuenta con el consentimiento del autor de la obra transformada’.²⁸

Aunque el derecho de transformación es un derecho patrimonial, este está íntimamente vinculado con el derecho moral de integridad y es necesario tomarlo en cuenta a la hora de determinar una vulneración al derecho patrimonial de transformación. En general se piensa que, a menos que la transformación sea grave, el derecho moral no será vulnerado. “ [S]alvo en casos especialmente graves, en la que la adaptación sea objetivamente lesiva para la obra o para sus legítimos intereses, el derecho moral de integridad deberá

²⁴ Esteve, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en internet*, 96.

²⁵ Mallo, *La difusión en internet de contenidos sujetos al derecho de autor*, 112.

²⁶ Pachón, *Manual de derechos de autor*, 69.

²⁷ Artículo 105, COESCI, 2016.

²⁸ Mallo, *La difusión en internet de contenidos sujetos al derecho de autor*, 185.

interpretarse de forma conjunta con el derecho de paternidad’ ”.²⁹ Por lo tanto, para determinar una vulneración del derecho de transformación en el entorno digital se tendrá que analizar i) que exista un cambio de la forma externa de la obra originaria, ii) que constituya una transformación sustancial, iii) que no se trate de una obra en sí misma, y iv) que el uso o explotación no se encuentre comprendido dentro de los límites del derecho de autor.

2.3. LÍMITES AL DERECHO PATRIMONIAL DEL AUTOR

Los derechos patrimoniales son derechos exclusivos, pero no absolutos. Los límites y excepciones al derecho patrimonial del autor fueron introducidos como una justificación por la composición equitativa que debe existir entre los intereses de los titulares sobre sus obras y los intereses de la sociedad.³⁰ La máxima expresión de este principio se encuentra recogida en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual prescribe, por una parte, el derecho de las personas a tomar parte de la vida cultural, gozar de las artes, participar de los procesos y beneficios científicos. Al mismo tiempo, gozar del derecho a la protección de sus derechos morales y materiales por la producción de obras científicas, artísticas y literarias.³¹ De igual manera, Ecuador ratificó la convivencia de estos derechos a través del artículo 22 de la Constitución.

Mediante las excepciones y limitaciones, se establecen una serie de circunstancias en las cuales se permite la utilización de obras protegidas por el derecho de autor. Sin la necesidad de contar con la autorización o el pago de una remuneración a favor del titular, siempre y cuando se respeten los requisitos establecidos en el régimen legal de límites al derecho de autor. Los límites no afectan los derechos morales solo los derechos patrimoniales de los titulares de las obras. En general, el uso de obras protegidas por el derecho de autor se puede realizar en medida en que no afecten los usos honrados o el *fair use*.³²

La Decisión 351, en su artículo 21, establece las reglas que deben seguir los países miembros para sentar los límites y excepciones al derecho de autor e impone que “[...] se circunscribirán aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”.³³ La Decisión 351 adoptó el régimen que estableció el Convenio de Berna a través del artículo 9, el cual recoge la denominada regla de los tres pasos. Ecuador siguiendo lo dispuesto por la Decisión 351, adoptó el régimen de los usos honrados, empero, no fue el único sistema que acogió. Con la publicación del COESCI en el 2016, se

29 *Ibid.*, 184.

30 Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, 219.

31 Artículo 27, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

32 Wilson Rafael Ríos Ruiz, *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TICS)*, (Bogotá, Universidad de los Andes, 2009). p. 109.

33 Artículo 21, Decisión 351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, 1993.

introdujo en el artículo 211 la figura del *fair use* del sistema anglosajón de *copyright*, agregando, además, un quinto factor de los cuatro usuales que contiene esta doctrina. “Además de lo señalado, en el primer párrafo del citado artículo se pretende complementar el uso justo o “*fair use*” con la regla de los tres pasos que se configura en el artículo 212 de COESCI, a través de una lista taxativa de casos de libre utilización de las obras, a las cuales no se tendría que aplicar el examen de uso justo”.³⁴

Los límites y excepciones al derecho de autor también fueron trasladados al mundo digital. El reconocimiento de esta expresión se encuentra plasmado en las Declaraciones Concertadas Relativas al Tratado de la OMPI. Las Declaraciones señalaron que “[q]ueda entendido que las disposiciones del artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital”.³⁵ Este artículo aclaró que los límites se puedan aplicar al entorno digital, pero también, que las partes contratantes puedan establecer nuevas excepciones que sean adecuadas para el mundo digital.

Por lo tanto, a la luz del derecho ecuatoriano, para determinar una vulneración de los derechos patrimoniales del autor en el entorno digital, se tendrá que analizar que la explotación no se encuentre comprendida en los límites del derecho de autor bajo i) la doctrina del *fair use* y ii) la regla de los tres pasos.

2.3.1. DOCTRINA DEL *FAIR USE*

El *fair use* es una figura típica del sistema anglosajón que nació a partir de la jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos. Actualmente, se encuentra recogida en la Sección 107 del *Copyright Act* y consiste en la interpretación de cuatro factores para determinar la legitimidad en la utilización de obras protegidas por el derecho de autor.³⁶ Esta doctrina, al igual que los usos honrados, permite en casos especiales limitar los derechos de explotación del titular; pero se distingue por ser un sistema más abierto que “[...] deja un amplio margen interpretativo para el Juez”.³⁷

El *fair use* recoge cuatro parámetros “[...] que deben tomarse como una “guía general” mas no como cuatro condiciones necesarias”:³⁸ i) el propósito y carácter

34 Argudo, “Las modificaciones al contenido del derecho de autor en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación”, 99.

35 Respecto del artículo 10, Declaraciones Concertadas Relativas al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, 1996.

36 Argudo, “Las modificaciones al contenido del derecho de autor en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación”, 98.

37 Ricardo Antequera, “Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor” en *Los límites del Derecho de Autor*, coord. Carlos Rogel Vide (Madrid: Editorial Reus, S.A., 2006), 26, <https://elibro-net.ezbiblio.usfq.edu.ec/es/ereader/usfq/121263?page=27>.

38 Facundo Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use* (Buenos Aires: Escuela de Derecho, Universidad Torcuato di Tella, 2014), 72.

del uso, incluyendo si el mismo es de naturaleza comercial o es para fines educativos sin fines de lucro, ii) la naturaleza de la obra protegida por el derecho de autor, iii) la cantidad y sustancia de la porción usada en relación con la obra como un todo, y iv) el efecto de tal uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida.³⁹ El COESCI incluyó además de estos criterios, en quinto lugar, el goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales.⁴⁰

El primer parámetro de esta doctrina consiste en analizar si el uso no autorizado de la obra original se hace con fines educativos, o, por el contrario, con fines comerciales. En caso de que se lo haga con fines comerciales, es más probable que exista un uso no autorizado de la obra. Pero esto no excluye la posibilidad de que un uso comercial sea autorizado, especialmente si se trata de un uso transformativo de la obra primigenia.⁴¹ De acuerdo a Herrera, el uso transformativo es “[...] aquella modificación sustancial y formal de una obra, convirtiéndola en una nueva creación”.⁴² En consecuencia, si la obra primigenia es usada como materia prima para la creación de una nueva obra, existe mayor probabilidad de que se considere como un uso justo.⁴³

El segundo factor trata de evaluar la naturaleza y características que posee la obra protegida. Por ende, se tendrá que examinar si la obra utilizada se trata de una obra inédita o ya divulgada. En caso de que se trate de una obra inédita, será más probable que se determine que no medió un uso justo porque se le privaría al autor de su derecho de conservar la obra inédita.⁴⁴ Igualmente, se analizará si se trata de una obra que recoge hechos o datos, como, por ejemplo, un mapa de geografía o topografía o por el contrario, una obra más expresiva. “Se ha considerado que existe una mayor factibilidad jurídica de reproducir obras que recogen hechos y conocimientos objetivos, valiéndose del *fair use*, que hacer lo mismo respecto de obras de ficción, donde el elemento expresivo es mayor”.⁴⁵

El tercer parámetro, analiza la cantidad y sustancia utilizada de la obra. Entre menor sea la cantidad utilizada para la creación de la nueva obra mayor probabilidad existirá de que se califique como un uso justo. Empero, la sustancia puede ser más importante que la cantidad que se utiliza. Es decir que este criterio evalúa tanto la cantidad como la calidad de lo que se utiliza. Puesto que si se utiliza el corazón o la parte más esencial de la obra, sin importar su cantidad, lo más seguro es que sea calificado como un uso ilegítimo.⁴⁶

39 Antequera, “Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor”, 25-26.

40 Artículo 211, COESCI, 2016.

41 Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use*, 72.

42 Luisa Fernanda Herrera Sierra, “La doctrina del fair use frente a los retos impuestos por el entorno digital. Estudio del caso google books”, *Revista La Propiedad Inmaterial* 20 (2015), 60.

43 Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use*, 72.

44 *Id.*, 72-73.

45 Juan F. Córdoba Marentes, “El fin no justifica la excepción. Propiedad intelectual, educación y el fair use estadounidense”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 45 (2012), 459, <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n134/v45n134a1%20.pdf>.

46 OMPI, “Utilización de fotografías de marcas y de obras protegidas por el derecho de autor”, 19-21.

El cuarto criterio examina el efecto que tiene el uso de la obra sobre el mercado potencial o el valor de la obra. Este criterio busca determinar si la nueva creación compite directamente con la obra original. En caso de que compitan en el mismo mercado, es más probable que este uso no este amparado por el *fair use*. El cuarto factor trata de proteger el interés pecuniario que el titular ostenta sobre su obra y que este no se vea perjudicado en el mercado que explota, pues de hacerlo tendrá que ser resarcido.⁴⁷

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha calificado a este criterio como el más importante de los que componen la doctrina del *fair use*, visión que es consistente con aquella que considera a la propiedad intelectual como un problema de economía y mercado. Y aunque en la jurisprudencia se ha dejado claro que los distintos criterios del *fair use* deben ser conjuntamente sopesados, algunos autores sugieren que, aún siendo favorables los tres primeros, un concepto desfavorable respecto del cuarto factor debería ser suficiente para denegar la defensa de *fair use* en un caso determinado.⁴⁸

El quinto factor fue introducido por la legislación ecuatoriana. Este parámetro prescribe que se tiene que analizar el goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales. A la luz de los criterios interpretados por la jurisprudencia de los Estados Unidos, podemos entender que este criterio, en principio, es el análisis del precepto vector que se encuentra detrás de todos los parámetros. Es decir que se tendrá que examinar “[...] si el objetivo constitucionalmente reconocido del *copyright*, que es promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, es consistente con permitir o con prohibir el uso no autorizado de la obra original para la creación de la obra nueva”.⁴⁹ Además, se necesitará evaluar otros derechos fundamentales que podrían justificar la limitación del derecho de autor. Esto puede ser interpretado a través de los intereses que generalmente se tratan de satisfacer a la hora de limitar los derechos de autor. Como por ejemplo, la libre reproducción de obras en procesos judiciales para acceder a la justicia, la libre difusión de la información, necesidades académicas, por razones de discusión o crítica, razones humanitarias, entre otras⁵⁰.

2.3.2. USOS HONRADOS Y LA REGLA DE LOS TRES PASOS

Los usos honrados provienen del sistema continental y consisten en la implementación de regímenes de limitaciones y excepciones al derecho del autor que están sujetas a una interpretación restrictiva. Los usos honrados, al igual que el *fair use*, imponen parámetros dentro de los cuales se autoriza la utilización libre y sin remuneración de obras protegidas por el derecho de autor.

47 Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use*, 73-74.

48 Córdoba, “El fin no justifica la excepción. Propiedad intelectual, educación y el fair use estadounidense”, 461.

49 Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use*, 82.

50 Antequera, “Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor”, 18-19.

Los límites y excepciones están supeditadas por una regla de tres pasos que se encuentra inspirada en el Convenio de Berna.⁵¹ Por lo tanto, para determinar un uso justo, se tendrán que examinar los siguientes pasos acumulativos: i) que las excepciones se establezcan en determinados casos especiales, ii) que no afecte la explotación normal de la obra, y iii) que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o titular.⁵²

El primer requisito del test establece que los límites deben estar previstos para ciertos casos especiales. Este primer paso conlleva analizar tres parámetros. Primero, que se trate de límites válidos. Segundo, que los límites y excepciones sean objeto de una interpretación restrictiva; y tercero, que los límites se encuentren claramente definidos.⁵³ Es importante tomar en cuenta lo que precisa Córdoba, al explicar que no se requiere que los límites y excepciones se refieran a casos específicos sino más bien que se diferencien de la generalidad. “Por tanto, el primer juicio o paso del test no excluye la posibilidad de adoptar excepciones de carácter abierto, como el *fair use*, siempre y cuando sus términos respeten todas las condiciones del *three-step test*”.⁵⁴

El COESCI, siguiendo lo dispuesto por el Convenio de Berna y la Decisión 351, en su artículo 212 recoge una lista de limitaciones y excepciones al derecho de autor. No obstante, el artículo subsiguiente aclara que no solo incluyen las limitaciones y excepciones señaladas en el artículo 212, sino también, aquellos que se entiendan comprendidos por la naturaleza y finalidad de las limitaciones. En consecuencia, estas se podrían extender a casos análogos no contemplados en el artículo 212. La OMPI ha considerado que existen excepciones generalmente aceptadas por las legislaciones de limitaciones al derecho de autor que permiten a los fotógrafos usar sin permiso objetos protegidos por el derecho de autor; entre ellas las fotografías de i) obras arquitectónicas que se encuentra en lugares públicos o visibles, ii) obras protegidas por el derecho de autor situadas en espacios públicos, iii) obras protegidas que tienen como objeto informar a la sociedad, iv) obras protegidas para ilustrar reseñas o críticas, v) obras protegidas con el fin de anunciar su venta, y vi) obras protegidas que formen parte incidental del fondo.⁵⁵ Aunque, el COESCI no recoge expresamente estas exenciones, se las puede interpretar como situaciones aceptadas bajo la regla de los tres pasos y el *fair use*.

51 Ríos, *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones*, 109.

52 Juan F. Córdoba-Marentes, “La regla de los tres pasos y la armonización de intereses en el derecho de autor”, en *Enrucijadas del derecho de autor*, ed. Juan Carlos Martínez Salcedo y Juan F. Córdoba-Marentes (Bogotá: Universidad de la Sabana, 2018), 104-105, https://app-vlex-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/#search/*regla+de+los+tres+pasos/WW/vid/790381569.

53 Sebastián López Maza, “La posibilidad de utilización directa por parte del Juez de la regla de los tres pasos”, en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: Últimas reformas y materias pendientes*, coord. Juan José Marín López, Ramón Casas Vallés y Rafael Sánchez Aristi (Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2016), 298, <https://appvlexcom.ezbiblio.usfq.edu.ec/#WW/vid/647%20776217>.

54 Córdoba, “La regla de los tres pasos y la armonización de intereses en el derecho de autor”, 105.

55 OMPI, “Utilización de fotografías de marcas y de obras protegidas por el derecho de autor”, 19-20.

El segundo paso del test establece que los límites no pueden atentar contra la normal explotación de la obra. En este paso, se tiene que examinar si el uso de la obra protegida es ilegítimo y priva al titular del goce de ganancias sustanciales.⁵⁶ Es decir que se debe observar si las utilidades entran en competencia con las formas de explotación en las que los titulares normalmente consiguen una prestación económica por la utilización de su obra y que, como resultado, se les priva de percibir ganancias importantes. “Se deberían ‘examinar, además las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación, que con cierto grado de probabilidad y plausibilidad podrían adquirir considerable importancia económica o práctica’ ”.⁵⁷

Finalmente, el último paso, requiere que la limitación no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o titular. Toda excepción causa un perjuicio, pero se tiene que determinar si ese perjuicio se encuentra justificado por los intereses que se encuentran en juego, tanto del titular como del tercero que utiliza la obra.⁵⁸ “[E]videntemente, el tercer criterio va más allá del examen de los intereses puramente patrimoniales del autor”.⁵⁹

Si los derechos de los usuarios de obras y prestaciones pesan más que los de los titulares de propiedad intelectual porque estemos ante límites que afectan a la protección de derechos fundamentales, como la intimidad, el acceso a la información, la libertad de crítica, se deberá permitir el límite aunque cause algún tipo de perjuicio a éstos, sin pago de remuneración como ocurre con el límite en beneficio de los discapacitados, la cita, el uso de contenido de buscadores o la parodia entre otros.⁶⁰

2.4. APLICACIÓN AL CASO MAR CANTOS

Mar Cantos es una fotógrafa ecuatoriana, conocida por la publicación de fotografías que capturan muñecas Bratz en la red social Instagram y que recrean estilos y maquillajes de personajes del mundo artístico. Para ello utiliza programas de tratamiento digital de imágenes que le ayudan a alternar el maquillaje y la ropa de las muñecas captadas en fotografía.⁶¹ De acuerdo, a la revista I-D, “Cantos ve sus imágenes de las Bratz como contenido regular en su feed de Instagram, el cual está lleno de una sobrecarga de colores pastel, autorretratos que aluden al pop art, y por supuesto las fotografías de moda protagonizadas por las muñecas”.⁶² A través de sus fotografías, Mar trata de cambiar el ideal

56 López, “La posibilidad de utilización directa por parte del Juez de la regla de los tres pasos”, 298-299.

57 Mallo, *La difusión en internet de contenidos sujetos al derecho de autor*, 211.

58 López, “La posibilidad de utilización directa por parte del Juez de la regla de los tres pasos”, 299.

59 Proceso No. 248-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 05 de noviembre de 2015, párr. 78.

60 López, “La posibilidad de utilización directa por parte del Juez de la regla de los tres pasos”, 299.

61 Amanda Krause, “People are turning themselves into human versions of Bratz dolls using makeup, and the resemblance is uncanny”, Insider (2019), <https://www.insider.com/makeup-artists-doll-makeup-challenge-instagram-2019-2>.

62 Diego Menchaca, “Estas fotografías con muñecas Bratz reflejan la mezcla cultural de hoy en día”, I-D (2018), <https://i-d.vice.com/es/article/7xyvdg/martin-cantos-bratz-fotos>.

de belleza y mostrar diversidad en la industria cosmética que, de acuerdo a su opinión, se caracteriza por ser eurocéntrica y racista.⁶³

Cantos cuenta con más de 58.600 seguidores y tiene 139 publicaciones en su cuenta de Instagram, la cual es mundialmente conocida por permitir a sus usuarios subir fotografías y modificarlas a través de filtros “[...] convirtiendo a los usuarios en expertos en fotografía”.⁶⁴ Actualmente, Instagram cuenta con 1 billón de usuarios activos,⁶⁵ de los cuales 4.02 millones pertenecen al Ecuador,⁶⁶ de acuerdo con la revista Forbes. Instagram, YouTube y Twitch, a través de los *influencers*, mueven alrededor de 8 billones de dólares anuales en marketing.⁶⁷ Se estima que en Colombia, un *influencer* de Instagram puede recibir entre 100.000 y 150.000 dólares por campaña publicitaria dependiendo de su nivel de enganche, nivel de interacción en los contenidos publicados, su alcance y el número de seguidores.⁶⁸ En general, cuentas con más de 1 millón de seguidores pueden hacer de 100.000 a 250.000 dólares por cada *post* patrocinado. Por su parte, los micro *influencers* que cuentan entre 50.000 a 100.000 seguidores pueden hacer hasta 1.000 dólares por cada *post* patrocinado y llegar a generar ingresos de 40.000 hasta 100.000 dólares al año.⁶⁹ Por su parte, el Periódico de España, calcula que un *influencer* puede ganar de 120 a 150 euros por foto, por cada 10.000 *followers* e incluso 2.500 euros por publicación al tener más de medio millón de seguidores.⁷⁰

¿Podrían las fotografías de muñecas Bratz estilizadas y editadas a través de programas de tratamiento de imágenes y publicadas por Mar Cantos en Instagram atentar contra los derechos de autor que ostentan Carter Bryant y MGA Entertainment sobre las muñecas Bratz? Recordemos, que las muñecas Bratz son obras artísticas protegidas por el derecho de autor. Fueron creadas en agosto del año 2000 por el diseñador de juguetes Carter Bryant, quien luego, en octubre del mismo año celebró un contrato de consultoría con la compañía MGA Entertainment para asesorar en el desarrollo de la primera línea de las muñecas Bratz. A diferencia de las muñecas clásicas, las muñecas Bratz, se caracterizan por ser muñecas urbanas, de varias etnias, modernas, a la

63 Alberto Cervantes, “Entrevista Martín Cantos”, *Time Out México* 95 (2020), 31, https://issuu.com/timeou tmexico/docs/time_out_mexico_febrero_2020/1?ff.

64 Tomeo, *Redes sociales y tecnologías 2.0*, 57.

65 Ver, “13 millones de personas tienen redes sociales en Ecuador”, *Primicias*, acceso 20 de octubre de 2020, <https://www.primicias.ec/noticias/tecnologia/13-millones-personas-redes-sociales-ecuador/>.

66 Ver, “Instagram: distribution of global audiences 2020, by age group”, *Statista*, acceso 20 de octubre de 2020, <https://www.statista.com/statistics/325587/instagram-global-age-group/>.

67 John Koetsier, “2 Million Creators Make 6-Figure Incomes on YouTube, Instagram, Twitch Globally”, *Forbes* (2020), <https://www.forbes.com/sites/johnkoetsier/2020/10/05/2-million-creators-make-6-figureincomes-on-youtube-be-instagram/>.

68 Camila Bernal Durán, “Los 10 influenciadores de Instagram que más ganan en Colombia”, *Forbes* (2020), <https://forbes.co/2020/03/06/negocios/los-10-influenciadores-de-instagram-que-mas-ganan-en-colombia-2/>.

69 Ver, “How much money do social media influencers make?” *Fox Business*, acceso 20 de octubre de 2020, <https://www.foxbusiness.com/lifestyle/social-media-influencer-pay>.

70 Joseph Berengueras, “¿Cuánto cobra un ‘influencer’”, *El Periódico* (2017), <https://www.elperiodico.com/es/economia/20170508/influencer-cuanto-cobra-gana-6024716>.

moda y con actitud rebelde. Son mundialmente reconocidas por sus cuerpos desproporcionados, maquillaje en exceso y por su ropa altamente a la moda.⁷¹

2.4.1. ¿VULNERACIÓN AL DERECHO MORAL DE INTEGRIDAD?

Mar, en su Instagram, reconoce que las muñecas recogidas en sus fotografías son las muñecas Bratz y en cada publicación etiqueta a la cuenta oficial de las muñecas a través del #bratz. Por ende, el primer paso para determinar una vulneración al derecho de autor en el presente caso, es determinar si existe una afectación al derecho moral de integridad que ostenta Carter Bryant sobre las muñecas Bratz, pues como se mencionó, Mar utiliza programas de tratamiento de imágenes para cambiar la ropa y maquillaje de las muñecas. Como se concluyó en el tercer epígrafe, para identificar una vulneración al derecho de integridad en el mundo digital se debe examinar que la obra se encuentre almacenada en un soporte digital. Además, que exista una deformación, alteración, o modificación; que recaiga sobre la obra o el contexto en que se encuentra; y, por último, que no atente contra la reputación del autor o el decoro de la obra.

Cantos para realizar sus fotografías, primero escoge una muñeca Bratz⁷², luego la viste y estiliza su cabello. Después, ambienta el lugar donde tomará las fotografías, agrega un fondo y arregla la posición y colores de las luces. Luego, coloca a la muñeca en una determinada posición y procede a fotografíarla desde diferentes ángulos. Una vez tomadas las fotografías, las carga en su computadora, escoge una de las fotos y la abre en un programa de edición de imágenes para alterar digitalmente el maquillaje y la ropa de la muñeca.⁷³

Al fotografíar la muñeca, Cantos, cumpliría con la primera condición para ser considerada como una infracción porque almacena digitalmente la obra en la memoria de la cámara pues “[...] la propia naturaleza de la fotografía implica su fijación en un objeto”.⁷⁴ Luego, al trasladar la fotografía y modificarla en el programa de edición, ejecuta la segunda y tercera condición porque transforma el contenido mismo de la obra, al cambiar digitalmente el maquillaje y la ropa de la muñeca con las herramientas de edición. Normalmente, estos cambios consisten en colorear los ojos de la muñeca, colocar *emojis* en la parte inferior o superior de los ojos. Asimismo, cambiar el color y agregar detalles en sus labios. Igualmente, en la ropa, se realizan cambios de color e incorporaciones de logos, marcas y hasta imágenes.

71 OMPI, “Barbie y Bratz: La pelea continúa”, *Revista de la OMPI* 4 (2011), 18-20.

72 Hasta enero del presente año contaba con 416 muñecas Bratz.

73 Ver, “Turning a Bratz doll into a Beauty Guru - Gigi Goode! *sort of* #bratzchallenge”, video de YouTube, 7:05, publicado por “Mar”, 19 de noviembre de 2018, <https://www.youtube.com/watch?v=bHQDSt0vllk>.

74 Antequera, *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*, 35.

Ahora, el último requisito exige ver si las modificaciones atentan contra el decoro de la obra o la reputación del autor. Mar a través de sus fotografías recoge el concepto básico con el cual fueron creadas las muñecas Bratz y el espíritu rebelde y urbano que las caracteriza. Además, recrea celebridades con icónicos atuendos y maquillajes a la moda, viviendo a la altura del famoso lema con el cual fueron creadas las muñecas Bratz “*The Girls With a Passion For Fashion*”,⁷⁵ convirtiendo a las muñecas en verdaderas *influencers* de belleza. Por otro lado, Cantos a través de sus fotografías quiere hacer una reflexión sobre el mundo cosmético. El cual se caracteriza por ser racista y justamente eligió a las muñecas Bratz que fueron lanzadas para celebrar la diversidad étnica y cultural que existe en el mundo, pues fue una de las primeras líneas de juguetes en lanzar cuatro muñecas de diferentes razas y culturas del mundo. En consecuencia, no se podría afirmar que Cantos atenta contra el decoro o reputación del autor. Al contrario, recoge el espíritu de las creaciones del autor y las incorpora como parte de sus fotografías. Así, se descarta la posibilidad de una infracción al derecho moral de integridad de Carter Bryant al no reunir el último requisito para catalogarlo como infracción.

2.4.2. ¿VULNERACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE REPRODUCCIÓN, COMUNICACIÓN PÚBLICA Y TRANSFORMACIÓN?

Una vez analizada la esfera moral del autor, es necesario ver la susceptibilidad de una infracción a los derechos patrimoniales de *MGA Entertainment*. Pues a la luz de los hechos podemos observar que existen tres derechos que podrían verse vulnerados: el de reproducción, comunicación pública y transformación. Primero, el de reproducción porque existe el almacenamiento de las obras en un soporte digital a través de la fijación de las muñecas en la cámara fotográfica y al subirlas en la computadora. Luego, del derecho de comunicación pública, porque al subir las fotografías a la red social Instagram se les asigna un URL que permite que una pluralidad de personas tenga acceso a las mismas. Por último, el de transformación, porque hay un cambio significativo en la forma externa de las muñecas. Primero, al convertirlas en obras bidimensionales a través de la fotografía y segundo, al cambiarles digitalmente el maquillaje y la ropa. Por ende, el análisis se restringirá a estos tres derechos de explotación.

Como se observó anteriormente, el último parámetro para determinar una vulneración a los derechos patrimoniales, es determinar que el uso o explotación de las muñecas Bratz en fotografías, no se encuentre comprendido dentro de los límites y excepciones al derecho de autor. En la subsección anterior, se vio que el Ecuador adoptó tanto el sistema continental como el anglosajón para establecer los límites al derecho de autor. Por lo tanto, es menester hacer

⁷⁵ “Las Chicas con Pasión por la Moda” (traducción no oficial).

un análisis bajo los dos estándares que ha fijado la legislación para tener una respuesta definitiva y esclarecer si la utilización que hace Mar es o no una excepción, empezando por la regla de los tres pasos, ya que se encuentra recogida en la Decisión 351 y el Convenio de Berna y luego, por la doctrina del *fair use* introducida por el COESCI.

Los usos honrados, como se explicó, consisten en un test de tres pasos. Se empezará por el segundo, ya que el primero dependerá de lo expuesto en el segundo y tercer paso. El segundo paso del test pide examinar que el uso no atente contra la normal explotación de la obra. Por consiguiente, en el caso específico tenemos que mirar que la utilización de Mar no entre en competencia con las formas de explotación en las que normalmente la compañía MGA percibe una retribución económica por las Bratz. Mar explota las fotografías de las muñecas Bratz principalmente en su Instagram y en la página web *Redbubble* para vender sus fotografías en productos como cuadros, almohadas, relojes, protectores tecnológicos, entre otros. En la sentencia de *Mattel c. MGA Entertainment*, se observa que la compañía MGA, generalmente recibe un valor económico por vender muñecas Bratz, accesorios para muñecas Bratz, así como también video juegos y películas de las muñecas Bratz.⁷⁶ Por ello, Cantos no compite con las formas en que la compañía MGA explota las muñecas, ya que él, no vende muñecas Bratz, accesorios para muñecas Bratz, video juegos o películas que contengan las muñecas Bratz.

No toda utilización de una obra, que en principio está comprendida en el alcance de los derechos exclusivos y entraña utilidades comerciales, atenta necesariamente contra la explotación normal de la obra. Si este fuera el caso, apenas habría exenciones o limitaciones que pudieran cumplir con la segunda condición.⁷⁷

Asimismo, la venta y la utilización de las fotografías de Mar, no se realizan a través de los canales de comercialización que normalmente utiliza MGA para explotar las muñecas Bratz, ya que MGA las comercializa en almacenes de grandes superficies y a través de la plataforma *online* Amazon,⁷⁸ mientras que Cantos comercializa sus fotografías a través de la red social Instagram o por la página web *Redbubble*. Aunque Amazon y *Redbubble* son plataformas de comercio electrónico, esta última se diferencia por ser exclusivamente para productos de arte aplicado creados por los usuarios.

Por lo tanto, no se podría afirmar que las fotografías de Mar atentan contra la normal explotación de la obra, ya que no compiten con las formas ni con los medios por los que normalmente MGA percibe una compensación, permitiendo que la empresa perciba normalmente las utilidades producto de su creación.

⁷⁶ Ver, *Mattel, Inc. c. MGA Entertainment, Inc.*, Sala de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, 9 de diciembre de 2009, 10531.

⁷⁷ Proceso No. 146-IP-2015, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 03 de junio de 2015, párr. 30.

⁷⁸ Ver, "Where to buy Bratz", MGA Entertainment, acceso 11 de octubre de 2020, <https://www.mgae.com/where-to-buy/bratz/us>.

Ahora, el tercer paso exige observar que la limitación no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular. Para ello, se deben mirar tanto los intereses del titular como del tercero que pretende utilizar la obra. En el presente caso tenemos por una parte los intereses económicos de MGA. Por otra parte, los intereses de Cantos a la libertad de expresión y al libre desarrollo de su capacidad creativa. El perjuicio de MGA se encontraría justificado por los intereses que Mar tiene derecho a gozar, ya que no existe un perjuicio a los intereses económicos o morales del MGA. Además, se encontraría justificado por los derechos fundamentales que inspiran al derecho de autor, que son promover el progreso de las artes y el avance científico y cultural.

Por último, el primer paso de la regla nos indica que debe tratarse de un caso especial. Recogiendo las palabras de Córdoba, se tiene que observar que se trate de un caso en el que el uso difiere de la generalidad. Como lo ha explicado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, citando a Ginsburg,⁷⁹ un caso será especial en la medida en que no atente contra la normal explotación de la obra, ni cause un perjuicio irrazonable a los intereses del titular. De igual manera, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso Alexis P.L. c. Google, al decir que mediante vía interpretativa se pueden cuestionar los límites de los derechos mas allá de su literalidad siempre que no causen un perjuicio a los intereses del autor ni un detrimento a la normal explotación de la obra.⁸⁰ En el presente caso, se descartó que las fotografías de Mar causen un perjuicio económico a MGA, al igual que sus intereses. Por lo tanto, el uso de las muñecas Bratz en fotografías, tal como lo hace Cantos, se trata de un caso especial que difiere de la normalidad.

Una vez analizados los tres pasos, se concluye que el uso que hace Mar Cantos de las muñecas Bratz en sus fotografías, se encuentra comprendido bajo los tres parámetros que determina el Convenio de Berna. Igualmente, es importante señalar que los usos honrados parten de la buena fe comercial y Cantos, a través de sus trabajos fotográficos, no tiene la intención de causar un daño o perjudicar a la compañía MGA. Por el contrario, quiere plantear inconformidades sociales y enfatizar la belleza, etnicidad y moda que traen las muñecas Bratz por medio de la fotografía.⁸¹

Una vez descartada la infracción bajo la regla de los tres pasos, es preciso pasar a verificar si el uso se encuentra permitido por la doctrina del *fair use*. El primer parámetro del *fair use*, nos dice que debemos ver el propósito o carácter del uso de la obra, analizando si el uso se lo hace con fines educativos o por el contrario con fines comerciales. Aunque Mar empezó con las fotografías de las muñecas Bratz como una forma de expresar su estética y hacer críticas al

79 Proceso No. 34-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 21 de mayo de 2014, párr. 72.

80 Sentencia No. 749/2007, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quince, 07 de septiembre de 2008, 7.

81 Proceso No. 248-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 05 de noviembre de 2015, párr. 54.

mundo de la belleza, actualmente el uso que hace Cantos de las fotografías es de carácter comercial, pues las usa como medio de promoción para vender un servicio de conversión de personas en Bratz digitales con sus fotografías.⁸² Igualmente, utiliza las fotografías de las muñecas para incorporarlas en mercancías como, por ejemplo, mascarillas, almohadas, pegatinas, estuches y bolsos para luego comercializarlas a través de su Instagram mediante el *link* a la página web de Redbubble. Sin mencionar el hecho de que podría llegar a percibir una compensación económica por patrocinadores en Instagram debido a su elevado nivel de seguidores e interacción de contenido.

Ahora que se determinó que existe un fin comercial, se debe entrar a examinar si se trata de un uso transformativo de la obra.

Se entiende que hay “uso transformativo”, básicamente, cuando a la obra original se le agrega “algo nuevo, con un propósito distinto o con distintas características, alterando la versión inicial con nueva expresión, sentido o mensaje” y cuando la nueva obra tiene una “función totalmente diferente” a la función de la obra original.⁸³

Cantos modifica la obra primigenia dándole una nueva expresión a través de la fotografía porque la incorpora bajo un concepto *pop art*. Además, la función es extremadamente distinta a la que cumplen las muñecas Bratz que tiene un fin lúdico y de recreación, pues él usa las muñecas Bratz como parte de su fotografía para recrear personajes artísticos y para convertirlas en *influencers* de belleza y moda. Por consiguiente, las imágenes de Cantos agregan un concepto nuevo y les da a las muñecas una función distinta en sus fotografías y se entiende, por lo tanto, que hay un uso transformativo de la obra. En la sentencia Cariou c. Prince, el Tribunal de Apelación estableció que Prince hizo un uso transformativo de las fotografías de Cariou, al comprimirlas y alterarlas como parte de un *collage* resultando en una nueva expresión y estética creativa diferente a la de Cariou y concluyó que “[a]lthough there is no question that Prince’s artworks are commercial, we do not place much significance on that fact due to the transformative nature of the work”.⁸⁴

El segundo factor exige verificar la naturaleza y características que posee la obra protegida, evaluando por una parte si se trata de una obra inédita o divulgada; y por otra, si es una obra que recoge hechos o datos o, por el contrario, una obra con un elemento expresivo mayor como una obra de ciencia ficción. Las muñecas Bratz son obras artísticas que fueron divulgadas en el año 2000 a través de un prototipo rudimentario creado por Carter Bryant. Las Bratz se caracterizan por recoger la anatomía humana y exagerar algunos rasgos como

82 Alberto Cervantes, “Entrevista Martín Cantos”, 31.

83 Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use*, 82.

84 Patrick Cariou c. Richard Prince, Sala de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, 25 de abril de 2013.

“Aunque no hay duda de que las obras de arte de Prince son comerciales, no ponemos mucha importancia en ese hecho debido a la naturaleza transformativa de la obra” (traducción no oficial).

la cabeza, ojos, boca y pies. Aunque las muñecas Bratz son obras con una expresión única y particular, recogen características anatómicas de la realidad exagerando sus rasgos. Por ende, su elemento expresivo no es mayor, ya que los rasgos exagerados de las muñecas no llegan a adquirir un aspecto suficientemente extraño, alejadas de la realidad para ser una obra de ficción. Por otro lado, es necesario tomar en cuenta que la jurisprudencia de los Estados Unidos ha limitado el peso del segundo factor cuando el uso en cuestión se trata de un uso transformativo de la obra originaria, como es el caso de Cantos.⁸⁵

El tercer paso examina la cantidad y sustancia utilizada de la obra original. Al ver las fotografías, podemos notar que gran parte de la obra primigenia es recogida por las fotografías, pues la mayoría de sus imágenes capturan más de la mitad del cuerpo de las muñecas Bratz. Además, Cantos en sus fotografías utiliza la esencia de la obra que se encuentra recogida en el rostro de la muñeca donde están la mayor parte de los rasgos exagerados y en su indumentaria.⁸⁶

El cuarto requisito examina el efecto que tiene el uso de la obra sobre el mercado potencial o el valor de la obra. Las muñecas Bratz se encuentran dentro de un mercado completamente distinto al de las fotografías de muñecas que realiza Cantos. Los consumidores de las muñecas Bratz no dejarían de comprar las muñecas para remplazarlas por una fotografía porque la función y destino son distintos. En el caso *Gaylord c. United States*, el Circuito Federal de Apelaciones determinó que la estampilla que contenía una fotografía de la escultura creada por Gaylord, no causaba ningún daño al mercado de la estatua porque las estampillas eran un sustituto inadecuado para la escultura.⁸⁷ Es importante considerar que el mercado de las muñecas se caracteriza por tener consumidores de entre 0 y 14 años que destinan las muñecas para actividades de recreación y juego. Sus principales bienes sustitutos son las muñecas Barbie, Monster High, entre otras, los juguetes tradicionales y los video juegos.⁸⁸ En cambio, el mercado de las fotografías de Mar se dirige a consumidores mayores de 13 años que tienen una cuenta en Instagram y que destinan las fotografías a fines decorativos o de exhibición para redes sociales. Por ende, las fotografías de Mar no podrían causar un daño al mercado de las muñecas Bratz.

El quinto factor, introducido por la legislación ecuatoriana, prescribe que se debe analizar el goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales. En primer lugar, debemos responder ¿el uso autorizado de la obra promoverá o no el progreso de la ciencia y de las artes? En el presente caso, Mar Cantos, a

85 *Andrea Blanch. c. Jeff Koons, the Solomon r. Guggenheim Foundation and Deutsche Bank AG*, Sala de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, 26 de octubre de 2006.

86 *Mattel, Inc. c. MGA Entertainment, Inc.*, Sala de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, 9 de diciembre de 2009, 10541-10544.

87 *Frank Gaylord. c. United States*, Sala de Apelaciones del Circuito Federal de los Estados Unidos, 25 de febrero de 2006.

88 "Study on the competitiveness of the toy industry", ESCIP CONSORTIUM, 2013, edición PDF.

través de sus fotografías, crea una nueva visión de las muñecas promoviendo la etnicidad y la cultura pop. A través de sus trabajos fotográficos, incentiva a la comunidad de belleza a recrear *looks* de las famosas muñecas promoviendo el desarrollo artístico y la cultura. Prohibir su uso sería perjudicial para el desarrollo cultural, el avance y la promoción de las artes. Además, se atentaría contra el derecho del libre desarrollo de la personalidad que ostenta Mar para auto determinarse y desarrollar su aspecto creativo, el cual no estaría justificado, al no existir una verdadera afectación a los derechos de explotación de la compañía MGA.

Por lo tanto, bajo los parámetros del *fair use*, se concluye que no existe una vulneración a los derechos patrimoniales de MGA Entertainment, pues el único parámetro en que observa un uso ilegítimo, es bajo el tercer factor porque se usa una cantidad y calidad importante de la obra primigenia. Sin embargo, debemos recordar que los criterios dados por el *fair use* son una guía y que, bajo la jurisprudencia y doctrina de Estados Unidos, los factores más importantes para determinar una infracción al derecho patrimonial del titular son los recogidos en los numerales 1 y 4 por el perjuicio económico que significarían para el titular, el autorizar un uso de la obra que sea con fines comerciales no transformativos que causen un perjuicio pecuniario en el mercado en el que devenga la mayor parte de las ganancias de su obra.⁸⁹

[N]o es posible concluir infracción ante una digitalización de obras (cambio de formato) cuyo propósito sea diferente del que dio origen a la obra en físico (su venta al público) y permita además cumplir con los fines del derecho de autor, es decir la promoción de la ciencia y las artes útiles, tal como viene consagrado desde la Constitución americana.⁹⁰

Finalmente, analizados los dos parámetros establecidos por la legislación ecuatoriana, se puede afirmar que el uso de las muñecas Bratz en fotografías de Cantos, no constituye una vulneración a los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública y transformación de la compañía MGA Entertainment, al estar su uso autorizado bajo los límites al derecho de autor.

3. CONCLUSIÓN

La utilización y modificación de obras protegidas por el derecho de autor en fotografías publicadas en el entorno digital pueden constituir una vulneración al derecho de autor bajo la legislación nacional. Para determinar en un caso específico si existe una infracción al derecho de autor es necesario analizar tanto la dimensión moral como patrimonial del autor o titular.

89 Ver, Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use*, 72-82.

90 Herrera, "La doctrina del *fair use* frente a los retos impuestos por el entorno digital. Estudio del caso google books", 73.

Cuando existe una modificación de una obra primigenia a través de programas de tratamiento digital, es preciso verificar tanto el derecho moral de integridad como el derecho patrimonial de transformación, ya que la transformación guarda una estrecha relación con estos dos derechos. Por otro lado, al publicar una obra protegida por el derecho de autor en el entorno digital, se deberá siempre analizar los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública porque los dos derechos concurren al mismo tiempo al ser almacenados en un soporte digital. Por el contrario, quedan exentos de esta examinación los derechos patrimoniales de distribución e importación, los cuales no cobran sentido en el entorno digital.

En cuanto al caso de Mar Cantos, uno de los factores que cobró real trascendencia para calificar el uso como honrado es la transformación que se da por su parte de la obra primigenia, pues se aprecia que entre mayor sea el cambio, menor probabilidad existirá de que se afecte económicamente al titular de los derechos de explotación. Para terminar, queda descartada la infracción tanto en el ámbito moral como patrimonial de Carter Bryant y de la compañía MGA Entertainment. Por lo tanto, no existe una infracción al derecho de autor por parte de Cantos al publicar fotografías que capturan muñecas Bratz digitalmente modificadas.

10 AÑOS
USFQ LAW REVIEW



@usfqlawreview